Abuso Sexual Agravado (por el resultado)

Por **Luis Milei**

Art. 124: ***"Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida".-***

1.- INTRODUCCIÓN

La utilización de verbos como *resultar*, *producir*, *ocurrir*, o, expresiones como "*fuere seguido*" o "*fuere causa*", no es ni nueva ni mucho menos infrecuente en la redacción de los tipos penales incluidos en nuestro Código Penal (CP) funcionado, en general, como el preludio de la imposición de una pena más severa por la ocurrencia de un suceso más gravoso[1]. Al respecto, pueden distinguirse, claramente, tres períodos legislativos. El primero, se extiende desde la sanción de ley 1920 hasta la de la ley 25.742; el segundo, desde ella hasta la sanción de la ley 25.893 y, el tercero, a partir de ésta.

Lideran la ***primera etapa*** el Código Tejedor (Ley 1920)[2], la ley 4.189[3] y el Código Moreno[4] con sus modificaciones. La ley 1920, en el artículo 128 inciso 2° utilizaba ya, por ejemplo, el verbo *resultar*[5]. La ley 4.189[6] reformó aquélla, reemplazando los artículos 128 a 137 (referidos a violación, estupro y ultraje al pudor) y también echó mano a *resultar*. El Código Moreno, en lo que al artículo 124 se refiere, ya lo había incorporado con la misma redacción que la actual, pero con una pena conminada divisible (reclusión o prisión de quince a veinticinco años)[7].

La ***segunda etapa*** está regida por la ley 25.742[8] que reformó los artículos 142 bis y 170 del CP, vinculando la muerte de los cautivos con el dolo o la culpa del

[1] En efecto, puede verificarse con la lectura de los artículos 85 (*fuere seguido*), 95 (*resultare*), 100 incisos 1° (*no resultare*), 2° (*resultaren*) y 3° (*se produjere*), 106 segundo (*resultare*) y tercer párrafo (*ocurriere*) conforme ley 24.410, 144 ter inciso 2° primer supuesto (*resultare*), 186 inciso 5° (*fuere causa*), 191 inciso 4° (*resultare*), y 199 (*fueren seguidos*).
[2] ADLA 1881-1888; p. 378.
[3] ADLA 1889-1919, p.597.
[4] ADLA 1920-1940, p. 85.
[5]ADLA 1881-1888 (Ley 1920), p. 389. Así normaba… *artículo 128: La pena contra la violación será: inciso 2° Si resultase la muerte de la menor, la pena será de presidio por diez a quince años….* No es en el único dispositivo en el que fue utilizado; también aparece, por ejemplo, en el artículo 108 inciso 1° (duelo).
[6] ADLA 1889-1919, p. 600. Así… *en los casos de ambos números, si resultase la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena de diez a veinticinco años de presidio….*
[7] ADLA 1920-1940, p. 94.
[8] B.O. N° 30.175, del 20/06/2003.

autor[9]. Esta nueva redacción surgió del informe final elaborado por los integrantes de la Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas[10]. La misma, tratando la cuestión del alcance del vocablo muerte del párrafo final del artículo 142 bis, expresó que… ***es por ello que la Comisión ha encontrado apropiado poner fin a la discusión incluyendo tanto la forma culposa, cuanto la dolosa, a la par que estableciendo el correspondiente distingo en cuanto a la punición…*** En el mismo sentido, y en lo que al informe de la comisión respecta, expresó DONNA que… *el segundo tema que tiene importancia como forma de interpretación de los tipos penales complejos y evitar así la responsabilidad objetiva de un hecho es que, por primera vez, se incluye –* ***y entendemos que esto sirve a los efectos de los demás tipos complejos*** *– la distinción, en sí correcta, de si el resultado se imputa a título de dolo o a título de imprudencia (culpa), imponiendo en cada caso un pena distinta y descartando la pena en cualquier otro caso…*[11]. Lo aseverado por la Comisión estableció (y, a mi entender, sigue haciéndolo) una diáfana directriz hacia la erradicación, de las leyes penales, de la responsabilidad objetiva.

A partir de la sanción de la ley 25.893[12] (artículo 124 del CP, *resultare*), comienza el ***tercer período***, que todavía subsiste, donde los legisladores, llamativamente y a pesar de la insistencia de algunos en los debates parlamentarios, retomaron la técnica descripta en la primera etapa. Así, cobraron vida las siguientes modificaciones: la sanción de la ley, la ley 26.394[13] que introdujo los artículos 241 bis inciso 5° (*resultare la muerte*) y 252 (*resultare la muerte*), la ley 26.524[14] que incorporó el artículo 201 bis (*resultare la muerte*) y sustituyó el artículo 203 (*si tuviere como resultado enfermedad o muerte*), y finalmente la ley 26.679[15] que introdujo el artículo 142 ter, cuyo segundo párrafo expresa *si resultare la muerte*.

El dispositivo que toca analizar – incorporado a nuestro digesto represivo con posterioridad, casi cinco años, a la reforma que, de los otrora delitos contra la honestidad, actualmente delitos contra la integridad sexual, formulara la ley 25.087[16] –

---

[9] Se refiere a los últimos párrafos de los tipos penales de privación ilegal de la libertad coactiva (art. 142 bis) y secuestro extorsivo (art. 170)… *La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor. La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida…*

[10] Creada por decreto 1651/2002 (B.O. N° 29.977 del 5/09/2002), modificado por decreto 1659/2002 (B.O. N° 29.978 del 6/09/2002). Sin resaltado en el original. El informe de la Comisión lo publicó Rubinzal – Culzoni en forma de separata, conjuntamente con el libro *Reformas Penales*, Edgardo Alberto DONNA (Coordinador), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004. La Comisión Asesora tuvo en principio nueve miembros (Decreto 1651/2002), ampliado luego a quince ((Decreto 1659/2002). Formaron parte de ella: Dr. León Carlos Arslanián (en calidad de coordinador), Dr. Jorge Agúndez, Dr. Luis María Cabral, Dr. Pedro David, Dr. Edgardo Alberto Donna, Dra. María del Carmen Falbo, Comandante General (R) Enrique A. Gallesio, Dr. Alberto J. B. Iribarne, Doctor D. Esteban Marino, Dr. Julio Piaggio, Dr. Miguel Ángel Pichetto, Dr. Norberto Quantín, Dr. Norberto Spolansky y, la Dra. Margarita R. Stolbizer.

[11] DONNA, Edgardo Alberto, *Comentarios a la ley 25.742 de reforma al Código Penal de la Nación*, en *Reformas Penales*, Edgardo Alberto DONNA (Coordinador), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 16. Sin resaltado en el original.

[12] B.O. N° 30.408, del 26 de mayo de 2004.

[13] B.O. N° 31.478, del 29 de agosto de 2008.

[14] B.O. N° 31.774, del 05 de noviembre de 2009.

[15] B.O. N° 32.145, del 09 de mayo de 2011.

[16] B.O. N° 29.147, del 14 de mayo de 1999.

focalizó su operatividad no sólo sobre todos los abusos sexuales (artículo 119) y el estupro (artículo 120), sino también sobre la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (leyes 24.660[17], 25.894[18] y 26.813[19]), sobre el sistema de la libertad condicional (ley 25.892)[20], y sobre el régimen de la extinción de la acción penal por prescripción (ley 26.705)[21].

2.- EL ARTÍCULO 124 DEL CP

El mismo impone… *reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida…*. Salvando el tema de la pena, el tipo se mantuvo inalterado desde la sanción del Código Moreno[22].

A.- LOS PROYECTOS PRESENTADOS

Se presentaron cuatro proyectos de ley, uno en el año 2003 y tres en el año 2004[23].

A.1.- AÑO 2003

Llevó la identificación **6131-D-03**[24] y propuso, en lo que al artículo 124 se refiere, la siguiente redacción… ***Se impondrá reclusión o prisión perpetua cuando en los casos del artículo 119 resultare la muerte de la persona ofendida…***, fundamentándolo en que…

La creciente inseguridad de los habitantes de nuestro país requiere[25] *del Legislativo una actitud positiva que coadyuve a evitar, en especial, los delitos violentos. La sociedad se encuentra frente a una sensación de desamparo y de falta de*

[17] B.O. N° 28.436, del 16 de julio de 1996.
[18] B.O. N° 30.526, del 12 de noviembre de 2004.
[19] B.O. N° 32.563, del 15 de enero de 2013.
[20] B.O. N° 30.408, del 26 de mayo del 2004.
[21] B.O. N° 32.249, del 5 de octubre de 2011.
[22] *Código Penal de la Nación Argentina*, Valerio Abeledo Editor, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1922, p. 73. En aquel momento, el texto rezaba… *se impondrá reclusión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida…*.
[23] Dice RUBIO que sólo se presentaron tres proyectos; sin embargo, omitió mencionar el proyecto presentado por la diputada María Leyla Chaya que lleva la identificación 0201-D-04, en RUBIO, María Mercedes, *Reforma al artículo 124 del Código Penal*, en *Reformas Penales Actualizadas hasta la ley 26.087 (B.O. 24-4-2006)*, Edgardo Alberto DONNA (director), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 263.
[24] www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=6131-D-03&infobase=tp.nfo&record={672D}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.
[25] En el original se lee "*requieren*".

respuestas concretas y efectivas respecto de aquellos sectores, instituciones u organismos que debieran dar adecuada solución a esta problemática. En especial se considera prioritario que los representantes del pueblo, es decir aquellos a quienes la ciudadanía nos ha impuesto el deber de legislar, respondamos de forma concreta a dicha demanda. Es necesario modificar tanto el Código Penal como el Procesal. En ese orden de ideas advertimos que quienes usan armas para cometer delitos, quienes hieren con ellas y más aun los que matan deben ser sometidos a penas mayores a las actualmente en vigencia. Ello por cuanto representan un peligro cierto, inminente y concreto a la seguridad pública y por tanto se impone la aplicación de penas más severas y de cumplimiento efectivo para a su vez asegurar el propósito constitucional de reinserción social a través del adecuado tratamiento carcelario. Así en el proyecto de ley que se acompaña se establece un incremento de las penas llegando, en determinados tipos de delitos, el caso del homicidio en ocasión de robo, a la pena de prisión perpetua a cumplir sin la posibilidad de gozar de salidas anticipadas de ningún tipo. Al propio tiempo, al sustituir "podrá" por "deberá" se saca de la decisión judicial, en los casos graves, la posibilidad de hacer más benigno el trato de los asesinos y violadores. La inmensa cantidad de reincidentes en el caso de los delitos más aberrantes y la necesidad de proteger a los ciudadanos y ciudadanas y evitar la actual sensación de impunidad nos lleva a la propuesta del siguiente proyecto de ley….

A.2.- AÑO 2004

Durante el año 2004 se presentaron, sucesivamente, tres proyectos identificados como **0201-D-04**, **0245-D-04**, y **0259-D-04**.

A.2.1 Proyecto 0201-D-04[26]

Este proyecto lo incorporó la diputada María Leyla Chaya y en lo que al artículo 124 se refiere, propuso el siguiente texto:

Se impondrá reclusión perpetua, si con motivo u ocasión de los hechos previstos en los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida…

También se pretendió incorporar el artículo 124 bis que normaba… *No será aplicable el instituto del artículo 13 de este código a los condenados por los delitos*

[26] http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=0201-D-04&infobase=tp.nfo&record={6852}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.

tipificados en los artículos 119, 120 y 124 del presente título…. Los fundamentos esgrimidos para la pretensa reforma fueron que…

El pueblo de la Nación Argentina se ve conmovido a diario por escalofriantes noticias que dan cuenta de la comisión de delitos sexuales, seguidos en muchos casos de la muerte de la víctima, que enervan no sólo por lo aberrante del delito, sino también por la innegable impunidad que se muestra respecto de los autores de estos incalificables actos.

Tal impunidad subleva a la sociedad que, atónita e impotente, ve cómo a diario individuos que tienen antecedentes y han sido condenados por idénticos hechos, reiteran su accionar delictivo, por gozar de una libertad no vigilada y en muchos casos concedida en dudosas condiciones.

Es mundialmente reconocido por expertos que el abusador es una clase de delincuente irredimible, que reitera su accionar delictivo en cuanta oportunidad se le presenta sin importarle las consecuencias y si bien podría reconocérselo en algunos casos como enfermo, no es menos cierto que sus conductas importan una peligrosidad social que es necesario acotar severamente.

Es preciso que en nuestra condición de legisladores tomemos la iniciativa de poner freno a tanta impunidad y demos respuesta a una sociedad que clama que se la proteja de semejante lacra que amenaza a los hogares de todas las clases sociales y en particular a aquellos más humildes que muchas veces deben convivir por necesidad con los depravados. Mi conciencia como ciudadana y como legisladora no quedaría en paz si, pudiendo hacer algo para combatir un flagelo que asuela a nuestro pueblo, no lograra un remedio para el mismo. Como dirían los romanos nada que se intente es imposible. Señoras y señores legisladores, intentemos cambiar la situación de indefensión e injusticia que sienten nuestros representados, es nuestra potestad y estoy convencida de que podemos y debemos hacerlo. Podría fundamentar este proyecto con un largo contenido de legislación comparada y opiniones académicas que seguramente darían a este proyecto mayor envergadura jurídica. Creo que sería sólo abundar en algo que basta con que lo sustente el sentido común y el clamor de los hombres y mujeres que habitamos esta querida tierra. Por las razones expuestas, solicito se apruebe el presente proyecto….

A.2.2 Proyecto 0245-D-04[27]

[27] http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=0245-D-04&infobase=tp.nfo&record={687E}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.

Fue presentado por los diputados Aída F. Maldonado, María S. Leonelli, Lucía Garín de Tula, Patricia E. Panzoni, María T. Ferrín, Josefina Abdala y Beatriz M. Leyba de Martí. No sólo se propuso modificar el artículo 124 del CP, sino también el artículo 13 del mismo digesto y los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN, conforme ley 23.984).

La propuesta del texto del artículo 124 fue… *Se impondrá reclusión o prisión perpetua cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida…*.

Respecto del artículo 13 del CP, la propuesta fue… *Las previsiones de este artículo no se aplicarán a los autores de los delitos comprendidos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal…*.

En lo que al CPPN se refiere, el artículo 316 debería haber quedado redactado de la siguiente forma… *El juez no estará facultado en los casos de los delitos comprendidos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal a conceder la exención de prisión…*. Por otro lado, al artículo 317 se le agregaba el inciso sexto, expresando que… *No podrá otorgarse el beneficio de la excarcelación a los imputados de los delitos comprendidos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal…*.

Fundaron la propuesta de modificación con el siguiente libelo…

Al presentar este proyecto es insoslayable hacer referencia a la reforma al Código Penal introducida por la ley 25.087, a los numerosos y profundos estudios médicos en relación a los delitos contra la integridad sexual como se los denomina en nuestro ordenamiento punitorio de fondo. En estas dos vertientes abrevan los fundamentos que expongo. La ley 25.087 (B.O. 2.415/1999) sustituyó la denominación del título III, libro II del Código Penal de 1921 (Delitos contra la honestidad) por la de Delitos contra la integridad sexual –denominación que ya había sido dada por el código suizo a su título V, no obstante lo cual no fue citado como antecedente durante los debates parlamentarios–; derogó las rúbricas de los capítulos y con ellas desapareció el nombre de "violación" y dejó subsistente la división del título en capítulos y modificó disposiciones, con excepción de la contenida en el artículo 124. En virtud de la reforma, la violación, de figura básica pasó a ser una figura calificada de abuso sexual al haber "acceso carnal por cualquier vía", lo que no impide, a mi juicio, que se continúe llamando "violación" a ese delito, como ocurre en España, en donde la ley orgánica 10/1995 también se lo había quitado y se lo restituyó la ley orgánica 11/1999 del 30 de abril de ese año, en razón de que ese vocablo había sido asumido por el grupo social. El Código Penal francés continúa denominando "violación" al acceso carnal cumplido con violencia, coacción, amenaza o sorpresa (reforma de la ley 98 del 716/1998, artículos 222-223) y el de Costa Rica,

por ley 7.899 del 3/8/1999, da ese nombre a los hechos cometidos tanto con violencia real como presunta.

La ley 25.087 sustituyó la expresión "el que tuviere acceso carnal" por la de "cuando… hubiere acceso carnal…". Ese cambio legislativo determinó aceptar que el sujeto activo de violación puede ser tanto un hombre como una mujer. Es de destacar que el doctor Víctor F. Reinaldi al comentar que la ley 25.087 estableció una segunda agravante del abuso sexual contemplado en el párrafo 1° del artículo 119, cuando "hubiere acceso carnal por cualquier vía". Critica la redacción de la norma mencionada diciendo: "Como lo expresé a escasos días de haber sido sancionada esa ley y antes de efectuarse su publicación y lo reiteré posteriormente, es de lamentar que nuestros legisladores no hayan mencionado expresamente a cada una de las tres vías posibles de introducción del miembro viril, como se hacía en el proyecto del diputado González Gaviota y en el de los diputados Rubeo y Godoy, en vez de dar por sobreentendido que la expresión 'hubiere acceso carnal por cualquier vía', comprende a todas ellas y que no se haya acogido la norma proyectada por el diputado Cafferata Nores en cuanto, haciendo una interpretación auténtica del vocablo "acceso carnal" consideraba que era toda penetración anal o vaginal y la 'penetración peneana de la cavidad bucal' porque, si así se hubiera hecho no se darían, como ya está ocurriendo, encontradas posiciones doctrinales anunciadoras de disímiles pronunciamientos judiciales en casos iguales, con la afectación consiguiente de la seguridad jurídica".

Fontán Balestra, entre nuestros doctrinarios, fue quien sostuvo que "el criterio jurídico del acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital masculino que 'puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste'. Así vistas las cosas –concluye diciendo– el coito oral no se diferencia esencialmente de otra penetración contra natural".

Las opiniones de los jueces, estuvieron divididas, aun las de los integrantes de un mismo tribunal, como ocurrió con el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14. La mayoría del mismo, en sentencia dictada el 10/11/1997, declaró que: "El concepto de acceso carnal del artículo 119 comprende toda penetración del órgano masculino en orificio corporal de la víctima…". Para la minoría no es suficiente el ingreso del pene en vaso natural del paciente para configurar el acceso carnal porque es necesario que exista conjunción carnal, la que sólo se da en el acceso por la vagina y por el recto, cuya estructura anatómica resulta muy similar a aquélla. En el mismo sentido que la mayoría de ese tribunal, pero por unanimidad, se pronunciaron los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III.

La doctrina ha considerado por las siguientes razones que la fellatio configura una violación:

a) Determinar cuáles son las vías por las cuales puede haber acceso carnal es una cuestión que la naturaleza se ha encargado de establecer y en las que reparan las últimas legislaciones, sin atender a ninguna diferenciación que entre una y otras de esas vías pudiera haber. Ellas son tres: la vaginal, la rectal y la bucal. El Código Penal de México expresa que a los efectos del artículo 265, párrafo 1º, en el que se tipifica el delito de violación, "se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independiente". En España quedaban excluidas de la violación, antes de la reforma de 1989, la penetración anal y bucal; después de esa reforma, la introducción de objetos. Pero el Código Penal de 1995 reformado por la ley orgánica 11/1999 reconoce como vías aptas para cometer tanto una agresión sexual o violación como un abuso sexual, las tres vías mencionadas. El Código Penal de México expresa que, a los efectos del artículo 165, párrafo 1º, en el que se tipifica el delito de violación, "se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independiente de su sexo" (artículo cit. párrafo 2º). El Código Penal de Portugal reputa violación al acto de "constreñir a otra persona a sufrir o a practicar, consigo o con otro, cópula, coito anal o coito oral". También la ley francesa 98–468 del 1716/1998, modificatoria del Código Penal, en los artículos 222-23, párrafo 1º, la define como "todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea, cometida sobre la persona de otro con violencia, coacción, amenaza o sorpresa". Se interpreta que la introducción del órgano sexual masculino en la boca de la víctima está comprendido dentro de la expresión "todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea" empleada por la ley. También el Código del Estado de California admite "cualquier penetración sexual" artículo 263, la oral, la anal o sodomía y la introducción de algún objeto extraño vía genital o anal. Por último, porque la mención puede resultar fatigosa, cabe citar al Código Penal de Costa Rica que en el artículo 156 denominado "violación", texto conforme a la ley 7.899 del 3/8/1999, precisa que comete ese delito "quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo", en los casos que enumera. Y el Código Penal chileno de 1874, reformado por la ley 19.617 del 1.217/1999 que también hace expresa mención de esas tres vías, en los artículos 361 y 362 (violación de mayores de 12 años y de menos de esa edad, respectivamente).

b) Tanta similitud se encuentra entre la felación y el coito por vía vaginal o rectal, que se la denomina "coito oral".

c) Y si son tres las vías del cuerpo humano o vasos receptores aptos para la realización del coito por vía normal o anormal, al expresar nuestra ley "por

cualquier vía" Incluye las tres, sin que empece a ello el hecho de no haber mencionado a cada una de ellas. Es absurdo suponer que la reforma se haya efectuado para que la fellatio se considere uno de los accesos carnales; que haya mantenido la declaración de que el delito podía ser cometido en "persona de uno y otro sexo" que hacía la norma sustituida y que ya permitía aceptar la vía vaginal y la rectal; le haya agregado la expresión "por cualquier vía" y se considere, no obstante todo ello, que este último agregado carece del sentido que el legislador le asignó y de hecho se lo suprima. Hacer esto último le está prohibido al intérprete según lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos. "La primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras", las que debe entenderse "que no son superfluas, sino que han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos" ("Fallos": 200:175; "Fallos": 304:1820).

Recientemente la Cámara de Casación Penal, sala III, emitió un fallo en el que determiné que instar a una menor a una práctica de sexo oral es una "violación" y confirmó la condena a siete años y medio de cárcel que había recibido un hombre por haber abusado en octubre de 2000 de un niño de menos de tres años. La medida hizo referencia a las prácticas de sexo oral y manoseos aberrantes a un pequeño de dos años y nueve meses de edad. Por otra parte contribuyen a mi argumentación, las opiniones del destacado médico legista, profesor doctor Juan Carlos Romi, profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires y miembro de la Academia Argentina de Medicina Legal. Así debe decirse que las desviaciones sexuales (CIE-10 OMS) o parafilias (DSM-1V) son perturbaciones sexuales cualitativas (como veremos) cuyas manifestaciones sexuales se caracterizan por la deformación de la imagen de la pareja (DIP) o por la deformación del acto sexual (DAS) es decir, anomalías del fin sexual. La experiencia demuestra que sólo tienen relativa posibilidad de modificar su conducta los egodistónicos, que son muy pocos y en la inmensa mayoría son sintomáticos de una alteración psiquiátrica de base.

Con respecto a la sexualidad y su incidencia en el crimen se pueden realizar las siguientes reflexiones:

1. Las conductas sexuales que configuran delito son una realidad de observación cotidiana y se utilizan todas las manifestaciones sexuales que el ser humano puede imaginar.

2. Algunos autores sostienen que detrás de todo delito sexual se esconde un problema de perturbación sexual. Si bien esta afirmación es evidentemente excesiva, es cierto no obstante que la sexualidad perturbada (disfuncional y/o desviada) es potencialmente generadora de conductas desadaptativas, que pueden desembocar en conductas delictivas.

3. *De manera que es importante estar en condiciones de entender las conductas sexuales humanas y si éstas se dan o no en el marco de una personalidad con perturbaciones psicosexuales y/o psicopatías sexuales*.

a) El individuo que delinque, cualquiera sea su forma, tiene una personalidad, por lo tanto el estudio de la conducta sexual delictiva debe hacerse en función de y en el marco de su contexto social;

b) El individuo, en sus continuas tentativas de adaptación al mundo en que vive, manifiesta conductas que adquieren una significación y una intencionalidad que constituyen un todo organizado (portador de un sentido) y están dirigidas a un fin;

c) Así, la conducta sexual delictiva es una conducta concreta del victimario, expresión de su relación con la víctima en un lugar (espacio) y en una fecha (tiempo) determinados;

d) La dificultad del delincuente para aceptar la ley implica dificultades en el desarrollo de su personalidad, ya que significa una alteración, violación o transgresión de la norma establecida.

De la interacción hombre-medio surge en el individuo la posibilidad de adquirir el rango de persona, ya que es el único ser vivo que está capacitado para desarrollar dotes de ser racional (es el único ser vivo que puede pensar que piensa) y autónomo (puede escapar del determinismo biológico y hacer uso libre de lo pulsional), por lo que podemos decir que "personalidad" es a la persona lo que individualidad es al individuo en un nivel más jerarquizado. Se entiende por personalidad el estilo de vida común a todas las conductas o de un número predominante de ellas que hacen identificable a una persona de otra.

Cuando en determinados trastornos de la personalidad se observan conductas sexuales, perturbadas o delictivas como un componente intrínseco (egosintónico) de la personalidad anómala estamos ante una psicopatía sexual (como ya hemos visto).

Por lo expuesto, las conductas delictivas, sexuales que suelen ejecutar estos individuos corresponden a un hecho que el actor premedita, anticipa y ejecuta en forma coordinada hacia un objetivo que responde a sus necesidades placenteras utilizando conscientemente el ardid o el engaño para lograr su finalidad, de manera que lo realiza con clara valoración de la ilicitud (por eso engaño) y se toma el tiempo necesario que las circunstancias le requieren (no es un hecho compulsivo, irrefrenable, reflejo o automático que responde a una ideación obsesiva patológica, como ya vimos).

Que tal comportamiento pueda adquirir características de habitualidad y ser el producto de una situación histórica (biografía de la personalidad anómala) que explique psicológicamente su conducta, tal accionar no puede ser justificado médicolegalmente si el actor no presenta alguna perturbación mental de las contempladas como eximentes en el artículo 34 del CP y que, por ende, hayan impedido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto y/o dirigir sus acciones.

Por lo tanto, los estudiosos del tema afirman que en la mayoría de los casos observados el agresor sexual conoce lo que realiza y el valor antijurídico de su conducta y realiza lo que quiere o desea intencionalmente.

La tarea de predicción de la peligrosidad de un delincuente sexual ha de tener en consideración la gravedad y la frecuencia de las agresiones sexuales mostradas en la carrera delictiva. La presencia de los siguientes indicadores está asociada a un riesgo elevado de reincidencia:

1. Si el delito incluyó la violencia y puso en riesgo físico a la víctima;

2. Si hubo acciones excéntricas y/o la presencia de rituales;

3. Si es reincidente (no cambia su comportamiento ni aprende con la experiencia);

4. Si ha existido evidencia de alteraciones psicopatológicas graves;

5. Si el sujeto no reconoce el delito o lo racionaliza y no concientiza la idea de ser ayudado terapéuticamente;

6. Si no le interesa controlar su conducta sexual y se mueve con impulsión sexual gratificante;

7. Si vive en un medio sociocultural adverso;

8. Si su comportamiento es vivido en forma egosintónica.

Los delitos propiamente sexuales conforman un sistema autónomo, singularizado por el hecho de obedecer a un mismo esquema valorativo, y por la circunstancia de que todas las conductas sancionadas representan formas concretas de manifestación del instinto sexual o tienen con él algún grado de vinculación, todo lo cual les confiere especificidad dentro del conjunto del ordenamiento penal. En este plano debemos destacar que la sociedad nada tiene que ver con las prácticas sexuales voluntarias entre personas capaces y por tanto no puede regular o sancionar dichas conductas, mucho menos a través de bases morales. Así, la pretensión de ejercer la potestad punitiva del Estado, como medio para la consumación de determinados fines

considerados valiosos por la autoridad, constituye una instrumentalización del individuo absolutamente contradictoria con el concepto de dignidad humano. Debe así el ordenamiento penal limitarse a posibilitar la coexistencia de las diferentes concepciones y manifestaciones de la sexualidad. Pues la legitimidad de la pena, según los planteamientos reformistas en el campo sexual, se encuentra supeditada a la afectación de los derechos de una persona en concreto.

Sí en un estado de derecho, resulta indispensable la división del poder público; elecciones competitivas y periódicas, pero para la materia de este estudio, hay tres principios que requieren una especial mención; en primer lugar la garantía del respeto de los derechos del hombre ante los demás y ante el poder, la sujeción a la ley, de individuos y grupos, sobre todo de los órganos de poder público, para lo cual es indispensable el control de dichos órganos y la posibilidad de pesquisar su responsabilidad; y, por último, la legitimidad de ideologías y grupos que discrepen de los detentados del poder y de la ideología dominante, es decir, pluralismo en ideas y agrupaciones. Y en un Estado democrático es fundamental la idea de radicar, en el conjunto de individuos, el poder político, lo cual presupone la posibilidad de configurar su voluntad para el ejercicio de poder, de informar e informarse, de opinar, de reunirse y asociarse.

Cuando hablamos de delitos sexuales o violencia sexual nos referimos "a una serie de actos que engloban desde conductas aparentemente 'insignificantes' como puede ser un manoseo, hasta diversas prácticas sexuales, impuestas y no consentidas –incluyan o no la relación coital– y una amplia gama de actos humillantes y dañinos, como penetración con objetos, prácticas sádicas, etcétera".

Respecto de esta reforma que proponemos, debemos resaltar que no constituye una iniciativa coyuntural ya que persigue brindar una solución basada en los estudios científicos realizados que concluyen en la bajísima o prácticamente nula posibilidad de recuperación de las patologías descriptas, lo que hace que algunas escuelas psicológicas califiquen a estos sujetos como irredimibles.

Asimismo se procura, mediante normas que contienen prohibiciones claras, limitar las posibilidades de interpretación y el tratamiento permisivo por parte de los jueces argentinos.

Finalmente, sabemos que el agravamiento de las penas no hará disminuir los delitos ni ejercerá un efecto intimidatorio ante tipos delictivos que exhiben altos niveles de reincidencia, pero sí protegerá en el futuro a los sujetos pasivos de los mismos que carecen de posibilidades de defensa por sí, la que se ve agravada si quien debe protegerlos –el Estado– se sustrae a tal obligación.

Por todos los motivos expuestos, y los que se brindarán oportunamente, solicito a los señores legisladores que me acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.

A.2.3.- Proyecto 0259-D-04[28]

Este proyecto, presentado por Julio C. Humada, propuso la reforma de dos artículos del CP. Por un lado el 14, y por otro el 124. El primero debía quedar redactado de la siguiente forma… *La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco procederá la libertad condicional respecto de los condenados por delitos previstos en los artículos 119, 120 y 124…*; y el segundo,… *Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida…*. Expuso los siguientes fundamentos… *La problemática suscitada en nuestro país a partir de la amplia difusión, por distintos medios periodísticos, de la retahíla de violaciones y violaciones seguidas de muerte ocurridas en los últimos meses ha puesto sobre el foco de la opinión pública los aciertos y desaciertos de nuestro sistema penal con respecto a los violadores. El interrogante acerca de qué hacer con este tipo de sujetos, que en principio escapan a toda posibilidad de rehabilitación, ha generado profundos debates y angustiosas inquietudes en vastos sectores de nuestra población, desnudando las falencias de un régimen garantista desbordado por una creciente ola de delincuencia que parece no tener fin. Es así que los argentinos que hemos asistido a un escenario de profundo dolor e indignación frente a los hechos acaecidos en los días pasados, que tuvieron como víctimas a inocentes criaturas indefensas, nos vemos en la obligación de revertir errores fatales de una ley penal benigna que no puede subsistir frente al alto grado de salvajismo y desprecio por la vida e inhumano proceder de estos depravados. Entonces, no es difícil advertir en este contexto que los beneficios que les concede la ley a los que han sido condenados por hechos tales como abuso sexual, violación o violación seguida de muerte aumentan la sensación de incertidumbre, zozobra y desprotección de la sociedad. En consecuencia, se justifica la adopción de medidas represivas más enérgicas que tiendan a preservar a la comunidad de estos inescrupulosos sujetos hasta tanto se logre arribar a una solución de fondo, manteniéndolos en encierro por el mayor tiempo posible hasta tanto se garantice su total recuperación. En nuestro sistema penal existe un período de libertad vigilada durante el cual el penado sale de la cárcel antes de cumplir en su totalidad la pena impuesta observando una serie de obligaciones. Este período se llama de libertad condicional. Este beneficio no ha sido ni es objeto de cuestionamientos para aquellos*

[28] http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=0259-D-04&infobase=tp.nfo&record={688C}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.

casos en donde las condiciones particulares del delincuente y el tipo de delito hace presumir que está recuperado para la vida en comunidad, partiendo de la idea de que todo tienen derecho a una segunda oportunidad.

Pero no todos están en condiciones de convivir en paz con sus pares y su sola presencia crea un clima de inseguridad, ciertamente fundado, que impone alejarlos de potenciales víctimas ya sea temporariamente o de por vida. A ello responde el presente proyecto de ley por el cual se modifica el artículo 14 del Código Penal agregando un segundo párrafo por el cual se prohíbe el beneficio de la libertad condicional a quienes hubieren sido condenados por delitos previstos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal….

B.- LOS DEBATES EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

B.1.- DEBATE EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El debate en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (HCDN) se desarrolló en la reunión N° 10 - 8a. sesión ordinaria (especial) celebrada el 29 de abril del 2004[29].

El **diputado Johnson**… *en relación con el artículo 124 se arriba a la conclusión de sustituir la pena de quince a veinticinco años, prevista originalmente, por la de reclusión o prisión perpetua. Se tienen en cuenta razones de política criminal entre las que juegan los criterios de seguridad y de resocialización o rehabilitación social, que deben actuar de manera armónica. Por ello, entendemos que la pena debe ser elevada a reclusión o prisión perpetua*…;… *se trata de razones de política criminal originadas en la experiencia. Distintos factores determinan que aquellas conductas que atentan contra ciertos bienes jurídicos deben tener una sanción mayor. El dictamen ha ponderado la criminalidad respecto de este tipo de delitos. Entendemos que la pena temporal es insuficiente, por lo que estimamos que debe aplicarse la pena de reclusión o prisión perpetua en este juego que consiste en armonizar los valores que importan los bienes jurídicos violentados y las características personales demostradas por el autor al cometer los hechos….*

El **diputado Damiani**… *¿Cómo declarar aquí o imponer a los jueces la muerte civil de un individuo presumiendo que es irrecuperable, que es descartable?... Estamos de acuerdo, pero no podemos dejar de aportar en esta última oportunidad la necesidad de discriminar cuando la muerte sea querida o sea provocada*

[29] http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/versiones/index.html.

intencionalmente, de aquellas muertes que no son queridas, sobre todo en función del artículo 119. De lo contrario, podría incluirse cualquier deceso accidental con motivo o en ocasión de un mero abuso deshonesto, y no pretendo minimizar ni justificar la figura. En otros casos el Código hace distinciones. Por ejemplo, en el artículo 142 bis se habla del secuestro extorsivo seguido de muerte, y hace alrededor de un año esta Cámara hacía la distinción de la muerte querida de la que se produce en forma accidental. Entonces, ¿por qué en este caso que estamos tratando no se puede establecer una distinción?…. La pena tendrá que estar acotada a la finalidad que tiene, que es la resociabilización (sic) *del condenado. Esta garantía de nuestro derecho no puede ser soslayada, salvo que alguno pretenda que desconozcamos nuestra propia historia…;… Durante el debate en general expusimos una disidencia parcial. Adelantamos que si bien estamos de acuerdo con el agravamiento de la figura elevando a prisión o reclusión perpetua la pena para aquel que cometa el delito de violación seguida de muerte, deberíamos ser coherentes con otras previsiones similares. Cabe citar que para el caso del secuestro extorsivo seguido de muerte se hace una distinción entre el supuesto en el cual la muerte es querida y el caso en que ella no es un resultado buscado por el autor del secuestro. Entonces, para ser coherentes con otras previsiones, proponemos el siguiente texto: "La pena será de quince a veinticinco años de prisión o reclusión si de los hechos previstos en los artículos 119, segundo, tercero y cuarto párrafos, y 120 resultare la muerte de la persona ofendida como consecuencia no querida por el autor. La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida." Este es el texto que sugerimos y que funda nuestra disidencia parcial en este punto….*

El **diputado Fayad**… *Alguna vez tuve un profesor de derecho penal que me dijo que cuando hay que agravar los tipos penales, existe una sociedad que se está degradando. Quiero reflexionar sobre a cuánto de esa degradación estamos contribuyendo, porque hay conductas que presentan un sesgo totalitario, lo que no es conducente ni bueno…;… Desde 1983 hasta la actualidad, el Congreso ha sancionado doscientas ochenta y tres leyes penales, y nadie puede discutir que el problema de la inseguridad se acrecienta día a día. ¿El problema de la seguridad es de nuestra exclusiva responsabilidad? Me formulo esta pregunta con la intención de que reaccionemos, pero no para decir que Fulano de tal está a favor del delito y que los buenos son los que quieren agravar las penas. Todos sabemos que esa no es la solución, porque la penalización constituye la etapa final del proceso delictivo. El derecho penal no es preceptivo; el precepto es extra legem. Lo que quiero decir es que el Código Penal no indica "no matarás"; esta es la concepción del precepto, que se aprende en un país que invierte en educación, que cuida que los jóvenes no caigan en la marginalidad y en el delito, que tiene una política contra el problema de la*

drogadicción y que cuida a los pobres…;… Nos tenemos que ocupar de la educación y de evitar los elementos que contribuyen al crecimiento del delito en el país…; … El artículo 124 se refiere a los delitos que afectan la integridad sexual, y remite puntualmente a los artículos 119 y 120. Esto es como consecuencia de que se produjere la violación seguida de muerte. Aquí se señaló acertadamente las objeciones que había al contemplar lo que se llama el homicidio preterintencional, es decir, donde no existe la intención de matar. En realidad, el tema de la violación es sumamente riesgoso dado que habitualmente se hace la apología del victimario, porque eso es lo que hacemos aquí: tomamos en cuenta si el que violó sufrió violaciones, violencia, etcétera. Desde luego que es cierto que se producen ese tipo de situaciones, pero no lo es menos que hay que estar al derecho de la víctima. En el caso de la mujer, cuando es víctima de una violación, es sometida a una doble victimización por los mecanismos que instruyen los códigos de procedimiento penales para verificar este tipo de delitos. Nos parece atinado que simplifiquemos y jerarquicemos los derechos de la víctima….

El **diputado Natale**… *no hay que deificar la ley, no hay que creer que por sí sola ella habrá de resolver los problemas de la seguridad, pues son otros los instrumentos y los mecanismos que deben utilizarse para resolver una cuestión que a todos nos preocupa….*

La **diputada Musa**… *la inflación de la penalidad -en abstracto o en concreto- es en todos los casos un signo de la crisis de la democracia representativa, y también implica el surgimiento prepotente de una democracia de opinión…;… Las políticas de "ley y orden" y "tolerancia cero" se inscriben, por lo tanto, en el marco de un horizonte miope de volver a proponer viejas recetas a problemas nuevos. En ausencia de una cultura adecuada para una sociedad de elevado riesgo criminal, se termina por responder a los difusos riesgos criminales con el instrumento de la penalidad difusa. No obstante, el atajo represivo pronto va a mostrar que es una ilusión, porque se pueden elevar las tasas de encarcelamiento y de penalidad al máximo, pero éstas se mostrarán siempre inadecuadas frente a una criminalidad en aumento, de acuerdo con las cifras que nos ha brindado la mayoría. Justamente por eso se eleva el riesgo de que la penalidad evada progresivamente todo finalismo utilitario y todo criterio racional, para celebrarse únicamente en una dimensión expresiva y convertirse, por ende, en inmoderada frente a la constatación de que más penalidad no produce más seguridad ante la criminalidad. Pregunto cuál será la respuesta cuando efectivamente nos enfrentemos con esa constatación, que ya se advierte a raíz de los aumentos que se han registrado. En consecuencia, seguiremos insistiendo en el error en el que se ha incurrido por no buscar una solución creativa o por no tocar los intereses que una y otra vez hemos planteado….*

El **diputado Macaluse**… *en los últimos cuatro años se han sancionado casi veinte leyes que aumentan las penas, pero paralelamente ha aumentado el delito. Así, se podría demostrar que el aumento de penas no es el dique de contención para el delito….*

El **diputado Gutiérrez**… *Estamos retrocediendo socialmente y no va a alcanzar con aumentar las penas…;… Es un precepto constitucional reinsertar socialmente a los que delinquen. ¿Por qué algunos reinciden? ¿Cuál es el estado de las cárceles y de los institutos de menores?….*

La **diputada Barbagelata**… *El aumento de pena es lo único que he escuchado en este debate: nada tiene que ver el resultado del combate del delito con el aumento de las penas;… no puedo pensar que los legisladores no conozcan los artículos del Pacto de San José de Costa Rica, que establecen cuál es la función de la pena, no sólo retributiva sino también resocializadora, que es incompatible con condenas excesivamente largas….*

La **diputada Giudice**… *Entonces, señor presidente, me parece que tenemos que decir algunas verdades. Así como es necesario en una sociedad contar con la posibilidad de desarrollo personal, con justicia e inclusión en el desarrollo social, también se requiere que la aplicación de las penas sea equitativa, justa y responsable hacia aquellos que infringen las reglas de juego impuestas por esa sociedad. Legislando en forma espasmódica y fragmentada sobre el Código Penal estamos poniendo en juego las escalas de las penas, pero también ponemos en riesgo el futuro de nuestros hijos. Y como todos tenemos hijos, y todos podemos ser víctimas potenciales, debemos tener mucho cuidado en la manera en que legislamos….*

El **diputado Pinedo**… *En cuanto al artículo 124, que aborda un caso especialmente horroroso, como lo es el de la violación seguida de muerte, tal como lo manifestó el señor diputado Damiani, creemos que cuando la muerte no fue intencional no debería tener la misma pena, que en este caso es de prisión perpetua….*

La **diputada Castro**… *El aumento de las penas es absolutamente ineficaz para contrarrestar el crimen. Voy a dar algunos ejemplos en este sentido. En el año 2003 votamos la ley 25.742, que castiga con reclusión perpetua el secuestro seguido de muerte. Sin embargo, en 1999 hubo ocho casos de secuestros extorsivos, en 2002, doscientos veinte y en 2003, después de sancionada la ley, se produjeron trescientos noventa secuestros extorsivos….*

La **diputada Maldonado**… *Por eso, quiero aclarar que el proyecto que he presentado propiciaba, entre otras cosas, excluir de la posibilidad de la libertad condicional a quienes cometieran los delitos previstos en el artículo 124 del Código*

Penal y aplicar prisión perpetua a quienes cometieran el delito de violación seguida de muerte. Creo que en el caso de este delito no corresponde hacer una diferenciación en la cuestión preterintencional, que sí correspondería en otros delitos que se piensa incluir en la modificación propuesta al artículo 124….

El **diputado Pernasetti**… *pese a que diputados de nuestro bloque han presentado proyectos en este sentido, lamentablemente, la decisión de la comisión de no aceptar modificaciones con el argumento de que no son realistas nos obliga a anticipar que nuestro voto en general será negativo. El señor diputado Damiani ha dicho muy bien que en el caso de secuestro extorsivo se hizo la diferencia, y no hablábamos de culposo o doloso. Entonces, ¿cómo no vamos a hacer la diferencia en este caso? Estamos cayendo en una contradicción absoluta. Se van a reír los jueces y los tratadistas. Por lo expuesto, si no se aceptan estas modificaciones, sobre todo teniendo en cuenta las razones que se han esgrimido, nuestro bloque votará en contra….*

El **diputado Falu**… *La comisión no acepta la modificación propuesta porque entiende que, al no especificarse que el resultado de muerte sea culposo, se sobreentiende que es doloso….*

B.2.- DEBATE EN SENADORES

El debate en senadores se llevó a cabo el 5 de mayo de 2004 (9° reunión 7° sesión ordinaria)[30].

El **senador Agúndez** propició la modificación del artículo 124 del CP, teniendo en cuenta si la muerte de la persona ofendida era o no querida por el autor, expresando… *cualquier juez de la República va a pensar que si luego de un estupro una chica muere por un accidente en un automóvil nuestra idea es aplicar la prisión perpetua….* Por ello es que abonó la idea de conminar penas privativas de libertad en caso de muertes no queridas (quince a veinticinco años de reclusión o prisión) y no divisibles en caso de muerte querida (reclusión o prisión perpetua).

El **senador López Arias** entendió que podía interpretarse que un abuso sexual seguido de la muerte accidental de la persona ofendida por cualquier cosa (sic), obligue al juez a imponer una pena de cadena perpetua, para luego expresa que… *la interpretación fehaciente que se está solicitando de parte de este cuerpo puede ayudar al juez, pero bien sabemos que en la norma penal la interpretación es lo que menos vale e importa la literalidad del tipo penal, por lo que realmente deberíamos tratar de avanzar en la definición precisa de las conductas que se quieren sancionar…*,

[30] http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busqueda?page=4.

entendiendo que de no aclararse tal cual se proponía, se establecía una norma muy rígida, poniendo en riesgo el principio de reinserción social.

La **senadora Conti** disertó sobre el llamado "*frontalismo penal*" explicando que el frontalismo era una característica arquitectónica del fascismo que llevaba a la construcción de edificios con frentes muy pomposos, imponedores de poder y con adornos grandilocuentes, aunque dentro del edificio no hubiera nada, rematando… *Y nosotros sabemos que detrás de estas modificaciones del Código Penal, no hay absolutamente nada…*. También afirma que a pesar de haber aumentado las penas para el caso de "gatillo fácil"… *los policías que matan a menores con impunidad absoluta…* (sic). Agrega que descree de que el artículo 124 pueda ser modificado porque… *estamos haciendo demagogia, tal vez para que salga en los diarios, diciendo que creamos una pena que ya existe…*

El **senador Giustiniani**, mencionado a Beccaria, explica que para aquél, uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad. En ese sentido, la certidumbre de un castigo, aunque sea más moderado, causará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de impunidad.

El **senador Yoma** dijo que al incrementar las penas como medida aislada, se corre el riesgo de no ser eficiente y de que no se consiga el objetivo buscado… *cada día se agrava el problema y lo agravamos, a su vez,…*.

La **senadora Arancio de Beller** argumentó que… *si no tenemos políticas sociales que contengan, si no tenemos políticas educativas que realmente masifiquen la educación, si no tenemos políticas para generar trabajo genuino, esto es muy difícil. Siempre vamos a seguir sobre las causas, sin atacar el tema de fondo, que es una profunda inequidad social que ha ido creciendo paralelamente al aumento de los índices del delito…*.

El **senador Menem** dijo que iba a votar favorablemente el aumento de las penas… *porque creo que si no disuadimos, por lo menos sacamos de circulación y castigamos a estos elementos antisociales que perturban la convivencia pacífica en la sociedad argentina…*.

La **senadora Ibarra**, quien acompañó afirmativamente el aumento de pena para el artículo 124 del CP, expresó que las penas deben ser responsables (sic), adecuadas, *… y que es una pena adecuada la prisión o reclusión perpetua para la violación seguida de muerte…*.

El **senador Picchetto** expresó que iba a acompañar afirmativamente el proyecto de reforma. También expresa que debe resolverse la duda que había planteado el

senador Agúndez sobre la conveniencia de especificar el carácter doloso del homicidio. Así, dijo que… *por una cuestión de eficacia legislativa esta iniciativa no debe volver a Diputados. Estamos hablando del homicidio doloso, del homicidio que se hace, incluso, para ocultar el rastro de la violación* (sic) *y respecto del cual, además, hay una frontera bastante difícil de evaluar en lo que hace al concepto de homicidio accidental…*. Para luego agregar… *ahora, yo digo una cosa. Evaluemos las características que planteaba recién el senador Agúndez, el carácter accidental del homicidio. Secuestro de una niña, violación y, en el medio de la violación, a lo mejor la sofoca y muere. ¿Es accidental, es doloso? Me pregunto cuál es la diferencia. La viola, intenta escapar y la mata. ¿Es doloso, es culposo? ¿Cuál es la diferencia? En ambos hechos, en ambas circunstancias, indudablemente hay una intención de ocultar el hecho. En el hacho posterior, en el carácter accidental, creo que hay una frontera demasiado frágil. Pero estamos sobreentendiendo que hay intención de matar. Esta es la figura que hoy estamos votando: la intención de matar, el acto doloso. Por eso, nosotros vamos a ratificar la votación de la Cámara de Diputados, vamos a apoyarla desde nuestro bloque, dado que no tenemos aquí ninguna duda. Consideramos que sobre estos sujetos que cometen delitos aberrantes tiene que recaer la reclusión perpetua… Aquí no dudamos. No tenemos ningún conflicto moral ni ético, ni nos preocupa demasiado el tema de la resocialización, porque estos sujetos no se resocializan* (sic). *Son pertinaces además de reincidentes. En general, los violadores de menores, son reincidentes…*.

C.- ANÁLISIS DOGMÁTICO

La simpleza de la redacción del artículo 124 CP lo hace aparecer como “inofensivo”. En efecto, uno podría leerlo y decir que, en definitiva, no es más ni menos que una agravante por muerte respecto de todos los abusos sexuales y el estupro. Sin embargo, las apariencias engañan. Veamos entonces si podemos dilucidar lo que existe “detrás” de este dispositivo.

C.1.- BIEN JURÍDICO (BJ)

Al tratar este tema, la doctrina establece cuál es el BJ cuyo ataca se sanciona, pero en referencia a las modalidades básicas de los tipos penales en cuestión y no pareciera existir mucha controversia al determinar que el BJ es la libertad sexual[31]. Sin

[31] DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 12; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 229; CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 167; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial*, t I, Mario Vieira Editor, Buenos Aires, 2000, p. 342; NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Lerner Editora Córdoba, 2008, p. 116; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, TEA, Buenos Aires, 2006, p. 306.

embargo, al tratar el tema de la agravante del artículo 124, nada se expresa acerca de si, además de la libertad sexual, se ataca otro BJ[32]. Tengo para mí que en cada dispositivo del catálogo represivo, debe verificarse el BJ que se repute atacado a los efectos de poder limitar las consecuencias que puedan devenir de la aplicación amplia de los tipos. Dicho de otro modo, el BJ entendido como un derecho individual, como la expresión de la libertad individual respecto de una situación concreta (la libertad de disponer de la vida, de la honra, de las ideas, de la propiedad, en suma de todo aquello a lo que los seres humanos tenemos derecho a disponer)[33], tiene como función trascendental limitar el alcance de los tipos legales penales a través del principio de lesividad para delimitar y reducir la función punitiva del Estado[34].

Existen distintas formas de clasificar los tipos penales, teniendo en cuenta distintos parámetros[35] pero, en cuanto a la cantidad de BJ atacados existen, sustancialmente, dos vertientes: por un lado, aquellos que sancionan la lesión a varios BJ (***pluriofensivos***), como el secuestro extorsivo en el que se sanciona tanto el ataque doloso al patrimonio como el ataque doloso a la libertad, o las agravantes previstas por la ley 25.742 y, por otro, los que sancionan la lesión a un único BJ (***uniofensivos***), en tanto se me permitan ambos neologismos.

En el caso que nos convoca, podría suponerse la ***pluriofensividad*** (libertad sexual sumada a la vida de la persona ofendida), sobre todo por el aumento de la pena privativa de la libertad conminada. Sin embargo, por la forma en que está redactado el tipo penal, no puede tenerse por sancionada la pérdida de la vida de la víctima. En efecto, la muerte en sí misma no es delictiva sino, antes bien, la forma en la que a ella se llega, y esa forma es a través de conductas homicidas dolosas, culposas a preterintencionales. Dicho de otro modo, el homicidio siempre conlleva la muerte de alguna persona pero no siempre la muerte tiene por causa el homicidio. Y adviértase que ***lo que se menciona en el dispositivo es la palabra muerte y no la palabra homicidio***. Por lo tanto, ¿cómo podría suponerse que se sanciona al autor de la muerte de otro en nuestro derecho represivo si no lo es a través de las figuras de homicidio? Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el BJ es ***único***, es decir, sólo se sanciona la lesión a la integridad sexual de la víctima, adicionándose como una agravante de la pena, la muerte de la persona ofendida. Se pretende tutelar la vida de la víctima del ataque haciendo referencia a la muerte, cuando en realidad, los ataques a la vida de las personas se sancionan mediante los tipos penales de homicidio. Ni más ni menos que esto.

---

[32] BUOMPADRE, op. cit. ps. 362 y ss.; SOLER, op. cit. p. 314; NÚÑEZ, op. cit. p. 124; FONTÁN BALESTRA, op. cit. ps. 239/240; CREUS, op. cit. ps. 186/187; DONNA, op. cit. p. 82;
[33] SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 148.
[34] GÓMEZ URSO, Juan Facundo, *Tipicidad Penal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2005, p. 93.
[35] *Ibídem*, ps. 123 a 192.

Es más, ni siquiera puede considerarse como un *tipo derivado*. Veamos. Los *tipos básicos* asignan una pena a la acción más elemental que puede presentarse para vulnerar un bien jurídico[36]. A éstos, añadiéndole ciertas cualidades, circunstancias o elementos, se crean los llamados *tipos derivados* que atenúan (*tipos atenuados o privilegiados*) o agravan (*tipos agravados o calificados*) la consecuencia jurídica prevista para el mentado tipo básico. No se refiere, necesariamente, a la fusión de dos figuras delictivas sino que, antes bien, en la mayoría de los casos, se adosan modalidades o situaciones que en sí mismas no constituyen delito (lugar público, parentesco, uso de determinados medios, y una larga lista de etcéteras). Sin embargo, en otros tipos penales, las circunstancias agregadas sí lo son (daño o coacciones)[37]. Es obligatorio advertir que, para que un *tipo derivado* sea considerado tal, debe cumplir tres condiciones: a) que la adición de una circunstancia específicamente prevista sólo tenga por efecto alterar la escala penal; b) que el tipo básico siempre debe estar contenido en el tipo derivado, atenuado o agravado y, c) que, cualquiera de ellos, tienden a proteger, de distinta forma, ***un mismo bien jurídico***[38]. Vaya un ejemplo, tal vez bastante vulgar, pero que considero útil. Cuando una persona compra un vehículo automotor puede elegir (de acuerdo a su disponibilidad dineraria) un modelo básico, uno intermedio o uno completo (entiendo que lo llaman "full"), y tal elección hace variar el precio del rodado (*escalas penales, por ejemplo, del artículo 119*). Por otra parte, el modelo básico (*tipo básico*) está siempre dentro de los modelos más caros (*tipo derivado*) y, por último, siempre se refieren a la misma marca de vehículo automotor (BJ).

Ahora bien, si luego el automóvil es destruido por la caída de un árbol, por una caída de granizo o por una inundación, nada tiene que ver ni el acto de la compra ni con el modelo comprado (*muerte de la persona ofendida*), o ¿acaso podría especularse o decirse que tales siniestros tienen relación con la marca y modelo comprado? Un absurdo. Así como los siniestros mencionados no respetan modelos de vehículos automotores, tampoco la muerte respeta ni edades ni calidades de personas ni circunstancias.

B.2.- CONDUCTA

Si bien no es el lugar adecuado para explayarnos sobre la conducta, lo cierto es que la persona que actúa, ***debe liderar procesos causales***, es decir debe ser el que pueda interrumpir el desarrollo de un hecho, cambiarlo, demorarlo, adelantarlo, es decir, el señor del hecho. Y lo que puede manejar el sujeto es lo que de él depende

[36] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, p. 288, cit. por GÓMEZ URSO, op. cit. p. 135.
[37] GÓMEZ URSO, op. cit. p. 136.
[38] *Ibídem*, p. 136. Sin resaltado en el original.

(***procesos causales***) y no aquellos que de él no dependen (***procesos casuales***). Volviendo al ejemplo, el comprador del automóvil es el "señor de la compra", el "dominus" pero, en modo alguno, el "señor de los siniestro", por el sólo hecho de que no los puede dominar.

Así las cosas, en el artículo 124 del CP, los únicos ***procesos causales*** que puede direccionar el sujeto, son los que se refieran a los abusos sexuales y al estupro pero, en modo alguno, los referidos a la muerte de la víctima que son los que se encuentran fuera de su órbita (de su dolo y de su culpa), como el caso fortuito. Ahora, si liderase ***procesos causales*** que sí lleven a la muerte de la víctima, no habría inconveniente en imputarle la misma a título de dolo o culpa, concursándolo con el tipo adecuado.

B.3.- TIPO PENAL

El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal[39]. Y es que el tipo penal, es el presupuesto fundamental para la aplicación de una pena, al describir la acción humana que es lo que caracteriza al derecho penal de acto. En efecto, *… el sentido político del principio de la acción es negar el derecho penal de autor en todas sus variantes posibles, relevando a la acción como único ente susceptible de desvaloración jurídica. Es la expresión, en derecho penal, del principio de igualdad y de los derechos a la existencia, personalidad e identidad individual…*[40]. Así, nuestra Ley Fundamental y Fundacional, lo plasma en el artículo 19 como también en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) del artículo 75 inciso 22 del mismo cuerpo, a saber: artículos 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[41], 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[42] y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)[43].

Siguiendo el esquema del tipo complejo, es central analizar el o los bienes jurídicos que se pretenden tutelar y los aspectos objetivo y subjetivo de aquél. Es preciso señalar que el tipo penal como tal es un "***bloque de tipicidad***", sólo escindible en sus aspectos – en principio – con fines pedagógicos, dogmáticos y de formulación del juicio de tipicidad. Sin embargo, lo que suceda en el aspecto objetivo debe perfectamente reflejarse en el subjetivo y viceversa. Es decir, debe existir una

[39] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, op. cit. p. 282.
[40] SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 121.
[41] Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.
[42] Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.
[43] Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

clara simetría entre ambos, una perfecta congruencia. Y esta congruencia no es sino la garantía del justiciable de que sólo se le reprochará lo que quiso hacer e hizo o, lo que sucedió por no haber previsto lo que debía prever. Sin embargo, aquella no siempre es perfecta. En efecto, dos son las excepciones: los defectos de congruencia (tentativa y error de tipo) y los tipos penales incongruentes (en los que el aspecto subjetivo se retrae o se acrecienta respecto del objetivo). La diferencia entre las excepciones es que estos últimos ya se encuentran legislados de esa forma; en cambio, los primeros (y en lo que a la tentativa se refiera) sólo procederá en aquellos tipos penales que la permitan (como la mayoría de los tipos penales de resultado). El error de tipo es más dinámico toda vez que al recaer sobre el aspecto cognoscitivo del dolo, poco importa si se trata de un tipo penal de resultado o no.

Dentro de los tipos penales incongruentes se encuentran los llamados ***agravados o calificados por el resultado***, como lo es, a mi entender, el caso que nos ocupa, cuestión que trataremos al abordar el aspecto subjetivo del dispositivo en crisis.

B.1.2.- *Aspecto objetivo* (AO)

En el AO de este dispositivo, deben tenerse en cuenta varios elementos. En **primer lugar**, deben encontrarse todos los elementos de los tipos penales referidos en el dispositivo, es decir, los elementos de los artículos 119 y 120 del CP que ya han sido desarrollados en otros trabajos dentro del ámbito de este código comentado[44].

En **segundo lugar**, a todos los elementos mencionados, se le agrega un nuevo elemento cual es el de "persona muerta"[45]. ***Desde ya que no cualquier persona muerta, sino solamente la persona ofendida, es decir, la víctima del ataque***. Entonces, es ***la muerte*** de la persona ofendida la que debe resultar y no el ***homicidio***. Y si lo que debe tenerse en cuenta, como primera premisa de interpretación, son las palabras utilizadas por el legislador[46], es claro que lo que debe interpretarse es el vocablo muerte. Como ya lo expresase, ***el homicidio es una de las causas de muerte de una persona pero no toda muerte tiene como causa un homicidio***. Ahora bien, las conductas homicidas en nuestro CP se encuentran ampliamente descriptas por lo que no se advierte el motivo por el cual deba encuadrársela en el artículo 124, toda vez que en él no se menciona la palabra homicidio.

---

[44] http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37783-art-119-120-abuso-sexual.

[45] No impresiona oportuno que me explaye, *in extenso*, sobre el punto en cuanto a qué es persona muerta. Entiendo que al tratar el tipo penal de homicidio, el tema fue satisfactoriamente desarrollado. Al respecto, ver http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf.

[46] CSJN, *Fallos 184:5*.

Es relevante, en el sentido antes expuesto, comparar el artículo 124 con los artículos 165, 142 bis y 170 del CP. En el tipo penal del artículo 165, se menciona la palabra homicidio y, en los otros dos (142 bis y 170) se hace referencia expresa a la muerte dolosa o culposa de la víctima. Por ende, así como en el ***ámbito de los artículos 142 bis, 165 y 170 del CP no debe imputarse a los agentes la muerte de una persona que no tenga las características típicas del homicidio, en el artículo 124 del CP no debe imputarse al agente una conducta que sí tenga las mentadas características toda vez que ellas están descriptas en otros tipos penales que deben ser concursados. De esto se sigue que en el marco del artículo 124 del CP, sólo quedan atrapadas aquellas muertes no imputables al agente ni por su dolo ni por su culpa, es decir, aquellas muertes que sólo ocurren, aquellas que el autor no desea ni que deban ser previstas por él, sin advertir impedimentos para incluir aquellas que la víctima sí puede desear, como el suicidio (relacionado con el hecho) o, inclusive, el caso fortuito***[47].

En **tercer lugar**, el verbo que utiliza el legislador como núcleo del tipo penal es ***resultar*** que tiene varias acepciones, pero lo interesante es que la mayoría de ellas se refieren a cosas o tiene que ver con ellas[48]. En efecto, tiene como sinónimo *redundar* (que es tanto como venir a parar en beneficio o daño de alguien o algo)[49]; dicho de una cosa: nacer, originarse o venir de otra; dicho de una cosa: aparecer, manifestarse o comprobarse; llegar a ser; tener resultado; resaltar o resurtir y, producir agrado o satisfacción. **FONTÁN BALESTRA** indica que la expresión *resultare la muerte… pone en evidencia que el resultado cualificante* (sic) *debe haber sido la consecuencia de la violación en sí misma, y no de cualquier otro hecho vinculado más o menos directamente con ella…*[50]. Adviértase, sin embargo, que el núcleo del tipo seleccionado por el legislador, no hace referencia alguna ni al dolo ni a la culpa con la que pudo haber obrado el agente. De esta forma, no es dogmáticamente posible vincular la muerte con la subjetividad del imputado, sobre todo, teniendo en cuenta la redacción vigente de los artículos 142 bis y 170 del CP.

---

[47] Así,… *colocar un almohadón ocluyendo las vías aéreas en las circunstancias que ha reconocido el imputado, a una joven de la que sabía que estaba afectada de un asma crónica, comporta crear las condiciones de un resultado que no podía dejar de preverse. Lo antedicho no resulta definitorio a los fines de la solución del caso, porque tal como viene redactada la norma en que se subsumirá la conducta del encausado, el catálogo penal no distingue cuál es la causa de la muerte, ni cuál es el comportamiento subjetivo que hace a la culpabilidad (dolo, culpa y aun el caso fortuito). El hecho se califica como violación seguida de muerte (art. 124, Cod. Pen.)… Frente al planteo que discurrió sobre la praeter intención y el caso fortuito, debe decirse que, salvada la posibilidad de una conducta que fuera una forma calificada del homicidio,* ***poco interesa si la muerte entró en el plan del hecho que puso en obra el encausado o si devino como consecuencia de un defecto o exceso de previsión (culpa), o por fin, si es producto de un caso fortuito. Ella está inserta en el curso de la violación y por lo tanto el autor de la misma debe responder en los términos de la norma del artículo 124 del Código Penal…*** (CPen. 3° de La Plata, sala III, 18-10-90, P 76482, RSD-129-90, JUBA; SAIJ sumario B0500354. Sin resaltado en el original. Debo aclarar que este pronunciamiento, si bien anterior a la reforma, es pertinente toda vez que lo único que se modificó de la redacción de 1922 es la pena).

[48] http://lema.rae.es/drae/?val=resultar.

[49] http://lema.rae.es/drae/?val=redundar.

[50] FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 239.

En **cuarto lugar**, entre el ataque sufrido por la víctima y el resultado "***muerte de la persona ofendida***" debería existir necesariamente, para serle imputada al autor, una conexión causal. Supongamos que una persona realiza un acto de tocamiento impúdico sobre una víctima durante el transcurso de un viaje en un transporte público, falleciendo la víctima al momento del tocamiento. El abuso sexual simple es un tipo de mera actividad, es decir, se da prioridad a la acción para criminalizar el conflicto, utilizándose un verbo que hace inseparable la acción del resultado[51]. Por lo tanto, para el caso del ejemplo, lo que habría que tratar de esclarecer es si la conducta de tocamiento puso en peligro el bien jurídico vida y si el resultado (muerte de la víctima del ataque) es la realización de ese peligro. Sin embargo, no es posible tal imputación desde la concepción aquí defendida. ***En efecto, ya se dejó en claro que el BJ del tipo penal analizado es simple; sólo se sanciona el ataca a la integridad sexual***. ***Y sólo puede imputarse objetivamente el mentado ataque***.

A mi entender, el verbo resultar descarta de plano la conexión entre el hecho y el régimen de la imputación subjetiva, cuestión que trataré en el siguiente punto.

B.1.3.- ***Aspecto subjetivo*** **(AS)**

Conforme el esquema del tipo complejo que se está siguiendo, el AS contiene, básicamente, el dolo, la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo. El dispositivo en crisis, en lo que a los tipos penales de los artículos 119 y 120 del CP, son dolosos. Y ¿por qué son tipos penales dolosos? En nuestra legislación represiva, el sistema elegido para los tipos culposos, es el de *numerus clausus*. Es decir, no hay más tipos culposos que los previstos en el texto del CP. Y en lo que a los abusos sexuales y al estupro se refiere, no existe un tipo penal redactado de la forma en que, habitualmente, se redactan los mismos. Por lo tanto, son dolosos.

En la conformación del artículo 124, debemos tener en cuenta que, claramente, existe una asimetría entre ambos aspectos. Y tal asimetría redunda en que no se evidencia de la redacción propuesta, sancionada y promulgada, ningún rastro de dolo o culpa respecto del elemento *persona ofendida muerta* que lidera el AO. Dicho de otro modo, existiendo dolo de abuso sexual (en cualquiera de las vertientes del artículo 119) o de estupro, aparece en el AO *persona ofendida muerta que acrecienta el mentado aspecto respecto del otro.*

En este sentido, y por la redacción del tipo analizado, habría que hacer una distinción entre un ***tipo penal preterintencional y otro calificado por el resultado***. Al respecto, ***los primeros*** aluden a la conducta de un autor que, obrando con dolo de

[51] GÓMEZ URSO, op. cit. p. 160.

comisión de un tipo objetivo, realiza otro más grave por imprudencia[52]. En nuestro CP, el artículo 81 inciso 1° letra a), es un claro ejemplo de él. Respecto de ***los segundos***, son supuestos de hecho típicos, en los que se prevé un aumento de la sanción por la causación de un resultado más grave que el abarcado por el dolo del autor, distinguiéndose de los anteriores, porque la norma ni siquiera contiene una previsión que vincule ese resultado a una infracción al deber de cuidado[53]. ***Los delitos calificados por el resultado*** responden a la malhadada regla del derecho canónico "*versanti in re ilícita imputatur omnia quoe sequantur ex delicto*", es decir, quien quiere la causa, quiere el resultado. Y la vigencia de la redacción de los artículos 142 bis y 170, demuestran a las claras el desecho de este principio decididamente inquisitivo y retrógrado.

Aquí entra en juego la ***imputación subjetiva***. En efecto, las conductas delictivas las llevan adelante personas con lo que entre lo hecho y lo querido hacer debe existir un puente que conecte ambas cuestiones. La imputación de marras necesita considerar todos los ribetes de la acción y del suceso tal cual ocurrieron para establecer si el autor dominó objetiva y subjetivamente el curso causal para alcanzar la producción del resultado[54]. Y como ya lo afirmé, el verbo resultar descarta de plano la actividad dolosa o culposa del autor en el hecho en el que aconteció el ***resultado muerte***. Ahora bien ¿por qué la descarta? Porque si existiese conexión subjetiva dolosa con la muerte de la persona ofendida, estaríamos en el tipo penal de homicidio doloso, deviniendo inaplicable el tipo del artículo 124. La misma suerte correría la conexión subjetiva culposa, toda vez que, de existir, se debería echar mano al tipo penal del artículo 84. Con esta forma de legislar, se carga a la cuenta del agente, resultados que no quiso y que, en definitiva, no debió prever. Quien obra con dolo de abuso lejos está de pretender la muerte de la víctima y tampoco debe tolerar que se le enrostre el no haber previsto que de su conducta pueda acaecer le muerte de la víctima. Caso contario, y en lo que a la culpa se refiere, se le podría achacar al sujeto no haber tenido conocimiento de que la víctima padecía tal o cual deficiencia previa de salud, o no habérselo imaginado. Veamos. Si un grupo de sujetos ingresa a un lugar con fines de apoderamiento violento y una persona que se encuentra allí, fallece por el susto que le generó ese obrar, ¿deberíamos cargárselo a la cuenta de ellos? Ridículo. Ahora, que esa muerte se tenga en cuenta a los efectos de la mensuración judicial de la pena a imponer, es harina de otro costal pero, en modo alguno, subsumir la conducta en otros tipos penales más gravosos, enalteciendo el despreciable principio del *versari in re illicita*. Entonces, si no es posible la imputación subjetiva a título de dolo o de culpa, sólo resta pensar que lo que realmente queda en pie es al caso fortuito.

[52] RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, Lexis – Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 236.
[53] *Ibídem* p. 237.
[54] SILVESTRONI, op. cit. p. 233.

Lamentablemente, como ya se hubo apuntado, alguna jurisprudencia[55], recogió este guante.

Desde la doctrina, en un primer momento, **DONNA** afirmó que… *a nuestro juicio sólo integran la agravante aquellos resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo realmente con el homicidio culposo en los casos en que así suceda. En cambio cuando el autor seleccionó el abuso sexual como medio para matar a la víctima no habrá agravante, sino ambos delitos (abuso sexual en cualquiera de sus formas y homicidio) los que concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del hecho típico de modo que lo quiere el autor, aquél concurrirá con el homicidio calificado del artículo 80 inciso 7° del CP, siempre que la violación se produjera mientras, la víctima estuviese agonizando. Hay que tomar en cuenta que si se mata a la víctima para preparar, facilitar o consumar el abuso, en realidad éste no se consumará (sería un caso de necrofilia) Consecuentemente el hecho entra directamente en las previsiones del artículo 80 inciso 7° del Código Penal…*[56].

La primera afirmación es huérfana de fundamentación; tan desprovista como la tercera. Y son las que se refieren al dolo indirecto y eventual (la primera) y al dolo directo (la tercera). No merecen ser distinguidas. En ambos supuestos, existe dolo de homicidio por lo que deben concursarse ambos tipos penales ya sea en forma ideal o real (artículos 79 y 119), máxime teniendo en cuenta que, en el artículo 124, no existe el mínimo indicio que relacione el abuso con el dolo o la culpa del agente respecto del homicidio. En efecto, en el dispositivo de marras el dolo es de abuso sexual o de estupro pero *no de homicidio*. Tal como está planteada la norma, ***la muerte debe resultar del ataque contra la integridad sexual (artículos 119 y 120)*** y si ***debe resultar de***, insisto, el dolo y la imprudencia quedan absolutamente excluidos. Ahora, entiendo que la interpretación es correcta cuando hace referencia a la imprudencia. Lo que no alcanzo a entender es el motivo por el cual sí concursa el homicidio imprudente y no el doloso. Si el dispositivo no dice nada ni respecto del dolo ni de la imprudencia, ¿por qué uno no y el otro sí?; ¿cuál es el baremo que toma?

Lo otra posibilidad que plantea es menos llamativa que fantasiosa. El autor elige matar para llevar adelante el abuso (para consumar el hecho típico) En primer lugar, si mata, nada luego de la muerte puede consumar. Pero si lo consuma agonizando como lo expresa, comenzó a matar para cometer el ataque (***otro delito***), es decir, artículo 80 inciso 7°. Y lo que debe quedar claro es que el tipo penal del llamado ***homicidio criminis causa es un delito único por efecto de tipo***, toda vez que la palabra delito inserta en el inciso del artículo de marras, engloba cualquier delito,

[55] Ver nota al pie N° 47.
[56] DONNA, *Delitos contra…* op. cit. ps. 82 y 83.

sea del catálogo sustantivo o de las leyes penales especiales. ***Así las cosas, el artículo 80 inciso 7° no admite ser concursado***, siempre y cuando el homicidio tenga relación con el delito que se pretende ocultar o que no se pudo consumar o del que se pretende procurar la impunidad para sí o para terceros.

En el año 2004, refiriéndose a la ley 25.742, dice **DONNA**… *el segundo tema que tiene importancia como forma de interpretación de los tipos complejos y evitar así la responsabilidad objetiva de un hecho es que, por primera vez se incluye – y entendemos que esto sirve a los efectos de los demás tipos penales complejos – la distinción, en sí correcta, de si el resultado se imputa a título de dolo o a título de imprudencia (culpa), imponiendo en cada caso una pena distinta y descartando la pena en cualquier otro caso*…[57]. Es auspicioso el cambio de postura.

RUBIO, tiene la misma opinión que tuvo **DONNA** en el año 2000[58].

DE LUCA y **LÓPEZ CASARIEGO**, entienden que teniendo en cuenta la escala penal prevista por el artículo 124, se trata de una muerte equiparable a las del artículo 80, por lo tanto, dolosa, abarcada, cuanto menos, por el dolo eventual[59]. Esta postura merece la misma crítica que se le hizo a **DONNA**. ***Si la muerte debe ser abarcada por el dolo del autor, es homicidio***. El mismo postulado de los autores (ya que tienen en cuenta la escala penal) podría aplicarse, tranquilamente, a los artículos 142 ter segundo párrafo y 144 ter inciso 2° del CP. Sin embargo, no es lo mismo muerte que homicidio, por lo que entiendo que no puede compararse ni siquiera *quod poenam*.

BUOMPADRE, por su parte, entiende que el resultado es preterintencional… *no conectado subjetivamente con el autor. La muerte de la víctima es un acontecer culposo que no estuvo en los designios del agente, ni siquiera como resultado probable. La muerte de la persona ofendida –dice la norma– debe "resultar" de algunas de las conductas previstas en los arts. 119 y 120, esto es, que debe ser una consecuencia del propio abuso sexual, del sometimiento sexual gravemente ultrajante o del acceso carnal, y en todas estas hipótesis no debe haber estado prevista por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada al art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal*…[60].

Tampoco advierto que exista tal preterintencionalidad. Del modelo preterintencional del artículo 81 inciso 1° letra a), no puede tenerse por válida aquella conclusión. Este dispositivo expresa… *al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio*

---

[57] Ver nota al pie N° 10.
[58] RUBIO, op. cit. ps. 272/273.
[59] DE LUCA, Javier A y LÓPEZ CASARIEGO, Julio *Delitos contra la integridad sexual*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 131 y sig.

[60] http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37783-art-119-120-abuso-sexual.

empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte…. Es interesante advertir que si suprimiésemos la primera frase entrecomada, sólo se leería ***al que produjere la muerte de alguna persona***, donde la conexión con la subjetividad del autor impresiona clara. Y es que en los tipos preterintencionales tanto el episodio doloso como el culposo, se conectan subjetivamente con el sujeto activo, tal cual se evidencia de la redacción anterior. Y de la redacción del artículo 124 del CP, no puede deducirse aquella conclusión.

Sigue expresando **BUOMPADRE**… *nosotros seguimos creyendo… que se trata de una agravante cuyo resultado escapa a los designios del autor; la muerte no es querida, ni siquiera prevista como probable….* De manera tal que no alcanzo a entender el motivo por el cual se insiste con la preterintención, cuando la muerte ni siquiera debe ser prevista como probable. Es decir, falta un elemento en el AS cual es la culpa. Por lo tanto, nada tiene de preterintención.

En efecto, **es un tipo penal calificado por el resultado** en los que la conexión subjetiva con el obrar objetivo del agente no es posible. Dicho de otro modo, ***la imputación subjetiva es irrealizable***.

Tan así esto que, algunos pronunciamientos, hasta han llegado a incorporar el caso fortuito[61].

CONCLUSIONES

La gestación del artículo 124 del CP fue una cadena de abusos y malos tratos hacia una mujer: la Constitución Nacional. Parecen olvidar nuestros repúblicos que, al momento de asumir sus funciones, tanto diputados[62] como senadores[63], juran obrar en todo de conformidad con lo que prescribe aquella dama.

Los fundamentos de los cuatro proyectos presentados, tienen algunas aristas menos interesantes que oprobiosas. No han sido mezquinos en castigar a los magistrados al poner en sus cabezas el presunto trato benigno que le darían a los inculpados de cometer tales hechos, sobre todo, al momento de decidir libertades. Siempre es más fácil cargar las culpas en otros cuando, en realidad, son compartidas. Tampoco escatimaron esfuerzos en considerar a los condenados por estos hechos como *lacras, irredimibles* e *irrecuperables*, epítetos no sólo realmente lamentables en boca

[61] Debo aclarar que los pronunciamientos citados en las notas al pie 30 y 31, si bien anteriores a la reforma, son pertinentes toda vez que lo único que se modificó de la redacción de 1922 es la pena.

[62] Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, artículo 10°, en http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/congreso/regladip.pdf

[63] Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, artículo 4°, en http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/publicacion/reglasen2005.pdf

de aquellos deben dirigir los destinos legislativos de una Nación, sino también marcadores de una directriz que le habría hecho esbozar una sonrisa al mismísimo Garófalo y por qué no a Jakobs: el derecho penal de autor, el derecho penal para el enemigo. Estas personas son las que representan un *peligro cierto, inminente y concreto a la seguridad pública…; sus conductas importan una peligrosidad social que es necesario acotar severamente…;… demos respuesta a una sociedad que clama para que se la proteja de semejante lacra que amenaza a los hogares de todas las clases sociales y en particular a aquellos más humildes que muchas veces deben convivir por necesidad con los depravados….*

Con todas estas ideas, era inevitable que redujesen todo a cercenar aún más la libertad de los imputados.

Por un lado se proclama asegurar el propósito de reinserción social de los internos con el aumento de las penas y sin la posibilidad de gozar de salidas anticipadas de ningún tipo. Se pretende educar para la libertad desde el encierro, algo así como enseñar a jugar al tenis en un ascensor. Un absurdo. Y lo lograron al modificar el artículo 14 del CP e incorporar el artículo 56 bis inciso 2° a la ley 24.660. No tienen derechos ni a la libertad condicional ni a los beneficios del período de prueba, ni a la prisión discontinua o semidetención ni a la libertad asistida. En definitiva, el tema es la exclusión del sujeto del seno social, aún de por vida. ¿Y las penas crueles, inhumanas o degradantes? Por otro lado, no saciada la sed, modificaron el artículo 63 del CP mediante la ley 26.705[64], comenzando a correr la prescripción de la acción penal desde la víctima cumpla o hubiese cumplido la mayoría de edad. Un disparate.

El debate en la Cámara de Diputados fue prometedor. Salvo las intervenciones de los diputados Johnson, Falu y Maldonado, el resto supo entender que el aumento de las penas de nada serviría para contrarrestar el fenómeno de la criminalidad sexual (en realidad, de la criminalidad en general). Es más, el diputado Damiani, insistió con la propuesta de redacción, similar a los artículos 142 bis y 170 del CP, pero no fue considerado.

El debate en la Cámara de Senadores fue, tal vez, un tanto más enriquecedor. Se insistió con la redacción similar a los artículos 142 bis y 170 del CP, se aclaró que vale más la literalidad de la ley penal que su interpretación por lo que había que avanzar en la definición precisa de las conductas que se pretendían sancionar, asegurando también que las penas rígidas ponían en riesgo el principio de reinserción social. Aún la senadora Conti expresó que se estaba haciendo demagogia con el aumento de la pena para el artículo 124 del CP. Cierto es lo que expresó la senadora

[64] ADLA 2011-E, 3821

Arancio de Beller… *si no tenemos políticas sociales que contengan, si no tenemos políticas educativas que realmente masifiquen la educación, si no tenemos políticas para generar trabajo genuino, esto es muy difícil. Siempre vamos a seguir sobre las causas, sin atacar el tema de fondo, que es una profunda inequidad social que ha ido creciendo paralelamente al aumento de los índices del delito…*.

Sin embargo, triunfó la traición a la Constitución Nacional. En efecto, de los debates analizados es claro que lejos han estado de adecuarse a las directrices de la "buena política criminal", es decir, aquella que se define como el conjunto organizado de medios e instrumentos que, coherentes con un cuadro de principios rectores, persigue el objetivo de contrarrestar y contener el fenómeno social de la criminalidad[65]. Y el imperativo de que las respuestas sean organizadas y coherentes con los principios directrices, generalmente de naturaleza constitucional, son el *deber ser racional* de la política criminal… *que no siempre aparecen en las manifestaciones históricas de la actividad de los órganos estatales contra la criminalidad. No es infrecuente, en efecto, comprobar que tanto "medios" como "instrumentos" son empleados episódica y extemporáneamente para hacer frente a las contingencias políticas* ***prescindiendo de la coherencia con los principios que rigen el orden político y jurídico y con las grandes líneas de continuidad históricas o institucionales****, lo cual dificulta la reconstrucción del proceso evolutivo de la política criminal de un determinado país…*[66]. Así, el dispositivo en análisis, teniendo como telón de fondo los textos de los proyectos y las discusiones parlamentarias, no hace más que confirmar que fue sancionado con una única finalidad: ***la eliminación de un peligro***[67]***, reduciendo al imputado sólo a una "lacra peligrosa"***. Y esto, de nada sirve pero, la sociedad tranquila, es decir, sólo ***legislación simbólica***. En palabras de **MAHIQUES**… *la legislación simbólica no se preocupa por orientar efectivamente el comportamiento de las personas, sino más bien a crear en ellas la impresión de tener el problema bajo control. El – nunca confesado – objetivo de fondo que se persigue con la legislación simbólica es el de unirse al consenso de la opinión pública, acreditando entre los ciudadanos la imagen de capacidad y eficiencia…*[68]. Rústicamente, la senadora Conti lo expresó al disertar sobre el frontalismo penal.

Algunas cuestiones más para puntualizar. La violación a los principios de la acción, legalidad, lesividad, culpabilidad y de reducción racional, son palmarios. Veamos entonces.

---

[65] PALAZZO, F., DOLCINI, E., MIR PUIG, S., y otros, *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio*, G. Giappichelli Editpre, Torino, 1998 (espec. parte 3°, págs.. 101 y ss. y 189 y ss), citado por MAHIQUES, Carlos Alberto, *Cuestiones de derecho penal y política criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2002, p. 34.
[66] MAHIQUES, op. cit. p. 35. Sin resaltado en el original..
[67] JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 63.
[68] MAHIQUES, op. cit., p. 83.

El ***principio del acto***, consagra a la acción humana como el presupuesto ineludible para la aplicación de una pena. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y ser merecedora de una reacción coactiva negando, políticamente, el derecho penal de autor en todas sus variantes[69] (artículo 19 CN, 11.2 DUDH, 15.1 PIDCP y 9 CADH). Y no sólo esto. Deja claramente de lado el caso fortuito. Sólo puede sancionarse aquello que el sujeto quiso hacer e hizo y aquello que realizó por no prever lo previsible. A mi entender, una interpretación distinta a la propuesta, violaría flagrantemente este principio. Y el artículo 124 al proponer agravar la pena por un suceso no vinculado a los designios del autor, se enrola en aquellos dispositivos que colisionan frontalmente con este principio.

De las prescripciones del ***principio de legalidad***, el mandato de taxatividad (*lex certa*) reclama que no haya pena sin ley, lo que implica que la conducta no sólo debe estar perfectamente determinada, sino que también lo esté la clase de pena y su cuantía, de modo de obligar al legislador, en pro de la necesidad jurídica, a adoptar, sobre todo en preceptos penales, que son seguidos de sanciones criminales, el máximo cuidado y detalle en la descripción de las conductas que prohíbe u ordena efectuar, a fin de que todo habitante pueda gozar de la necesaria seguridad jurídica dentro de un Estado determinado[70]. En definitiva, es central para una adecuada reconstrucción del ideal de Estado de Derecho ya que se conecta de manera directa con las expectativas sustantivas de certeza jurídica e imparcialidad en la aplicación de la ley penal[71]. Y también es cierto que, en ciertas ocasiones, atenta contra este mandato constitucional, la imprecisión del lenguaje. Sin embargo, la redacción de los últimos párrafos de los artículos 142 bis y 170 del CP demuestra que la precisión constitucionalmente exigida en las redacciones, es posible. En palabras de **ROXIN**,*… una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además, es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo – general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad…*[72]. Lo expresado, deja al descubierto la liviandad con la que se ha redactado el artículo 124 del CP.

El ***principio de lesividad*** implica que la aplicación de penas sólo puede habilitarse en relación a una acción humana que afecta la libertad de los demás

[69] SILVESTRONI, op. cit., p. 121.

[70] TOZZINI, Carlos A., *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 65.

[71] NAVARRO, Pablo E., y MANRIQUE, Laura, *El desafío de la taxatividad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) Volumen LVIII, 2005, p. 807.

[72] ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 169.

ciudadanos, entendiendo la libertad como la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos como la vida, la honra, la integridad sexual[73]. Por lo que se ha expresado en este opúsculo, sólo entiendo que funciona para la integridad sexual. Pretender sancionar la lesión contra de la vida de la forma en que está redactado el artículo 124 del CP, no es más que una falacia, bastante burda por cierto.

El ***principio de culpabilidad*** es la característica distintiva de un orden jurídico que considera a la persona como un ser libre y responsable, capaz de motivarse en las prescripciones jurídicas, y susceptible de ser alcanzado por la coerción punitiva sólo en la medida de su responsabilidad y ***nunca en función del azar o de la razón de Estado***[74]. La existencia de dolo o culpa respecto de la realización del suceso objetivamente descripto en los tipos penales, es una de las consecuencias más relevantes de este principio; si el suceso no fuese cometido dolosa o, al menos, culposamente, no constituye un ilícito apto para ser sometido a la valoración propia del estrato de la culpabilidad, porque la irreprochabilidad es manifiesta de antemano[75]. Así las cosas, de este principio otro que es el evitación que, además de ser un criterio de atribución del resultado (sólo son atribuibles a la acción de un sujeto los resultados que pudo evitar), también rinde sus frutos en toda la estructura de la teoría del delito, en la medida que sólo en función de la no evitación de lo evitable pueden imponerse al autor consecuencias jurídicas adversas[76].

En efecto, es la contracara de la responsabilidad por el resultado e impide atribuirle al autor un resultado imprevisible, a la vez que reduce la imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a una mixtura de dolo y culpa. El principio de culpabilidad resulta aceptado por unanimidad, desde que la exclusión de la responsabilidad por el resultado es, por otra parte, consecuencia de la función motivadora del tipo penal, el que, por carecer de toda razón la prohibición de sucesos sólo causales, permite únicamente, como materia de la mentada prohibición, la de aquellos resultados que sean previsibles y evitables. Nuestro más Alto Tribunal reconoció expresamente este principio en varios pronunciamientos, expresando que *…el Tribunal ha considerado requisito ineludible de la responsabilidad penal, la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente…*[77].

En este orden de ideas no impresiona como acertado enrostrarle al incuso un resultado (*muerte de la persona ofendida*) que haya sido ajeno a su dolo o imprudencia. Lo que sí entiendo como correcto es que, en el caso de que pueda

[73] SILVESTRONI, op. cit. ps. 145 y 148.
[74] SILVESTRONI, op. cit. p. 167. Sin resaltado en el original.
[75] *Ibídem*, p. 167.
[76] *Ibídem*, p. 173/174.
[77] CSJN, *Fallos* 271:297, considerandos 5° y 6°; 274:482, 484 y 487; 284:42; 289:336 y 293:101, entre otros.

imputarse la muerte de la víctima del ataque al agente, se lo haga concursándolo con los respectivos tipos penales de homicidio.

Otra cuestión interesante es que, desde hace tiempo, se viene echando mano al derecho penal como si fuese el gran solucionador de conflictos cuando, en realidad, no es un instrumento de pacificación, sino un modo de violencia legítima que origina nuevos motivos de tensión social razón por la cual su aplicación se debe regir por el principio de *ultima ratio* o de intervención mínima[78]. Sin embargo, el ***mesianismo penal*** ha llevado a concebir a este instrumento de tensión ya no como *ultima ratio* sino, antes bien, como *sola ratio* o *única ratio*[79].

Lamentablemente, la sentencia de **CARPZOV**, cobra relevancia… *Notissimum est, quod in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi liceat*[80].

[78] MAHIQUES¸op. cit. p. 51.
[79] PASTOR, Daniel R., *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 35.
[80] CARPZOV, Benedict, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium (Neue sächsische Praxis in Strafsachen)*, 1635, en http://www.rhist.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/rhist/content/e1023/e1024/files1078/bungRgl-Hexerei09_ger.pdf. "Es bien sabido que, en los crímenes más terribles debido a la enormidad del crimen, se permite transgredir las leyes" (traducción del autor).

"Publicación ilegal de comunicaciones con otro destino"

Por **Marcelo A. Riquert**[*]

Art. 155: ***"Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos ($ 1.500) a pesos cien mil ($ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros".***

1. La norma bajo análisis: art. 155 del Código Penal.-

Inserta dentro del Título V "Delitos contra la libertad" del Libro Segundo del C.P., en su capítulo III *"Violación de secretos y de la privacidad"*, es otra de las normas modificadas por la Ley 26388[1] que, además de cerrar la discusión concerniente a la protección o desprotección penal del correo electrónico, sustituyendo al 153 (entre otras reformas), incluyó una "actualización" del tipo de publicación abusiva de correspondencia previsto en el art. 155 para que alcance a la "comunicación electrónica". Su redacción vigente es la siguiente:

> Artículo 155: *Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos ($ 1500) a pesos cien mil ($ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.*
>
> *Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.*

Recordado el texto, paso entonces al análisis dogmático de la figura.

---

[*] Abogado y Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Master en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España. Profesor Titular Regular de Derecho Penal, UNMDP. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

[1] Pub. en el BO del 25/6/08. El texto original del Código decía: *"El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros".*

2. Antecedentes (genealogía del tipo)

En lo relativo a precedentes de la figura en comentario, tanto Sebastián Soler como, después, Edgardo A. Donna sitúan como el primero al Proyecto de 1891 (Piñero-Rivarola-Matienzo), en su art. 185 y siguiendo al art. 161 del Código italiano, señalándose en la Exposición de Motivos que la publicación de correspondencia no destinada a publicidad constituye una verdadera revelación de secretos ajenos[2]. Luego se reprodujo en el Proyecto de 1906 y, finalmente, en el Código vigente donde, conforme ya se señaló, fue objeto de modificación.

Para cerrar, dejando de lado los antecedentes, puede mencionarse la última propuesta modificatoria "de lege ferenda", como ha sido la efectuada en el marco del *"Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino"*, elaborado por la Comisión nombrada mediante Decreto del PEN N° 678/12 (presidida por el Dr. E. Raúl Zaffaroni), presentado a la discusión pública en marzo de 2014, que aún no logró tomar estado parlamentario. En este, el actual art. 155 se corresponde con el previsto como art. 121 (comunicación o publicación indebida), con el siguiente texto: "*1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, multa de DIEZ (10) a CIENTO CINCUENTA (150) días e inhabilitación de UNO (1) a CUATRO (4) años el que, hallándose en posesión de un instrumento, registro o contenidos a que se refieren los artículos precedentes, lo comunicare, publicare o lo hiciere publicar, indebidamente. 2. La misma pena se impondrá a quien los hiciere publicar, cuando le hubieren sido dirigidos, siempre que no estuvieren destinados a la publicidad, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios. 3. Estará exento de responsabilidad penal quien hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público actual"*.

Como se advierte del cotejo, se trata de uno de los tipos en que se endurecería la sanción prevista, que deja de ser multa para ser privativa de libertad e inhabilitación. En la Exposición de Motivos, más allá de referir la correspondencia con el actual art. 155 y marcar su correlación con el art. 143 del *"Anteproyecto de Reforma Integral y Actualización del Código Penal"* del año 2006, no se brinda ninguna precisión adicional[3].

---

[2] Cf. Soler, quien resaltó que curiosamente esta tipicidad resultaba una novedad tanto aquí como en Italia, aún cuando era un hecho repudiable desde antiguo, citando para fundarlo la 2° Filípica de Cicerón contra Marco Antonio (en *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo IV, ed. TEA, Bs.As., 2° edición, 1963, pág. 107 y nota al pié 54); Donna, *"Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II.-A"*, Rubinzal-Culzoni editores, Bs.As./Santa Fe, 2001, pág. 360.

[3] Cf. AAVV *"Anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino"*, INFOJUS, Bs.As., 2014, pág. 193.

3. Tipo Objetivo:

Se sistematizan las cuestiones vinculadas al tipo objetivo del siguiente modo:

a) Bien jurídico

Al decir de Marco A. Terragni, con esta figura el legislador ha pretendido tutelar la libertad de las personas en la inteligencia de que toda comunicación por correspondencia, sea expresa o tácitamente, pertenece a la esfera de reserva del comunicador y sólo debe ser conocida por el sujeto a quien va dirigida[4]. Navarro-Báez-Aguirre sintetizan diciendo que es una violación de la reserva que, expresa o tácitamente, se ha pactado que debe tener esa correspondencia u otra comunicación[5].

Aboso, siguiendo a Núñez, enfatiza es un delito de violación a la intimidad[6]. Esto, claramente, se enfatiza en el tipo en cuanto refiere en forma expresa que la correspondencia o comunicación electrónica o pliego cerrado o despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no deben estar destinados a la publicidad.

Breglia Arias y Gauna, resaltan que no se trata de una figura similar a las que le preceden en el capítulo, es decir, no significan *"intrusión en el secreto, son su propalación indebida"*[7].

b) Verbo típico

La conducta típica es publicar por sí o hacer publicar por tercero, total o parcialmente (la redacción no distingue), por cualquier medio en forma indebida alguna de las comunicaciones ya mencionadas. Es decir, que se trata de darla a conocer a un grupo indeterminado de personas debiendo ser posible vincularla en modo directo o indirecto con su fuente, el remitente[8].

---

[4] En su obra *"Tratado de Derecho Penal"*, ed. La Ley, Bs.As., 2012, pág. 544. Con similar alcance, Creus-Buompadre resaltan que el envío de correspondencia sólo elimina la reserva del remitente en relación al destinatario y cuando esta se excede viola su libertad aunque no contenga secretos, incluso cuando el ataque provenga del propio destinatario (en su obra "*Derecho Penal. Parte Especial*", Tomo 1, ed. Astrea, Bs.As., 7° edición, 2007, pág. 392).

[5] En su comentario *"Artículo 155"*, pub. en AAVV *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Baigún-Zaffaroni directores, Hammurabi, Bs.As., Tomo 5, 2008, pág. 759.

[6] En su *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, ed. BdeF, Montevideo/Bs.As., 2012, pág. 769.

[7] En su *"Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"*, Ed. Astrea, Bs.As., 4° edición, Tomo 2, 2001, pág. 39. En contra: Soler, que entendía que la infracción violentaba el secreto y no el derecho de autor del remitente (ob.cit., pág. 107).

[8] Cctes.: Aboso, ya citado, pág. 770; Terragni, ya citado, pág. 544.

Creus-Buompadre enfatizan que no hay posibilidad de identificación no habrá delito[9]. La referencia a cualquier medio, como recuerdan Estrella y Godoy Lemos, ha llevado a que se mencionen el escrito, el oral, la exhibición pública o la presentación de la correspondencia en un juicio[10].

Vinculado con la reforma del tipo, no puede soslayarse que el medio informático facilita enormemente que cualquiera pueda publicar reproduciendo alguna de las comunicaciones descriptas, poniéndolas a disposición de todos aquellos conectados y siendo factible en términos técnicos verificar el impacto determinando cuántos realmente accedieron al archivo, lo bajaron o, a su vez, compartieron. Desde esta última perspectiva, entiendo no habría un encadenamiento típico porque la conducta se consumó con la publicación inicial y esta modalidad de reiteración no sería un nuevo delito[11].

La ilegitimidad de la publicación se enfatiza en cuanto se demanda que sea indebida, por lo que el agente no debe tener derecho para hacerlo o no contar con autorización de quien sí lo tiene. Tampoco, lógicamente, concurrir una causa de justificación. Como dice Donna, la ilegitimidad es un elemento normativo del tipo y, por lo tanto, cualquier causa que legitime el accionar de la persona directamente elimina el tipo penal[12]. Se entiende que si la publicación se produce a raíz de una amenaza o median coacciones, el accionar no se legitima sino que se elimina la responsabilidad penal por el suceso[13].

Se ha señalado que la comunicación no necesariamente debe contener un secreto o confidencia, sino que basta con que no estuviera destinada a publicidad[14]. Navarro-Baéz-Aguirre resaltan que el precepto abarca toda clase de piezas particulares cuya publicidad se lleva a cabo en forma indebida[15].

---

[9] Ob.cit., pág. 393.
[10] En su *"Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular"*, Hammurabi, Bs.As., 2° edición, Tomo 2, 2007, pág. 268.
[11] Sin mencionar expresamente el mismo supuesto, se infiere la concordancia con el criterio de Aboso, ob.cit., pág. 770.
[12] Ya citado, pág. 363.
[13] Cf. Navarro-Báez-Aguirre, ya citados, pág. 760.
[14] Así, Terragni, ya citado, pág. 544. Cctes.: Breglia Arias y Gauna, ob.cit., pág. 39; Buompadre, en su obra "*Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*", Tomo 1, Ed. Astrea, Bs.As., 3° edición, 2009, pág. 717; Fontán Balestra, en *"Derecho Penal. Parte Especial"*, 17° edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs.As., 2008, pág. 404. Entre los autores que, a contrario, sostienen la necesidad del carácter confidencial, el último citado recuerda la opinión de Malagarriga y de Díaz.
[15] Ob.cit., pág. 759.

c) Otros elementos del tipo objetivo

El objeto poseído e indebidamente publicado puede ser:

c.1. Una correspondencia, entendiéndose por tal la comunicación escrita entre dos personas, cualquiera fuere el procedimiento de escritura utilizado (palabras, símbolos, caracteres ideográficos), que una de ellas envía, hace enviar, deja o hace dejar en poder de la otra, y que contiene la expresión de su pensamiento[16].

Resaltan Breglia Arias y Gauna la necesidad de que medie la relación de diálogo: el destinatario es un interlocutor del remitente. Por eso, quedan fuera del tipo los textos dirigidos a un número indeterminado de personas con un contenido de difusión, como por ejemplo las circulares y los folletos de propaganda[17].

c.2. Una comunicación electrónica, voz con la que se ha incorporado el correo electrónico (e-mail) o cualquier otra forma de mensajería informatizada (sms, chats privados, whatsapp, etc.).

c.3. Un pliego cerrado, que comprende cualquier tipo de despacho (desde una carta a un paquete) no abierto.

c.4. Un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, pudiendo consistir en versiones escritas o cintas grabadas pero que deben encontrarse contenidas en un despacho cerrado[18].

Conforme cierra la fórmula del primer párrafo, se reclama para la concreción de la tipicidad que la publicación cause o pudiera causar perjuicio a terceros[19]. Este perjuicio que, entonces, se admite aun en forma potencial[20] puede ser de cualquier naturaleza: moral, patrimonial, material. Por tercero ha de entenderse tanto al remitente, el destinatario o cualquier otro, sin que importe se trate de una persona pública o estrictamente privada. Resalta Fontán Balestra que el perjuicio ha de

[16] Cf. AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 523.
[17] Ob.cit., pág. 40.
[18] Cf. AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 523.
[19] El perjuicio potencial, para Creus-Buompadre no forma parte del injusto, sino que se trata de una condición objetiva de punibilidad, por lo que no sería necesario estuviera abarcada por el dolo, ya sea como certeza o como duda (ob.cit., págs. 393/394). En igual sentido se pronunciaba Soler hablando de *"condición de punibilidad"* (ob.cit., pág. 109). En contra, Donna, ob.cit., pág. 363.
[20] Ccte.: Donna, ob.cit., pág. 363. Por su lado, en igual línea, Estrella y Godoy Lemos hablan de la presencia de la causación de perjuicio (ob.cit., pág. 267).

resultar del texto dado a publicidad y no de especiales situaciones de determinada persona, no pudiéndose exigir que estás últimas sean abarcadas por el dolo del autor[21].

Recuerda Donna, sin tomar partido, que la doctrina está dividida entre quienes entienden que para ser típica la conducta la comunicación debe haber sido efectivamente conocida por terceros y quienes sostienen que basta la sola posibilidad de tal conocimiento[22]. Entiendo, en coincidencia con Fontán Balestra[23], Buompadre[24] y Estrella-Godoy Lemos[25], que esta última postura es la correcta, siendo coherente con un reclamo de perjuicio que se admite sea meramente potencial.

d) Sujeto activo

Puede ser cualquiera, tanto el destinatario de la comunicación como un tercero que entró en contacto con ella en forma legítima[26]. Se ha enfatizado que la exclusión de la frase *"aunque haya sido dirigida a él"* en el texto reformado[27], no puede llevar a pensar que esta circunstancia (destinatario) hubiera variado, mientras que no podrá ser autor el remitente[28] ya que, en caso de publicar su propia misiva con perjuicio a terceros, daría lugar a otra tipicidad (contra el honor, por ejemplo), pero no esta[29].

e) Sujeto pasivo

El autor de la comunicación publicada en forma indebida debe ser determinado o, al menos, determinable[30]. Es justamente aquel cuyo ámbito de intimidad resulta afectado por conducta típica.

4. Tipo Subjetivo

Es un delito doloso, lo que se enfatiza a partir del reclamo de que la publicación debe ser indebida. El autor debe conocer que está frente a una comunicación de las previstas, que no puede

---

[21] Ya citado, pág. 405. Ccte.: Marín, Jorge L., en su obra "*Derecho Penal. Parte Especial*", Hammurabi, 2° edición, Bs.As., 2008, pág. 345.
[22] Ya citado, pág. 362.
[23] Carlos Fontán Balestra, ob.cit., pág. 404.
[24] Jorge E. Buompadre, ob.cit., pág. 717.
[25] Ob.cit., pág. 267.
[26] Cctes.: Aboso, ya citado, págs. 769 y 771; Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 269; Creus-Buompadre, ob.cit., pág. 395.
[27] Frase que se mantenía con la modificación por Ley 24286 (BO del 29/12/93).
[28] Cf. Breglia Arias y Gauna, ob.cit., pág. 40.
[29] Así, en AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 536. Cctes.: Navarro-Báez-Aguirre, ob.cit., pág. 760.
[30] En igual sentido: Donna, ob.cit., pág. 362; Aboso, ob.cit., pág. 770.

ser dada a publicidad y que media posibilidad de provocar un perjuicio. Atendiendo a ello, Donna sostiene que sólo es compatible con el dolo directo[31].

Luce admisible la posible concurrencia no sólo de dolo directo sino también eventual. Creus-Buompadre brindan como ejemplo el caso de quien pone en manos de un comentarista radial la correspondencia, aceptando que pueda utilizarla en sus emisiones[32].

5. Iter críminis

Se consuma cuando la indebida publicación de la comunicación se efectiviza o concreta. Ya se vio que se discute si es necesario que llegue a conocimiento de interpósita persona y que la causación de perjuicio es potencial.

La tentativa es admisible[33]. Creus-Buompadre dan el ejemplo de la ruptura de la máquina impresora del periódico donde los ejemplares estaban siendo preparados para su publicación[34].

6. Concursalidad

En caso de que quien publica indebidamente el contenido de la comunicación potencial o efectivamente perjudicial antes la hubiera sustraído o retenido (por ejemplo, conforme Soler, por encontrarla), mediará desplazamiento hacia la figura del art. 153 dentro de este mismo capítulo[35].

Otro ejemplo de concursalidad de Soler: el que publica una carta no destinada a publicidad en la que existían imputaciones calumniosas contra un tercero, comete revelación de secretos contra el remitente y calumnia contra el tercero (art. 113, CP)[36].

[31] Ob.cit., pág. 364. Se concuerda en: AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 537; Navarro-Báez-Aguirre, ob.cit., pág. 761.
[32] Admiten el dolo eventual: Creus-Buompadre, ob.cit., pág. 395; Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 269; Breglia Arias-Gauna, ya citados, pág. 41; Navarro-Báez-Aguirre, ob.cit., pág. 761.
[33] Cctes.: Donna, ob.cit., pág. 364; Breglia Arias y Gauna, ob.cit., pág. 41; Marín, ob.cit., pág. 345. También se concuerda en AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 538.
[34] Ob.cit., pág. 393.
[35] Cctes.: Soler, ob.cit., pág. 108; Aboso, ya citado, pág. 770; Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 269; Fontán Balestra, ob.cit., pág. 404..
[36] Ob.cit., pág. 109.

7. Pena

La pena prevista es de multa, cuyo monto vigente corresponde a la reforma del año 2008, lo que hace que, sobre todo, su mínimo luzca particularmente desactualizado y por debajo de los montos que al presente se prevén para muchísimas contravenciones o faltas municipales. Sería conveniente que en algún momento prospere la vieja propuesta de adoptar el sistema de días-multa, que no sólo evita este problema sino que permite su individualización más ajustada a la real situación del condenado.

Se prevé una cláusula exención de responsabilidad por la conducta en el segundo párrafo[37]. Como resalta Buompadre, esta excusa absolutoria es una de las novedades de la reforma por Ley 26388[38]. No se aplicará pena cuando el agente hubiere obrado en modo inequívoco con el propósito de proteger un interés público. Se ha apuntado que guarda similitud con la cláusula del inc. 1° del art. 111 del CP y que por tal interés ha de entenderse el que lo es para el gobierno, el orden, la seguridad, la prosperidad, la subsistencia, etc., de un número indeterminado de personas, es decir, lo que es de utilidad para el pueblo, lo vinculado con la conducta de funcionarios públicos, etc.[39]

8. Acción penal

La reciente reforma del art. 73 del CP por la Ley 27147[40], no ha tocado el inciso 2°, por lo que al igual de los demás delitos del capítulo con excepción de los arts. 154 y 157, se trata de uno de acción privada.

9. Bibliografía y material consultado

AAVV *"Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación"*, ed. INFOJUS, Bs.As., 2014.

AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011.

[37] En contra: Navarro-Báez-Aguirre, quienes entienden se trata de una causa de justificación (ob.cit., pág. 761).
[38] Ob.cit., pág. 716.
[39] Así, en AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 538.
[40] Pub. en el BO del 18/6/2015.

Aboso, Gustavo Eduardo: *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, ed. BdeF, Montevideo/Bs.As., 2012.

Breglia Arias, Omar-Gauna, Omar R.: *"Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"*, Ed. Astrea, Bs.As., 4° edición, Tomo 2, 2001.

Buompadre, Jorge E.: *"Tratado de Derecho Penal. Parte Especial"*, Tomo 1, Ed. Astrea, Bs.As., 3° edición, 2009.

Creus, Carlos-Buompadre, Jorge E.: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Tomo 1, ed. Astrea, Bs.As., 7° edición, 2007.

Donna, Edgardo Alberto: *"Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II.-A"*, Rubinzal-Culzoni editores, Bs.As./Santa Fe, 2001.

Estrella, Oscar Alberto-Godoy Lemos, Roberto: *"Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*", Hammurabi, Bs.As., 2° edición, Tomo 2, 2007.

Fontán Balestra, Carlos: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, 17° edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs.As., 2008.

Marín, Jorge L.: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Hammurabi, 2° edición, Bs.As., 2008.

Navarro, Guillermo R.-Báez, Julio C.-Aguirre, Guido J.: *"Artículo 155"*, pub. en AAVV *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Baigún-Zaffaroni directores, Hammurabi, Bs.As., Tomo 5, 2008.

Soler, Sebastián: *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo IV, ed. TEA, Bs.As., 2° edición, 1963.

Terragni, Marco Antonio: *"Tratado de Derecho Penal"*, ed. La Ley, Bs.As., 2012.

HOMICIDIO CRIMINIS CAUSAE

"Homicidio conexo con otro delito"

Por Juan Carlos Storniolo y Diego Hernán Alvarez

Art: 80: ***"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:…***

7º Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito."

I) Antecedentes histórico, normativos y Proyectos de Ley.

El tipo Penal del art. 80 inciso 7ª del Código Penal es un tipo penal ampliado del "Latrocinio", que era el homicidio cometido con fin de lucro. En relación a sus fuentes extranjeras, encontramos el art. 304 del Código Penal Francés, el art. 366 del Código Penal Italiano, el art. 288 del Código Penal Holandés y el art. 214 del Código Penal Alemán (el cual se encuentra actualmente derogado), entre otros.[1]

Buompadre, citado por Villada, lo denomina "Homicidio conexo con otro delito" y, en relación a su fuente legislativa inmediata señala y aclara que ha sido el Código Penal Italiano de 1889, aunque anteriormente había sido mencionada en el Código Francés de 1837.[2]

---

1 BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio R. (dirección); TERRAGNI, Marco A. (coordinación) "*Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y Jurisprudencia*", Tomo..., Editorial Hammurabi, , pag. 270.

2 VILLADA, Jorge Luís. *"Delitos contra las Personas. Homicidio, aborto, lesiones, duelo, abuso de armas, abandono malicioso de auxilios"* La Ley, La Ley, Provincia de Buenos Aires, Argentina, Año 2005, p 51.

Como hemos manifestado anteriormente, la fuente originaria del texto que consagra el homicidio *críminis causae* que deviene en especial del Código Italiano de 1889 (art. 366), pasa a nuestro Proyecto de 1891, redactado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, encontrándose previsto en el artículo 111 inciso 4º del mencionado proyecto.

Este dispositivo, posteriormente es receptado por el Proyecto de 1906 que fuera redactado por Piñero, Rivarola, Beagley, Saavedra, Moyano Gacitúa y Ramos Mejía. También aludió al mismo la Ley de Reforma 4.189 (21.08.1903).

Por último se incorpora al Código Penal (Ley 11.179, B.O. 29.10.21) entrando a regir el 30.04.1922 como artículo 80 inciso 3º.

Vale aclarar que en la redacción del Proyecto de 1891, establecía la frase "*otro hecho punible*", que luego fue reemplazada en el Proyecto de 1906 por la actual de "*ocultar otro delito*".

El artículo 80 inciso 7º del Código Penal Argentino, tal como ha quedado transcripto en la actualidad, proviene de la Ley 21.338 (B.O. 25.06.76) introduciendo algunas variantes al texto del código originario que tipificaba el homicidio *críminis causae* en el artículo 80 inciso 3º.

Como ya lo hemos dicho la formula que utiliza nuestro código fue tomada del Proyecto de 1906 (art. 84 inciso 3) y provenía del Proyecto de 1891 (artículo 111 inciso 4º) con algunas variantes de la redacción. La disposición actual reproduce literalmente el inciso 7º de la ley 17.567 (BO. 12.01.68).[3]

Sobre este aspecto, Fontán Balestra cita en su obra al Proyecto de 1937 de Coll y Gómez, señalando que mantiene el precepto, sustituyendo la frase *"para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores"*, por *"para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para un tercero"* (artículo 116 inciso 3º).

Alude asimismo al Proyecto de 1941 de Pecco, según el cual lo mantiene pero modifica la redacción que dice: *"para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito; para asegurar su resultado o procurar la impunidad para sí o para otro, o por no haber podido conseguir el fin propuesto con el delito anterior"* (Art 112 inciso 6º). Por último destaca el Proyecto de 1960 de Soler

[3] FONTAN BALESTRA, Carlos. *"Tratado de Derecho Penal"* T IV Parte Especial, segunda edición actualizada por el Dr. Guillermo A C Ledesma. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. Año 1992, p 109 y ss.

que reemplaza los términos *"asegurar la impunidad por sí o para sus cooperadores"* por *"procurar la impunidad para sí o para otro"* (artículo 111 inciso 8º).[4]

La redacción actual proviene de la ley 21.338 (BO 25.06.76) que introdujo variantes a la redacción originaria prevista en el artículo 80 inciso 3º. En la actualidad está consagrado en el artículo 80 inciso 7º. La primera redacción refería: *"al que matare a otro para preparar, facilitar, consumar, u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible"* . En la actual redacción dispone *"para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados, o procurar la impunidad para sí, o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito"*.

Como se puede apreciar se modificaron algunos términos señalando en lugar de *"asegurar la impunidad para sí o para sus cooperadores"* por *"o procurar la impunidad para sí, o para otro"*... Por su parte, la frase "*"por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible"* es reemplazada por otra que dice *"o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito"...*

Soler destaca que la forma actual -aludiendo al artículo 80 inciso 3º- viene del Proyecto de 1891, con alguna modificación en la puntuación y en la frase *"ocultar otro delito"....,* que decía *"...ocultar otro hecho punible"...,* que viene del Proyecto 1906. [5]

Creus, alude a esta variante diciendo que el texto original, al hablar del logro de la impunidad, en vez de *"otro"* decía los *"cooperadores",* y su párrafo final decía "*o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible*". La ley 18.953 (BO 17.03.71) había agregado otro párrafo al inciso 7º este otro párrafo "Si el otro delito fuese un robo y, además, concurrieren las circunstancias del inciso anterior (concurso premeditado) se impondrá pena de muerte o de reclusión perpetua. Culmina este autor diciendo que la fórmula actual proviene de la ley 17.567.[6]

---

4 FONTAN BALESTRA, obra citada, p 114

5 SOLER Sebastián, *"Derecho Penal Argentino"* ,Editorial Argentina S.A. Buenos Aires, Argentina, Año 1992, p 43

6 CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. 4ª Edición actualizada. Astrea. Buenos Aires, Argentina, Año 1993, p 39.

II) Fundamentos de la agravante.

El fundamento de la agravante puede verse en que el autor invierte la jerarquía de los bienes Jurídicos, pues antepone la vida de otro a fines delictivos diversos; esa inversión, el tratar la vida de otro como medio y no como fin, la instrumentalización, es lo que justifica el mayor disvalor que se traduce en una escala penal agravada en relación con el homicidio simple.

La previsión legal tiene la finalidad de agravar la comisión de un homicidio destinado a servir a la ejecución de otro delito. El homicidio es un medio o, como en el último supuesto, una reacción frente a un objeto delictivo considerado por el autor como más relevante que el respeto por la vida de otro. [7]

En este mismo sentido, Fontan Balestra justifica por sí sola la agravación, a través del menosprecio por la vida humana ante un propósito delictuoso, que caracteriza esta modalidad del homicidio. [8]

Por su parte Soler remarca que el poder calificante proviene de la conexión final y causal, aunque aclara, que nuestra ley contiene dos figuras bastantes diferentes de conexión, pues mientras toda la primera parte se refiere al homicidio cometido *"para",* la parte final se describe al homicidio cometido *"por"*.[9]

Púes, en fin, esa esencia del agravamiento en el homicidio *criminis cause*, consiste en una conexión ideológica, aunque como dice Nuñez se comprende una unión final y también impulsiva

A) La conexión ideológica, a la que alude el citado autor, como causa final, se relaciona de la siguiente forma:

En primer lugar, el homicidio se realiza con el fin de cometer otro delito, que tanto puede serlo por quien mata, como por otro persona. De esta forma, el homicidio se tipifica tanto para preparar, facilitar como directamente consumar otro delito.

En segundo lugar, el homicidio se comete con el fin de ocultar otro delito, como ser la muerte de una persona para que no delate al autor o evitar que el hecho sea descubierto.

---

7 BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio R. (dirección); TERRAGNI, Marco A. (coordinación) "*Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y Jurisprudenci*a", Tomo..., Editorial Hammurabi, , pag. 271

8 FONTAN BALESTRA, Carlos "*Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1996, pag. 110)

9 SOLER, Sebastián, obra citada p 43.

En tercer lugar, se puede cometer el homicidio con el fin de asegurar los resultados de otro delito.

Por último, se comete el homicidio con el fin de asegurar de asegurar la impunidad, tanto para sí mismo como para otra persona. El otro delito del que la ley hablo puede ser tanto doloso como culposo o preterintencional. Esta es una excepción ya que el resto del inciso solo se refiere a delitos dolosos. De igual modo se deben excluir las contravenciones, porque como bien lo dice Fontan Balestra la ley solo habla de delitos.

B) La conexión ideológica como causa impulsiva, siguiendo a Nuñez, existe cuando el autor mata por no haber obtenido el resultado que se propuso. Para ello es necesario que antes del homicidio se haya cometido o intentado otro delito.

Al respecto Donna alega que la mayor pena existe por un mayor injusto por parte de la autor, habida cuenta de que al no haber obtenido el resultado que se había propuesto, que ya era delictivo mata. Poca importa si la victima del homicidio también lo fue del primer delito que ha fracasado, o es totalmente ajeno a él.[10]

Por último, resta decir sobre el punto que el Dr. D'Alessio sostiene que el fundamento de la agravante radica en la mayor criminalidad del ánimo homicida que se vislumbra en el accionar del agente. Señala asimismo dos formas diferentes de conexión entre el homicidio y el otro delito. La primera parte del inciso está referido al homicidio cometido *para* y la segunda a un homicidio cometido *por*. No obstante, considera que no debe identificarse esta conexión con una simple simultaneidad, pues la agravante no reside en el hecho objetivo del concurso del homicidio con otra infracción. De pensarse de ese modo implicaría crear una sanción especial para un simple caso de concurso de delitos siendo que la particularidad de esta conexión es su aspecto subjetivo.[11]

---

10 DONNA Edgardo Alberto, "*Derecho Penal, Parte Especial Tomo I"*, Rubinzal- Culzoni, Bs. As. p/110

11 D'ALESSIO Andrés José, obra citada, p 26. por Almeyra. Miguel Ángel. *Tratado Jurisprudencia y Doctrinario. Derecho Penal.* Parte Especial. T I. La Ley Volumen 3. Buenos Aires. Argentina, Año 2011, p 37. Con comentario de Carlos Ignacio Ríos cita caso publicado en La Ley 2010-A-175 dice: "No media concurso entre el robo y el homicidio críminis causae cometido para lograr la impunidad de aquel ya que, el desapoderamiento queda abarcado por el homicidio, que lo requiere como elemento del tipo objetivo, por ello cabe concluir que, una solución contraria violenta de doble valoración en materia penal".

III) Elementos del Tipo en el Homicidio “*críminis causae*”.

A) Tipo objetivo:

Si bien se advierte que la particularidad del agravante del art. 80 inciso 7ª del Código Penal, reside en sus aspectos subjetivos, el tipo objetivo tiene dos condiciones que la limitan.

En la primera, según sea el caso, el tipo objetivo requiere la muerte de una persona generada por otra –homicidio- en miras a la comisión de un delito doloso, o, a consecuencia de un delito doloso, preterintencional o culposo (esto último solo cuando se da para “asegurar los resultados” o “procurar la impunidad”. En la segunda, se impone al autor un principio de ejecución del acto –tentativa- y ulterior homicidio.

Complementando lo expuesto precedentemente, la primera condición incluye en el elemento subjetivo del tipo, esto es, *para* “preparar, facilitar, consumar, ocultar otro delito o *para* “asegurar sus resultados” o “procurar la impunidad para sí o para otros”, una exigencia objetiva que es que aquello que se pretende preparar, facilitar, consumar, ocultar sea un “delito”, no una infracción. Ello implica que el autor, al reconocer que se trata de un delito para preparar, facilitar o consumar otro delito, éste último tendrá que ser doloso en tanto que para los supuestos “de asegurar los resultados” o “procurar la impunidad”, puede tratarse de delito doloso, preterintencional o culposo.

La segunda condición objetiva es que cuando el homicidio se comete *por* “no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, requiere que ese otro delito haya sido puesto en ejecución, es decir que haya principio de ejecución de la tentativa. Esto significa que al especial elemento subjetivo de no lograr el fin propuesto, se le agrega el elemento objetivo consistente en la tentativa de otro delito, respecto del cual el fin propuesto se encuentra frustrado. [12]

Por otro tanto, Creus y Buompadre opinan que objetivamente, es necesario que la acción que constituye el otro delito haya sido emprendida por el agente; en tal sentido, la expresión “*intentar”* que utiliza la ley parece referirse a un mínimo de actividad ejecutiva, pero no excluye el delito consumado. Ello es contrario a la opinión de Soler y Fontan Balestra que creen que la expresión “*intentar”* debe tomarse en el sentido técnico de tentativa del art. 42 C.P.

[12] BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio R. (dirección); TERRAGNI, Marco A. (coordinación) “*Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y Jurisprudenci*a”, Tomo..., Editorial Hammurabi, , pag. 274

Por consiguiente, tanto se agrava el homicidio de quien intento el otro delito y no llego a consumarlo, como el de quien habiéndolo consumado, no ve que se hayan producido los efectos que se había propuesto conseguir con aquella consumación. La ley, pues, ha utilizado la expresión *intentar,* no en el sentido técnico de tentativa, sino como sinónimo de emprender. [13]

Sujeto Activo

El sujeto activo del homicidio críminis causae puede ser cualquier persona. La doctrina lo denomina *"delicta comunia"* a aquel delito en el cual el imperativo legal está dirigido a todos los ciudadanos haciéndolos destinatarios del mensaje normativo.

Cabe destacar que el autor del homicidio y del otro delito pueden ser personas distintas.

Soler señala que "*el autor del homicidio puede proceder como delincuente único o contar con copartícipes, que no es necesario que lo sean o hayan sido efectivamente, siempre que el autor cuente con ellos o suponga que mediante el homicidio facilita la acción de los demás o la impunidad de estos*"...[14]

Fontán Balestra, citando a Ramos, dice que "*es posible que uno mate para preparar, facilitar u ocultar el delito de otro, para que otro lo consume o para asegurarle los resultados".*[15]

D'Alessio destaca que "*se trata de un delito común, ya que no reclama del sujeto activo, además de la capacidad de acción, ninguna otra característica especial.*"[16]

El artículo 80 inciso 7º sanciona *"al que matare"* para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro. Del texto se puede inferir que no existe ninguna exigencia específica con relación al autor limitándose a una exigencia subjetiva del tipo relacionada con el dolo específico.

---

13 CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge Eduardo, "*Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I",* Ed. Astrea, Bs. As. 2007, p. 35

14 SOLER, Sebastián, obra citada, p 46.

15 FONTAN BALESTRA, obra citada p 114.

16 D'ALESSIO Andrés José. Obra citada, p 25.

Sujeto Pasivo

El sistema utilizado por el Código Penal para establecer circunstancias particulares de los sujetos[17], se ve referenciado en el inciso **1° del artículo 80** que castiga cuando el homicidio recayera sobre "*su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia*"; o en el **artículo 119** cuando dispone que "*abusare sexualmente… y el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente…*" o el **artículo 133** cuando fija que:" *Los ascendientes, descendientes, cónyuges,…que cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores".*

A su vez, existen referencias equivalentes cuando derivados de los sujetos en los **artículos 82** del Código Penal: "*Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior…*" el **artículo 92** del Código Penal enunciando: "*Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80...*", en el **artículo 105** del Código Penal formulando: " *Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 ...*".

El **artículo 107** del código penal formula: "… *serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge*" en **el artículo 185** cuando reza que: "*Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:…1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta…*" y en la privación de la libertad, del **artículo 142** ya que "*Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:…2º. si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular;…".*

En estos tipos penales el legislador demuestra su claro interés, en modificar la responsabilidad criminal, de acuerdo a su calidad especial.

En el caso del art. 80 inc. 8° lo realiza cuando fuere cometido contra un "*miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función cargo o condición*", siendo la contracara de la agravante prevista en el inc. 9°.

---

[17] Esta clasificación de sujetos diferenciados las realiza Gabriel M A Vitale en el comentario de los arts. 80 incs. 8 y 9 del Código Penal. www.pensamientopenal.org.ar

El sujeto pasivo del homicidio críminis causae del inc. 7 que nos encontramos comentando, puede ser cualquier persona, ya que la norma no exige una condición especial pues la agravante no reside en las características o calidades de los sujetos.

Acción Típica

El Dr. Jorge Buompadre en su comentario al art. 79 del Código Penal de la presente obra, refiere que "*…el homicidio consiste en matar a otro y ese otro debe ser una persona nacida con vida del vientre de una mujer...*"

Son sus elementos una acción, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) –*sobre este punto ver análisis del tipo subjetivo de la agravante en cuestión*- que supone la voluntad de suprimir un ser humano.

La acción en el delito de homicidio consiste en "matar a otro", lo cual implica la destrucción de una vida humana.

Entendemos que el homicidio *criminis causae*, es un delito de comisión, es decir, que la acción de matar es siempre activa. Tratándose de un delito de resultado, cobra especial relieve la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico.

En este aspecto, enseña NUÑEZ que una persona causa la muerte de otra cuando su conducta ha sido físicamente eficiente para quitarle la vida.

La relación causal, esto es, la vinculación de causa a efecto entre el hecho del autor (la acción de matar) y la muerte de la víctima, debe ser probada plenamente en el proceso judicial.

El delito puede cometerse por cualquier medio, con excepción de aquellos que se encuentran contemplados y calificados en otros incisos o supuestos de los diferentes agravantes previstos en el art. 80 del C.P. Resulta indiferente la clase, naturaleza o poder letal del medio empleado.

Siguiendo el análisis efectuado en relación a los medios por el Dr. Buompadre, entiendo que el tipo en cuestión, solo puede ser cometido a través de un medio "directos", esto es cuando se actúa hacia o contra la víctima de modo inmediato, sin la interferencia de ningún factor extraño, v. gr., golpes, disparo de arma, puñalada, etc.. Descartando sobre esta agravante, los medios "indirectos" que fueran

anteriormente analizados por el prestigioso doctrinario en su relato y comentario al delito base contra la vida de las personas en la presente obra.[18]

B) Tipo Subjetivo.

En relación al requisito subjetivo la circunstancia de que se mata para conseguir alguna de las finalidades enunciadas en la ley indica lo imprescindible de la conexión subjetiva que se tiene que dar en el agente, entre el homicidio y el otro delito.

En ese sentido se dice que no basta ni la concomitancia ni el concurso.

La circunstancia de que el homicidio haya servido para preparar, para consumar, para ocultar, etc., el otro delito por razones extrañas a la voluntad del agente, no permite colocar el caso en la agravante, la que tampoco se aplica cuando la muerte no responde al dolo directo propio de aquella conexión.[19]

Como ya hemos dicho anteriormente, al resultar el fundamento agravatorio particularmente subjetivo: es necesario que el autor haya actuado impulsado por alguna de las finalidades contempladas en la ley, si su motivación ha sido otra, no se encuadraría el homicidio en esta norma. [20]

Las hipótesis que prevé el homicidio criminis causae son: homicidio finalmente conexo y homicidio causalmente conexo. En el primer caso el autor mata a una persona teniendo en vista otra finalidad, es decir, el tipo penal acentúa el carácter subjetivo no obstante, como dice Soler, que el sujeto se equivoque acerca de la relación real que guarda su homicidio con el otro delito o con la impunidad. Añade el jurista, que no es necesario que ese otro delito tenga un principio de ejecución –tentativa- ni siquiera como acto preparatorio –iter críminis- toda vez que lo que la ley penaliza es al acto de matar *para* "preparar, facilitar o consumar otro delito".[21] Desde una perspectiva subjetiva se actúa impulsado por una esperanza ilícita. Cabe destacar que esta conexión final debe estar en relación a un delito

---

18 BUOMPADRE, Jorge, "*Código Penal Comentado y anotado*", comentario al art. 79 de la presente obra.

19 CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge Eduardo, "*Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I",* Ed. Astrea, Bs. As. 2007, p. 34/35

20 CREUS Carlos y BUOMPADRE obra citada, 34/35

21 SOLER, Sebastián. Obra citada p 45.

doloso. Otra alternativa posible, en este primer caso, es que el hecho esté consumado y el homicidio se cometa para "asegurar los resultados" o "lograr su impunidad". En esta hipótesis, desde una perspectiva temporal, a diferencia de la primera el homicidio se comete después de aquellos hechos. En otros términos, en la primera alternativa el homicidio se comete primero teniendo el sujeto un plan delictivo es decir, *"para"* preparar, facilitar o consumar otro delito en tanto que en la segunda alternativa el homicidio lo comete posteriormente, es decir, *"para"* asegurar un resultado o lograr la impunidad de un delito anterior.

En el segundo caso el autor mata *"por"* no haber logrado el fin que se propuso al intentar otro delito. En este caso el término intentar debe ser considerado como un elemento normativo del tipo, es decir, la expresión *intentar,* como admite Soler, "debe ser tomada en el sentido técnico de una verdadera tentativa"[22]

Desde una perspectiva subjetiva, podemos decir que la motivación del homicidio está centrada en el fracaso del hecho delictivo esto es, por despecho o resentimiento a consecuencia de su propia torpeza o por la resistencia de la víctima.

Núñez sostiene que la conexión ideológica de causa final entre el homicidio y el otro delito puede traducirse en la ejecución del homicidio a) *para cometer el otro delito* sin importar que este último lo cometa el propio homicida o un tercero pues el homicidio se comete para preparar, facilitar, o consumar el otro delito; b) *para ocultar el otro delito*, esto es, para taparlo o evitar que sea descubierto; c) *para asegurar los resultados de otro delito*, es decir, que el objetivo del homicida es poner en seguro los beneficios que ha obtenido o que obtendrá de la comisión de otro delito cometido o por cometerse. Aclara que el carácter puramente ideológico de la agravante le permite coexistir con la realidad de los resultados del delito, siempre que el autor los haya esperado al cometer el homicidio; d) *para asegurar la impunidad para sí o para sus cooperadores*, el homicida tiende a liberarse de castigo o a librarlos a los que participaron en él. Añade que no agrava matar para asegurar impunidad a un tercero por un delito en el cual el homicida no participó en alguna medida (artículos 45 y 46) En este caso, el homicidio

22 SOLER, Sebastián. Obra citada p 47. En mi opinión una interpretación sistemática convalida la conclusión a la que arriba Soler. Se trata de un elemento normativo del tipo. Creus opina en sentido contrario sosteniendo que la expresión *"intentar"* no está utilizada en el sentido técnico de tentativa sino como sinónimo de *emprender.* Cf. Creus Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial Tomo I.* 4rta Edición actualizada. Astrea. Bs. As. 1993, p 42/3.

puede ser anterior o posterior al otro delito y, en este último caso, no es necesario que suceda inmediatamente después del otro delito.[23]

Con relación a la conexión ideológica de causa impulsiva para Núñez sucede cuando el autor mata *por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible*. El tipo penal exige que antes del homicidio se haya consumado o tentado otro delito toda vez que la agravante reside en el despecho del criminal por el fracaso de su anterior conducta delictiva. Es decir, que en esta hipótesis el delincuente lo impulsa a delinquir el disgusto y mata, en otras palabras, "obra a raíz de otro delito, por motivo de él, pero no lo desea, sino que desea el homicidio".[24] En relación al aspecto subjetivo, destaca este jurista, que en la conexión ideológica de causa impulsiva el homicidio, en sí mismo, es el objeto de deseo del autor en tanto que en los demás supuestos del artículo 80 inciso 3º (ahora artículo 80 inciso 7º) ese objeto reside siempre en una finalidad trascendente al homicidio, esto es, la comisión de un delito, sus resultados o la seguridad de sus participantes.

En suma, para Núñez la esencia de todas las figuras comprendidas en el homicidio críminis causae es subjetiva y reside en la preordenación de la muerte a la finalidad delictiva o post delictiva, o a la satisfacción del despecho que mueve al homicida. Aclara asimismo que no es necesaria una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano.

Fontán Balestra, sostiene sobre el punto, que el código adopta el sistema de conexión no solamente como exigencia de las reglas del concurso sino también del elemento subjetivo que se caracteriza por el propósito definido, específico de matar para preparar, facilitar u ocultar otro delito o asegurar la impunidad, o matar por no haber logrado el fin que se propuso intentar el otro delito. En ambos casos, no es el homicidio el objetivo central de la acción sino el otro delito. En un caso el homicidio está en conexión con el otro delito por el fin perseguido y en el otro la causa del homicidio es el fracaso de un hecho punible anterior.[25]

---

23 NUÑEZ, Ricardo. *Tratado de Derecho Penal.* T III Volumen I. Editorial Marcos Lerner. Córdoba. Argentina. Año 1988, p 52/53.

24 NUÑEZ, Ricardo. Obra citada p 53.

25 FONTAN BALESTRA, Carlos. Obra citada, p 110.

Para éste autor habrá homicidio finalmente conexo cuando el autor mata para lograr algo relacionado con el otro hecho delictuoso. En otros términos, no se detiene en su propósito de lograr el fin perseguido –"cometer otro delito", "ocultarlo", "buscar su impunidad"-, aun habiendo previsto que será necesario o conveniente a sus fines cometer un homicidio. Es en razón de este menosprecio por la vida humana ante un propósito delictuoso lo que caracteriza y justifica la agravante.

No es necesario que el otro delito se haya cometido, ni siquiera tentado. La ley toma en cuenta el elemento subjetivo del homicidio. Esta consideración es también válida para las hipótesis en las que se persigue "ocultar otro delito" o "asegurar sus resultados" o "la impunidad para el autor o para otro" ya que no es forzoso que actos tendientes a ese fin sean realizados durante la comisión del delito o después de cometido, aunque esto será lo más frecuente.[26] En el homicidio cometido por "no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito", la idea nace de esa frustración, es decir, se trata de la reacción homicida ante el fracaso. De ello infiere la necesidad de la existencia de un delito anterior, consumado o tentado sin éxito en cuanto a los fines o, al menos, sin el éxito propuesto. Al igual que Soler entiende que el término intentar ha de interpretarse como tentativa.[27] Cuando se trata de "ocultar otro delito" o de "asegurar la impunidad para el autor o para otro", la conexión puede tener lugar con otro delito doloso, preterintencional o culposo.[28]

Por último, resta decir sobre el punto que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se ha expedido manifestando "*…que para resulte aplicable la figura del inc. 7 del art. 80 del Código Penal debe demostrarse la existencia en el ánimo del autor de cualquiera de las finalidades que contempla la ley, lo que pone de resalto el deber de determinar fáctica y jurídicamente la concurrencia de la agravante analizada…""…en el sub examine se encuentra aclarada de modo suficiente la hipótesis fáctica en relación con uno de los diversos supuestos previstos en el inc. 7 del citado art….dando así por probada la conexión con el otro delito: el robo. El suceso quedo comprendido en la citada norma, al probarse la conexión subjetiva final o impulsiva de dar muerte a otro...* El Máximo tribunal Provincial culmina el precedente manifestando en relación a la agravante en "…que *cuestión*

26 FONTAN BALESTRA, Carlos. Obra citada, p 110 y ss.

27 FONTAN BALESTRA, Carlos. Obra citada, p 113.

28 FONTAN BALESTRA, Carlos. Obra citada, p 114.

del art. 80 inc. 7 del Código Penal no resulta, ni expresa ni implícitamente, que su elemento subjetivo del tipo deba concurrir antes de iniciarse la ejecución del otro delito…”[29]

C) Dolo Directo

El tipo penal exige dolo. La mayor parte de la Doctrina, expone que subjetivamente se requiere dolo directo, ya que por la estructura de los tipos penales en cuestión no es admisible el dolo eventual. El autor mata con un fin determinado y especifico, o porque no pudo consumar otro ilícito. Desde esta perspectiva no es admisible el dolo eventual, ya que la dirección de la voluntad del autor no lo admite [30]

La naturaleza compleja del homicidio criminis causae hace variar el contenido del dolo de matar de acuerdo al cumplimiento del fin exigido por el tipo penal (vg. “Preparar”, “Facilitar”, “Consumar”, “Ocultar” la comisión de otro delito, etc.) En el supuesto referido al homicidio cometido *por* “no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” el tipo penal exige que no se haya logrado el fin propuesto al intentar ese otro delito. El dolo debe ser actual a la ejecución del hecho. Es decir que en función del cumplimiento del tipo objetivo el tipo subjetivo tendrá adicionado un requisito de actualidad.[31]

Pues entonces la circunstancia de que en el homicidio *criminis causae* se mata para el logro de las finalidades que la norma contempla (preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, asegurar sus resultados o procurar la impunidad o por no haberse logrado el fin ilícito propuesto) requiere que la existencia del dolo directo propio de esa conexión se encuentre inequívocamente probado.

Sin embargo en esta figura penal una minoría de la doctrina admiten el dolo eventual.

Creus,[32] al aludir al requisito subjetivo, o sea, a la conexión ideológica entre el homicidio y el delito fin considera que no se aplica la figura del homicidio criminis causae cuando la muerte no responde al dolo directo propio de aquella conexión. Este autor dice *“La circunstancia de que se mata*

---

[29] “L.C.A. s/ Recurso de Casación”, S.C.B.A., 31 de julio de 2013,

[30] DONNA Edgardo Alberto, “*Derecho Penal, Parte Especial Tomo I”*, Rubinzal- Culzoni, Bs. As. p/110 y Ss.

[31] ROVETA María Carla . Ponente. *Homicidio criminis causae.* Noviembre 2010. Instituto de Estudios Penales. Director. José Ignacio Pazos Crocitto. Coordinadora Carolina Voisin.)

[32] Carlos Creus, ob.cit.

para conseguir alguna de las finalidades enunciadas en la ley indica lo imprescindible de la conexión subjetiva que se tiene que dar en el agente, entre el homicidio y el otro delito".

Donna sostiene la misma postura en relación al "dolo directo" y cita a Núñez con opinión divergente admitiendo un caso en el cual quien intenta violar a una persona, y a los efectos de que ésta deje de gritar la golpea y muere a consecuencia de la golpiza.[33]

Buompadre señala que este tipo de homicidio solo es pensable en su forma dolosa. Cita a López Bolado para quien resulta admisible el dolo eventual ya que considera que no es necesaria una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano. Para López Bolado la ley solo exige que el deseo del autor de cometer un delito funcione como motivador del homicidio, y para ello solo se requiere la decisión que puede producirse de improviso. Para éste autor el homicidio puede nacer y ocurrir en el momento mismo en que se ejecuta el otro delito.[34]

D) La Ultrafinalidad.

La doctrina mayoritaria, ha entendido que el tipo previsto por el articulo 80 inciso 7ª del Código Penal requiere además del dolo de matar, lo que la doctrina denomina elementos subjetivos distintos del dolo, una finalidad que va mas allá de la realización del tipo objetivo.

D'Alessio, citando a Zaffaroni, remarca que *"el autor tiene en vista una acción que no necesariamente debe concretar, como es el caso del homicidio para facilitar otro delito. Por lo tanto el elemento subjetivo del tipo consiste en la ultrafinalidad en la modalidad correspondiente a los delitos incompletos de dos actos"*[35]

Donna, destaca al respecto un interesante fallo que dice: "*Lo central en el caso del inciso 7º del artículo 80 del Código Penal es que se trata de un homicidio agravado por la concurrencia de un*

---

33 DONNA Edgardo Alberto. *Derecho Penal.* Parte Especial T I Cuarta Edición Actualizada y Reestructurada. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2011, p 126/7

34 BUOMPADRE Jorge E. *Código Penal* y normas complementarias, comentado, concordado y anotado. Chiara Díaz Carlos Alberto. Director. T III. Nova Tesis Editorial Jurídica. Rosario, Año 2011, p 422.

35 D'ALESSIO Andrés José, Director, Divito Mauro A Coordinador. *Código Penal de la Nación.* Comentado y Anotado. 2º Edición Actualizada y Ampliada. T II Parte Especial. La Ley. Buenos Aires. Argentina, Año 2009, p 27. En este texto cita a Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro. *Derecho Penal.* Parte General. 2º Edición Editorial Ediar. Buenos Aires, 2002, p 542/545

elemento subjetivo distinto del dolo que –en el caso- constituye la ultraintención de "matar para o por". O sea que la finalidad que anima la conducta es básicamente la de un homicidio (del voto del Dr. Benjamín Sal Llargués –SD-) *En la figura del homicidio críminis causae lo central es que se mata con una ultraintención también delictiva. Allí la muerte es deliberada, pensada, sopesada, en aras del clásico delito incompleto en dos actos que constituye la especie de ese elemento subjetivo distinto del dolo. Esto no impide que –contingentemente- en el decurso de un robo se verifique un homicidio por esa razón.* (del voto del Dr. Benjamín Sal Llargués. –SD-) *La figura del artículo 80 inciso 7º del Código Penal es –antes que nada-un homicidio. El autor procura la muerte y lo hace inspirado en otro ilícito que –por la muerte que pretende causar- se facilita. De tal suerte es una empresa de homicidio con una ultraintención que implica otro delito* (del voto del Dr. Benjamín Sal Llargués).[36]

Para Buompadre se trata de una figura cuya realización exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Al dolo propio del delito básico le añade una determinada intención, motivación o propósito. Este autor enmarca esta figura en lo que se conoce como "delitos de tendencia" o "tendencia interna trascendente".[37]

Sobre esta ultrafinalidad que venimos desarrollando, Jurisprudencialmente, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en los autos caratulados "Paulides Emanuel", el pasado 19 de octubre de 2015, ha dicho al respecto que la misma, no solo debe estar presente y ser la motivación o propósito del agente, sino que la misma, debe ser explicitada, así "…*Respecto a la aplicación del art. 80 inc. 7 del Código Penal, los jueces Morín y Bruzzone valoraron que el tribunal efectuó "...meras afirmaciones dogmáticas, sin explicar por qué en el caso concreto se configuraría el especial elemento subjetivo exigido por el tipo penal. Dicho de otro modo, los jueces del a quo omitieron explicitar los motivos que los llevaron a concluir que la base fáctica que se tuvo por acreditaba [sic] permitía afirmar la existencia de la ultra-finalidad que el tipo bajo análisis exige en los autores para su aplicación*"…"

---

36 DONNA, Edgardo Alberto, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Actualizada al 31 de diciembre de 2009. Colaboración en la actualización Natalia Barbero, Horacio L Días. T I. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina. Año 2010, p 320/321 cita fallo del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, 19.02.08, "E.A.R s/ Recurso de casación", c 19039, magistrados; Benjamin Sal Llargués, Carlos A Natiello y Horacio D Piombo. (www.scba.gov.ar)

37 BUOMPADRE Jorge E. Obra citada, p 422/3.

Sintetizando, al dolo se le suma un elemento subjetivo del tipo distinto de aquel. Lo que caracteriza y diferencia al homicidio críminis causa es la conexión ideológica de la muerte con la comisión, el resultado o los responsables del otro delito.[38] La figura en examen no admite otro dolo que no sea el dolo directo al que se le debe añadir un elemento subjetivo del tipo, esto es, motivación especial o ultraintención.

IV) Consumación y Tentativa

En el homicidio *críminis causae* la tentativa y la consumación se refieren al homicidio y no al otro delito. Para que pueda mediar tentativa de homicidio debe aparecer de modo indubitable y concreto el designio de matar.

Al hacer hincapié la tentativa y la consumación al homicidio, muerta la víctima, no es necesaria la consumación del delito conexo.

Creus sostiene en relación a la consumación del tipo, que la existencia de la conexión subjetiva es suficiente para que se agrave el homicidio, aunque nos planes del autor no respondan a ninguna realidad; ni es necesario por tanto, que el otro delito haya adquirido entidad por medio de actos preparatorios y menos todavía que haya sido consumado. [39]

Claro está que si el otro delito ha sido consumado o intentado por el mismo autor del homicidio se da un concurso real entre ambos

Confirmando aquel aserto Rubianes, trae un caso de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires aludiendo a la no consumación del delito fin. El mismo dice: "*La aplicación del artículo 80 inciso 3º CP, no se altera porque el agente desista del delito fin después de cometido el homicidio*" [40] También

38 Tribunal Casación Penal de Buenos Aires, sala II, 14.02.2008, "P.M.L s/Recurso de casación, c 14.678, magistrados: Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques (www.scba.gov.ar)

39 CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge Eduardo, "*Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I",* Ed. Astrea, Bs. As. 2007 p. 34

40 RUBIANES, Carlos J. *El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial*. T II Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, Año 1966, p 486 Cita el fallo de SCBA 01.10.40 LL 21-831.

alude a un fallo de un tribunal inferior que dice *"Comete homicidio calificado por críminis causae (artículo 80 inciso 3) quien mata por la violencia (resultado previsible), aunque se hiciera para consumar otro delito (hurto) que se tornó imposible*".[41]

Para Fontán Balestra es posible la tentativa de este homicidio calificado, la que se rige por los principios generales, con prescindencia del grado y aun del comienzo de ejecución del otro delito. Se trata de la tentativa de homicidio.[42]

V) Autoría y Participación

En el homicidio *críminis causae* se aplican las reglas y principios de la autoría, coautoría y participación. En esta línea la jurisprudencia tiene dicho: "*En el homicidio calificado por su conexión final con otro delito, el autor puede actuar con partícipes y con coautores, rigiendo los principios de la autoría y participación, así como los de comunicabilidad de las circunstancias agravantes, conforme al conocimiento y al dolo eventual*".[43]

La coautoría se da cuando el agente ha tenido el dominio del hecho. En este sentido se ha dicho que "*Como la acusada tuvo el dominio del hecho y colocó a las víctimas en situación de ser agredidas por sus compañeros, tenía el deber de garantizar que no se produjera un resultado más lesivo que el planeado. Consumado el doble homicidio calificado reviste, en consecuencia, el carácter de coautora. La finalidad de los homicida, lograr la impunidad mediante la muerte de las víctimas, estaba decidida al resolver los encausados llevar a cabo el despojo aun con los ancianos de la casa*"[44]

Sobre el punto Creus y Buompadre han dicho al respecto que el participe, para hacerse pasible de la pena agravada, debe tener conocimiento por supuesto de la motivación del agente. [45]

---

41 RUBIANES, Carlos J. obra citada p 486 Cita: CC Cap. 16.07.54 LL 76-346.

42 FONTAN BALESTRA, Carlos. Obra citada, p 114

43 DONNA, Edgardo Alberto, De La Fuente Javier Esteban. Maiza María Cecilia. Piña Roxana Gabriela. *El Código Penal…*, p 123 Cita TOMen Nº 1 09.12.94 F J C y otro LL 1996-A-755- (CD LL Ed Nº 15)

44 DONNA, Edgardo Alberto, DE LA FUENTE Javier Esteban. MAIZA María Cecilia. PIÑA Roxana Gabriela. *El Código Penal…,* p 121 Cita CN C Crim, sala VI, 07.06.90 "S C" 18795 Argibay, Navarro, Elbert (en disidencia parcial)

45 CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge Eduardo, "*Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I",* Ed. Astrea, Bs. As. 2007 p. 36

La doctrina he entendido que también es posible la participación del tipo en cuestión, la cual se rige en cuanto a la agravante, por la norma de la voluntad prevista en el artículo 47 del Código Penal.

En función de lo dispuesto por el artículo 47 del CP, la participación supone conocimiento de la causa final o impulsiva del partícipe. La Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "*la calificación jurídica que resultaba ajustada a derecho -y en consecuencia, en la que hubiera debido encuadrarse la conducta reprochada al imputado- es la contenida en el art. 80 inciso 7° del C.P., toda vez que dentro del plan, entonces, que el nombrado pergeño con sus cómplices, se encontraba claramente establecido y aceptado por todos, que se utilizarían armas de fuego provistas de sus respectivas municiones, lo que es equivalente a afirmar que el autor conocía -y aceptaba- el consecuente incremento del riesgo para el bien jurídico vida que su accionar importaba*.[46] En éste mismo tribunal, voto en disidencia la Dra. Ledesma, se dijo *que este delito admite participación pero que a la vez se torna imprescindible que todos los partícipes actúen con el plus subjetivo o la conexión ideológica…*[47]

Dayenoff, cita sentencia sobre la participación en sentido amplio en el delito de críminis causae que dice: "*Configuró el delito de homicidio, tipificado por el artículo 80 inciso 7º CP la acción de los encausados quienes, sorprendidos por un policía al momento de cometer su acción delictiva (robo a mano armada), intercambiaron disparos para cubrir su escape, dando muerte a dicho funcionario. Aun*

---

46 Cámara Nacional de Casación Penal. Sala: III. Luna, Jorge Alberto s/recurso de casación. 15/12/05 Causa nº: 6018 (Voto del Dr. Riggi, Dr. Tragant adhiere según su voto; Dra. Ledesma en disidencia). Registro n° 1136.05.3. Citas: C.S.J.N. Fallo P. 36.212 "Galván, Inés Robo agravado por el empleo de armas", del 24/02/87. C.N.C.P. - Sala I, "Grieco, Guillermo P. s/rec. de casación", Reg. n° 2628 rta. el 3/03/99. Sala II, "Suárez, Esteban Alejandro y otro s/rec. de casación", Reg. n° 6064, causa n° 4597, rta. el 16/10/03. C.N.A.C.C. - Sala V, causa n° 25.194 "Torales, F.R.", rta. el 12/7/90.

47 Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, "A. J. L. y otra s/ rec. de casación" - CNCP - 09/03/2007 *Publicado en el dial el 6 de julio de 2007.* (voto en disidencia Dra. Ledesma). "Conviene recordar que este delito admite participación, pero es imprescindible que todos los partícipes actúen con el plus subjetivo o la conexión ideológica mencionada. En el supuesto del homicidio finalmente conexo, son dos las posibilidades que se presentan. Cuando se trate de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados, el autor de uno y otro delito pueden ser distintos, mientras que, para lograr la impunidad, el hecho conexo al homicidio debe ser obra del autor o del otro al que se hace referencia (Morosi, Guillermo E. H.: Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio, Colección Orden Jurídico Penal nro. 10, Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 79). En este supuesto, señala Donna que el autor mata con el objeto de ocultar el delito de otra persona (op. cit., p. 50).- De esta manera entiendo que no se configura el segundo supuesto, pues V. Q. no es quien, con un fin determinado y con el conocimiento y la voluntad de los elementos del tipo objetivo, efectuó los disparos para lograr la impunidad de su cómplice. La situación fue justamente la contraria y la encausada no participó de la decisión de su consorte. Prueba de ello es el indicio que introdujo la testigo Lily Lucía Paredes Saravia (a fs. 766) "... a esta le habían dicho en la feria del barrio que los responsables de la muerte de su padre habían sido "josepo" y la novia, agregando que ésta le decía al muchacho "no te dije que lo hicieras así, boludo".

no habiéndose comprobado la autoría de los disparos que produjeron el deceso de la víctima, corresponde condenar en calidad de coautor al imputado por el delito de homicidio calificado (artículo 80 inciso 7º CP) toda vez que, según las reglas de la participación de nuestro Código Penal éste –aun habiendo desempeñado el rol de "campana" en el atraco-, participó no sólo de un plan previo, sino de una precisa distribución de funciones para efectuar el hecho típico, de lo que se concluye que todos los integrantes del grupo que efectuó el asalto tuvieron un dominio funcional del hecho, y cada actividad fue un aporte decisivo, incluso la de él, en tanto posibilitó la comisión del ilícito".[48]

Almeyra en su obra[49] alude a un fallo que dice: "*Cabe condenar a los imputados en orden al delito de homicidio críminis causae en concurso real con robo con armas y no por el delito de homicidio en ocasión de robo, pues aun cuando el designio de matar no fue premeditado por los encartados que a la salida de un banco interceptaron a quienes habían extraído dinero, ello fue resuelto por los autores del robo en el momento del hecho con el claro objetivo de poner fin a la resistencia opuesta por una de las víctimas –en el caso, comenzó a gritar en la calle-, y de ese modo asegurar los resultados del desapoderamiento (del voto de la doctora Capolupo de Durañona y Vedia*).[50]

VI) Particularidades de la Figura del homicidio "críminis causae"

Esta figura delictiva tiene ciertas particularidades de la dogmática penal, cuestiones procesales y ejecución de la pena que consideramos relevantes abordar. Entre ellas, podemos aludir al concurso de delitos; la aplicación del artículo 41 bis CP; libertad condicional (artículo 14 CP); relación entre el homicidio críminis causae (artículo 80 inciso 7º del Código Penal) con el robo seguido de homicidio (artículo 165 del Código Penal) y penalización en referencia a la prisión perpetua.

---

48 DAYENOFF, David Elbio. *Código Penal de la Nación Argentina.* Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, Año 2000, p 168. Cita CC Cap. S 6 26.06.95, sentencia 26489, "Aguirre Miguel A". En dicho fallo se destaca la disidencia parcial del Dr. González para quien el hecho debía subsumirse en la figura del artículo 165 CP porque la muerte del policía no parece haber sido el resultado que perseguían los forajidos, ni aún a título de dolo eventual, sino un resultado imprevisible ante la aparición de un extraño en el lugar donde iba a perpetrarse el robo, que decide frustrarlo, cayendo abatido en el intento.

49 ALMEYRA, Miguel Angel. Obra citada, p 10

50 CN Casación Penal, sala IV, 07.09.06, Meza Armando O s/Recurso de casación, La Ley 2007-A-542, La Ley On Line. (Citado por Almeyra Miguel Ángel. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*. Derecho Penal Parte Especial, T I Volumen 3 La Ley. Buenos Aires. Argentina, Año 2011, p 10)

A) Concurso de Delitos

Sobre este aspecto resulta claro el análisis que realiza el distinguido Dr. Buompadre, quien sostiene al respecto "…*que la agravante exige para su configuración una conexidad subjetiva o ideológica que une al homicidio con el otro delito. De esa conexidad nace el homicidio agravado y de la falta de conexidad el concurso de delitos*…"[51]

Por otra tanto, una parte de la doctrina sostiene que la hipótesis del concurso ideal pareciera inaceptable, resultando el concurso real entre el delito buscado y el homicidio la postura dominante.

En este sentido Núñez, sostiene que lo que califica en la conexión final, no es la materialización del fin delictivo que mueve al matador, sino el fin en sí mismo, como pura situación anímica de aquel. En otras palabras, lo que califica no es la violación de dos derechos (el de la vida y el lesionado por el otro delito), sino el mayor peligro y la mayor alarma que despierta el homicida que obra movido por tan reprochable finalidad. Consecuentemente, añade, que no es necesario siquiera que el otro delito se haya intentado o preparado. Del mismo modo, lo que califica en la conexión impulsiva no son los delitos que supone la ley, sino el disgusto que mueve el brazo homicida. Concluye, que una vez materializado el otro delito, sea como tentativa o consumación efectuada por el autor del homicidio, ambos hechos concurren realmente no siendo admisible el concurso ideal. En efecto, concurren dos hechos y no un solo hecho que es el caso comprendido por el artículo 54 del Código Penal.[52]

Fontan Balestra, comparte esta postura diciendo que en el caso de que el otro delito haya sido tentado o consumado el segundo hecho concurre materialmente con el homicidio. Cuestiona fallos de la Cámara del Crimen de la Capital que ha considerado esta hipótesis como un caso de concurso ideal (La Ley 30 de septiembre de 1961; Fallos T 6 p 62 con disidencia del doctor Ure que sostuvo la tesis del concurso real, causa nº 6635, "Gerstenkorn, Daniel E", resuelta por la Sala Especial de Cámara el 23 de setiembre de 1977)[53]

---

51 BUOMPADRE Jorge E. Obra citada, p 423.

52 NUÑEZ, Ricardo. Obra citada p 57.

53 FONTAN BALESTRA, Carlos. Obra citada p 112/113.

D'Alessio señala que cuando el delito conexo con el homicidio se ejecuta, se dará entre el tipo del artículo 80 inciso 7º, y aquel, un concurso que, según el caso, -y los criterios que se sigan-, puede ser de carácter real o ideal. Comenta fallo donde se estableció que había concurso ideal de homicidio críminis causae con robo con armas en un caso donde el agente al ser sorprendido mientras concretaba la sustracción, mató a la víctima para de ese modo asegurar la impunidad (Cf. CNCrim y Corr, sala V, 1991.12.12. "Da Fonseca Jorge A La Ley 1992-E-87) En otro caso de homicidio críminis causae cometido para lograr la impunidad fue resuelto como concurso real (Cf. CNCrim y Corr, sala II, 1991.08.13 "Acosta Leguizamón, Juan y otro". La Ley 1994-B-117). También cita fallo donde se condenó por el delito de robo con armas en grado de tentativa en concurso real con homicidio críminis causae –causalmente conexo- a quienes con la intención de apoderarse de bienes de valor, se introdujeron en el comercio de la víctima y ante la reacción de ésta, la mataron por no haber obtenido el resultado que se propusieron con el otro delito. (Cf. CPenal Morón, sala III, 1990.05.11 "Bonillo Juan R" DJ 1990-2-842)

Almeyra, cita interesante fallo que dice "*Corresponde condenar como coautores del delito de robo con armas en concurso ideal con homicidio calificado por su conexión final con aquel, a quienes primero asestaron los estoques mortales sobre la víctima con indiscutible voluntad de matar y luego separaron las cosas para sustraerlas, toda vez que se trata de una acción única que consiste en matar para ejecutar otro delito –en el caso, un robo- y lograr la impunidad, siendo la violencia del homicidio empleada al mismo tiempo para realizar la otra figura delictiva*".[54]

Sin perjuicio de ello, entendemos que para saber si el delito fin y el homicidio calificado (art. 80 inciso 7 del Código Penal) concurren en forma material o no (art. 55 del C.P.) debe analizarse en cada caso de manera particular.-

B) Aplicación del artículo 41 bis del Código Penal.

Un sector de la doctrina considera que la naturaleza jurídica de la norma en cuestión puede derivar en que se trata de un agravante que viene a complementar a los artículos 40 y 41 del CP. Sostiene que al incorporarse esta agravante genérica se traslada aquello que tradicionalmente era

[54] ALMEYRA Miguel Ángel. Obra citada p 16. Cita Trib Oral Criminal Nº 9 17.12.03. Acosta María E y otros La Ley 2004-D-582 La Ley Online).

ponderado como pauta aumentativa en la determinación de la pena por el mayor contenido del injusto incorporando aquella circunstancia –utilización de arma de fuego- como elemento objetivo, respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades.[55]

Almeyra, destaca las posturas jurisprudenciales respecto a la aplicación del artículo 41 bis CP. En un primer supuesto se considera correcta la aplicación de la agravante prevista en dicha norma a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego, como en el caso de homicidio que puede llevarse a cabo por cualquier medio. En esta postura se sostiene que corresponde aplicar tanto al homicidio simple como al calificado del artículo 80 inciso 7º del CP la agravante genérica prevista en el artículo 41 bis del código sustantivo.[56] En una segunda postura se considera inconstitucional el artículo 41 bis del Código Penal en cuanto incrementa la pena cuando el delito ha sido cometido con violencia contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego habida cuenta que viola el principio de legalidad porque no resulta sencillo determinar a qué tipos penales concretos es aplicable, más allá de la intención expresa del legislador de prevenir los delitos de lesiones y homicidios.[57]

La norma del artículo 41 bis debe ser entendida como una formulación que el legislador efectúa, advirtiendo acerca de la mayor ofensividad que puede operarse en aquellos hechos en los cuales se utilicen armas de fuego, donde la violencia o intimidación emergente de su uso importan una adicción a la figura respectiva.[58]

---

55 ALMEYRA, Miguel Ángel. Obra citada, p 31/32

56 ALMEYRA, Miguel Ángel. Obra citada p 32. Cita voto del Dr. Rodríguez Basavilbaso, al que adhiere el Dr. Madueño, Dra. Catucci adhiere según su voto) Registro 10567.1 Brizuela Lionel Máximo y otros s/recurso de casación. 07.06.07, causa Nº 8237. Cámara Nacional de Casación Penal sala I. También se cita voto Dr. Tragant, al que adhiere el Dr. Riggi, Dra. Ledesma en disidencia parcial, Registro nº 1265.06.03, Ciudad Huaraca, Juan Armando s/recurso de casación 30.10.06, causa Nº 7069, Cámara Nacional de Casación Penal, sala III.

57 ALMEYRA, Miguel Ángel. Obra citada p 33. Cita CAcusación Córdoba, 26.06.09, Arce, José Alberto

58 ALMEYRA, Miguel Ángel. Obra citada p 34. Cita Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos; Sala I; 15.06.04 Clari, Gaspar M 000011590.

En el sentido comentado la Suprema Corte de Justicia Bonaerense sostuvo que el artículo 41 bis del CP no afecta el principio constitucional de legalidad.[59]

A la luz de estas posturas, en lo que aquí respecta, es decir, la aplicación del artículo 41 bis en relación al homicidio críminis causae, el Dr. Carlos Storniolo con sus sólidos fundamentos considera que la agravante genérica resulta inocua, por ende, inaplicable. En efecto, la pena prevista para el delito en el artículo 80 inciso 7º es de prisión perpetua.[60] Por otra parte, siguiendo el análisis en cuestión, sería el caso preguntarse cómo aumentaría el mínimo o el máximo de una pena única que no tiene máximo ni mínimo, es perpetua. El artículo 41 bis alude a penas temporales y el artículo 80 inciso 7º a una pena perenne. Existe incompatibilidad en su aplicación por tratarse de penas de diversa especie.

Por su parte, el Dr. Diego Alvarez, entiende que es correcta la aplicación de la agravante prevista en el artículo 41 bis del C.P. a aquellas figuras típicas que no contienen como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego, como en el caso del homicidio, que puede llevarse a cabo por cualquier medio. Pues adviértase en este sentido que si la figura en cuestión resulta en grado de conato, según lo previsto por el art. 44 párrafos segundo y tercero, no habría impedimento temporal para que la escala penal sea elevada, tal como lo estipula el art. 41 bis del Código de fondo.

C) Derecho Penal de autor. Libertad condicional (artículo 14 Código Penal)

D'Alessio, refiriéndose a los alcances de esta disposición señala que originariamente este dispositivo preveía la exclusión de los reincidentes de los beneficios de la libertad condicional y recién con la reforma de la ley 25.892 se incorporó también a los condenados por homicidio críminis causae (artículo 80 inciso 7º); ciertos abusos sexuales seguido de muerte (artículo 124); privación ilegítima de la libertad coactiva seguida de muerte intencional (artículo 142 bis); robo seguido de homicidio (artículo 165) y secuestro extorsivo seguido de muerte intencional (artículo 170 párrafo anteúltimo).[61]

---

59 DONNA, Edgardo Alberto. *Código Penal… Actualización al 31 de diciembre de 2009…* obra citada p 151. Cita SCJBA 06.02.08 "SS y O S s/recurso de casación p 93.717 jueces Hitters, Pettigiani, Genoud, De Lázzari, Kogan, WebRubinzal ppypenal9.l.r86.

60 D'ALESSIO Andrés José. Obra citada, p 9. Cita: "La pena de reclusión perpetua se considera tácitamente derogada en función del fallo en mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (votos de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni in re "Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel" 11.09.07, La Ley 03.1º.07, 11; DJ 2007-III-765: "Esquivel Barrionuevo, Víctor Carlos" 11.10.07, LA Ley 15.11.07; DJ 2007-III-978.

61 D'ALESSIO Andrés José. Obra citada, p 161.

La reforma ha introducido criterios de Política Criminal vedando para los condenados de los delitos mencionados de los beneficios de la libertad condicional.[62] En lo que aquí respecta, en relación al artículo 80 inciso 7º en la opinión personal del Sr. Storniolo, considera inconstitucional dicho dispositivo por contravenir el fin de la pena. En el caso Catan Ireneo de la provincia de Santiago del Estero en voto disidente se expedío sobre la inconstitucionalidad de la prisión perpetua referidas a las agravantes por el vínculo y por alevosía siendo que estas tendrían la posibilidad legal de lograr la libertad condicional a los treinta y cinco años siempre que cumpla regularmente con los reglamentos carcelarios.[63] Más adelante, cuando aluda a la penalidad me referiré a los fundamentos esbozados en este fallo donde declaro la inconstitucionalidad de la prisión perpetua que le es aplicable, con mayor razón, en el caso en cuestión.

VII) Relación y Diferencias entre homicidio criminis causae (artículo 80 inciso 7º del Código Penal) con el robo calificado por homicidio (artículo 165 del Código Penal)

El robo calificado por homicidio, está tipificado en el artículo 165 del Código Penal que dice: "*Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homi*cidio".

El homicidio críminis causae proviene del Código Penal Italiano en tanto que el robo seguido de homicidio del Código Penal Español. En interesante fallo de Casación Penal de la Nación se alude a las

62 Artículo 13 Código Penal: "El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco años de condena, el condenado a reclusión o prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos, que hubiere cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones: 1º residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2º observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; 3º adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4º no cometer nuevos delitos; 5º someterse al cuidado de un patronato, indicando por las autoridades competentes; 6º someterse a tratamiento médico, psiquiátrico, o psicológico que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos;. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

63 CATAN Alberto Irineo s.d. Homicidio calificado por el vínculo y alevosía e.p. Raúl Alberto Catan. 13.05.08 Expte 6366 Cámara de Juicio Oral de Tercera Nominación magistrados Dr. Roberto Encalada, Julio Alegre Paz y Juan Storniolo (disidencia sobre la aplicación de la pena de prisión perpetua)

diversas procedencias de ambas figuras. El fallo en la parte pertinente dice: "*mientras el robo agravado por homicidio (artículo 165) proviene del artículo 425 inciso 1º del Código Penal Español de 1848 –artículo 494 inciso 1º del Código de 1932-, el homicidio calificado previsto en el artículo 80 inciso 7º tiene su origen en el Código Penal Italiano de 1889, figura por cierto inexistente en la legislación española; caso este último en que no nos encontramos, a diferencia del primero, frente a que "el homicidio fuese el resultado del robo", circunstancia ésta que, conforme a la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal de 1891, se refiere al caso en que "con motivo u ocasión de robo resultare un homicidio" (voto Dr. Hornos en minoría*)[64]

Esta diversidad de fuentes ha generado distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales pues se produce cierta confusión entre ambas figuras más aún si se tiene en cuenta que en los sistemas de donde provienen en ninguno de ellos tenían ambas figuras.

El delito de homicidio críminis causae castiga a quien matase a otra persona para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. La figura del artículo 80 inciso 7º es, antes que nada, un homicidio. Lo que caracteriza a este delito, como lo enseña Núñez, es la conexión ideológica, esto es, el ánimo del autor, de la muerte con la comisión, el resultado o los responsables de otro delito. Añade, que falta esa conexión en el caso del homicidio resultante con motivo u ocasión del robo (C.P. Artículo 165)[65]

D'Alessio pone de manifiesto al menos tres interpretaciones acerca del alcance de la figura en estudio. Dice que para Soler, en el artículo 165 sólo quedaban comprendidos los homicidios preterintencionales, es decir, que la responsabilidad del autor del robo tendría que ser de carácter culposo con referencia a la muerte, circunstancia esta que generó una crítica toda vez que los homicidios dolosos cometidos en ocasión del robo no podían encuadrarse dentro del artículo 80 inciso 7º, sólo podían ser atrapados por un concurso real entre el robo simple y el homicidio simple. Para Núñez el artículo 165 comprendía todos aquellos homicidios descartados por el artículo 80 inciso 7º, tanto los

64 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 4, Recurso de Casación 28.04.00, "B.J.E" c 1472 Fallos Cámara Nacional de Casación Penal 2000, segundo trimestre. Citado por Donna Edgardo Alberto, De La Fuente Javier Esteban, Maiza María Cecilia y Piña Roxana Gabriela en el *Código Pena…,* p 117. Este mismo fallo comentado por Villada Jorge Luís, en Obra citada, p 51

65 NUÑEZ Ricardo. *"Manual…*, p 56.

culposos como los dolosos. Para Fontán Balestra sólo quedan comprendidos los homicidios dolosos que no se puedan encuadrar dentro del artículo 80 inciso 7º, no los culposos –ni los preterintencionales del artículo 82) ya que la pena del artículo 165 es muy superior a la que surgiría de la aplicación de las reglas del concurso real entre ambas figuras.[66]

Almeyra refiere que la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha sido llamada a resolver la figura del "robo seguido de muerte" o "robo calificada por homicidio" u "homicidio en ocasión de robo". También destaca que los tribunales de aquella provincia son renuentes a aplicar las gravísimas penas del artículo 80 inciso 7º del Código Penal. Por otra parte, pone de manifiesto la disparidad de criterios que surgen cuando se desplaza la calificante del artículo 80 inciso 7º pues en algunos casos va a parar en el artículo 165 del Código Penal y en otros casos a las reglas del concurso de delitos. Sostiene que la mayoría de aquel órgano jurisdiccional sostiene que el artículo 165 es la de robo calificado por homicidio, siendo éste un elemento normativo del tipo que califica el delito de robo. Esto significa que la muerte tiene que configurarse como un homicidio típico según la ley penal. Para la minoría el artículo 165 no prevé un delito calificado por el resultado –por temor al fantasma de la responsabilidad objetiva-, sino un complejo de delitos –robo y homicidio cometido en ocasión de robo- en el que resulta indudable que el bien jurídico al que se otorga prevalencia es la vida por sobre el patrimonio. Destaca asimismo tesis inconciliables en el seno de aquel órgano jurisdiccional pues, para la mayoría, tratándose de un "robo calificado por homicidio", si el homicidio se consuma pero el robo queda en tentativa, se da la calificante pero respecto de esta tentativa con la que la punibilidad establecida por el artículo 165 tiene que ser disminuida en función de los artículos 42 y 44 del Código Penal. Para la minoría cualquiera fuese el estadio alcanzado por la acción ejecutiva del robo, habiendo ocurrido el homicidio en ocasión del robo, con lo que no es imaginable la tentativa calificada de robo ni opera la disminución de la pena del artículo 165 según ella. En la primera postura se arriba a una incongruencia sistémica pues "quien matara con motivo o en ocasión de una tentativa de robo recibirá menos pena que quien cometiera un homicidio sin relación con otro delito". Para superar este absurdo la mayoría configura un concurso ideal (artículo 54 Código Penal) entre tentativa de robo calificado por homicidio –artículo 42- 165 Código Penal y homicidio simple artículo 79 Código Penal. Esta solución dogmática es atacable, dice

66 D'ALESSIO Andrés José. Obra citada p 602

Almeyra, puesto que si la ocasión y también el motivo para castigar el resultado ya se dan en el proceso ejecutivo del robo, sin que se requiera su consumación, es evidente que la ley no quiere punir en los términos de la tentativa dicha ocasión o motivo, con lo que no hay razón alguna para llegar a plantearse una hipótesis de concurso ideal. Otra cuestión que no es pacífica en el tribunal aludido es en relación a la participación en el robo calificado por homicidio. Para la mayoría es irrelevante el grado de participación que le cupo respecto del homicidio a cada interviniente del robo ya que basta que la muerte se produzca con motivo u ocasión del robo toda vez que el grado de participación debe ser canalizado respecto del robo y no con respecto de la muerte. En cambio para la minoría refiere que cuando interviene más de un autor para determinar el grado de responsabilidad no hay más remedio que acudir a las normas contenidas en las disposiciones generales del código –artículo 47-.

Donna cita un fallo referido al elemento subjetivo distinto del dolo del artículo 80 inciso 7º para diferenciarlo del robo con homicidio consagrado en el artículo 165, ambos del Código Penal. "Del sistema del artículo 80 inciso 7º del Código Penal no resulta que el elemento subjetivo del tipo deba concurrir antes de iniciarse la ejecución del otro delito, o lo que es igual, no es necesaria una preordenación anticipada o deliberada y resuelta de antemano, pues la ley sólo exige que, en el ánimo del autor al momento del hecho, el fin delictuoso funcione como motivo específicamente determinante del homicidio, y esto no demanda, indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que puede producirse de improviso en la ejecución del hecho mismo" (del voto del Dr. Ricardo Borinsky –Mi-) "La diferencia entre el robo con homicidio y el homicidio críminis causae pasaría –si las dos figuras poseen una materialidad objetiva prácticamente idéntica, si las dos son dolosas y en ambas tiene gravitación el "motivo" de la muerte- por la premeditación y su relación con el bien jurídico protegido en cada caso" (del voto del Dr. Víctor Horacio Violini –MA-) "Si el autor, en forma reflexiva y meditada, se ha propuesto el homicidio como medio para ejecutar otro delito, que en puridad es lo que revela el desprecio por la vida humana y su sujeción a una ventaja de tipo patrimonial, estaremos en presencia de un homicidio agravado; si esta premeditación o planeamiento no existen, pese a matarse dolosamente, estaremos en presencia de un robo agravado (del voto del Dr. Víctor Horacio Violini –MA-)[67]

[67] DONNA. Edgardo Alberto. *El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia.* Actualizada al 31 de diciembre de 2009. T I. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2010, p 329/330. cita Trib Cas Penal de Buenos Aires, sala

En fin, ambos tipos son sin dudas dolosos, aunque alguna doctrina admite la culpa en el homicidio en ocasión de robo. Sin embargo lo que diferencia al artículo 80, inciso 7, es el dolo, que debe ser directo, y la conexidad con el otro delito que debe existir.[68]

VIII) Penalización. Prisión perpetua. Cuestiones sobre la constitucionalidad.

La pena prevista en el artículo 80 del Código Penal es de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 –accesoria por tiempo indeterminado-.

Ambas penalidades están cuestionadas en su constitucionalidad. Tanto la prisión perpetua[69] como la pena accesoria por tiempo indeterminado[70] han tenido fallos declarando la inconstitucionalidad de las referidas penas.

III, 28.04.08. "U M G J s/ Recurso de casación" c 5224, magistrados Ricardo Borinsky. Víctor Horacio Violini y Benjamín Ramón María Sal Llargués

68 DONNA Edgardo y GOERNER Gustavo, Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad, en L.L. 1992- A- 832

69 **1)** "Bachetti Sebastián Alejandro y otra p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo" (Expte. letra "B" nº 135579, año 2006, Secretaría Nº 21), de fecha 02-11-07 Excma. Cámara Undécima en lo Criminal Córdoba, bajo la Presidencia del Dr. Nereo Héctor Magi, e integrada por los Sres. Vocales Dres. Graciela Bordoy y Daniel Ernesto Ferrer Vieyra con la intervención de Jurados Populares. **2)** Caso B.C., C.R, SCBA 18-04-07, condenado a prisión perpetua declarado reincidente, llevaba cumplido 42 años de prisión, la Suprema Corte de Buenos Aires consideró que impedir la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar, a través de una presunción iure et de iure, que la ejecución de la pena pueda surtir un efecto resocializador, finalidad consagrada constitucionalmente en la persona del delincuente lo que le impide absolutamente reintegrarse a la sociedad, vulnerándose derechos fundamentales del ser humano; **3)** Caso Arzani Vilma Rosa Homicidio doblemente calificado –similar al caso sub lite- en donde la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal Sala Segunda de Rosario 28-12-07 declaró la inconstitucionalidad en el caso concreto de la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto se entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión perpetua dado que no aparece como muy sincero fundar la resocialización de la condenada, con cincuenta y seis años de edad, que recién tendrá la posibilidad de recobrar la libertad solamente a partir del transcurso de treinta y cinco años todo lo cual llevó al tribunal a imponerle una pena de prisión temporal. **4)** Catan Alberto Irineo s.d. homicidio doblemente calificado por el vínculo y alevosía e.p. Raúl Alberto Catan. Sentencia de fecha 13.05.08 Expte 6366 Excma. Cámara de Juicio Oral de Tercera Nominación Santiago del Estero (voto. Juan Carlos Storniolo –disidencia parcial-) Declaró la inconstitucionalidad de la prisión perpetua con otros fundamentos a los casos citados anteriormente.

70 CSJN "Marcelo Eduardo Gramajo s/ Robo en grado de tentativa- El Tribunal Oral en lo Criminal condenó al imputado a la pena de dos años por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente, (arts 42, 45, 164 y 50 del CP). También declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 CP, sobre cuya base el fiscal de juicio había solicitado se le aplicara al penado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. El MF interpuso contra dicha resolución recurso de inconstitucionalidad ante la CNCas Pen sosteniendo que la interpretación del art 52, efectuada por el tribunal aquo, resultaba errónea dado que la mencionada norma no es inconstitucional. La Casación Nacional casó la sentencia haciendo lugar al reclamo fiscal contra ello la defensa oficial dedujo recurso extraordinario cuya denegación originó presentación directa. La CSJN resolvió hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Coincidimos con la decisión de la Corte que más allá la

Ricardo Núñez relativiza esta perpetuidad diciendo que no es absoluta, por cuanto aun cuando tal situación pueda darse, la admisibilidad de la libertad condicional puede limitar esa duración. Junto a ello señala que, con carácter de eventualidad, los institutos de amnistía, indulto o la conmutación de pena también podía hacer excluir la perpetuidad. Por su parte Soler sostiene que las penas perpetuas, sin embargo, pueden tener un límite, pues el artículo 13 hace procedente, aun en tales casos, la libertad condicional, y la pena queda extinguida si transcurren cinco años sin que aquella sea revocada (artículos 13 y 16 Código Penal) En consecuencia, la pena verdaderamente perpetua es la que se impone a un sujeto a quien no puede acordarse libertad condicional, ello es, a los reincidentes (artículo 14 CP) o la que se aplica por revocarse una libertad condicional concedida, en virtud del artículo 17 CP

Estos fundamentos están creando, en la opinión del Dr. Storniolo, una disyuntiva en el marco de la perpetuidad entre pena “verdaderamente perpetua” y la que “no es verdaderamente perpetua” generando una evolución jurisprudencial parsimoniosa en relación a la declaración de inconstitucionalidad. La individualización en abstracto que formula el legislador al imponer pena privativa de la libertad a perpetuidad en sí misma es inconstitucional. La naturaleza jurídica de la coerción personal no puede amparar, de ningún modo, la innocuización o neutralización a perpetuidad de una persona. Por otra parte, en el plano hermenéutico no se puede hacer depender un derecho constitucional –libertad y reinserción social- de condiciones personales[71] o, de la voluntad discrecional de la autoridad[72].

A continuación se reproducen algunos puntos del voto de minoría del caso Catan donde se sostuvo la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, entre otros, con los siguientes argumentos:

---

heterogeneidad ideológica y profesional de sus integrantes han coincidido sobre la inconstitucionalidad de la pena (mal llamada medida de seguridad) de reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Además, del voto de los cuatro primeros ministros Dres. Higton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, que nada dicen de la reincidencia simple, pareciera ser que han dejado abierta una ventana para la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia simple. Todos los integrantes coinciden en que no se trata de una medida de seguridad sino que es una pena y que afecta el principio de culpabilidad como así también el de non bis in idem.

71 Vg. que el condenado cumpla las exigencias carcelarias para ser beneficiario de la libertad condicional.

72 Vg. el dictado de indulto, conmutación de pena o amnistía.

º "la pena de prisión o reclusión perpetua anula el derecho a la reinserción social del condenado pues, no obstante las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico para recuperar la libertad ambulatoria, ya sea, libertad condicional, conmutación de penas o indulto, dichas circunstancias solo beneficia a algunos y no a todos"

º "La pena de prisión o reclusión perpetua, aunque parezca una perogrullada, es imperecedera y, solo, en casos excepcionales, deja de serlo cuando el penado cumpliendo exigencias temporales, treinta y cinco años de condena, y conductuales, observancia regular de los reglamentos carcelarios, se encuentre en condiciones de acceder a la libertad condicional".

º "Para éstos últimos –penados temporales- la reinserción social está garantizada al cumplirse las 2/3 partes de la condena o, eventualmente, al momento del agotamiento de la pena. Como se ve la solución normativa sólo garantiza aquel derecho al penado a prisión o reclusión temporal en tanto que el condenado a prisión o reclusión perpetua dependerá del cumplimiento de la condición estipulada por la norma infra constitucional".

º "Sebastián Soler enseña que ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo ni la de sus derechos, como sucede con la pena de muerte o la muerte civil (Derecho Penal Argentino, T II, pag. 407 Editorial La Ley 1945). Citando a Finger, el prestigioso jurista argentino señala los siguientes caracteres: *humanidad del medio penal* –no debe adoptase como castigo-, *moralidad* –tender al mejoramiento del individuo-, *personalidad* –aplicar al culpable-, *igualdad* –debe significar lo mismo para todos los que la sufren-, *divisibilidad* –importa la adaptación perfecta al caso-, *economía* –exigir al Estado el menor sacrificio posible-, *revocabilidad* –siendo imposición humana es admisible el error- a lo que el autor le añade una característica propia, *mínima suficiencia* –la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con mínimo de lesión- (Obra citada, pag. 408)".

º "La denominación prisión o reclusión "perpetua", ontológicamente, hace referencia a una pena inextinguible que se agota con la vida del penado. Es decir, agotamiento de pena y muerte del condenado se consuman en un mismo acto. De admitirse esta aseveración se estaría desnaturalizando la reinserción social como derecho constitucional".

º "La prisión o reclusión perpetua, como institución jurídica, si bien podría servir como prevención general negativa aparece como insustancial desde el plano de la prevención especial positiva dado que el encierro perpetuo no es constitucional".

º "En el análisis propuesto el eje de la cuestión no pasa por la "posibilidad" de recuperar la libertad ambulatoria sino en determinar la viabilidad constitucional, dentro de un Estado de Derecho, sí un derecho de raigambre constitucional, como en el caso sometido a examen, -reinserción social- puede estar condicionado al cumplimiento de exigencias legales en cierto casos y en otros no".

º "*El penado* en sí mismo, como sujeto autónomo, ya sea a prisión o reclusión temporaria, o, a prisión o reclusión perpetua no tiene un tratamiento igualitario dentro del ordenamiento jurídico ya que en la *primera hipótesis* mencionada precedentemente recobraría la libertad a través de la libertad condicional o, en su defecto, al cumplimiento temporal de la pena. En el caso de revocatoria de aquel (artículo 15 CP) igualmente tendría la posibilidad de recuperar su libertad al cumplimiento de la pena y, por ende, ejercer plenamente el derecho a la reinserción social. En cambio, en la *segunda hipótesis*, el penado a prisión o reclusión perpetua sólo recuperaría la libertad en caso de cumplir las exigencias que impone el instituto de libertad condicional, única alternativa posible, a más de las ya expuestas, conmutación o indulto que dependen pura y exclusivamente del poder político. Para el caso de obtener la libertad condicional y ser revocada (artículo 17 CP) aquel derecho desaparece".

º "La pena del ergástulo, pena de cárcel perpetua, según Ferrajoli contradice radicalmente los principios liberales y democráticos del ordenamiento jurídico añadiendo que muchos autores de la ilustración, desde Beccaría a Bentham y Constant, la consideraron más aflictiva y aterrorizante que la pena de muerte.[73]

º "El principio de humanidad, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, impone en toda legislación el respeto por el ser humano y, en materia penal, a la humanización de la pena. La pena privativa de la libertad perpetua –en general- lesiona la intangibilidad de la persona humana. "Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad. (Voto Dr. Carlos S. Fayt) Fallos 313:1262".

º "La pena de prisión o reclusión perpetua no guarda relación con el principio de proporcionalidad que informa la función retributiva de la pena que acrecienta las posibilidades de lograr la resocialización del encartado".

---

[73] *Ergastolo e diriti fondamentali* publicado en Dei delitti e delle pene, n2, 1992, ps 79-87. Traducción de José Hurtado Pozo

º "En un Estado de Derecho, la pena efectivamente perpetua es inhumana y degradante porque lesiona el principio de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley, entre otros". "La imposición de una pena inhumana o degradante lesiona siempre el principio de proporcionalidad, por ende el de culpabilidad, y es un acto impropio de una república. (Voto del Dr. Sodero Nievas). STJRNSP: SE. <1/04> "S., H. A. s/ Homicidio simple s/ Casación", (Expte. Nº 18754/03 - STJ), (04-02-04). Sodero Nievas - Balladini - Lutz - Nro. de sumario:43177".

º "Que de lo expuesto surge claramente la inconsistencia de la pena de prisión o reclusión perpetua prevista en la legislación de fondo, artículo 80 del Código Penal, en función de los artículos 13, 15, 17 del mismo código como así también del artículo 17 apartado I "b" de la Ley 24.660, con los dispositivos constitucionales mencionados anteriormente, a saber: artículo 18 de la Constitución Nacional; artículo 75 inciso 22 Tratados Internacionales con jerarquía constitucional: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10-1, artículo 10-3: Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 5-6 lo que me lleva a sostener la inconstitucionalidad de la prisión o reclusión perpetua sin que esto signifique desconocer que dicha circunstancia conlleva un acto de suma gravedad institucional".

º "Declara inconstitucional, en el caso concreto, la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión o reclusión perpetua modificándolo por la pena de prisión temporal…"

Por último, compartiendo el criterio sobre el punto en cuestión y en iguales términos el Tribunal en lo Criminal nª 1 de Necochea, Provincia de Buenos Aires, el pasado 13 de mayo del corriente año, con el voto de la mayoría de sus integrantes (esto es, del voto del distinguido Dr. Mario Juliano[74] y del Dr. Ernesto Juliano), han declarado la inconstitucionalidad de la Prisión Perpetua, manifestando al respecto que "*…La prisión perpetua es una pena cruel, inhumana y degradante. La Constitución Nacional establece que las cárceles tienen por finalidad la resocialización del delincuente y que las condenas deben apuntar a ese objetivo. Y la cadena perpetua se contradice con esos principios; ergo, es inconstitucional(...)* Agrega el voto de la mayoría *"…La imposición de una pena de prisión perpetua colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, con el mandato*

74 Juez del Tribunal en lo Criminal nª 1 de Necochea, Presidente de la Asociación Pensamiento Penal (APP)

resocializador de las penas privativas de la libertad, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, principios inherentes al estado democrático y republicano de derecho(…) Impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador –consagrada constitucionalmente– en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano…"[75]

Nótese que en la misma fecha y en criterio opuesto al anteriormente aludido, el Tribunal en lo Criminal nª 2 del Departamento Judicial de La Plata, en el precedente "Píparo" condeno a cinco de los imputados sometidos a juicio a la pena de prisión perpetua, por considerarlos coautores penalmente responsable de los delitos de tentativa de homicidio "criminis causa" en concurso ideal con el de homicidio "criminis causa" y en concurso real con el de robo calificado por el empleo de arma de fuego en los términos de los arts. 42, 54, 55, 80 inciso 7º -para consumar otro delito y asegurar sus resultados y 166 inciso 2º del Código Penal; por el hecho cometido el día 29 de julio del año 2010 en la ciudad de La Plata y del que resultaran víctimas Carolina Rosana Piparo e I. B..-

75 Tribunal Oral Nº 1 de Necochea, 13 de mayo de 2013 "Máximo Matías Rodríguez Ajarg (Vma.) s/ homicidio agravado por la participación de dos o más personas"

Homicidio Culposo Agravado

Jorge Eduardo Buompadre

Art. 84 bis: *Será reprimido con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de tres a seis años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intente socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieren las circunstancias previstas en el art. 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales* (texto según Ley 27.347).

1) INTRODUCCION

Según el Instituto Universitario de Tráfico y Seguridad Vial español, en el siglo XX 35 millones de personas perdieron la vida en el mundo por causa de un accidente de tráfico [1].

La ONG de Argentina, Luchemos por la Vida, alertaba un tiempo atrás que en nuestro país la cifra de muertos en accidentes de tránsito en el año 2016 superaba los siete mil, poniendo el acento nuevamente en que el Congreso Nacional debía sancionar los delitos contra la seguridad vial [2]. Distintos episodios de siniestralidad vial, a los que se sumó ciertas decisiones judiciales a favor de la libertad de conductores imputados de delitos cometidos en ocasión de la conducción de un automotor y los persistentes reclamos de Asociaciones Civiles en incorporar al Código penal los llamados delitos de tráfico, fueron, en gran medida, los factores que obraron de disparador de la Ley No 27.347 de reformas al Código penal recientemente sancionada.

Nadie puede poner en duda que, en los momentos actuales, el derecho penal está atravesando –en una pendiente que ya lleva varias décadas-, una verdadera expansión punitiva, una suerte de punitivismo populista que intenta abordar y, a la vez, suministrar alguna solución a todos los conflictos sociales, o cuanto menos, a los que se considera más importantes, aunque en la realidad no lo sean. De este modo, el derecho penal –otrora entendido como de mínima intervención-, avanza hacia una penalización indiscriminada de conductas que, en muchos casos, ni siquiera ponen en riesgo un determinado bien jurídico. El delito de *grooming* introducido por la reforma de la Ley 26.904/2013, es un buen ejemplo de ello. Los legisladores siguen

[1] Cita de De Vicente Martínez Rosario, Seguridad vial y Derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor", disponible en www.unifr.ch

[2] Informe disponible en www.luchemos.org.ar . La misma ONG, en un informe más reciente, manifiesta que la cifra de muertos en Argentina está en un nivel de inmovilidad desde hace 25 años, y que para paliar la crisis hace falta un sistema más eficiente de controles, sanciones eficaces y reales, el uso generalizado de cinturones de seguridad, control de los límites de velocidad y del consumo de drogas y alcohol, conciencia vial y el cumplimiento de la legislación vigente (La Nación, del 21/02/2017).

empeñándose en manejarse dentro en un movimiento circular que parece no tener fin y en el que se interrelacionan tres factores que constituyen la causa determinante de esa tal circularización: el hecho social (que genera una muchas veces justificada demanda de los ciudadanos reclamando mayor seguridad), los medios de comunicación (que, en gran medida, son los verdaderos artífices de la magnificación de los hechos sociales, en particular, de los accidentes de tránsito, sobre cuya fenomenología han puesto el acento ubicándolos en el centro de una agenda mediática que se repite cotidianamente) y la reforma penal (que es la solución a la que más rápidamente los legisladores recurren para calmar la muchas veces voracidad punitiva de la sociedad, aun cuando en múltiples ocasiones no ven o no perciben al fenómeno como un verdadero y grave problema social). La siniestralidad vial es uno de esos hechos sociales que no están al margen de la señalada circularización y a la que hemos de dedicar las páginas que siguen [3]

La seguridad en la evitación de accidentes por la conducción de un vehículo automotor presupone la existencia de tres elementos que se retroalimentan e interrelacionan entre sí: *infraestructura vial* (mal estado de calles en zonas urbanas, suburbanas y rutas o carreteras, ausencia de autopistas, de rotondas, de iluminación, deficiente señalización y marcación, semaforización insuficiente, ausencia de elementos tecnológicos, etc.), *vehículo* (mal estado del automóvil, sin ajustarse a los reglamentos de tráfico) y *conductor* ("factor humano", situación física y psíquica al momento del siniestro, edad, genero, conocimiento y actitud o predisposición de respeto hacia las normas de tránsito, etc.). La ausencia de uno o varios de estos factores ha

[3] Sobre esta situación del Derecho penal español –que no difiere mucho de la argentina-, pone de relieve el profesor García Pablos la incontinencia del legislador en las reformas penales, con medidas tendientes a reforzar la respuesta represiva incrementando el rigor penal, generando un clima de general desconcierto en la ciudadanía, en los operadores jurídicos y en la población penitenciaria. La política criminal responde a una única y trasnochada receta: la de los modelos disuasorios del despotismo no ilustrado, que siguen profesando un fe ciega e injustificada en la eficacia preventiva del castigo, así como en la posibilidad de mejorar progresiva e indefinidamente el rendimiento del sistema a través del sucesivo incremento del rigor penal (conf. García-Pablos de Molina Antonio, Derecho penal, parte general –Fundamentos-, Prólogo del autor, XLIX, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009).

contribuido a que en la sociedad se vaya instalando, progresivamente, un sentimiento subjetivo de inseguridad frente a los siniestros viales y una creciente demanda de penalización. Para muchos, la idea de "tolerancia cero", es la llave de paso de una política criminal efectiva en materia de seguridad vial. Ya no importa tanto la presencia de aquellos factores en la incidencia de los siniestros viales, sino que se insiste sobre la idea de que el derecho penal es la solución para estos dramas cotidianos que representan las muertes y lesiones en accidentes de tránsito, idea que es alimentada por una suerte de complicidad legislativa en la adopción de una política de mano dura a través de la sanción de leyes punitivas severas para "combatir" con éxito la siniestralidad vial y acabar con los conductores rebeldes en el cumplimiento de la ley.

De este modo y cuando aparecen aquellos factores a que hacíamos referencia –tal como ha puesto de relieve García Albero-, al legislador no le queda más remedio que: a) levantar acta de defunción del modelo de tutela *ex post facto* de bienes jurídicos, y sustituirlo por un modelo de intervención *ex ante*, con una más o menos rigurosa selección de normas preventivo cautelares cuya infracción se reputará delito con independencia del peligro concreto que hayan producido; b) limitar la discreción judicial mediante el uso de términos típicos bien definidos y delimitados (con otros términos –agregamos nosotros- limitar o evitar la discrecionalidad judicial), que permitan por lo demás aligerar los requerimientos de prueba para la imposición de la sanción; y c) elevar a la categoría de delito la simple imprudencia, para evitar así la bagatelización de las muertes y lesiones en carretera, primando así no sólo el desvalor de resultado frente al desvalor de acción, sino presuponiendo que siempre que está en juego una vida o la integridad física, la

infracción de la norma de cuidado, pese a ser leve, es grave, esto es, una infracción penal grave, o sea, delito [4].

La reciente reforma del código penal implementada por la Ley 27.347 [5] es un fiel exponente de la situación que se viene describiendo, según veremos más adelante cuando analicemos cada figura en particular.

Sin embargo, esta embestida legislativa no es nueva. Ya en el año 1999 se tuvo la primera y no muy afortunada experiencia en materia de tráfico de automotores, a través de una reforma del digesto punitivo mediante la Ley 25.189, cuyo texto introdujo cambios de gran calado en el sector de la conducción automotriz, incorporando un segundo párrafo a los artículos 84 y 94 del Código penal, incrementando la pena cuando el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción de un automotor.

Algunos años después, la Ley 26.362, de 26 de marzo de 2008, al mismo tiempo de sustituir la denominación del Capítulo II del Título VII del Libro Segundo del Código penal –Delitos contra los medios de transporte y de comunicación-, por la de "Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación", introdujo el art. 193 bis por el que se tipificaba el delito conocido como "picadas ilegales", así como la organización y promoción de este tipo de competencias automovilísticas [6], produciéndose –como es de suponer- una suerte de administrativización del derecho penal, convirtiendo en delito lo que, hasta ese momento, no eran más que faltas de naturaleza administrativa de competencia, en la mayoría de los casos, de la justicia contravencional.

---

[4] Conf. GARCIA ALBERO Ramón, Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, No.9, pag. 11, 2007.

[5] BO No. 33539, del 06/01/17

[6] para mayores detalles sobre esta reforma, confr. BUOMPADRE Jorge Eduardo….

La reciente reforma de la Ley 27.347 –como era de esperar- no dejó pasar la oportunidad para imponer ciertos retoques a aquél delito y a los más viejos delitos culposos, particularmente en el sector de la pena, como se podrá verificar páginas más adelante. ¿Se logró algún avance en la idea de combatir las picadas ilegales –o los accidentes de tráfico- y todo el entorno que implica el fenómeno, no sólo de este tipo de competencias marginales, sino del grave y creciente problema del tráfico vial con la penalización de estas prácticas?, probablemente no, pero no podemos saberlo, pues si en algo se ha caracterizado la Argentina en estos últimos años es, precisamente, en la falta de estadísticas oficiales que nos permitan conocer con cierta dosis de certeza los índices de siniestralidad vial y de picadas ilegales en todo el territorio nacional.

Son numerosas las actividades que, en su diario quehacer, originan riesgos para el hombre y sobre las que se puede proyectar con cierto grado de éxito la intervención del derecho penal. Entre estas actividades riesgosas ocupa un lugar prominente, ciertamente, la siniestralidad en el tráfico de automotores. Esto es verdad, pero no lo es menos que dicha actividad ha estado siempre –en lo tolerable y en lo prohibido- bajo el control de las normas administrativas, sin que ello implique, simultáneamente, la necesidad de una respuesta penal inmediata en auxilio de ese específico ámbito sancionador. Recordemos palabras de Albrecht cuando dice “la intervención política en el Derecho penal traslada constante y manifiestamente los problemas estructurales a la aplicación individual del Derecho penal” [7].

Esta situación es, precisamente, por la que está atravesando el Derecho penal en Argentina. Ante la ocurrencia de un hecho criminal (o no criminal, pero que la sociedad reclama que lo sea) de gran impacto social, observamos una inmediata reacción de la política pregonando a los cuatro

---

[7] Conf. Albrecht Peter A., El derecho penal en la intervención de la política populista, La Insostenible situación del Derecho penal, pag. 474, Granada, 2000.

vientos la reforma penal para solucionar rápidamente el conflicto, ya sea creando nuevos tipos delictivos de sospechosa constitucionalidad, particularmente sometidos a una severa penalidad o bien endureciendo las penas de tipos penales ya existentes, pretendiendo con ello brindar soluciones por lo general meramente simbólicas o formales, más orientadas a calmar la voracidad popular que a dar una real solución al conflicto social. En suma, un desviado y abusivo interés en la conminación penal pensando más en el elector que en el ciudadano.

La Ley 27.347 de reformas al Código penal no está al margen de estas consideraciones, pues se enmarca en una deficitaria política criminal de las características señaladas y cuyos resultados habrán de ser, de seguro, muy distintos a los fines esperados. Es insostenible una tesis que afirme que con la reforma penal se solucionará el problema del tráfico rodado, pues con esta medicina lo que se está haciendo no es otra cosa que reemplazar el derecho administrativo sancionador por el derecho penal, siendo que aquél –prioritariamente- es el que debe tener a su cargo la gestión de los riesgos derivados del tráfico viario para que se lleve a cabo en condiciones de seguridad. No es ésta, obviamente, la función del Derecho penal. Seguramente, una mejora en la infraestructura vial y un fuerte estímulo a la concientización ciudadana a través de la educación en materia de seguridad vial, dará mejores resultados que un derecho penal inflacionario y de probada ineficacia en esta materia.

2) SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO PENAL

Esta nueva sociedad –como se viene diciendo- conformada por la aparición de nuevos riesgos, caracterizada por su complejidad y trans nacionalidad, y acosada, precisamente, por el avance imparable de la moderna tecnología, se caracteriza, fundamentalmente, por los siguientes rasgos: 1)

los riesgos que amenazan a la sociedad actual son *artificiales*, en el sentido de que son producto de la actividad humana, y de tal entidad que ponen en peligro la existencia de la propia humanidad en su conjunto; además, son riesgos de grandes dimensiones, pues –en la mayoría de los casos- amenazan a un número indeterminado de personas (fenómenos vinculados a la energía nuclear, a la contaminación ambiental, a la informática, etc.); 2) la *responsabilidad individual se diluye en la complejidad organizativa* a que da lugar la creciente sustitución de contextos individuales de acción por otros de naturaleza colectiva, llegando a hablarse de una "irresponsabilidad organizada"; 3) la conjunción de los dos factores mencionados produce una intensa *sensación de inseguridad subjetiva* en la ciudadanía, que se manifiesta –inclusive- al margen de la presencia de un peligro real, y que produce un elevado grado de aversión al riesgo, con el consiguiente predominio de todas aquellas medidas que puedan garantizar la seguridad, que se convierte en el motivo dominante de la ordenación de la vida en sociedad.

La adaptación del derecho penal a las exigencias que plantea la sociedad del riesgo, ha supuesto toda una serie de modificaciones estructurales, que se caracterizan por las siguientes notas esenciales: 1) incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; 2) predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión del bien jurídico, entre las que sobresalen los delitos de peligro abstracto [8]; 3) Anticipación del momento en que procede la intervención penal, tipificándose como delito meros actos preparatorios, antes de competencia del derecho administrativo, civil o laboral; 4) significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales, entre las que se advierte -como

[8] Conf. Jiménez Díaz María José, Sociedad del riesgo e intervención penal, RECPC 16-08, 2014; en un mismo sentido, Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, pag. 54 y sig., 2002.

pone de relieve Cerezo Mir- un avance en el ámbito de los delitos contra bienes jurídicos colectivos de prácticas de negociación y acuerdo entre las partes, como así la aplicación de los criterios de oportunidad [9]. Se admite, asimismo, cierta flexibilidad en el principio de seguridad jurídica derivada de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos, llegando, inclusive, algunas veces, a neutralizarse las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación [10].

En suma, una tendencia a un derecho penal preventivo, capaz de enfrentar con éxito los nuevos riesgos de las sociedades actuales, anticipando su intervención a estadios antes inimaginados y a través de técnicas de tipificación tampoco imaginadas hasta épocas bastantes recientes, como son, ciertamente, la técnica de los delitos de peligro, especialmente mediante los delitos de peligro abstracto, situación que ha llevado a la doctrina a caracterizar a este derecho penal de la sociedad del riesgo como un derecho penal hipertrofiado cuantitativa (exceso de bienes jurídicos colectivos) y cualitativamente (exceso de delitos de peligro abstracto), además de atrofiado por el no respeto al principio de legalidad penal [11].

Frente a esta expansión del derecho penal ante los nuevos riesgos que se manifiestan en la sociedad actual, el profesor Gracia Martín ha planteado la existencia de seis ámbitos entre los que se delimita el llamado Derecho penal moderno, con sus propias combinaciones y solapamientos: el Derecho penal del riesgo, el Derecho penal económico y del ambiente, el Derecho penal de la empresa, el Derecho penal de la Unión Europea, el Derecho penal de la globalización y el Derecho

[9] Conf. Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, pag. 55, 2002.

[10] Así, Faraldo Cabana Patricia, Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 86, pags. 31 y sig., Valencia, 2009.

[11] Así, De Toledo y Ubieto Octavio Emilio, Repercusiones de la responsabilidad penal por el producto en los principios garantizadores y la dogmática penales, cit. por Cardozo Pozo Rodrigo C., en Bases de Política Criminal y Protección Penal de la Seguridad Vial (especialmente sobre el art. 379 del Código penal), tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009, disponible en DDPG_CardozoPozoRC_PoliticaCriminal.

penal del enemigo [12].

Ante este derecho penal en expansión, destaca Diez Ripollés se han formulado en doctrina cuatro discursos contrapuestos (con sus propias variantes y matizaciones) acerca de la verificación de si el derecho penal es el instrumento más adecuado para hacer frente a la nueva realidad que plantean los nuevos riesgos: uno, encabezado por la Escuela de Frankfurt, en Alemania, cuyo máximo representante es el profesor Winfried Hassemer, tendencia conocida como *resistencia a la modernización*; el segundo, formulado por Silva Sánchez [13]; el tercero, defendido por un amplio sector doctrinal en el destacan, fundamentalmente, los profesores Bernd Schunemann, en Alemania, y Luis Gracia Martín, en España, y el otro discurso, sostenido fundamentalmente por los profesores Bernd Schünemann, en Alemania y Luis Gracia Martín en España, conocido como *tendencia modernizadora* del derecho penal, y finalmente, una cuarta postura doctrinal encabezada por Mendoza Buergo, Bueno Arús y Muñoz Llorente, entre otros [14].

Respecto de la primera tendencia se puede decir, brevemente, que propone un traslado del derecho penal clásico, nuclear, a otros sectores del ordenamiento jurídico, por su ineficacia para enfrentar los nuevos riesgos, aunque respetando las reglas dogmáticas de imputación tradicional. Con otros términos, el derecho penal clásico sería un instrumento ineficaz para intervenir ante los nuevos riesgos, por lo que plantea crear un "Derecho de intervención", que se ubicaría entre el Derecho

[12] Conf. Gracia Martín Luis, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), t.I, pag. 882, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Del mismo, en La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático), Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era. Época, Nº 3, pags. 31 y sig., 2010.

[13] Conf. Silva Sánchez Jesús María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades posindustriales, pags. 178 y sig., IBdeF, 2da. ed., 2008.

[14] Ver, por todos, Mendoza Buergo, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, pags. 125 y sig., Civitas, Madrid, 2001.

penal y el Derecho administrativo sancionador, como respuesta adecuada a los problemas que plantea la sociedad moderna. La idea plantea la legitimidad del derecho penal en la medida que se ubique en el marco de un derecho penal mínimo [15]. Desde ya que esta doctrina rechaza la legitimidad de los delitos de peligro abstracto.

La segunda postura doctrinal propone un derecho penal de dos velocidades (o dos clases de derecho penal). Uno, el derecho penal de primera velocidad, que quedaría enfrascado en las reglas del derecho penal clásico (bienes jurídicos individuales y delitos sancionados con penas de prisión); el otro, el derecho penal de segunda velocidad, en cambio, se ocuparía de abordar la criminalidad moderan que está sacando a la luz la sociedad de riesgo, sugiriendo que estos comportamientos sean castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos, e incluso Silva Sánchez habla de un "derecho penal de tercera velocidad", en el que se mantendría la pena privativa de libertad con una amplia relativización de las garantías político-criminales, de las reglas de imputación y de los principios procesales [16].

La tercera postura, conocida como "tendencia modernizadora" entiende que lo único que diferencia al Derecho penal de la actualidad del tradicional, es la circunstancia de que extiende la punibilidad al sector de las clases sociales poderosas, sin que ello implique menoscabo alguno a las garantías del Estado de Derecho. En síntesis, para esta postura, el Derecho penal debe adecuarse a las nuevas realidades, pero –como señala Gracia Martín- con estricta sujeción a los principios y garantías del Estado de Derecho; por ello –dice el profesor de Zaragoza- la tarea fundamental del discurso de modernización consiste en formular los enunciados y en determinar los objetos que

[15] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización, RCSP, 13/2003, disponible en *www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/133118/18309.*

[16] Conf. Silva Sánchez Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades posindustriales, pags. 165 y sig., IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

permitan incluir a toda la criminalidad material –esencialmente económica y empresarial, y hoy de alcance global y planetario- de las clases sociales poderosas en el discurso político-criminal, pero –insiste- todo de un modo estrictamente conforme con las garantías del Estado de Derecho [17].

Por último, una cuarta postura doctrinal –que Díez Ripollés denomina de "resistencia garantista"-, rechaza toda posibilidad de aceptar niveles intermedios de intervenciones penales o parapenales, proponiendo un adecuado manejo del principio de subsidiariedad. Como la intervención en los ámbitos sociales modernos se concentra en los casos de bagatela, se produce como consecuencia una lesión de los principios de fragmentariedad y proporcionalidad, dejando al derecho penal como un mero derecho penal simbólico [18].

Sin embargo, resulta más que notorio que el derecho penal de la actualidad –en diversas circunstancias y ocasiones- en modo alguno respeta los principios informadores del derecho penal tradicional (legalidad, ultima ratio, subsidiariedad, proporcionalidad, lesividad, taxatividad, etc.) contaminado por una creciente demanda de seguridad que, inclusive, inclina la penalización de conductas hasta límites insospechados, surgiendo propuestas, muchas veces desde el propio ámbito legislativo, que rebasan cualquier demarcación de lo racionalmente imaginable, como son, ciertamente, las propuestas de "tolerancia cero" o de "seguridad ciudadana", cuya indeterminación conceptual de las que padecen permite abarcar cualquier procedimiento invasivo de los derechos y garantías individuales. Tolerancia cero es la demanda y recurso al mayor castigo es la respuesta, aun

---

[17] Conf. Gracia Martín Luis, La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático), Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era. Época, Nº 3, pags. 38 y sig., 2010. Igualmente, Jiménez Díaz María José, Sociedad del riesgo e intervención penal, RECPC 16-08, 2014.

[18] Conf. Díez Ripollés José Luis, en Cancio Meliá-Gómez Jara Diez (coord.), Derecho penal del enemigo, vol.1, pag. 559 y sig., IBdeF, 2006.

cuando el peligro no se derrame sobre la idea de inseguridad ciudadana sino sobre las garantías que informan un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Más persecución penal como estrategia de lucha contra el crimen, esa es la consigna del Estado en estos tiempos. Esta situación, ha hecho que Cafferata Nores caracterice a la persecución penal como un arma para enfrentar y ganar la guerra contra manifestaciones delictivas que generan especial inquietud y reprobación social, respecto de las cuales –y esto es lo importante advertir- se postula expresamente o se tolera complacientemente la violación de la Constitución, mientras sea útil a tal empeño [19].

Si de algo no podemos dudar es de que el derecho penal debe modernizarse, esto es, brindar respuestas adecuadas y eficaces a los problemas que plantea el siglo XXI, algo que seguramente no podrá hacer si acudimos a las mismas herramientas que fueron pensadas para los conflictos del siglo XVIII. Pero -como pone de relieve Demetrio Crespo-, la modernización se debe llevar a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de derecho y no a golpe de las exigencias de seguridad de una sociedad que no conoce criterios de razonabilidad acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada [20].

En esta misma dirección, se ha entendido que los sistemas penales modernos no pueden desatender los principios del Estado de Derecho, ni tampoco pueden extralimitar su actividad fuera de lo que anteriormente debe estar previsto como delito y como pena. Ahora bien, no es menos cierto que los actuales sistemas penales, pensados para otras épocas y circunstancias, se muestran insuficientes para controlar las formas de criminalidad impulsadas por la economía globalizada. En este ineludible contexto, frente a la huida posmoderna del derecho, favorecida por las tesis

[19] Conf. Cafferata Nores José I., Cuestiones actuales sobre el proceso penal, pag. 98, ed. Del Puerto, Bs.As., 2000.

[20] Conf. Demetrio Crespo Eduardo, Del derecho penal liberal al derecho penal de enemigo, en Pérez Álvarez (coord.), en Serta. In Memóriam Alexandre Baratta, pag. 1052, y El derecho penal del enemigo "darf nicht sein" (sobre la legitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad), en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez (Coord.), Derecho Penal del enemigo, vol. 1, pag. 497., IBdeF, 2006.

sistemáticas, hay que oponer métodos universalistas centrados en los derechos humanos, ligados al reconocimiento de los derechos económico-sociales inherentes a la cualidad de persona, lo que implica la necesidad de una mutación radical tanto del modelo de producción como del propio derecho penal [21].

A modo de conclusión, consideramos que no resulta aconsejable resignar recurrir al derecho penal para enfrentar a los nuevos riesgos que se presentan en la sociedad actual o que, como destaca Cerezo Mir, el derecho penal no puede ignorar la evolución del Estado liberal al Estado de bienestar, so pena de desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social [22], o -en palabras de Roxin-, que el Derecho penal no puede retroceder por principio frente a la tarea de luchar contra los riesgos que son más peligrosos para la sociedad y para el individuo que la criminalidad clásica [23]. Frente a la modernización de la sociedad –destaca Corcoy Bidasolo- el Derecho penal debe realizar esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a ellos. La sociedad moderna y, en concreto, los avances científicos generan ventajas reales, pero también riesgos que requieren una intervención del Derecho penal con la creación de nuevos delitos, por lo que entiende,

[21] Conf. Portilla Contrera, El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista, citado por Sanz Mulas Nieves, El derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un derecho penal que haga frente a los nuevos problemas, sin olvidar los "viejos" límites, Ius Puniendi, sistema Penal Integral, vol. 1, pag. 298, Lima.

[22] Conf. Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, pag. 56, 2002.

[23] Conf. Roxin Claus, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano), pag. 90, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

entre otras cosas, que la utilización de los delitos de peligro abstracto es algo perfectamente asumible por un Derecho penal garantista [24].

El derecho penal, con sus herramientas disponibles, no sólo debe prestar atención a los nuevos tiempos sino que debe adecuarse a la realidad social imperante y en la que debe ser aplicado, para poder enfrentar con éxito los nuevos riesgos, los que ya existen y los que vayan apareciendo en el futuro. Este moderno derecho penal –adecuado a los tiempos actuales y recurriendo a distintos modelos de intervención (adelantamiento de la intervención punitiva a momentos previos a la lesión, delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, etc.)-, no debe abandonar, eso sí, los criterios tradicionales de imputación y las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho.

3) DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ASPECTOS GENERALES. DELIMITACIÓN

La cuestión relativa a la legitimidad del derecho penal para intervenir, directamente y sin rodeos, en un área que históricamente ha estado reservada al ámbito del derecho administrativo sancionador, no es, ciertamente, una cuestión que deba plantearse (en sus aspectos político criminales y dogmáticos) en el terrero de los delitos culposos de lesión, sino más bien en el área de los delitos (dolosos) vinculados en forma estricta al tráfico automotor, que es el campo en donde se observa una acentuada intervención punitiva, a través de delitos de mera actividad (se prioriza el

[24] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales, pags. 188, 194, 369 y sig.,Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

valor de acción por sobre el valor de resultado), muchas veces bastante alejada de los principios reguladores de un derecho penal de mínima intervención.

La discusión en este campo transcurre por distintos niveles de análisis, pues no sólo se trata de indagar si el derecho penal debe o no intervenir en áreas reservadas al derecho administrativo, sino –si la respuesta, en todo caso, fuere afirmativa-, cuál debe ser la técnica de tipificación de las respectivas figuras (¿delitos de peligro?, ¿delitos de lesión?, ¿delitos de mera actividad?, ¿delitos de peligro abstracto o concreto?, etc.), o bien si sólo deben quedar en el ámbito del derecho penal los hechos de mayor gravedad y los de menor gravedad derivarlos al derecho administrativo, dado el carácter subsidiario y de última *ratio* del derecho penal [25].

Si bien es verdad que, por fortuna, aún se aboga en el campo doctrinario y jurisprudencial por el mantenimiento de los valores y principios de un derecho penal liberal, de mínima intervención, no lo es menos que en el ámbito de la Política criminal la tendencia –particularmente en los países centrales de Europa- es, precisamente, la contraria, pues claramente se observa una pendiente hacia una intervención penal cada vez más alejada del bien jurídico que se dice proteger, especialmente a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto.

En el marco de esta realidad, ya alertaba Bustos Ramírez años atrás sobre la ineficacia de las normas penales en la protección del tránsito automotor [26], y por más que estas palabras se hayan dicho en otros tiempos, en los que la problemática del tráfico viario, desde luego, era muy distinta, lo cierto es que, en nuestra opinión, aún mantienen plena vigencia. Es más, en la actualidad se puede afirmar sin mayor esfuerzo de razonamiento, que el Derecho penal no es la herramienta más

[25] Confr. Para mayores referencias, Carmona Salgado Concepción, Derecho penal español, parte especial, (Dir. Manuel Cobo del Rosal), pags. 178 y sig., Marcial Pons, Madrid, 1997.

[26] Conf. Bustos Ramírez Juan, Aspectos políticos criminales del derecho penal de la circulación en Latinoamérica, en Control social y sistema penal, pag. 566, PPU, Barcelona, 1987.

adecuada para solucionar los problemas que se generan con motivo del tránsito automotor. Para ello está el Derecho administrativo sancionador. Claro está que otra podría ser la cuestión frente a los hechos más graves; quizás, en estos casos, la respuesta penal sea la más adecuada y eficaz. Un ejemplo de lo que acabamos de afirmar se puede observar claramente con la Ley No. 25.159 de 1999, por la que se introdujeron reformas, con penas más duras, en el ámbito de los delitos culposos, particularmente en el área de la conducción de automotores, y ningún resultado positivo se ha podido apreciar hasta la actualidad. Es más, las muertes y daños en accidentes de tránsito han tenido (y siguen teniendo) un crecimiento exponencial en Argentina, fenómeno que no se puede atribuir, ciertamente, a la ausencia de una política criminal de mano dura. Los accidentes de tránsito –por más fascinación que el derecho penal cause en los legisladores- tienen su origen en factores relacionados más con problemas irresueltos de infraestructura vial, con una notoria falta de educación viaria y con una gravísima anomia ciudadana en el respeto a las normas que regulan el tránsito automotor.

Entre nosotros, seguramente, no se habrá de presentar una problemática semejante a la de aquellos países, como por ej. España e Italia, en los que se han regulado, en forma autónoma, delitos contra la seguridad vial en el propio Digesto punitivo, por lo que tengamos que discutir si el Derecho penal está o no legitimado para intervenir en áreas reservadas al Derecho administrativo sancionador, pues lo que el legislador ha hecho con la reforma de la Ley 27.347 no ha sido, ciertamente, incorporar al Código penal delitos contra la seguridad vial o contra el tráfico rodado, en sentido estricto, sino elevar las escalas penales de los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando el conductor de un vehículo con motor haya causado estos resultados en situaciones particulares, mencionadas en la ley a través de un número cerrado de conductas específicas. Por lo tanto, nada nuevo tenemos que indagar, puesto que tanto el homicidio como la lesión culposa siguen teniendo los mismos elementos típicos que antes de la reforma de la Ley 27.347, solo que ahora tendremos

que explorar si esta reforma ha sido oportuna, si obtendrá los efectos preventivos buscados, si era o no conveniente incorporar fórmulas tasadas de conductas y, en su caso, si los factores causales incorporados a la norma penal han sido acertados, etc., análisis que se verá con mayor detenimiento en las páginas que siguen.

Sin entrar en el laberinto doctrinario existente acerca del debate suscitado sobre las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador [27], sólo hemos de exponer aquí, sintéticamente, las opciones teóricas formuladas acerca de la distinción entre injusto penal e injusto administrativo. En esta dirección, la doctrina se ha manejado preferentemente entre dos opciones posibles: una postura que propicia una distinción cualitativa entre ambos instrumentos sancionatorios (tesis diferenciadoras) y otra, contrariamente, defensora de una distinción eminentemente cuantitativa (tesis identificadoras), sin dejar de mencionar, por cierto, que otras opiniones menos radicales han rechazado estas opciones, proponiendo en cambio entre ambos injustos una distinción puramente formal [28] pues, si bien se diferencian cuantitativamente en las sanciones, no es así respecto del supuesto de hecho.

[27] Para mayores detalles sobre esta discusión, puede verse, entre otros, Zuñiga Rodríguez Laura, Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador?, disponible en www.unifr.ch; García-Pablos de Molina Antonio, Derecho penal, parte general, cit., pags. 51 y sig.

[28] Así, Bajo Fernández Miguel, Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal, InDret 3/2008, Revista para el Análisis del Derecho, disponible en www.indret.com, quien afirma que el error de quienes sostienen la diferenciación en término de cualidad o cantidad, reside en que la posición de la tesis mayoritaria no es esa sino la que sostiene que la distinción entre ambos ilícitos es formal, pues –dice, siguiendo a Tiedemann-, ambos ordenamientos se diferencian cuantitativamente en las sanciones pero no en el supuesto de hecho; se puede añadir que ni siquiera siempre se produce la diferencia cuantitativa en la sanciones si comparamos delitos castigados sólo con multa que, en ocasiones, es inferior a la prevista para el mismo hecho en el Derecho administrativo sancionador…la única diferencia es formal porque los delitos son castigados en las leyes penales (sometidas a reserva de ley orgánica), con penas aplicadas por jueces con un procedimiento penal. Las infracciones administrativas (sometidas al principio de legalidad ordinaria), impuestas por órganos administrativos y bajo el proceso administrativo. Del mismo, en coautoría con Silvina Bacigalupo Saggese, confr. Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito, disponible en www.prevenciónblanqueo.com; En opinión de Cerezo Mir, si lo injusto administrativo fuera puramente formal, si se agotase en la desobediencia de los mandatos o prohibiciones del Derecho, no podría establecer el legislador diferencias en la sanción entre las diversas infracciones del Derecho penal administrativo. El delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material

Con esta idea, entiende Bajo Fernández que en la actualidad no puede ponerse en duda de que ambos injustos, tanto el administrativo como el penal, lesionan bienes jurídicos. Por lo tanto, no hay una diferencia ontológica por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada una de ellos. La diferencia sólo puede encontrarse en consideraciones formales, ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica. Por su parte –destaca el profesor de Madrid, en una postura que merece compartirse-, el legislador debe operar, conforme al principio de subsidiariedad y recurrir a la sanción administrativa, en lugar de a la pena criminal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal [29].

El Derecho penal y el Derecho administrativo no son dos sectores del ordenamiento jurídico que no tienen relación entre sí; muy por el contrario, la vinculación funcional entre ambos en más que evidente. Repárese en que el Derecho penal, en diversas ocasiones, se apropia de conceptos del Derecho administrativo trasladándolos en estado puro al Código penal, por ej. función pública, concursos públicos, licencias, etc., mientras que en otras –por su propia autonomía funcional- les da una significación diferente, por ej. el concepto de funcionario y empleado público. Precisamente, la mayor conexión entre ambos sectores se observa en la importancia que el Derecho penal otorga al Derecho administrativo, al decidir crear y aplicar sanciones a los Delitos contra la Administración Pública, previstos en el Título XI, del Libro II, del Código penal.

---

semejante y la misma estructura lógica. La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal…entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas (conf. Cerezo Mir José, Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, disponible en dialnet.unirioja.es).

[29] Conf. Bajo Fernández Miguel y Bacigalupo Saggese Silvina, Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito, disponible en www.prevenciónblanqueo.com.

La opinión mayoritaria entiende que no cabe distinguir, a priori y con criterios cualitativos, entre ilícito penal e ilícito administrativo. Tanto la pena (criminal) como la sanción administrativa se justifican por su necesidad y deben expresar una respuesta proporcionada a la relevancia de las respectivas infracciones que, en puridad sólo se diferencian por razones cuantitativas (gravedad de las mismas). Se puede inferir, entonces, que no existen criterios materiales que permitan diferenciar a priori y con carácter general el ilícito penal del administrativo. Sólo cabe trazar la distinción con la ayuda del criterio cuantitativo de la mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) *gravedad* de la infracción [30].

En este marco, pone de relieve Cuello Contreras los criterios que debieran limitar el ilícito penal del ilícito administrativo o del ilícito civil: 1) Al Derecho penal sólo deben pertenecer los ataques más directos (dolosos e imprudentes) contra los bienes jurídicos más importantes para la convivencia, susceptibles de producir los daños de más difícil reparación; no puede descartarse ab initio, que el Derecho penal incumban, también, las infracciones administrativas más graves; 2) Al Derecho administrativo sancionador deben pertenecer todas aquellas infracciones que poniendo en peligro la confianza del ciudadano en el normal funcionamiento de la vida pública, puedan constituir la antesala –si no se previenen tales situaciones de peligro- de infracciones más graves plenamente constitutivas de delito. Tales infracciones, a su vez, admiten una graduación según su mayor o menor entidad; 3)Al orden civil pueden reconducirse los daños puramente patrimoniales no acompañados de manipulación fraudulenta [31].

[30] conf. García-Pablos de Molina, Derecho penal, cit., pags. 58 y sig. (subrayado del autor). En un mismo sentido, Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, IBdeF, pags. 49 y sig., Montevideo-Buenos Aires, 2008.

[31] conf. Cuello Contreras, Derecho penal español, pags. 22 y sig., cit. por García-Pablos de Molina Antonio, en Derecho penal, cit., pag. 59.

En el derecho argentino, si bien los factores de agravación incorporados por la Ley 27.347 ya tienen prevista su propia sanción en sede administrativa (arts. 83 sig. y conc., Ley 24.449), son conductas que han sido elevadas a delito (la agravante de un delito también es un injusto penal), motivo por el cual no podrían ser sancionadas dos veces, en la vía penal y en la vía administrativa, para no violar el *principio non bis in ídem*, pues –en este caso- la jurisdicción penal es preferente a la vía administrativa. Si bien ambas infracciones comparten un mismo elemento típico, el vehículo con motor, la norma penal absorbe al ilícito administrativo por cuanto añade al citado elemento la lesión del bien jurídico protegido, la vida o la salud de las personas [32].

4) DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Cualquier reforma penal en la que reparemos en los últimos tiempos en Argentina, nos permitirá verificar sin mayor esfuerzo que las nuevas figuras (como también en viejas estructuras típicas reformuladas, particularmente en el sector de la pena), introducidas en distintas partes del Digesto punitivo han sido una clara expresión de una técnica legislativa que viene mostrándose como una tendencia creciente en diversos países del orbe, cual es, precisamente, la de tipificar formulas delictivas con arreglo a la técnica de los delitos de peligro, adelantando la intervención penal a distancias cada vez más lejanas del bien jurídico tutelado, figuras muchas veces indeterminadas y que se crean o se reformulan específicamente para la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como son, por ej. la seguridad pública, el medio ambiente, ciertos

[32] conf. en idéntico sentido, con cita de jurisprudencia, Serrano Gómez Alfonzo y Serrano Maillo Alfonzo, La reforma de los delitos contra la seguridad vial, Revista de Derecho UNED, No. 3, pags. 46 y sig., 2008.

delitos contra la libertad sexual, el sistema informático, algunas infracciones contra el orden económico y el tránsito automotor, etc., situación que pone de manifiesto una expansión intervencionista del poder punitivo del Estado sin precedentes en la historia legislativa de varias décadas atrás hasta el presente, colocando en verdadero riesgo los principios y categorías tradicionales del derecho penal.

Históricamente, la intervención penal puso el acento en los delitos de resultado frente a la protección de bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad corporal, el honor, el patrimonio, etc., mientras que en los tiempos que corren –como decimos más arriba- la tendencia actual es a todas luces la contraria, a través de la instalación de los delitos de peligro en las agendas parlamentarias como prioritaria solución de los conflictos de todo orden que aquejan a las sociedades de la actualidad.

Los delitos de peligro suponen, en todos los casos, un adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la protección a un bien jurídico. El Estado interviene antes de que la acción humana produzca un resultado dañoso, o de que eventualmente pueda producirse. De aquí la existencia dogmática de los delitos de peligro abstracto y concreto, con los cuales se pretende criminalizar una acción humana que se considera antijurídica, en momentos previos muy anteriores a la lesión efectiva de un bien jurídico que se pretende proteger.

En los delitos de peligro -como señala Cerezo Mir- el juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio *ex ante*, pues *ex post* si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. La acción no era peligrosa. El juicio ha de ser realizado por una persona inteligente (el juez) colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las

circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable (como en el juicio de la causalidad adecuada), la acción era peligrosa[33]. Estas advertencias son las que deberá tener en cuenta el juez a la hora en que deba analizar, interpretar y calificar el comportamiento del conductor de un vehículo con motor que ha causado un accidente de tráfico con resultado mortal o lesivo.

No hemos de discutir aquí si la creación de esta técnica legislativa de los delitos de peligro impacta o no contra los principios del derecho penal liberal, si sólo debe utilizarse en la protección de bienes jurídicos colectivos o si también está legitimada para proteger bienes jurídicos individuales, si la penalización de actos preparatorios es no o compatible con ciertas garantías constitucionales, etc., pues no es el fin principal de este trabajo, pero ello no es un obstáculo para delinear algunos conceptos sobre esta categoría de delitos, fundamentalmente porque de ello se trata cuando en el mundo jurídico se habla de delitos contra la seguridad vial.

No es, ciertamente, el caso de la Ley 27.347 de reformas al Código penal, pues no ha incorporado al texto punitivo infracciones de estas características, sino delitos de resultado a bienes jurídicos individuales, pero no es para nada seguro que en un futuro inmediato, el legislador no decida emplear esta técnica (delitos de peligro a bienes jurídico colectivos o supraindividuales) –

[33] Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, cit., pág. 419. En un mismo sentido, dice Carmona Salgado que la diferencia entre el peligro abstracto y el concreto estriba en el hecho de que mientras en el primer supuesto el tipo en cuestión no hace mención expresa a la referida situación de riesgo, que en general se presume, no teniendo tampoco el juez necesidad de constatar su presencia en cada caso particular, en el segundo, en cambio, el tipo alude textualmente a ese dato, por lo que no bastara con que la acción resulte peligrosa en términos genéricos, siendo además obligatorio para el juez probar la concurrencia del peligro en el especifico supuesto que este enjuiciando (Curso de Derecho penal español, parte especial, T.II, págs. 177 y sig., Marcial Pons, Madrid, 1997). Ver, asimismo, sobre estos delitos, Escrivá Gregori José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, págs. 69 y sig., Bosch, 1976.

como ya lo ha hecho en otras ocasiones- para criminalizar conductas que son propias de otras áreas del Derecho, como son, ciertamente, el conducir un automóvil con exceso de velocidad, bajo los efectos del alcohol o estupefacientes, negarse a la prueba de alcoholemia, conducir sin permiso, etc., que son figuras que, por ahora, continúan en el ámbito del derecho administrativo sancionador, pero que no nos sorprendería su traslado al sector propio del derecho penal.

Una de las características del Derecho penal moderno –ha puesto de relieve Cerezo Mir, es, sin duda, que en la protección de los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales el legislador se ha olvidado del principio de subsidiariedad o ultima *ratio* del Derecho penal. Así se ha producido la paradoja de la coexistencia de un proceso despenalizador y de una hipertrofia del Derecho penal en las nuevas zonas de la actividad social en que irrumpe. Esto se advierte claramente, no sólo en los delitos relativos al mercado y a los consumidores y en los delitos societarios, sino también y especialmente en los delitos contra la ordenación del territorio (delitos urbanísticos), en los delitos relativos a las manipulaciones genéticas y en los delitos relativos a la protección de la flora y de la fauna. La protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos y supraindividuales –sigue diciendo al profesor de Madrid-, puede ser llevada a cabo, incluso de un modo más eficaz, por otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, el Derecho mercantil y especialmente el Derecho administrativo sancionador [34].

En la doctrina penal es clásica la distinción entre los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto [35], según que el peligro para el bien jurídico se presente o no en el mundo real (el peligro existe o no existe en la realidad); si existe y puede ser objeto de comprobación, entonces

[34] conf. Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, RDPyC, 2da. Epoca, No.10, pags. 58 y sig., 2002. Del mismo, Derecho penal, parte general, cit., pags. 416 y sig.

[35] confr. Barbero Santos Marino, Contribución a los delitos de peligro abstracto, disponible en dialnet.unirioja.es

estamos ante un delito de peligro concreto; si no existe, porque es sólo la creación del legislador, es una eventualidad estadística, entonces estamos ante un delito de peligro abstracto. En los primeros, el peligro es un elemento del tipo y, por lo tanto, debe ser objeto de comprobación en el respectivo proceso judicial; en cambio, en los delitos de peligro abstracto, el peligro no integra el tipo objetivo y, por lo tanto, no debe ser objeto de comprobación judicial pues, en estas hipótesis, es el legislador el que ha determinado *ex ante* la peligrosidad de la acción, aunque en la realidad el peligro no exista. En estas infracciones, la consumación coincide con la mera acción, aunque en el caso concreto no se haya puesto en peligro ningún bien jurídico. En síntesis, en los delitos de peligro concreto, se castiga una acción porque eventualmente puede causar una lesión en el bien jurídico protegido; en cambio, en los delitos de peligro abstracto se castiga la acción porque legislativamente se ha considerado que es peligrosa en sí misma, aunque en la realidad no lo sea. En estos delitos -a diferencia de los delitos de peligro concreto que sí requieren una realidad peligrosa, esto es, un resultado de peligro-, no es preciso que la acción cree un peligro efectivo para el bien jurídico protegido [36].

5) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. BIENES JURIDICOS INDIVIDUALES Y BIENES JURIDICOS COLECTIVOS.

En concepto de bien jurídico, surgido de la profundización de la idea de antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico –decía ya

[36] conf. Mir Puig Santiago, Derecho penal, parte general, 8º. Ed., pag. 229, Barcelona, 2010. Polaino Navarrete Miguel, Derecho penal, parte general. Teoría Jurídica del Delito, t.II, Vol.1, pags. 437 y sig., Bosch, Barcelona, 2000. Fiandaca Giovanni y Musco Enzo, Derecho penal, parte general, pags. 211 y sig., Ed. Temis, Bogotá, 2006.

hace algunos años el profesor Diez Ripollés-, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría al Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro [37].

No hemos de discurrir aquí sobre el tan discutido tema de si el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma [38], pues no en el propósito perseguido con este trabajo, sino exponer mucho más modestamente sobre algunas cuestiones atinentes al bien jurídico en derecho penal, en cuanto puedan tener importancia con los delitos vinculados al tráfico rodado, que es el tema principal de esta obra.

Desde esta perspectiva, entonces, tienen un interés particular los llamados "bienes jurídicos colectivos", los cuales son, en gran medida, una consecuencia de la sociedad del riesgo generadora de nuevas fuentes de peligro y, consiguientemente, de nuevas formas de criminalidad, propios del modelo expansionista del Derecho penal actual, protagonista principal en las nuevas realidades que necesitan –o se presume tal necesidad- de la intervención penal. Es, precisamente, en este ámbito, en donde el bien jurídico pierde una dosis importante en su misión de principio limitador del poder punitivo del Estado.

Respecto de la misión del derecho penal como un sistema de control social orientado a la protección de los valores fundamentales del orden social, esto es, la salvaguarda de bienes

[37] conf. Diez Ripollés José Luis, El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista, disponible en dialnet.unirioja.es

[38] Sobre esta cuestión, se puede confr. Roxin Claus, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, RECPC, 15-01, 2013.

jurídicos, destaca García Pablos que el Derecho penal no pretende realizar valores absolutos de la justicia sobre la tierra, ni ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia sino garantizar la inviolabilidad de los valores supremos del orden social haciendo posible la vida común, la convivencia [39].

Abordando la problemática que plantea el bien jurídico como bien/interés/objeto de protección penal, el profesor Polaino Navarrete deslizó en su día una sugerente frase que nos parece de mención indispensable en todo abordaje que se pretenda realizar sobre esta temática: "Sin la realización de un comportamiento antijurídico que por su intrínseca gravedad requiera la conminación penal, y sin la presencia de un objeto de protección que por su significación social exija una garantía punitiva –decía el profesor de Sevilla-, el propio Derecho penal carecería de sentido como orden jurídico de valor y como medio de control político-criminal. Por ello, "destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea obvia pero en todo caso ineludible" (subrayado nuestro). El reconocimiento del concepto de bien jurídico representa un presupuesto básico imprescindible para la justificación normativa del sistema penal [40].

Más recientemente, agrega: "El bien jurídico posee una trascendencia consubstancial en sus dimensiones dogmática y práctica al propio Ordenamiento penal: de su entidad y contenido depende, no ya la estructuración técnica, sino la propia existencia del Ordenamiento punitivo", volviendo a insistir que "destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea superflua como innecesaria…un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en

[39] conf. García-Pablos Antonio, Derecho penal, Introducción, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, pag. 40, Madrid, 1995.

[40] Conf. Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pag. 319, Mario A.Viera Editor, Corrientes, Argentina, 2000.

sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base sustancial y no inspirado en los principios de justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad" [41].

En una misma dirección, Gonzalo Fernández considera que la comprensión del delito como una lesión a bienes jurídicos le suministra una partida de nacimiento al derecho penal contemporáneo, le otorga acaso el retrasado salto a la modernidad, emancipándolo del viejo absolutismo penal. En el Estado moderno –señala el jurista uruguayo, citando a Mir Puig- , el principio de lesividad –esto es, la dañosidad social connatural al ilícito, que se concretará en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido-, pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del derecho penal de la democracia. Al lado de los tradicionales principios de legalidad y culpabilidad, el principio de lesividad (*nullum crimen sine injuria*) viene a fortalecer un modelo de derecho penal ajustado a los cánones del Estado constitucional de derecho [42].

Pese a que en la actualidad puede afirmarse que el postulado de que el delito implica una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, prácticamente no tiene oposición, siendo casi un verdadero axioma el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos [43], no puede afirmarse lo

[41] Conf. Polaino Navarrete Miguel, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), Editora Jurídica Grijley, pag. 229, Lima-Perú, 2004. Del mismo, Derecho Penal, parte general, T.II, Teoría Jurídica del Delito, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2000.

[42] Conf. Fernández Gonzalo, Bien Jurídico y sistema del delito, pags. 2 y sig., Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004. En la actualidad -salvo la postura del prof. Günther Jakobs y sus seguidores- es prácticamente unánime la tesis de que la función del derecho penal reside en la protección de bienes jurídicos (conf. Roxin Claus, El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, en La teoría del delito en la discusión actual (trad. Manuel Abanto Vázquez), pags. 91 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007; del mismo, A protecao de bens jurídicos como funcao do Direito Penal, 2da. ed., Livraría do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

[43] Conf. Regis Prado Luiz, Bem Jurídico-penal e Constituicao, pag. 24, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1996.

mismo respecto del **concepto de bien jurídico**, en donde reina una gran controversia, con posturas dogmáticas de distinto signo [44].

Lo que no admite discusión, eso sí, es que el concepto de bien jurídico nació con una clara función de garantía para los ciudadanos, en cuanto pretendía dar razón del porqué de la intervención estatal y su importancia en la configuración de los tipos penales [45].

Partiendo de una postura que concebía al bien jurídico como un "estado social" que surgía con la ley penal, actualmente se entiende que el mismo preexiste al tipo, es decir, el bien jurídico constituye el punto de partida de la formación del tipo penal. Con ello, la función del bien jurídico no se agota en la creación del tipo penal, sino en su constante legitimación, puesto que –como se tiene dicho- cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se hace desde el bien jurídico [46].

El análisis del bien jurídico se torna fundamental en la investigación de cualquier figura delictiva, aun cuando muchas de ellas pueden ser interpretadas, con mayor o menor acierto,

---

[44] Un detalle de las opiniones acerca del concepto de bien jurídico, puede verse en García-Pablos de Molina Antonio, Derecho penal, parte general –Fundamentos-, Editorial Universitaria Ramón Areces – Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, pags. 133 y sig., Lima (Perú), 2009. Del mismo, Derecho penal, Introducción, pags. 41 y sig., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995

[45] Conf. Jescheck Hans H., Tratado de derecho penal, parte general (trad. y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), vol. I, pag. 350, Bosch Barcelona, 1981. Para un estudio sobre el origen y evolución del bien jurídico, véase Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pags. 337 y sig., Mave Editor, Corrientes, Argentina, 2000; igualmente, Fernández Gonzalo, Bien Jurídico y sistema del delito, pags. 11 y sig., Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004; también, Hormazábal Malareé Hernán, Bien Jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona, 1991. Confirmando la opinión del texto, Caro Jhon pone de relieve que, no obstante que la doctrina dominante en el Derecho penal considera al unísono que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, sin embargo la misma doctrina no ha lograd precisar hasta ahora qué debe entenderse por bien jurídico, y, lo más importante, qué contenido tiene o debe tener un bien jurídico (conf. Caro Jhon José Antonio y Huamán Castellares Daniel O. El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pag. 83, Editores del Centro, Lima, 2014).

[46] Conf. Bustos Ramírez Juan, Los bienes jurídicos colectivos, Estudios de derecho penal en Homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 11, pag. 150, Madrid, 1986.

sin el auxilio directo de esta herramienta de la dogmática penal, sino buceando en los elementos típicos de la figura respectiva para luego aparcar en los confines del bien jurídico.

Pero, como se ha puesto de relieve en la doctrina científica, en algunos delitos la función del bien jurídico cobra una importancia decisiva para la comprensión de los términos típicos y para la resolución de determinados problemas concursales[47].

El bien jurídico es el primer eslabón en la larga cadena que conforma la estructura del delito. Es una herramienta teórica básica que obra de puerta de acceso al mundo de la infracción delictiva. De allí, la conocida expresión de Soler de que la determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley[48].

El bien jurídico –se tiene dicho- constituye un instrumento básico para el desarrollo de la teoría del delito pues, entre otras cosas, posibilita la conexión interna entre dogmática jurídica y política criminal. De aquí que la doctrina, por amplia mayoría, se esfuerce en ratificar la vigencia inamovible del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, convirtiéndolo –a raíz de su

[47] Con esta opinión, Martínez-Buján Pérez Carlos, El bien jurídico protegido en el delito español de fraude de subvenciones, en El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, pag. 835, Editorial Comares, Granada, 1999. Ver, en esta misma obra, con otra idea (aunque no tan distinta), González Rus Juan José, Bien Jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual, pag. 755, en donde dice que "la identificación del bien jurídico protegido es una de las primeras tareas que se impone el intérprete, por considerar que el mismo constituye un instrumento de gran importancia para la interpretación y aplicación de cualquier delito. Tal proceder, que es acertado, no consigue ocultar la paradoja que supone el hecho de que para delimitar concretamente el ámbito y límites del injusto se acuda al bien jurídico protegido, cuya identificación y concreción definitiva solo resulta posible, sin embargo, sino una vez que se han estudiado al menos los elementos básicos del tipo de injusto. Tal consecuencia es particularmente evidente –continua diciendo este autor- en determinadas figuras delictivas, en las que la indagación preliminar sobre cuál sea el bien jurídico protegido resulta absolutamente insuficiente y no puede ultimarse con rigor hasta que no se ha concretado el estudio de los elementos centrales del tipo de injusto correspondiente".

[48] Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.III, pag. 4, TEA, Buenos Aires, 1970.

eficacia limitativa sobre el poder penal del Estado- en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del derecho penal democrático[49].

Múltiples sectores del derecho penal sirven de puerta de entrada para el análisis de los tipos delictivos a partir del bien jurídico protegido, por ejemplo en los delitos sexuales, que es el sector en donde se presenta con mayor claridad un campo propicio para la indagación de las figuras allí reunidas a partir de los intereses tutelados. No otra cosa puede pensarse, si nos atenemos, no sólo a la rúbrica que colorea el Título III del Código penal –"Delitos contra la integridad sexual"-, sino a la propia letra del art.131, incorporado por la Ley N° 26.904, cuyo texto finaliza diciendo: "…con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".

Vale decir, que las conductas concretas relativas a los delitos sexuales sólo pueden ser objeto de castigo, en tanto y en cuanto ellas produzcan una lesión (o puesta en peligro, añadimos) al bien jurídico protegido [50], afirmación que no se encuentra a caballo de la actual controversia (aunque no tan reciente) acerca de la función del derecho penal, la cual podría simplificarse –por decirlo de algún modo-, entre aquellas posturas (mayoritarias en la doctrina, por cierto) que defienden la idea

---

[49] Conf. Fernández Gonzalo, Bien Jurídico y principio de culpabilidad, en El Derecho Penal Hoy, Homenaje al Prof. David Baigún, (Comps. Julio B.J. Mayer y Alberto M. Binder), pags. 169 y sig., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

[50] Conf. Hormazábal Malareé Hernán, La eutanasia: un caso de colisión de principios constitucionales, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, pag. 2037, Edisofer, Madrid, 2008. En un mismo sentido, Roxín Claus, El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, en La teoría del delito en la discusión actual (trad.: Manuel Abanto Vázquez), pag. 91, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007, en la que dice que "por regla general, el injusto penal se presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En esto se basa también el ordenamiento legislativo, el cual en la parte general del Código penal clasifica los delitos, aunque no siempre de manera consecuente, según los diferentes bienes jurídicos protegidos". Quintero Olivares Gonzalo, Curso de Derecho Penal, parte general (Acorde al nuevo Código Penal de 1995), con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut, pags. 50 y sig., Cedecs Editorial, Barcelona, 1997. Polaino Navarrete Miguel, Introducción al Derecho Penal, con la colaboración de Miguel Polaino Orts, pags. 149 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2008. Fiandaca Giovanni y Musco Enzo, Derecho penal, parte general, pags. 30 y sig., editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2006. Aquí se puede recordar el Anteproyecto de Código penal para la República Argentina de 2014 (Proy. Zaffaroni), en cuyo artículo 1 –Principios-, se establece 2) Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros derivados de las normas supremas señaladas: …c) Ofensividad. "No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico".

de que el derecho penal protege bienes jurídicos, y aquellas otras (de las que el profesor Günter Jakobs es pionero), de corte funcional-sistémico, que entienden que el derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma [51].

La intervención del derecho penal en la vida de una sociedad, o de los propios individuos en particular, debe estar siempre justificada, debe existir una razón que justifique su intervención, esta razón está íntimamente relacionada con la protección de un bien o interés que posea relevancia para los individuos o para la sociedad en su conjunto, pero no para grupos minoritarios que pretendan imponer una regla de conducta o determinadas pautas de comportamiento a los ciudadanos, pues, si esa fuera la razón de la intervención punitiva, entonces ella no estaría legitimada, sería arbitraria e inconstitucional.

Siempre que el derecho penal está presente, nos encontramos con la limitación de algún derecho, como si fuera la contracara de una misma medalla. De allí la importancia que asume, en un Estado Democrático de Derecho, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, como expresión básica del principio constitucional de legalidad.

La doctrina, en este aspecto, ha puesto de relieve la importancia de este principio, en el sentido de ser portador de un instrumento no sólo limitador de la intervención punitiva del Estado o

[51] Sobre esta cuestión, puede verse Polaino Navarrete Miguel, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Madrid, 2007; del mismo, Derecho Penal, modernas bases dogmáticas (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), presentación de José Antonio Caro John, pags. 227 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú, 2004; Jakobs Günther, ¿qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 1ra. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002; Polaino-Orts Miguel, Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003; Roxin Claus, A protecao de bens jurídicos como funcao do Direito Penal, 2da. Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009; Feijoo Sánchez Bernardo, Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en Constitución y Principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales (Dir.: Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez; Coord.: Silvia Fernández Bautista), pags. 139 y sig., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Hormazábal Malareé Hernán, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991; Alcácer Guirao Rafael, ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito, Serie Mayor, Atelier, Barcelona, 2003.

ius puniendi, sino que tiene la virtualidad de importar una verdadera frontera –infranqueable- entre la Moral y el Derecho, en tanto –como se tiene dicho- no todo bien moral ha de ser un bien merecedor de protección jurídica, como no toda inmoralidad ha de constituir delito.

Es evidente, se dice, que ni el Derecho puede regir la conciencia individual, ni la moral de un individuo puede decidir el orden colectivo del Derecho. Este ha de basarse en un consenso social que en las sociedades democráticas y plurales no sólo no tiene por qué coincidir con cada moral individual, sino tampoco con una única Moral social. Las Constituciones democráticas deben expresar dicho consenso social, en cuya base ha de estar la idea de que los ciudadanos y sus intereses básicos (individuales y colectivos) constituyen los bienes jurídicos que el Estado ha de proteger. Sostener que el Derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos-penales entendidos como intereses fundamentales de los ciudadanos supone rechazar una concepción del Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo del funcionalismo sistémico de Luhmann y Jakobs [52].

Prescindir de la referencia individual que supone someter los bienes e intereses de los ciudadanos a los Estatutos sobre derechos humanos y a las Constituciones democráticas, lo cual implicaría subordinar el poder punitivo del Estado al servicio de las personas (primero la persona, luego el Estado), poniendo –como dice Mir Puig- en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del Derecho penal, importaría la sumisión de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestaciones del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas –dice este autor- en el objeto último de protección por parte del Derecho penal, supone

[52] Conf. Mir Puig Santiago, Bases constitucionales del derecho penal, pag. 112, Iustel, Madrid, 2011. Véase, sobre el particular, Quintero Olivares Gonzalo, Parte general del Derecho penal (con la colaboración de Fermín Morales Prats), pags. 78 y sig. y 269 y sig., Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática[53].

No nos parece posible prescindir del bien jurídico como categoría dogmática, axiológica o normativa en el análisis del delito y, por ende, del derecho penal. Si una conducta es delito sólo y cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico, y el delito es un producto del derecho penal (o, al menos, una categoría por él tipificada), pues entonces éste –que es su sistema regulador- debe tender a proteger, precisamente, aquello que su producto –el delito- lesiona o pone en peligro, esto es, el bien jurídico.

Hablar de bien jurídico implica reconocer su existencia y, si el bien jurídico existe (como categoría dogmática y normativa), entonces un sistema de normas se debe ocupar de él. Y ese sistema normativo es, en general, el Derecho, y en particular, el Derecho penal.

El derecho penal tiene como función primordial la protección de un bien jurídico. La importancia de este axioma reside, fundamentalmente, en que su negación implicaría la negación del propio derecho penal, pues no podría estar legítimamente justificada su intervención frente a infracciones que no protegen ningún bien jurídico. Si no existe ningún bien jurídico que proteger es porque no existe el delito –o, al menos, no necesita de tutela penal- entonces, la intervención penal en este caso devendría arbitraria e ilegítima.

Todo delito (tentado o consumado) presupone –como lo pone de relieve Polaino Navarrete- el quebrantamiento de expectativas normativas; la diferencia sólo es cuantitativa, lo que se traduce en una mayor sanción penal en el delito consumado que en el delito tentado [54].

[53] Conf. Mir Puig Santiago, Bases constitucionales del derecho penal, cit., pag. 113.

Pero, el que la infracción penal importe, al mismo tiempo que una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, también un quebrantamiento de expectativas normativas, ello no significa que se deba prescindir del concepto de bien jurídico como herramienta dogmática justificadora del injusto penal. El concepto de bien jurídico –nos explica el autor antes citado, proponiendo una sugerente tesis integradora, que compartimos- es, todavía, un importante componente de la fundamentación del injusto material, del que no puede prescindirse ni siquiera desde una fundamentación funcionalista del injusto en el que se conceda, también, relevancia al concepto de norma. Ambos conceptos, norma y bien jurídico, no tienen por qué ser incompatibles, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico el contenido. En consecuencia –concluye el profesor de Sevilla- la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social). Su compatibilidad y la contingencia de sus fines demuestran que, en la Dogmática penal actual (por ejemplo, en el injusto de la tentativa y de la consumación), el concepto de bien jurídico sigue desempeñando un papel imprescindible en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función del Derecho penal[55].

La teoría del bien jurídico – se ha puesto de relieve- cumple una función de límite del derecho penal, en la medida que permite constatar que su protección no es fuente de desigualdad ni

[54] Conf. Polaino Navarrete Miguel, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Separata, pag. 37, Madrid, 2007

[55] Conf. Polaino Navarrete Miguel, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Separata, pags 37 y sig., Madrid, 2007

de discriminación. Ello sólo se puede hacer posible a partir de la identificación de la relación social concreta protegida de que se trate.

En este sentido la teoría del bien jurídico se presenta como una teoría abierta, pues no sólo puede legitimar la presencia de una determinada norma sino también al mismo tiempo cuestionarla. Ha sido precisamente este carácter abierto del concepto el que ha permitido que determinadas normas, que en algún momento aparecieron como legítimas, hoy aparezcan anacrónicas e incompatibles con el Estado social y democrático de derecho. Piénsese, sin ir más lejos, en el delito de adulterio.

Una teoría del delito construida a partir de un concepto material de bien jurídico permite fundamentar una reacción social sobre la materialidad del daño social y no sobre la mera desobediencia de la norma, como en último término viene a plantear Jakobs.

Desde una perspectiva político criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, necesariamente, el legislador si quiere ser coherente con su propia declaración, que sistemáticamente deberá estar contenida en un Título Preliminar, tendrá que omitir la penalización de comportamientos cuyo objeto de protección no sea un bien jurídico. De ahí que sea de la máxima importancia tener presente un concepto que junto con definirnos lo que es un bien jurídico, nos permita señalar si un determinado objeto protegido por la norma es o no un bien jurídico, es decir, que nos permita señalar fundada y racionalmente aquellos casos en que la norma no está protegiendo un bien jurídico [56].

[56] Conf. Hormazábal Malareé Hernán, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Revista de Derecho, Vol.XIV, Chile, 2003.

En este sentido, Caro Jhon pone de relieve que mediante la protección del derecho de la persona el principio de lesividad garantiza al ciudadano que allí donde no exista un derecho sometido a cuestionamiento, carece de sentido la intromisión del Derecho penal sobre la esfera de libertad personal del ciudadano. En esto radica definitivamente el sentido constitucional del principio de lesividad; de una parte mantiene su contenido limitador del *ius puniendi* a fin de que todo ejercicio de poder punitivo por parte del operador jurídico esté sometido a un continuo control acerca de su legitimación constitucional, pero, de otro lado, extiende la garantía que sólo cabe dicha intervención cuando se trate de una efectiva *lesión* del derecho de la persona, con independencia de que dicha lesión opere técnicamente bajo la forma de un delito de peligro o de un delito de resultado. Lo determinante es que la *lesión* recaiga efectivamente sobre un derecho, y no sobre una moral, una ideología, un credo o una política determinadas [57].

Frente a la creciente demanda social de seguridad, debido a las distintas formas de criminalidad que se han presentado con motivo de la aparición de nuevas fuentes de peligro, por ej. los delitos contra el medio ambiente, los delitos económicos e informáticos, los delitos contra el tráfico vial, etc., ha revitalizado nuevamente la teoría que postula la intervención del derecho penal en el resguardo de los llamados *bienes jurídicos colectivos o supraindividuales*, es decir, aquellos que se funcionalizan en cada miembro de la sociedad y pueden ser disfrutados por todos. Los bienes jurídicos colectivos son de titularidad indiferenciada, compartida por todo el conjunto de la sociedad, de manera que su protección sólo puede asegurarse con cierto grado de eficacia a través de la técnica de los delitos de peligro, en especial, de los delitos de peligro abstracto. Pero esta técnica de tipificación tiene el problema de que adelanta la intervención penal hasta etapas muy alejadas del

[57] Conf. Caro Jhon José Antonio y Huamán Castellares Daniel O. El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pags. 85 y sig., Editores del Centro, Lima, 2014.

bien jurídico que se pretende proteger, o bien propone la incriminación de conductas que no representan una vulneración de un bien jurídico determinado, circunstancia que genera reparos constitucionales por violación de principios básicos del derecho penal, como por ej. el principio de lesividad u ofensividad, por cuanto esta clase de infracciones impactarían de frente con el criterio del bien jurídico protegido, que determina la exclusión del ámbito de la tipicidad aquellas conductas que no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico específicamente protegido por el derecho penal.

En palabras de Hormazábal, "desde una perspectiva político criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, necesariamente, el legislador si quiere ser coherente con su propia declaración, que sistemáticamente deberá estar contenida en un Título Preliminar, tendrá que omitir la penalización de comportamientos cuyo objeto de protección no sea un bien jurídico [58].

Toda la cuestión relacionada con los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, tiene conexión con el llamado "derecho penal accesorio", es decir –como pone de relieve Corcoy Bidasolo-, con aquél sector del ordenamiento jurídico que puede utilizarse para aludir a delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código penal o en leyes especiales, van referidos a un sector de actividad en el que ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas [59], de manera que su ámbito de actuación, por la preeminencia de la utilización de técnicas de tipificación aledañas a los delitos de peligro y a las leyes penales en blanco, pondría en entredicho la legitimidad de la intervención penal, que es, en rigor de verdad, la cuestión que se suscita, entre otros, en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial.

[58] Conf. Hormazábal Malarée Hernán, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Revista de Derecho, vol. XIV, Julio de 2003.

[59] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos, disponible en www.criticapenal.com.ar

En nuestra opinión, el derecho penal debe intervenir sólo y cuando los otros medios de control social menos estigmatizantes han fracasado en la protección del bien jurídico colectivo. Si las medidas y sanciones del derecho administrativo han sido suficientes para controlar –en nuestro caso- la seguridad del tráfico rodado, el derecho penal no debe intervenir si no quiere deslegitimarse, pues no se advierte una desprotección del bien jurídico comprometido que justifique una respuesta punitiva del Estado. Sin embargo –y volviendo a Corcoy Bidasolo-, se torna preciso insistir que la cuestión de la legitimidad de la intervención penal determina la necesidad de una constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del derecho penal del homicidio, de los delitos contra los intereses patrimoniales, del derecho penal ambiental o de delitos contra la administración pública y de justicia [60]. Es por ello que, en atención al respeto de los principios de un derecho penal garantista, de mínima intervención (ultima *ratio*), el legislador debe castigar sólo aquellas conductas más graves y menos tolerables para la sociedad en su conjunto, evitando incriminar tipos abiertos, indeterminados, o actos preparatorios equiparados a la consumación o formas de participación a la autoría [61]. Sólo en un contexto legislativo de estas características, se podría mantener indemnes las garantías propias del Derecho penal, evitándose la justificación de la sanción de un injusto penal en la mera desobediencia de una norma administrativa, riesgo que se corre si no se respetan, en la creación de delitos contra la seguridad del tráfico rodado, las garantías mínimas que informan un Estado Constitucional de Derecho.

[60] conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, op.cit., pag. 8.

[61] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, op.cit., pag. 12.

6) LOS NUEVOS DELITOS RELACIONADOS AL TRÁFICO AUTOMOTOR EN LA LEY 27.347

En rigor de verdad, la reforma penal operada por la Ley 27.347 no ha introducido al digesto punitivo, en sentido estricto y autónomo, nuevas formas de criminalidad ligadas al tráfico automotor, sino que ha realizado una reformulación de los artículos 84, 94 y 193 bis, particularmente en el sector de la pena y ha incorporado dos nuevos artículos, 84 bis y 94 bis, mediante los cuales se ha establecido una casuística (sistema tasado de conductas) en forma expresa de algunas modalidades conductuales relacionadas con la conducción de un vehículo a motor y que son, a juicio del legislador, los factores causales más relevantes de la siniestralidad vial con resultados fatales o lesivos. Vale decir, que la reforma se ha limitado a redecorar los artículos en los que se tipifican los delitos culposos con resultado muerte o lesión, sin que se hayan incorporado figuras en las que se tipifiquen nuevos delitos vinculados al tráfico automotriz en sí mismo, esto es, tipos penales autónomos e independientes de los resultados producidos, como por ej. conducir con exceso de velocidad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o bebidas alcohólicas.

En nuestro caso -a diferencia de otros ordenamientos, como España o Italia, según se podrá ver en el capítulo correspondiente-, estas conductas sólo son delictivas en la medida que causen un resultado mortal o lesivo; de lo contrario, permanecerán como faltas administrativas de competencia de la justicia contravencional. Más adelante veremos con mayor detenimiento los alcances de la reforma.

Los delitos tipificados conforme al esquema de la Ley 27.347 (artículos 84, 84 bis, 94 y 94 bis, del Código penal), contienen elementos que les son comunes y que integran los respectivos tipos de injusto, a saber: a) vehículo con motor, b) conducción del vehículo con motor, c) ámbito espacial de la conducción (vía pública) y d) el resultado muerte o lesión.

Vehículo con motor.

Uno de los elementos principales (y de necesaria concurrencia en el tipo objetivo) de las figuras incorporadas por la reforma de la Ley 27.347 es, ciertamente, el automotor, o bien como dice en forma expresa la norma, "*vehículo con motor*". De allí la importancia de su definición, no tanto por la necesaria interpretación gramatical de este elemento del tipo objetivo del injusto sino por exigencia del principio de taxatividad penal, el cual exige una redacción lo más clara posible del tipo penal, particularmente en el ámbito de la acción, la cual en este caso se relaciona estrechamente con el medio comisivo, el automotor.

Si bien un resultado lesivo se puede causar mediante el empleo de vehículos propulsados por otros medios de tracción (humana o animal: naturalmente también se puede matar conduciendo un carro tirado por caballos), el legislador ha puesto un límite acotando las posibilidades comisivas del tipo penal al empleo de un vehículo con motor, única justificación para la aplicación de la mayor penalidad.

El Código penal no nos suministra una definición sobre lo que debemos entender por "*vehículo con motor*", fórmula relativamente indeterminada e imprecisa, que nos obliga, en cierta

forma, a remitirnos a la normativa extrapenal en busca de un concepto esclarecedor del término, concretamente a la Ley Nacional de Tránsito No. 22.449. Pero, sorpresivamente, tampoco esta normativa es muy clara al respecto, pues no contiene una referencia expresa sobre el término en cuestión, sino que sólo hace alusión en el artículo 5.a) a la voz "automóvil", diciendo que es un automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido el conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que excedan los mil kg de peso.

Como se puede apreciar, en la ley nacional se habla de automóvil, suministrando sus características, pero no nos dice en forma específica qué es un vehículo con motor, con lo cual la temática se presenta aún más compleja, pues a los fines penales no puede aceptarse el concepto suministrado por la normativa nacional de tránsito, debido a que restringe en exceso los alcances del término, dejando fuera del tipo penal vehículos o artefactos que, como los ciclomotores o motocicletas de dos y tres ruedas, tranvías, trolebuses, bicicletas con motor, los carritos para golf, la silla de ruedas con motor, inclusive embarcaciones y aviones, etc., pueden comprometer el tráfico viario, pues debemos recordar que la norma no hace ninguna referencia a la vía de circulación, la cual –en consecuencia- puede ser por tierra, agua y aire. De todos modos, si bien una bicicleta con motor, al ser un vehículo con motor encaja perfectamente en el supuesto típico, no creemos que el legislador haya pensado en una bicicleta con tales características al redactar el tipo penal.

De todas maneras, los conceptos que pudiere suministrarnos la normativa administrativa no serían, en modo alguno, vinculantes para la integración del tipo penal en cuestión, sino sólo orientativos, por cuanto –como se ha visto- en dicha legislación no tienen cabida ciertos vehículos que, por sus propias características, poseen la potencialidad suficiente como para comprometer el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Por ello, la doctrina ha propuesto una interpretación de carácter descriptivo –aunque muy restrictiva- considerando vehículo a motor a "todo artefacto apto para las comunicaciones terrestres y para el transporte de personas o cosas dotado de propulsión mecánica propia" [62]. O, en palabras de Muñoz Conde –con una mirada mucho más amplia del concepto "vehículo a motor", - las definiciones de la ley extrapenal "no deben considerarse vinculantes al objeto de interpretar el concepto de vehículo a motor en los tipos penales que aquí se tratan, siendo preferible una interpretación fáctica por la que puede considerar como vehículo a motor todo vehículo dedicado al transporte de personas o cosas no movido por energía humana o animal, incluido los ciclomotores [63], quedando excluidos aquellos vehículos o medios de transporte cuyo medio de propulsión no sea el motor, por ej. bicicletas y los vehículos que se desplazan arrastrados por animales [64].

La Ley 25.129 no hacía una diferencia con respecto al término, sino que en el segundo párrafo del artículo 84 estableció una referencia directa a la voz "vehículo automotor", mientras que en la Ley 26.362 –que introdujo el art. 193 bis al Código penal-, se hablaba de "vehículo automotor" en el primer párrafo y en el segundo de "autómovil", distinción que hacía que la confusión acerca de qué se quería decir con estos términos se presentara aún más difícil, controversia que, en cierta medida, vino a corregir la Ley 27.347 al unificar los términos en la expresión "vehículo con motor" pero, al no suministrarnos un concepto legal –como, por ej., se hizo con el concepto de documento en el art. 77 CP-, tampoco aportó mayor claridad a la cuestión.

---

[62] Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la seguridad colectiva, Derecho penal, parte especial, 5ta. Ed. Revisada y actualizada (J.L.González Cussac, Coord.), pag. 598, Tirant lo Blanch Manuales, Valencia, 2016. Entre nosotros, tal definición tendría el problema de su propia amplitud conceptual, pues excede el marco propio de un vehículo "con motor" (exigencia de la Ley 27.347), que no es lo mismo que "propulsión mecánica propia".

[63] Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18 edición, pags. 700 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

[64] Conf. Muñoz Ruiz Josefa, El delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código penal, pag. 190, Universidad de Murcia, 2013.

En síntesis, ninguna de las voces aludidas aporta elementos indicadores para determinar con precisión el objeto del delito, por la estrechez conceptual de la que padecen, siendo necesario recurrir a un concepto amplio y omnicomprensivo del término "*vehículo con motor*", a fin de ampliar el campo de aplicación de la agravante, con lo cual –con esta mirada-, el concepto, entonces, comprendería a *todo tipo de vehículo cuyo desplazamiento sea propulsado por motor y que sea utilizado para al transporte de personas o cosas, con independencia de la vía de circulación*.

Conducción del vehículo con motor.

La acción de conducir hace referencia siempre a una acción que demanda movimiento, desplazamiento, circulación de un lado a otro de una cosa. Se conduce un automotor mediante el dominio de los mecanismos de dirección y el desplazamiento mínimo a impulsos de su motor [65], haciéndolo ir de un lugar a otro. Cualquier movimiento del automotor producido por la acción del conductor es suficiente para obrar de disparador del tipo agravado de que se trate, siempre que el movimiento, en principio, sea la consecuencia de la propulsión del motor, situación que implica el descarte de todo movimiento del vehículo por energía humana (empujar el automóvil) o animal (por arrastre), como así la mera puesta en marcha o encendido del motor sin que se haya puesto en movimiento.

La cuestión no parece merecer mayor atención, pero si observamos detenidamente el artículo 84 bis del Código penal veremos que allí se menciona al objeto de la acción con la expresión "vehículo con motor" y no "vehículo con motor en marcha", circunstancia que podría plantear dudas en aquellos casos en los que se produce un menoscabo al bien jurídico por un automóvil que transita

[65] Conf. De Vicente Martínez Rosario, Comentarios al código penal, Lex Nova, 2da. Ed., 2011. Debemos recordar que esta autora comenta un delito de peligro contra el tráfico rodado previsto en el Código penal español, pero entre nosotros, que no están tipificados en el digesto punitivo este tipo de delitos, con mayor razón, siendo estas infracciones de resultado material, tenga o no encendido el motor el vehículo y se provoca un resultado mortal o lesivo a un peatón, el conductor responderá por el daño causado.

una vía sin la propulsión de su motor, por ej. deslizar el automóvil por una pendiente con el motor apagado. Si bien la cuestión ha sido objeto de una viva discusión en la doctrina extranjera [66], entre nosotros creemos que debe matizarse, pues, a diferencia de esos otros ordenamientos (España, Italia, etc.), en los que estos delitos son autónomos, de peligro y vinculados a la seguridad vial, las infracciones previstas en los artículos 84 bis y 94 bis del digesto penal argentino son delitos de resultado material, que exigen para su consumación la muerte o la lesión de una persona, resultado que, de por sí, implica evitar que se considere a dicho resultado como un caso fortuito, ya que no están tipificados los delitos contra la seguridad vial en sí mismos. Esto por un lado. Por otro lado, el tipo penal hace referencia a "vehículo con motor", sin ningún otro aditamento, expresión que debe ser entendida en sentido amplio, esto es, comprensiva también de un vehículo sin que su motor se encuentre encendido o en marcha, aunque si –como ya se puso de relieve- debe estar en movimiento, de un lugar a otro. Por lo tanto, si se está desplazando por una pendiente, por la acción del conductor y sin el motor encendido y causa un resultado, estaremos dentro del delito de homicidio o de lesiones culposos, según el daño que se haya producido, pues –como señala De Vicente Martínez- dejar deslizar el vehículo por una pendiente acentuada, durante un buen trecho, manejando la dirección y el motor apagado, integra el comportamiento típico, ya que el sujeto habría conducido, al dirigir la trayectoria del vehículo mediante la manipulación de los mandos de dirección, pudiendo entrañar esta maniobra idénticos riesgos, sino mayor, que un desplazamiento mediante los mecanismos propios del vehículo [67] .

---

[66] Ver, por todos, Muñoz Ruiz Josefa, El delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código penal, Universidad de Murcia, 2013.

[67] Conf. De Vicente Martínez, Derecho penal de la circulación. Delitos relacionados con el tráfico vial, pag. 107, Barcelona, 2008.

Con similar postura, subraya Gómez Pavón que cuando el resultado lesivo se produce como consecuencia del deslizamiento o desplazamiento del vehículo, por inercia o por fuerza de gravedad, subsistirá el delito imprudente de lesiones u homicidio, siempre y cuando concurran los elementos necesarios para ello, por cuanto la acción realizada infringe el deber objetivo de cuidado, significando la creación de un riesgo no lícito. Consecuentemente, no es necesario recurrir a la extensión del ámbito de estos delitos, más allá del sentido de los términos para garantizar la indemnización a las posibles víctimas [68].

Un automóvil con el motor apagado sigue siendo, normativamente, un automóvil "con motor", con lo cual se cumple el tipo de injusto. Pero, la acción de conducir implica, por lo general, dirigir el automotor utilizando sus mecanismos de dirección, vale decir, desplazamiento del vehículo por el impulso del motor en marcha . Por lo tanto, quedan fuera del concepto de conducción empujar el vehículo en la vía pública o empujarlo dirigiendo el volante para estacionarlo, arrastrarlo mediante la fuerza de animales o personas o remolcarlo con otro vehículo con motor, con excepción de las maniobras propias de estacionamiento del automóvil en un garaje, pues en ellas también se aprecia la acción de conducir el automóvil en un lugar de uso público o privado. Del mismo modo, habrá "conducción de un vehículo con motor" (aun cuando no se encuentre encendido) en los términos normativos señalados, en aquellas situaciones en que se lo conduce en una pendiente, sin observar los mínimos recaudos de cuidado que exige la prudencia y, consecuentemente delito, si se producen los resultados previstos en la ley.

En opinión de la doctrina, estas infracciones que requieren típicamente un sujeto activo "conductor", configuran delitos de propia mano en los que no cabe la autoría mediata, pero sí

[68] Conf. Gómez Pavón Pilar, El delito…, cit., pag. 24. De la misma, críticamente en La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico, en Comentarios a la Reforma Penal de 2010 (Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac (Dir.), pág. 430, Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.

la coautoría (profesor de autoescuela) o cualquier forma de participación (por ej. instigación o cooperación del acompañante) [69].

Ámbito espacial de la conducción (vía pública).

Conforme surge del literal de los textos penales implicados en la reforma de la Ley 27.347 y de la interpretación teleológica que se debe hacer de ellos, se puede afirmar, en principio, que la vía pública constituye un elemento integrador esencial de los nuevos tipos agravados. Todos estos delitos requieren, no sólo un conductor al volante de un automóvil con motor –según se ha visto en el parágrafo precedente-, sino que la conducción se realice, por lo general, en la vía pública y no en espacios privados o lugares excluidos al tránsito automotor. Sin embargo, esta conclusión debe ser matizada.

Una más atenta mirada del texto legal, a los fines de determinar con la suficiente precisión si estos delitos únicamente pueden cometerse mientras la circulación del automóvil con motor se lleva a cabo en una vía de uso público o destinada al tránsito de vehículos, o si también es posible su comisión en lugares privados no destinados al tránsito de automóviles, nos debe recordar que la Ley 27.347 no sólo no hace ninguna referencia a la necesidad de que la conducción de un vehículo con motor se lleve a cabo en una vía pública, sino que no ha incorporado al Código penal los denominados delitos contra la seguridad vial en sentido estricto, sino circunstancias agravantes de delitos contra la vida y la integridad corporal vinculadas a los delitos de homicidio y lesiones culposas, situación que nos revela una cuestión no tan sencilla de decidir y que merece un análisis más detenido.

---

[69] Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18 edición, pags. 700 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

Volvemos sobre algo ya dicho y que nos parece de suma importancia: las conductas incorporadas por la ley de reformas no suponen un atentado a la seguridad del tráfico automotor (aun cuando ello pueda ocurrir como resultado sobreviniente o colateral), circunstancia que nos brinda una mejor herramienta de análisis en la búsqueda de una solución menos compleja y más ajustada al texto legal y a los fines de la reforma: si hablamos de seguridad del tráfico rodado, entonces ello sólo es posible si ponemos el acento en la conducción de automotores en la vía pública, no en vías privadas o no destinadas al tránsito vehicular, pero tal conclusión no puede sostenerse en relación con los delitos contra la vida y la integridad personal, que son los delitos que en este caso ocupan nuestra atención.

En Líneas generales se puede decir que, muchas veces para determinar con mayor precisión el sentido y alcance de un elemento del injusto típico, una primera referencia podría encontrarse en la dicción de la rúbrica legal, pero también es una vía adecuada para tales fines la propia dicción de los tipos delictivos.

Para resolver esta cuestión, se nos ocurre cuatro interpretaciones posibles: una, que considera que no debe formularse ninguna distinción al respecto; si la muerte o la lesión han sido causadas mediante la conducción de un vehículo con motor, por la concurrencia de algunas de las hipótesis previstas en el 2do. párr. de los artículos 84 bis y 94 bis, resulta indiferente que la acción típica se haya perfeccionado mediante la conducción de un automóvil en la vía pública o en un espacio privado o no destinado al tráfico rodado, pues nada dice la norma en tal sentido ni nada puede hacer pensar lo contrario, por ej. causar la muerte o una lesión a una persona retrocediendo el vehículo en un garaje de un domicilio particular, estando bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes; en este caso, concurren los elementos del tipo objetivo “automotor”, “conducción” y

"resultado" y subjetivo, la "conducta imprudente"; por lo tanto, el agente responderá por homicidio culposo o lesión culposa agravados, según cuál haya sido el resultado causado.

Una segunda solución –con alcances muy restrictivos y con base en las disposiciones de la Ley Nacional de Transito No. 24.449-, se inclinaría porque las acciones típicas se deben llevar a cabo en la vía pública. Pero, esta solución no resultaría aconsejable por sus propias limitaciones, ya que –como se ha señalado por la doctrina- conduciría al absurdo de negar protección a las personas que se encuentren fuera de los lugares destinados al tránsito de vehículos y, por lo tanto, en espacios que precisamente deben gozar de mayor protección (piénsese en zonas peatonales, parque o jardines, en una playa) [70]

Otra interpretación podría entender que no puede formularse idéntica conclusión en todos los casos, sino que hay que distinguir mediante un análisis sistemático del injusto típico. Una situación se presenta claramente en el primer párrafo de los artículos 84 bis y 94 bis, contemplando ambas posibilidades: la conducción del automotor puede llevarse a cabo, indistintamente, en camino público o en un espacio privado. En cambio, los tipos de injusto regulados en el párr. 2do de los mencionados artículos, requieren para su consumación que la conducción del automóvil se haya llevado a cabo en una vía pública, pues ello surge –como antes se dijo- de una interpretación teleológica y sistemática de las normas penales incorporadas. El exceso de velocidad, la violación de una señal de tráfico, la conducción con culpa temeraria, la fuga del lugar del hecho, etc., son situaciones conductuales que presuponen la conducción de un automotor por una vía pública, no necesariamente destinada al tránsito de vehículos, sino una vía de uso público por la que pueden

[70] Conf. Tamarit Sumalla Josep María, De los delitos contra la seguridad de tráfico, en Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Gonzalo Quintero Olivares, Dir.), pág. 1042, Aranzadi Editorial, Navarra, 1996. Con una misma opinión, Carmona Salgado Concepción, Delitos contra la seguridad de tráfico, págs. 178 y sig., Curso de Derecho penal español, parte especial (Dir.; Manuel Cobo del Rosal), T.II, Marcial Pons, Madrid, 1997.

transitar un número indeterminado de personas, por ej, una arteria peatonal, vedada al tránsito automotor, la acera de una avenida, una playa plagada de turistas, etc. Si un sujeto alcoholizado, al volante de un automóvil, accede violentamente a una arteria peatonal o a una zona de playa poblada de bañistas y mata a un tercero, será responsable de la conducta agravada prevista en el párr. 2do. del art. 84 bis y no de la contemplada en el párrafo anterior del mismo artículo. Esta conclusión surge claramente de la propia interpretación del tipo de injusto pues, al no adoptar el Código penal ninguna fórmula específica en tal sentido (nada dice sobre la naturaleza de la vía en la que debe ocurrir el siniestro), permite realizar este análisis bifronte de la norma.

Finalmente, una última posición nos dirá que la mejor solución es indagar en cada caso en concreto. Un sujeto inhabilitado judicialmente para conducir automotores puede hacerlo, indistintamente, en un lugar público o en un lugar privado, por ej. en una pista para aterrizaje de aviones de poco porte construida en un terreno privado. Pero en los demás casos, no parece posible que la conducción no se realice más que en una vía pública destinada al tráfico automotor. Esta postura –como se puede observar- no se aleja demasiado de la anterior, por lo que podría ser considerada como una variante de ella. En nuestra opinión, podría ser la interpretación más acorde con la reforma penal.

Debemos recordar una vez más que, entre nosotros, no está en juego el peligro (concreto o abstracto) que pueda correr la seguridad del tráfico vial en la conducción de un vehículo con motor (porque no es un bien jurídico protegido autónomamente en el Código penal sino, en todo caso, en forma complementaria a un bien jurídico individual) –en cuyo caso toda distinción entre las conductas previstas en los artículos 84 bis y 94 bis, sería irrelevante a los fines típicos-, sino la vida o la integridad física de las personas, circunstancia que (la ponderación del resultado acaecido en cada caso en concreto), según nos parece, sí se presenta como importante, pues ello nos permitirá inferir si

dicho resultado producido en una vía pública o en un lugar privado o no destinado al tránsito de vehículos, debe adecuarse a las conductas previstas en el primero o en el segundo párrafo de los artículos citados.

En el marco de esta idea, ¿qué importancia puede tener la licencia para conducir automotores, si el resultado se produjo en un lugar privado vedado al público, como el ejemplo del garaje que hemos dado anteriormente, o en el jardín o el parque de la casa particular, por ej., lugares en los cuales ni siquiera se requiere de permiso para conducir?.

Si bien es verdad que la Ley Nacional de Tránsito No. 24.449 establece definiciones en las que habla de calzada, banquina, camino, autopista, etc. (art. 5), dando una señal clara de que la norma sólo regula situaciones que suceden, o pueden suceder, sólo en una vía pública, ello no quiere significar que el derecho penal deba someterse a las decisiones y normas del derecho administrativo –ni de otro sector del ordenamiento jurídico-, pues su autonomía le permite establecer no sólo sus propios elementos y conceptos en los respectivos tipos penales, sino, inclusive, dar una interpretación diferentes a conceptos de otros sectores del Derecho. Además, el Código penal no formula ninguna distinción al respecto. Por ello, creemos que la interpretación más adecuada para determinar si las nuevas figuras requieren o no de una conducción del automóvil con motor en una vía pública o es indiferente el lugar de comisión, es la que se expone en último término. Habrá que estar al caso concreto, pues también se podría justificar la aplicación de la agravante alegando que en las situaciones descriptas en la norma penal (por ej. exceso de velocidad, conducción bajo la influencia del alcohol o de estupefacientes, con culpa temeraria, etc.), también se encuentra involucrado, si bien en forma secundaria, el bien jurídico seguridad del tráfico vial, pero –en rigor de verdad-, lo que ha determinado el incremento de la pena en estas hipótesis no es la probable violación de la seguridad vial, sino que la vida y la integridad física de las personas se encuentran

sujetas a un mayor riesgo de menoscabo frente a conductas especialmente peligrosas en el ámbito del tráfico automotriz. Por lo tanto, si ese tal mayor peligro de daño no se produce en la realidad, por la no concurrencia de dichas formas conductuales, entonces habrá que aplicar la regulación más benigna prevista en el primer párrafo de los artículos 84 bis o 94 bis, según cuál haya sido el resultado causado.

No parece para nada justificable –frente, por ej., a una probable situación de alcoholemia- aplicar la pena agravada a un resultado acaecido por la conducción de un automotor en el parque de una residencia de verano-, pues no sólo no parece ser esta la situación tenida en cuenta por el legislador a la hora de incrementar la pena en los delitos de homicidio y lesiones culposas, sino que tal solución implicaría una extensión y aplicación excesiva de la respuesta punitiva, echando por tierra los límites garantistas del Derecho penal liberal.

En aquellos ordenamientos como por ej. el español o el italiano, en los que se regulan delitos de mera actividad y de peligro contra la seguridad del tránsito vial, como infracciones autónomas e independizadas del resultado producido, se puede formular una afirmación tan categórica como la siguiente: es atípica la conducta de conducir temerariamente por un camino de uso privado, con dos excepciones: que ese camino esté abierto al público o a determinadas personas (vecinos de una urbanización, empleados de una empresa y personas autorizadas), o que, no estándolo, sea indebidamente utilizado por quien carece de derecho para ello y lo haga conduciendo temerariamente [71]. Pero, entre nosotros, si la conducta del sujeto activo en esas mismas circunstancias causa un resultado, mortal o lesivo, deviene aplicable el delito culposo, con más la agravante de conducción temeraria. En cambio, en aquellos ordenamientos extranjeros, se debería recurrir, o a la figura simple del tipo culposo correspondiente o a las reglas del concurso de delitos.

[71] Así Orts Berenguer Enrique, Derecho penal, cit., pag. 599.

Creemos que estas cuestiones deben resolverse en la observación de cada caso en particular, sin perder de vista en ese análisis los principios informadores que filtran o limitan la respuesta penal del Estado, como son, ciertamente, los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio del Derecho penal.

Resultado: la muerte o lesión de una persona

Todas las cuestiones relativas a las características dogmáticas de los delitos vinculados al tráfico rodado, siempre se han decantado –como ya se tiene dicho- con respecto a los delitos de peligro, particularmente con referencia a los delitos de peligro abstracto. Así ha ocurrido en los países europeos, como Italia y España, que han realizado un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial cerca de estas infracciones.

Entre nosotros, por el contrario, el legislador no se ha ocupado de sancionar delitos que estén relacionados en forma directa con la seguridad del tráfico vial, sino en forma mediata o indirecta, pero que en definitiva, no tienen la naturaleza de estos.

Los delitos que estamos comentando son delitos de resultado material, producido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y no de peligro –concreto o abstracto- para el bien jurídico protegido. Por lo tanto, lo que importa no es el riesgo creado por la acción del conductor –cuyo comportamiento pudo haber sido temerario-, sino el resultado producido.

El incremento de la pena para aquellas hipótesis previstas por la Ley 27.347 sólo podrían tener justificación frente al mayor riesgo de daño que dichos comportamientos producen por la probabilidad de menoscabo de los bienes jurídicos protegidos, la vida y la integridad corporal de las personas, de manera que el resultado producido es el elemento que determina el momento consumativo del delito.

Tratándose de delitos culposos, la mera conducción del vehículo con motor en alguna de las situaciones previstas en los artículos 84 bis o 94 bis del Código penal, sin resultados, no dará lugar a una tentativa del delito imprudente sino a una contravención administrativa violatoria a las reglas de la circulación vial. La imputación del resultado –se ha dicho en la doctrina- carece de justificación si no se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido [72].

Los bienes jurídicos protegidos: ¿la seguridad vial o la vida e integridad física de las personas?

En aquellos países en los que se han incorporado al Código penal delitos vinculados al tráfico automotor como infracciones autónomas, de pura actividad y de peligro (abstracto o concreto), como por ej. España, el estudios de los delitos de conducción bajo la influencia de estupefacientes, psicotrópicos, drogas tóxicas y bebidas alcohólicas (art. 379) o de conducción temeraria (art. 381), ha sido abordado a partir de una aun no finalizada discusión sobre el bien jurídico protegido, conformando, desde una perspectiva político criminal y dogmática, los llamados "delitos contra la seguridad del tráfico vial".

En el marco de este esquema, son tres las posiciones doctrinarias que compiten en una ya dilatada controversia acerca del bien jurídico protegido por estas infracciones: una tesis individualista, una postura colectivista y, en tercer lugar, una solución intermedia. La primera, sostiene que en estos delitos el bien jurídico directamente protegido es la vida o la integridad física de las personas que intervienen en la actividad del tráfico automotor; en segundo lugar están aquellos

[72] Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, cit., pag. 493.

que entienden que lo protegido por estas infracciones es el tráfico viario en sí mismo, en forma autónoma, con independencia de la tutela que pudieren tener otros bienes jurídicos, como la vida o la integridad física o salud de las personas; por último, una tercera postura, intermedia, defiende la idea de que el interés protegido es la seguridad del tráfico automotor, no como bien jurídico en sí mismo sino como un instrumento orientado a la tutela de la vida, la integridad física y la salud de las personas que participan en éste específico ámbito de actuación [73].

Esta controversia doctrinal no viene de recibo, pues se enmarca dentro de un esquema teórico proveniente de la llamada expansión del derecho penal y el empleo –debido a la aparición de nuevos riesgos en las actividades cotidianas-, de los denominados bienes jurídicos colectivos o universales y la proliferación de los delitos de peligro, particularmente de delitos de peligro abstracto.

En esta dirección, entonces, algunos autores entienden que la regulación de estas infracciones como delitos contra la seguridad colectiva, es la más acertada, puesto que lo que se quiere proteger no es el riesgo en general, sino determinadas parcelas en cuanto afecten la seguridad colectiva [74], o bien la circulación rodada en sí misma [75].

En una postura contraria, sosteniendo la tesis de delitos contra la seguridad colectiva pero con referencia individual, Mata y Martin destaca que al exigirse que la conducta represente un peligro para bienes jurídicos individuales, ya ha lesionado el bien colectivo (límite mínimo), y a la

[73] Confr., para mayores detalles, Hortal Ibarra Juan Carlos, El delito de conducción temeraria (art. 381): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, Revista Jurídica de Cataluña, No.1, año 2008

[74] conf. Gómez Pavón Pilar, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas, drogas tóxicas o estupefacientes, pag. 89, Ed.Bosch, Barcelona, 1998.

[75] Conf. Queralt Jiménez Joan, Derecho penal español, PE, pag. 919, Atelier, Barcelona, 2008; de una misma idea, González Rus Juan José, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional, RFDUG, No. 15, pag. 54, 1998.

vez no ha llegado a menoscabar de manera efectiva los bienes personales (límite máximo), por lo que el estadio de peligro abstracto resulta sobrepasado evitándose los distintos problemas que presenta [76]. Dentro de esta solución intermedia, Carmona Salgado opina que la seguridad colectiva no se vería afectada por la necesaria vinculación que debe mantener con los bienes jurídicos individuales a los que de manera mediata protege. Con éstos –afirma- existiría una conexión ideológica, sin perjuicio de que la seguridad del tráfico sea protegida primordialmente por este delito, pero siempre al servicio de aquellos [77].

Finalmente, estas aquellos que piensan que el interés protegido por estas infracciones tiene un carácter personalista o antropocéntrico, mientras que la seguridad del tráfico no es más que un bien jurídico en sentido formal, difuso y de naturaleza instrumental, difícil de definir, y que sólo podrían tener algún sentido si tienen alguna referencia a bienes jurídicos individuales, como la vida o la integridad física de quienes se involucran en una actividad de tráfico rodado. En esta dirección, Orts Berenguer pone de relieve que si en los delitos contra la seguridad del tráfico se hubiera erigido a ésta en objeto de tutela, tendríamos un bien que se nos escurriría de las manos por la dificultad de concretarlo; por ello, en esta infracciones –señala este autor- se protege de modo directo e inmediato la vida y la integridad de las personas, es decir, los bienes que en definitiva resultan en peligro cuando se efectúa alguna de las conductas tipificadas, y sin que ello signifique, sin embargo, que no puedan resultar comprometidos otros intereses, como el transporte de mercancías, el ocio, etc., pero siempre en segundo plano [78].

---

[76] Conf. Mata y Martín Ricardo, Bienes Jurídicos intermedios y delitos de peligro, pag. 61, Comares, Granada, 1997.

[77] Conf. Carmona Salgado Concepción, Delitos contra la seguridad del tráfico, Derecho penal español, PE, pags. 793 y sig., Madrid, 2005.

[78] Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos…, cit., pag. 66. Igualmente en Derecho penal, parte especial, cit., pags. 595 y sig.

Entre nosotros, ésta sería la tesis más aceptable. No cabe aquí discutir si la seguridad del tráfico vial es el bien jurídico protegido preferentemente o lo es, en cambio, la vida o la integridad física de las personas. Ni siquiera cabe discutir si la situación de peligro que deriva de la conducción de un automotor, puede afectar a un colectivo de personas en general o sólo a un número indeterminado de individuos que participan en ese específico ámbito de actuación que es el tráfico rodado.

El legislador ha sido muy preciso en este aspecto. La ubicación sistemática de las nuevas (viejas) formas de conductas culposas en el Título I –Delitos contra las personas-, Capítulo I –Delitos contra la vida-, y Capítulo II –Lesiones-, no dejan ningún margen de discusión: el bien jurídico protegido por estas infracciones en el Código penal argentino sigue siendo –antes y después de la reforma de la Ley 27.347- la vida y la integridad física y psíquica de las personas, independiente de que hayan intervenido o no en el ámbito en que se desarrolla el tráfico viario. Sólo así es posible explicar que los delitos que vamos a comentar seguidamente son delitos de resultado material, aun cuando como consecuencia colateral o secundaria, un hecho de estas características también lesione o ponga en serio peligro la seguridad del tránsito automotor

HOMICIDIO CULPOSO.

a) EL TEXTO LEGAL. Art. 84: *Será reprimido con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los*

deberes a su cargo causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará en dos años si fueren más de una las víctimas fatales (texto según Ley 27.347).

b) ASPECTOS GENERALES

La disposición referida –cuyo origen proviene de la reforma de la Ley 27.347-, tipifica en el ordenamiento penal argentino el delito de homicidio culposo, conocido también como homicidio imprudente. Sus elementos estructurales, en lo fundamental, coinciden con los del delito-tipo de homicidio del art. 79 (homicidio doloso), salvo en el tipo subjetivo, como veremos seguidamente. Por consiguiente, le son de aplicación, en líneas generales, los principios y reglas referidos a esta figura[79].

No corresponde aquí abordar cuestiones relacionadas con la culpa, propias de la Parte General del Derecho penal, salvo en cuanto fuere necesario hacerlo por fines meramente didácticos. Recordemos, sí, que en nuestro derecho el delito culposo ha sido estructurado bajo la forma típica cerrada de imputación o de *numerus clausus*, esto es, que solo son culposos los delitos que como tales y sobre la base de ciertas exigencias normativas se hallan expresamente tipificados en la Parte Especial del Código Penal.

---

[79] Para un estudio más completo del homicidio culposo, recomendamos a Jiménez de Asúa, Luis, *problemas modernos de la culpa*, "Rev. de derecho penal y criminología" la ley, 1968, n° 1; Terragni, Marco Antonio, *homicidio y lesiones culposos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1979; del mismo, dolo eventual y culpa consciente, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2009. Sobre la culpa en general, véase Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo*, Jurídica de Chile, 1995; Villada Jorge Luis, *delitos contra las personas*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2004; Figari Rubén E., *Homicidios*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

El sistema vigente –como ha sido tradicional en nuestros antecedentes- permite estructurar el homicidio culposo sobre la base de cuatro formas específicas de la culpa: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.

El delito tiene previsto pena de prisión conjuntamente con la de inhabilitación especial, para cuyos efectos son de aplicación los arts. 20, 20 bis y 20 ter del Cód. Penal (agregados por la ley 21.338). La fuente de estos artículos es el proyecto de 1960, en el que se anota: "En vez de sancionar en cada caso de modo expreso la inhabilitación, el sistema adoptado responde a la naturaleza accesoria de esta sanción; se aplica sobre la base de la existencia de cualquier infracción, siempre que el delito se vincule con una esfera de derechos o deberes de los que son materia de inhabilitación o con el ejercicio de una profesión o actividad reglamentadas, y el hecho demuestre menosprecio, incompetencia o abuso".

La ley 25.189 (BO, 28/10/99) incrementó el máximo de la pena de prisión del primer párrafo del artículo a cinco años (tres años en el texto original) y agregó un segundo párrafo por medio del cual se aumenta la pena mínima de prisión prevista en el primer párrafo, a dos años, para aquellos supuestos en los que la conducta culposa causase dos o más víctimas fatales o el hecho fuera causado en oportunidad de la conducción de un vehículo automotor.

En la actualidad, la Ley 27.347 –como se verá más adelante- ha introducido modificaciones de gran calado, tanto en el artículo 84 como en el artículo 94 –particularmente en el ámbito de la pena-, y ha creado *ex novo* dos artículos, el 84 bis y el 94 bis, en cuyos textos ha incorporado una catálogo cerrado de conductas específicas que tiene únicamente vinculación con la conducción de un vehículo con motor, como se analizará con mayores detalles páginas más adelante. Además, la reforma de la Ley 27.347 introdujo modificaciones en el artículo 193 bis, específicamente respecto del objeto de la

acción delictiva, el vehículo con motor, dejando inalterado el resto de los artículos oportunamente incorporados por la Ley 26.362.

c) SISTEMAS DE REGULACION DE LA CULPA EN EL DERECHO COMPARADO

Jiménez de Asúa [80] -a quien seguimos en este punto, aunque con algunos aportes complementarios de exploración propia-, ha realizado una exhaustiva investigación sobre los diversos sistemas existentes en los principales países de Europa y América Latina para legislar sobre la culpa, de cuyo estudio resulta la siguiente clasificación:

1) Códigos que, sin definir la culpa en la Parte General, sancionan en la Parte Especial algunos delitos culposos. Dentro de este sistema pueden mencionarse, entre otros, el Código francés, el Código Penal argentino, el Código belga, el Código holandés, el Código paraguayo, etcétera.

2) Códigos que se refieren a la culpa en la Parte General para hacer constar en ella que los delitos culposos solo se castigarán en aquéllos casos taxativamente establecidos. Se mencionan, dentro de este sistema, el Código Penal húngaro, que prescribía que las acciones culposas solo pueden ser punibles en los casos expresamente previstos en la Parte Especial del Código; el Código Penal danés y el Código para Groenlandia. En el ámbito latinoamericano puede citarse el Código Penal del Perú, cuyo art. 12, párr. 2°, prescribe: “El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley. Del mismo modo, el Código Penal español establece en el art. 12 que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”. Puede citarse también el Código Penal del Paraguay como adscripto a este sistema

[80] Conf. Jiménez de Asua Luis, Problemas modernos de la culpa, Revista de Derecho Penal y Criminología, pags. 9 y sig., N° 1, Editorial La Ley.

y al Código de la República de San Marino, el cual en su art.21, 2do. párrafo, dice: “Los delitos son punibles por culpa”, castigándose el homicidio culposo en el art. 163 [81].

3) Códigos que no definen la culpa en la Parte General, pero que introducen en la Parte Especial una definición amplia. Son ejemplos de este sistema los códigos españoles a partir de 1848, hasta la reforma de 1989. El ordenamiento español vigente, por el contrario, con la nueva formulación ha estructurado el delito culposo bajo el sistema de *numerus clausus*, sancionando como delito el homicidio imprudente solo cuando es cometido por imprudencia grave (art. 142, inc. 1°), mientras que la imprudencia leve que causa la muerte de otra persona estaba prevista como falta en el art. 621-2, conminada con pena de multa de uno a dos meses, pero la LO 1/2015 derogó el Libro III –Faltas y sus penas-. Actualmente, esta figura está prevista en el art. 142, inc.2, con una pena de tres meses a dieciocho meses. En la misma disposición del art. 142 están previstos también el homicidio imprudente cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, así como la hipótesis de imprudencia profesional. Por ello, ubicamos esta legislación en el sistema explicado en el número anterior. Sigue una orientación similar al modelo español, el Código Penal de Chile, cuyo Título X del Libro II, denominado “De los cuasidelitos” (arts. 490 a 493), describe en el art. 490 la imprudencia temeraria con una definición idéntica a la del Código español anterior a la reforma de 1989.

4) Códigos que dan una definición de la culpa en la Parte General, y en la Parte Especial enumeran taxativamente los delitos culposos. Son ejemplos de este sistema, los códigos penales ruso soviético de 1960, italiano, suizo, brasileño, uruguayo, etcétera. El Código italiano dice, por ej., en el art. 43: “Elemento psicológico del delito”, “El delito (. . .) es culposo, o contra la intención, cuando

[81] Información obtenida de Alvaro Selva, Commento al Codice penale della Repubblica Di San Marino, seconda edizione aggiornata, AIEP Editore, 2010.

el evento, aun previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas". El Código Penal uruguayo, por su parte expresa, en el art. 19: "El hecho ultraintencional y el culpable solo son punibles en los casos determinados por la ley"; y en el art. 314, en el que tipifica el delito de homicidio culpable, dice: "el homicidio culpable será castigado con 6 meses de prisión a 8 años de penitenciaría". El Código Penal cubano de 1987 prescribe en el art. 9.3 que "el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto". El Código Penal para el Distrito Federal de México de 1931, establece en el art. 9°, párr. 2°, que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen". El Código Orgánico Integral penal de Ecuador de 2014, dice en su art. 27: "Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código".

Entre nosotros, el proyecto de 1960 seguía este sistema. Establecía el art. 20 del proyecto: "Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó que ocurriría o, previéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo". Decía SOLER en la nota del proyecto, que una definición general de la culpa evitaba que en la Parte Especial se hiciera necesario repetir la fórmula tantas veces como incriminaciones culposas hubiera.

Más recientemente, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 estableció en el art. 1° el principio de legalidad estricta y responsabilidad, con el siguiente texto: "Solo se consideraran delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley forma previa, realizadas con voluntad directa, *salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia*". El delito de homicidio culposo fue tipificado en el art. 83, con similar contenido que el texto en vigencia, agregándose un segundo párrafo en el cual se incluyó la novedosa figura de la "culpa temeraria", con una pena máxima de ocho años de prisión. Esta nueva categoría normativa podría haber generado dos consecuencias indeseables: por un lado, una probable violación del principio de proporcionalidad (aun cuando al parecer es el principio que se pretendió respetar con su creación, como figura intermedia entre el dolo y la culpa), por la identidad de pena, en su monto, con el mínimo previsto para el homicidio doloso y, por otro lado, una enorme dificultad de aplicación en la praxis por su notoria indeterminación conceptual.

d) EL HOMICIDIO CULPOSO EN EL DERECHO ARGENTINO

El delito de homicidio culposo –como antes se dijo- se halla estructurado en el Código Penal argentino sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art.84).

La Ley 27.347 ha reformulado el artículo (que ya había sido modificado por la ley 25.189 de 1999 [82]), regresando el texto original en la figura básica, pero incrementando el mínimo de la escala penal –que era de seis meses- a un año de prisión, manteniendo en un segundo párrafo de la

[82] Decíamos en aquellos años de vigencia de la Ley 25.189, que si había algo que llamara la atención era el reemplazo de la expresión "impericia" por la de "inexperta", lo cual podría plantear situaciones de difícil solución (ver Creus Carlos y Buompadre Jorge E., Derecho penal, parte especial, t.1, pag. 51, Editorial Astrea, 2007).

disposición un tipo agravado para cuando fueren más de una las víctimas fatales. Por lo demás – como ya anticipáramos anteriormente- agregó el artículo 84 bis para aquellas hipótesis que sólo tienen relación con la conducción de un vehículo con motor.

De manera que, en el régimen actual, la muerte culposa de una o más personas, en principio, se adecua a la regulación del artículo 84, pero si ese tal resultado es la consecuencia de la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, es de aplicación el primer párrafo del nuevo artículo 84 bis. El tipo agravado sólo será de aplicación cuando concurran, conjuntamente, alguna de las circunstancias previstas en el mencionado primer párrafo del artículo 84 bis con alguna de las hipótesis reguladas en el segundo párrafo de la misma disposición penal. Debemos destacar que la concurrencia de una o más agravantes (por ej. producir la muerte de una o más personas, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, conduciendo un automotor excediendo la velocidad permitida legalmente), no multiplica la penalidad, sino que la pena debe ser graduada de acuerdo con la escala prevista en la propia normativa y las disposiciones generales de los artículos 40 y 41 del Código penal.

No existe un concepto general de culpa, ni es posible deducirlo de las disposiciones legales. Sin embargo, como señala Creus, la culpa no constituye un delito propio en sí mismo (que se castigue la culpa por la culpa misma, *crimen culpae),* sino que no cualquier delito atribuido en la ley a título de dolo, susceptible de recibir forma culposa, es punible por esta última si la misma no se encuentra expresamente prevista[83]. En el estado actual de nuestro Derecho, el homicidio culposo solo es punible por cuanto se halla expresamente prevista su punición en los artículos 84 y 84 bis, Cód. Penal.

---

83 CREUS, Carlos, *Sinopsis de derecho penal*, Zeus, Rosario, 1974, p. 125. Del mismo, Derecho penal, parte general, 5ta. edición, pag. 248 y sig. Astrea, 2003.

La culpa -según el referido autor-, se presenta en nuestro sistema jurídico como una violación del deber de cuidado, el cual se estructura directamente sobre la previsibilidad del resultado típico; o sea que el deber de cuidado existe en el caso dado, en tanto y en cuanto el autor haya podido prever la posibilidad del resultado típico[84]. En un mismo sentido, Núnez subraya que la conducta culposa, en cualquiera de las formas previstas por la ley, no es en sí misma imputable y punible. Para que lo sea, tiene que haber causado un resultado imputable a título de culpa, especie culpable que en su concepción integral se funda en la previsibilidad del daño[85].

El tipo objetivo está dado por el verbo causar (la muerte de otro), que representa la acción material punible. La estructura de la acción en este delito admite tanto la comisión como la omisión impropia (comisión por omisión), no así la simple omisión, que se caracteriza por la irrelevancia del resultado. El hecho culposo sin resultado -decía Terán Lomas-, es irrelevante para el derecho penal[86].

Entre la acción y el resultado debe mediar un nexo de causalidad, una relación entre la conducta realizada y el resultado producido, sin interferencia de factores extraños, como es propio de todo delito cuya acción provoca una modificación en el mundo exterior. En el delito imprudente, subraya Muñoz Conde, la acción imprudente solo se castiga si produce un resultado lesivo[87] .

Diversas teorías han sido desarrolladas por la doctrina para resolver complejas cuestiones en el plano de la causalidad (por ej., la teoría de la equivalencia de condiciones, la causalidad adecuada, la imputación objetiva, etc.), que no habrán de ser abordadas en este lugar por corresponder a la teoría

[84] CREUS, Carlos, Sinopsis, cit., p. 125; igualmente, en Derecho penal, cit., pag. 252.

[85] NÚNEZ, Ricardo C., *Derecho...,* ps. 175 y ss.; SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, *La culpa antirreglamentaria,* "Doctrina Penal", 1982, ps. 671 y ss.; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 1, ps. 537 y siguientes.

[86] TERAN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 3, p. 190.

[87] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito,* Temis, Bogotá, 1984, p. 21.

general. Sin embargo, cabe poner de relieve, volviendo a Muñoz Conde, que la relación de causalidad entre acción y resultado, o si se prefiere, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado es, por lo tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido[88].

De acuerdo a la posición dominante, pone de relieve González Rus que la imprudencia es una cuestión tanto de injusto como de culpabilidad, por lo que la culpa requiere la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción), la lesión o, en ciertos tipos, el peligro para el bien jurídico (desvalor de resultado) y la imputación objetiva del resultado.

El tipo subjetivo se satisface con la realización de las formas culposas previstas en la ley: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.

La *"imprudencia"* es el obrar ligero, precipitado o peligroso. Obra imprudentemente quien realiza un acto que las reglas de la prudencia aconsejan su abstención. Es un hacer de más, o como lo explica Levene (h.), un exceso de acción a lo cual se suma un defecto en la previsión del evento[89].

La *"negligencia",* por el contrario, es sinónimo de descuido, desatención, falta de precaución en el obrar. Obra negligentemente quien omite realizar un acto que la prudencia aconseja hacer. En la negligencia hay un defecto de acción y un defecto en la previsión del resultado. Es negligente quien no puso los cuidados que el mandato imponía[90].

La *"impericia",* también conocida como "culpa profesional", configura un obrar deficiente de una profesión, arte u oficio. Implica una conducta gruesa, de proporciones considerables, inexperta o

[88] MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, cit., p. 22.

[89] LEVENE (h.), Ricardo, EL delito de homicidio, p. 354, Editorial Depalma, 1970.

[90] conf. Creus Carlos, Derecho penal, cit., pg. 251.

inhábil para el ejercicio de la actividad. Decía Bettiol que la impericia no solo se presenta sustancialmente como una imprudencia calificada, sino como un caso de temeridad profesional, por ej., el médico cirujano que pretende ejecutar una operación difícil y riesgosa aun sabiendo que no está a la altura de su tarea[91]. En suma, la impericia es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte, que importa un desconocimiento de los procedimientos más elementales, por ej., el médico que equivoca el diagnóstico o comete fallos groseros de técnica operatoria[92]. No obstante, cabe destacar, como enseña Núñez, que la impericia no se identifica necesariamente con cualquier error o ignorancia en el ejercicio de la actividad. No basta con decir, en el campo de la actividad médica, que hubo un error de diagnóstico para que haya culpa, sino que debe tratarse de un error que, cayendo fuera del marco de lo opinable y discutible, sea grosero e inadmisible por obedecer a una falta de saber mínimo[93].

Por último, *"la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo"* configura un supuesto de culpa punible que puede derivar de cualquier normativa de orden general emanada de autoridad competente (art. 77, Cód. Penal). Se trata de la inobservancia de disposiciones expresas (ley, reglamento, ordenanza, etc.) que prescriben determinadas precauciones que deben observarse en actividades de las cuales pueden derivar hechos dañosos[94]. Las reglas de acatamiento exigibles se hallan predeterminadas en disposiciones normativas reguladoras de la actividad o cargo de que se trate. El desconocimiento u omisión de ellas generan una hipótesis de responsabilidad culposa, en la medida que el obrar de ese modo cause un resultado típico. En síntesis, subjetivamente es preciso

[91] BETTIOL, Giuseppe, Derecho penal, "Parte general", Temis, Bogotá, 1965, p. 406.

[92] LÓPEZ BOLADO, Jorge, Los médicos y el Código penal, pags. 94 y sig., Universidad, 1988.

[93] NÚNEZ, Ricardo *C.*, Derecho penal argentino, pags. 87 y sig., Editorial Bibliografica Omeba, Buenos Aires, 1967.

[94] ARTEAGA SANCHEZ, José, La culpabilidad en la teoría del hecho punible, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 155.

haber querido la conducta descuidada, no haber querido la producción del resultado y que hubiera sido posible haber actuado conforme al deber objetivo de cuidado (deber subjetivo de cuidado). Es preciso que se haya producido el resultado de muerte, pues en la imprudencia no cabe la tentativa, resultando punible únicamente la consumación (González Rus)

Tratándose de un delito de titularidad indiferenciada, sujetos activo y pasivo pueden ser cualquier persona, con la salvedad de que en el tipo agravado, el agente activo sólo puede ser el conductor del vehículo con motor.

El tipo subjetivo en este delito se estructura sobre la base de dos elementos: uno, positivo, consistente en haber querido realizar la conducta imprudente y en la infracción del deber subjetivo de cuidado; otro, negativo, consistente en no haber querido el resultado producido [95].

Como en todo tipo de homicidio, el delito se consuma con la muerte de la víctima. La tentativa resulta inadmisible en los delitos culposos [96].

Como se ha puesto de relieve doctrinariamente, durante el curso del proceso el juez puede, como medida cautelar, decretar la inhabilitación provisional de la actividad respectiva (arts. 310 y 311 CPPN), pero tal medida sería incompatible con la garantía constitucional de inocencia, que el propio Código procesal consagra en el art. 1º [97].

e) REAGRAVANTES.

[95] Conf. FÍGARI Rubén E., citando a De la Cuesta Aguado, Homicidios, cit., pag. 232.

[96] Conf. CREUS Carlos, Derecho penal, parte general, pag. 425, Astrea, 2003; PARMA Carlos, Código penal comentado, t.2, pag. 90, Mediterránea, Córdoba, 2005; BREGLIA ARIAS OMAR Y GAUNA OMAR, Código penal comentado, t.1, pag. 745, Astrea, 2001.

[97] Conf. Aboso Gustavo, Código penal comentado, 3ra. Ed., IBdeF, pag. 511, 2016.

EL TEXTO LEGAL. **Art. 84 bis**: *Será reprimido con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de tres a seis años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intente socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieren las circunstancias previstas en el art. 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales* (texto según Ley 27.347).

El artículo introduce dos nuevos párrafos en los que se prevé, en el primero, similares formas comisivas que las contempladas en el art. 84, pero con una pena mínima mayor (se aumenta el mínimo de la escala en un año) por tratarse de un resultado provocado por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un *vehículo con motor,* mientras que en el segundo párrafo están previstas varias modalidades de acción que tienen la virtualidad de configurar, asimismo, una reagravante (un aumento punitivo) con respecto al delito de homicidio culposo previsto en el primer párrafo del artículo, incrementándose la escala penal en un (1) año de prisión tanto en el mínimo como en el máximo (3 a 6 años), aunque manteniéndose sin modificaciones el tiempo de inhabilitación especial (5 a 10 años). El incremento de la pena en estas hipótesis se justifica en el

mayor riesgo de daño que implica la conducción de un automotor en las condiciones previstas en la norma y en la pluralidad de los resultados causados.

Antes de analizar con la debida atención las distintas hipótesis incorporadas por la Ley 27.347, es preciso destacar que el legislador, según nos parece, no ha acertado con esta reforma, pues con ella no ha hecho otra cosa que formular una catálogo cerrado de situaciones o conductas que, de uno u otro modo, ya estaban previstas en la fórmula general del art. 84. Si lo que se pretendió con esta nueva legislación era mejorar la problemática del tráfico rodado en el país, pensamos que la herramienta elegida –la reforma de la ley penal-, no ha sido ni la mejor ni la más adecuada solución.

Veamos, entonces, con más detalles cada situación en particular.

1. **Conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.**

El delito de homicidio culposo se halla estructurado en el Código penal argentino –como se explicó anteriormente- sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art.84).

La ley 25.189, en su momento, modificó parcialmente el artículo, introduciendo un segundo párrafo por el cual se agravaba la pena mínima de prisión a dos años, en dos supuestos: cuando el obrar culposo hubiera producido dos o más víctimas fatales o el resultado acaecido hubiera sido la consecuencia directa del manejo antirreglamentario de un vehículo automotor. Se trataba de hipótesis alternativas que funcionaban independientemente la una de la otra, pero si por caso ambas hubieran sido el resultado de un mismo obrar humano (por ej., provocar la muerte de dos personas conduciendo un vehículo automotor), ellas no se multiplicaban, sino que la pena debía ser graduada de acuerdo con la escala prevista en el precepto legal.

En la actualidad –como vimos- rige otro precepto introducido por la reforma de la Ley 27.347, cuyo texto mantuvo, además de la conducción imprudente y negligente de un vehículo con motor, también como una modalidad de la culpa, la *"conducción antirreglamentaria de un vehículo con motor*", para lo cual, por la identidad o sinonimia conceptual, se vió en la necesidad de aliminar la fórmula tradicional en nuestros precedentes referida a la "inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo". Por consiguiente, hacemos la remisión a cuanto se dijo sobre esta forma de culpa en el apartado correspondiente.

2. **Fuga**.

El artículo reprime al conductor que, habiendo causado la muerte de otra persona por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, se diere a la fuga del lugar del siniestro, sin que resulte imprescindible a la tipificación penal que el sujeto haya adoptado, al mismo tiempo, otra determinación, por ej. que desaparezca sin dejar rastros o permanezca oculto en las inmediaciones, pues es posible que haya sido identificado (tanto él mismo como el automóvil objeto del siniestro) por testigos o telecámaras ubicadas en las cercanías. Lo que la ley pretende, seguramente, es que el autor del hecho permanezca en el lugar una vez producido el accidente de tráfico pensando, no sólo en lograr que se determine con mayor facilidad y precisión la autoría del hecho sino en la propia situación de la víctima, quien podría recibir del propio autor socorro inmediato evitándose, de ese modo, mayores riesgos de muerte. Si el autor se fuga, no sólo deja a la víctima materialmente desamparada sino que infringe, además de una norma jurídica impositiva, una elemental norma de solidaridad que pone de manifiesto un desprecio hacia la vida o la integridad física de los demás. La norma no busca –directamente y en forma inmediata- el auxilio de la víctima, ya sea que fuere prestado por el propio generador del accidente o por un tercero en

demanda de éste, sino que el autor no se ausente del lugar en el que ocurrió el accidente, nada más que eso, sin ninguna otra finalidad. El auxilio a la víctima implica otra exigencia que se independiza de la situación de fuga (son dos circunstancias conductuales diferentes y autónomas), pero tampoco dejan de estar vinculadas muy estrechamente, pues la fuga del lugar del hecho siempre habrá de provocar, aunque fuere mínimamente, una situación de desamparo de la víctima. No obstante ello, la sola fuga del lugar es suficiente para la aplicación de la mayor penalidad.

Es evidente que con esta norma imperativa (obligatoria para el acusado, pues su incumplimiento le irroga una sanción más grave), el legislador ha pretendido el reconocimiento inmediato de la autoría del hecho pues, si la víctima muriera tiempo después del accidente, no habrá de ser, seguramente, por el hecho de la fuga del conductor sino por otros motivos, por ej. la no prestación de auxilio inmediato (o, inclusive, por negligencia del propio centro médico a donde fue trasladada, o por arribo tardío del auxilio, etc.), pero esta posibilidad ya está prevista autónomamente en otra fórmula impositiva; por lo tanto, permanecer en el lugar del hecho le puede acarrear al productor del accidente de tráfico el reconocimiento de su propia autoría, esto es, algo similar a una situación de autoincriminación en violación del principio de inocencia. Y si lo que la ley hace es obligar al conductor del vehículo con motor a permanecer en el lugar del hecho bajo amenaza de mayor penalidad, entonces se trata de una imposición forzada de autoincriminación violatoria del principio de inocencia.

La agravante tiene antecedentes en otros países, por ej. Italia, cuyo Código penal incrimina la fuga luego de la causación de un "*omicidio stradale*" (homicidio en violación de las normas de circulación automotriz), con una pena que no puede ser inferior a cinco años (art. 589 bis) o de una lesión grave o gravísima, cuya pena no puede ser inferior a tres años (art.590 ter).

En rigor de verdad, la hipótesis que introduce la reforma no deja de ser peligrosa para las garantías constitucionales del imputado (pues le prohíbe la fuga bajo pena de prisión), como así para el proceso penal, toda vez que dicha imposición hará que los conductores, ante un accidente de tráfico, prefieran la fuga a permanecer en el lugar del hecho, evitando así su identificación, circunstancia que habrá de generar, seguramente, difíciles problemas probatorios al Ministerio Público.

3. **Socorro a la víctima**.

El texto legal establece que se aplicará la mayor penalidad cuando el conductor negligente, imprudente o conduciendo antirreglamentariamente el automóvil, "*no intentase socorrer a la víctima*", mediante una fórmula que se presenta para nada satisfactoria, pues describe una conducta de muy difícil constatación, el "intento" de auxilio, que necesitará, seguramente, de la complementación de otros elementos de prueba que no provengan del propio autor del delito. ¿Cómo habrá de acreditarse en el proceso que el conductor "no intentó" socorrer a la víctima?. Tal vez hubiera sido de mejor fortuna establecer claramente la obligación de socorro, por ej. "no socorrer" o "no prestar auxilio" a la víctima y evitar, con una mejor redacción, zonas de oscuridad que pudieran terminar en una muy cuestionable aplicación de la agravante, o en una imposibilidad práctica de hacerlo, pues bastará con que el autor del hecho alegue en su defensa que intentó auxiliarla dirigiéndose a la zona del accidente, pero terceros extraños comenzaron a agredirlo, obligándolo a retirarse rápidamente del lugar, para que –ante la más mínima duda en el juzgador- no corresponda la aplicación de la agravante.

El tipo requiere que el conductor causante de la muerte de la víctima, no haya intentado socorrerla, esto es, prestarle los medios de auxilio que razonablemente estuvieren dentro de sus posibilidades, con el fin –creemos, en este supuesto sí- de evitar consecuencias más graves [98]. El problema reside en que es la propia ley la que exige, con anticipación a la falta de intento de prestación del auxilio por parte del conductor, que se haya causado la muerte de la víctima, con lo cual se torna aún más dificultosa la concurrencia de la agravante. No otra interpretación cabe hacer de la fórmula "*…si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y…no intentase socorrer a la víctima*", prescripta en el comienzo del párrafo segundo del artículo. Por lo tanto, si la víctima ya está muerta como consecuencia del accidente de tráfico, ¿qué sentido tiene –que no sea más que una imposición de carácter moral- obligar al conductor a intentar brindarle auxilio en tales circunstancias, es decir, a alguien que ya no lo necesita?. La cuestión, como se ve, habrá de generar situaciones de muy difícil interpretación y su consiguiente aplicación en la práctica.

A todo ello hay que sumar que el artículo también requiere, como elemento negativo, que el autor "*no haya incurrido en la conducta prevista en el artículo 106 del Código penal*" [99], cuyo texto regula el delito de abandono de persona, pues si así hubiera ocurrido, entonces –por aplicación del principio de especialidad- la agravante debería quedar desplazada por este última figura. Pero aquí nos encontramos con otro problema, pues el delito de abandono de persona que prescribe el art. 106

[98] En el Anteproyecto de 1960, frente a una disposición similar a la del art. 106, Soler decía que el abandono de persona "es un hecho distinto a la fuga, cuya esencia consiste en dificultar la investigación, y que dada su diferente característica reprimimos en otro lugar". Sin embargo, la ley 27.347 incluyó la fuga como una circunstancia agravante de los delitos de homicidio y lesiones culposos, de manera que al concederle tal ubicación no lo hizo porque la fuga "dificulta la investigación" (aunque ello pudiera ocurrir en la realidad), sino porque la inasistencia de la víctima puede acarrearle mayores riesgos para su vida o su integridad corporal. Si la finalidad del legislador hubiera sido evitar obstáculos para la investigación, hubiera incluido la fuga entre los delitos contra la administración de justicia y no entre los delitos contra la vida.

[99] Art. 106 CP: "El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión".

es un delito de peligro que presupone, no sólo que por la propia acción del sujeto se haya puesto en peligro la vida o la integridad física de una persona, sino que la víctima debe ser una persona viva, que se halla en una determinada situación (incapaz de valerse o que haya sido incapacitada por obra del propio autor) y que no tiene posibilidades de evitar por sí misma la situación de peligro en la que se encuentra. De aquí la necesidad del auxilio. Pero, en la hipótesis del art. 84 bis que estamos comentando, el sujeto pasivo de la infracción necesariamente debe estar muerto, razón por la cual resulta prácticamente imposible incurrir –como previene la norma- en el delito del art. 106 cuando el conductor provoca el accidente de tráfico realizando una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria. En todo caso, si hubiera alguna posibilidad de aplicación de esta última figura, ella estaría dada en aquellos casos en que la víctima muere como consecuencia del abandono o de la no prestación del auxilio, pero en tal caso, el resultado no sería una consecuencia de la conducción antirreglamentaria del automotor, sino del propio abandono a su suerte de la víctima, causado por el sujeto activo del delito.

La jurisprudencia tiene resuelto sobre el particular que "si se hallase acreditado que luego del accidente culposo que costó la vida a la víctima, el procesado se dio a la fuga, no se halla acreditado el delito de abandono de personas (art. 106 CP), por no haberse colocado a aquella en situación de desamparo, ya que enseguida llegaron al lugar transeúntes que auxiliaron a la víctima como también un patrullero y una ambulancia; la víctima es abandonada cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados necesarios para su vida; por el contrario, si la misma recibe socorro en forma inmediata, no se configura el delito de abandono de personas…No tiene sentido ni es legítimo prohibirse al autor separarse de la víctima si de todos modos no se puede mejorar su situación" [100]. "La huida de la imputada tras atropellar a un joven –quien falleció tres días más tarde por las heridas-, es inclusive,

[100] CCyC Santiago del Estero, 23/04/2001, Lexis 19-9192.

como coartada efectuó una falsa denuncia de sustracción de su rodado, siendo finalmente condenada por homicidio culposo y falsa denuncia, no involucra el delito de abandono de persona, dado que la víctima fue socorrida por tercero"[101].

Ya hemos explicado nuestra posición en otro lugar, al sostener que el solo alejamiento o inacción en los casos en que terceros deben –jurídicamente- o pueden –solidariamente- asumir el cuidado del sujeto pasivo, no sería típico, ya que resultaría ineficaz para originar el peligro concreto)por ej. dejar de acompañar al menor en un orfanato o a un enfermo en un hospital) [102].

4. Conducción bajo los efectos de estupefacientes

El tipo penal requiere que el conductor del vehículo con motor haya causado la muerte de una persona, mientras se encontraba bajo los efectos de estupefacientes, es decir, de aquellas sustancias que, según prescribe el artículo 77 del Código penal, son susceptibles de producir dependencia física o psíquica y que se encuentran incluidas en las listas que se elaboran y actualizan periódicamente por el PEN.

El texto legal no hace mención a los psicotrópicos u otras sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central, pero, no obstante esta omisión, en modo alguno quedan excluidas de la normativa, pues es en el propio artículo 77 antes citado en donde estas sustancias quedan comprendidas por la noción de estupefaciente, aun cuando entre dichas sustancias puedan existir ciertas diferencias desde el punto de vista científico. Por lo tanto, quedan incluidas en el tipo legal tanto los estupefacientes (cocaína, marihuana, morfina, etc.), como los psicotrópicos (sustancias

[101] SCBA, 30/11/84, DJDA 128-1985-353. Ídem, C. Apel. Pen. Mercedes, 5/7/83, JPBA 57-163-3686.

[102] Conf. Creus Carlos y Buompadre Jorge E., Derecho penal, parte especial, t.1, pag. 120, Editorial Astrea, 2007.

naturales o sintéticas, cuya prohibición se encuentra sometida a un listado de la autoridad de aplicación, por ej. anfetamina, talidomida, pseudoefedrina, testosterona, tiletamina, entre otras, según prescripción de la Ley 19.903) y los psicofármacos (productos farmacéuticos, que se emplean generalmente en enfermedades mentales, por ej. dopamina).

En Argentina, por Ley 24.072/92 se aprobó la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), cuyo texto declara que por estupefaciente se entenderá cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista Única I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas, de manera que –por tratarse la figura que estamos comentando de una ley penal en blanco-, para integrar conceptualmente el tipo penal hay que remitirse a la citada legislación convencional sobre las sustancias que comprende la noción de estupefaciente o, en su caso, a las Listas que periódicamente emite la autoridad de aplicación.

En cualquier caso, estas sustancias deben haber provocado en el agente activo efectos en su psiquis que hayan sido el factor determinante del accidente de tráfico. Vale decir, que no es suficiente para la concurrencia de la agravante con la sola ingestión o consumo de estas sustancias, sino que es necesario que, al momento del hecho, el autor "*estuviese bajo los efectos de estupefacientes*", esto es, que que por el influjo de estas sustancias se haya alterado negativamente la capacidad de conducción del agente activo (atención, percepción, concentración, disminución de las facultades, etc.), de manera que no sólo habrá de tenerse en cuenta el hecho objetivo de la ingesta de la sustancia sino, fundamentalmente, la influencia que la impregnación del tóxico ha tenido en la conducción del automotor. Por lo tanto, en el proceso penal deberá acreditarse –por parte del Ministerio Público- que el conductor, al momento de producirse el accidente de tráfico, se encontraba "bajo los efectos de estupefacientes", y que estos efectos –junto a la acción imprudente o

antirreglamentaria del sujeto- han sido los factores causales del mismo. Se trata –como antes se dijo- de una ley penal en blanco que exige su complementación típica con remisión a otra normativa extrapenal, pues el tipo penal no hace mención a "cualquier sustancia" que pueda influir negativamente en la conducción del automotor, sino a "sustancias estupefacientes", no a otras, y que son las que enuncia la autoridad de aplicación correspondiente a través de la normativa administrativa pertinente o bien, a lo establecido por el artículo 77 del digesto punitivo.

El concepto de estupefaciente, como se habrá de suponer, no puede quedar sometido al arbitrio judicial, sino a la ley; pero como ésta –contrariamente a como sucede con el caso de alcoholemia- no regula ni impone medidas o tasas de impregnación en el cuerpo humano o una regulación determinante de la dosis mínima que haga incurrir al conductor en la hipótesis agravatoria, la prueba de la existencia del estupefaciente momentos previos al accidente de tráfico y la influencia que pudo haber tenido en su causación –teniendo en cuenta, sobre todo, que existen drogas que permanecen en el cuerpo durante un largo tiempo y que los efectos no son los mismos en todos los sujetos, para no violar, precisamente, la presunción de inocencia-, deberá ser obtenida a través de exámenes y reconocimientos médicos (análisis de sangre, orina, etc.) que determinen, con la mayor precisión posible, la existencia o no de sustancias estupefacientes en el cuerpo del conductor del rodado. Demás está decir que el agente activo tiene derecho a la realización de una contraprueba científica, orientada a comprobar el consumo o no del estupefaciente y la influencia que pudo o no haber tenido en la capacidad de conducción del vehículo automotor.

La jurisprudencia de países, como por ej. Italia, que han tipificado el delito de homicidio culposo cometido en la conducción de un vehículo a motor bajo el influjo de sustancias

estupefacientes o psicotrópicas (art. 589 bis CP), han exigido la prueba de los efectos de dichas sustancias en la conducta del conductor al momento del hecho [103].

En rigor de verdad, la influencia de la sustancia en la conducta del agente activo constituye un elemento normativo, pues se trata de un elemento típico que debe ser valorado por el juez al momento de resolver en el caso concreto, ponderando todos los medios de prueba aportados al proceso y no solamente lo que pudiera surgir de la opinión de los expertos en los informes periciales que se pudieren brindar en el juicio para determinar el grado de impregnación de la sustancia y el nivel de influencia en la conducción del automotor. Vale decir, que por tratarse de un elemento normativo del tipo, la influencia de la droga en la conducción del vehículo a motor debe ser probado en el juicio respectivo. De no concurrir este elemento, porque no ha sucedido en la realidad, porque pese a la ingesta no ha producido ningún efecto en la conducción del vehículo o porque tales efectos no pueden acreditarse judicialmente, la conducta deviene atípica y no puede aplicarse la agravante.

La intervención penal solo resulta justificable –insistimos- si se demuestra no solo la ingesta de la droga (cuya única prueba pericial no es suficiente para determinar la responsabilidad penal del agente) sino que también es necesario probar la incidencia que ha tenido en la capacidad de conducción del automotor.

Hay que recordar en todo momento, que los tipos penales que se están comentando no configuran “delitos viales” en sí mismos (delitos de peligro de daño a un bien jurídico colectivo), es decir, infracciones que demandan conductas que se castigan por el propio comportamiento del sujeto, el conductor del vehículo, cuya consumación no depende de ningún resultado material. En todos los casos, por el contrario, las conductas tipificadas en la Ley 27.347 no constituyen más que referencias

[103] Conf. Cass.Pen., 18/09/2014, N. 14053, cit. por Roberto Garófoli, en Codice Penale, NelDiritto Editore, pag. 538, Roma, 2016.

legislativas de comisión del tipo de homicidio culposo, es decir, que son modalidades conductuales especializadas por el medio empleado en la comisión del delito: un vehículo con motor. Con otros términos, se trata de muertes culposas causadas por el manejo imprudente, negligente o antirreglamentario de un automotor y que llevan en sí mayor penalidad por la situación particular del agente al momento de la conducción del vehículo con motor, por la forma de conducir o por la pluralidad de los resultados causados.

En síntesis, la agravante exige, básicamente, la concurrencia de los siguientes elementos: una situación de conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria, un vehículo con motor, la ingestión de sustancias estupefacientes, que dichas sustancias hayan provocado en el agente una influencia determinante en la causación del resultado y un resultado típico (la muerte de una persona).

Lo peligroso de esta norma proviene del hecho que la ley ha introducido una presunción automática, iure et de iure, de culpabilidad, cargando en cabeza del conductor el resultado producido, aun cuando en el proceso judicial no se haya acreditado con la debida precisión que el factor determinante del siniestro (y su consecuencia) haya sido la ingestión del tóxico, pues no es lo mismo –ciertamente- "conducir" un automóvil con motor bajo la influencia de estupefacientes, que provocar la muerte de una persona "como consecuencia de la ingesta de sustancias estupefacientes". Por consiguiente, en el proceso judicial deberá acreditarse claramente que la ingestión de la droga ha afectado la capacidad psicofísica del conductor y, "como consecuencia" de tal situación (no por estar "en tal situación"), se ha producido el accidente de tráfico con resultado mortal.

5. Conducción bajo determinado nivel de impregnación alcohólica

El tipo agravado requiere que el autor haya provocado la muerte de una persona, conduciendo un vehículo con motor con un nivel de alcoholemia igual o superior a un parámetro predeterminado en la norma legal, que el legislador ha establecido en 500 mg por litro de sangre en conductores de transporte público y en 1 g por litro de sangre "en los demás casos".

Se trata de una figura que contiene uno de los factores de riesgo más relevantes en la siniestralidad vial, el alcohol. Precisamente, en la Primera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Seguridad Vial, celebrada en Moscú en noviembre de 2009, se estimó una cifra anual de 1.200.000 muertos y 50 millones de heridos, calculándose que para 2020 la siniestralidad vial será la primera causa de mortalidad si no se adoptan urgentes medidas preventivas y sancionadoras [104].

En esta figura, contrariamente a la analizada en el párrafo anterior, no es necesario a los fines típicos que el alcohol haya provocado –aun cuando se haya podido determinar en el caso concreto una incidencia real en la conducta del agente-, efectos negativos afectando la capacidad de conducción del sujeto activo. Es suficiente para la consumación de la agravante que se acredite una ingestión igual o mayor de alcohol a los niveles permitidos legalmente. Dada estas cantidades, *iure et de iure* concurre la agravante.

Esta modalidad agravatoria de la conducta homicida no tiene precedentes en el derecho penal argentino, ni tampoco responde exactamente a figuras de similar factura de otros ordenamientos, como por ejemplo Italia, cuyo Código penal prevé como agravante del denominado "*omicidio*

[104] Conf. Fernández Bermejo Daniel, El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol, La Ley penal, No. 119-2016, Madrid, disponible en www.UDIMA.es.

stradale", la "conducción en estado de ebriedad alcohólica" (art. 589 bis) [105], que no es lo mismo, ciertamente, a conducir un automotor con un nivel de alcohol superior a una tasa previamente establecida en la ley. Con otros términos, a diferencia de la normativa italiana (ver supra el Capítulo sobre Derecho Comparado), entre nosotros no se presenta como requisito necesario, a fin de complementar interpretativamente el art. 84 bis CP, establecer en el proceso judicial el elemento "estado de ebriedad" (consumo excesivo de alcohol), pues el tipo penal no lo exige (ni, desde luego, debe ser objeto de comprobación judicial), sino solo establecer en el caso concreto que el conductor ha guiado el vehículo con motor con un nivel de alcohol igual o superior al porcentaje predeterminado en el propio precepto legal y, en ese estado, ha provocado la muerte de una o más personas.

Por lo tanto, estamos ante una infracción de carácter meramente formal, pues no es necesario que en el proceso judicial se acredite –como ya dijimos- que el conductor se encontraba en estado de ebriedad ni que el alcohol ha sido el factor determinante del resultado acaecido, es decir, que haya afectado la capacidad de conducción del autor del accidente de tráfico. Es suficiente con la ingesta de alcohol prestablecida en la ley para que resulte aplicable la agravante en forma automática (presunción *iure et de iure*).

La situación descripta revela una notable diferencia con la infracción administrativa, la cual consiste en "conducir en estado de intoxicación alcohólica" [106], estado no requerido por la norma penal, aunque tampoco en la norma administrativa se exige que el alcohol haya alterado de algún

[105] Conf. Scotti Silvio Francesco Giuseppe, La guida in stato di ebbrezza. Le novitá della legge 41/2016 sull´omicidio stradale, pags. 139 y sig., Giuffré Editore, Milano, 2016.

[106] Ley 24.449, art. 48: Está prohibido en la vía pública, a) Conducir con impedimentos físicos o psíquicos, sin la licencia especial correspondiente, en estado de intoxicación alcohólica o habiendo tomado estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir. Art. 86: El arresto procede solo en los siguientes casos: a) Por conducir en estado de intoxicación alcohólica o por estupefacientes".

modo la capacidad del conductor para guiar un vehículo –algo que no puede presumirse contra reo por la sola acreditación de una situación de intoxicación-, circunstancia que se acerca a lo establecido por la Ley 27.347 en torno a la ingesta de alcohol. De aquí que, en todo caso, el conductor no puede ser sometido a juzgamiento por ambas jurisdicciones (judicial y administrativa), sino que tiene preferencia la primera por sobre la segunda, para no incurrir en una violación del principio *non bis in ídem*.

Si bien es verdad que con la creación de esta agravante se simplifica la labor judicial en el sentido que ya no hará falta la prueba de la influencia que el alcohol pudo haber tenido en la conducción del automotor, no lo es menos que se trata de una hipótesis que carece de racionalidad, pues implica la introducción de una presunción de culpabilidad por el mero hecho de haber bebido el conductor del vehículo alcohol al margen de los límites permitidos, sin que resulte necesario en el respectivo proceso judicial la acreditación de que la ingesta de alcohol haya tenido alguna influencia negativa en el accidente de tráfico o haya disminuido la capacidad de conducir un automóvil.

Teniendo en cuenta que los efectos del alcohol nunca son idénticos en todas las personas, pues depende de muchos factores el grado de incidencia que pudiere tener en la conducta generadora del accidente de tráfico (el estado de las rutas, la velocidad, la hora en que se conducía el automotor, las condiciones climáticas y de visibilidad, la edad, etc. [107]), es posible que, pese a la ingesta superior a los límites permitidos, el sujeto no haya perdido su capacidad de conducir con seguridad el automotor, en cuyo caso y por razones de estricta justicia material, debería declararse la inaplicabilidad de la agravante. Pero, tal solución, en principio, no es posible en el sistema de la Ley 27.347, pues surge de la propia normativa que si se acredita en el proceso que el sujeto ingirió igual o mayor cantidad de alcohol que la permitida por el tipo penal, la consecuencia es,

[107] Conf. Carmona Salgado Concepción, en Derecho penal español, pag. 708, Madrid, 2005

indefectiblemente, la aplicación automática del tipo agravado. De esta manera, la tasa de alcoholemia pasa a convertirse en un elemento del tipo objetivo, cuya acreditación en el respectivo proceso judicial será suficiente para estimar consumada la agravante.

La incongruencia de este elemento típico como justificante de una penalidad agravada se percibe claramente cuando analizamos "todos" los elementos que deben concurrir para la aplicación de la agravante. Si el resultado muerte se produjo como consecuencia de la conducción imprudente o antirreglamentaria del automotor, ¿qué importancia podría tener en la pena que el autor haya o no ingerido cierta cantidad de alcohol, si la ingesta –aún más allá de los porcentajes permitidos- no ha tenido efectos nocivos en la conducción del automotor ni ha sido el factor causal del resultado producido, vulnerando el bien jurídico protegido?. Se trataría, en suma, de una mayor punición porque el sujeto ha bebido demasiado a lo autorizado legalmente (presunción contra reo), circunstancia que en todo caso podría justificarse como una infracción administrativa pero en modo alguno como una infracción penal.

Por otro lado, normas de esta clase son negativas y de alto riesgo para la seguridad jurídica pues, para la determinación del elemento típico agravatorio de la pena, bastará con que la autoridad preventora en el caso concreto (agente municipal, policía, gendarmería nacional, etc.) -ante la probable negativa del conductor de someterse a la prueba de alcoholemia, sea en sangre o por el método de espiración-, testimonie (constatación objetiva) sobre los síntomas somáticos externos que demuestran que el agente ha bebido o que se hallaba en los momentos previos al hecho bajo los efectos del alcohol, por ej. halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos, dilatación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, memoria confusa, rostro congestionado y sudoroso lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante, vómitos, comportamiento violento, ofensivo, eufórico, despectivo, circulación zigzagueante,

velocidad inadecuada, invasión de carril contrario, violación de señales de tráfico, etc. [108]. Con otros términos, bastará la prueba de alcoholemia aportada por la autoridad prevencional para que en el proceso judicial se tenga por acreditado el tipo agravado, circunstancia que, como se habrá de suponer, implica una peligrosa puerta a la inseguridad jurídica y a la violación de garantías constitucionales a favor del reo, entre otras, el principio de inocencia.

Si lo que el legislador ha perseguido con este tipo de agravantes es garantizar la seguridad en el tráfico automotor, tal vez hubiera sido más eficaz para el logro de tales objetivos -sin que esta mera referencia signifique una aprobación de la regulación de otros ordenamientos normativos, como por ej. España o Italia, en los que se ha tipificado un delito de peligro abstracto, más bien como delito autónomo modelado bajo un esquema doloso-, sancionar el solo hecho de conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas o en estado de ebriedad e introducir un incremento de la pena para los casos en los que se haya producido la muerte o la lesión de una o más personas. Pero no es este el caso que nos ocupa ni el modelo de imputación introducido por la reforma de la Ley 27.347, sino todo lo contrario, se ha incorporado a la ley una modalidad más –de las tantas que ya estaban incluidas originariamente en la cláusula general del art. 84 del Código penal-, puesto que tanto antes como después de la reforma, la ingestión de alcohol no tenía (o no debía de tener) incidencia en la pena como circunstancia agravante autónoma (salvo lo establecido en las cláusulas generales de los arts. 40 y 41 del CP), ni más ni menos que el exceso de velocidad o la conducción sin carnet habilitante por retiro por autoridad competente.

Con la reforma da toda la sensación que se ha concedido mayor relevancia, más que a la muerte de la víctima, al hecho de que el conductor haya bebido más de la cuenta, toda vez que este

[108] conf. Olmedo Cardenete Miguel, Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal, RECPyC, No.4-2002.

sólo hecho es el elemento que ha actuado como disparador de la mayor penalidad y no la circunstancia de que el alcohol haya sido el factor determinante de la muerte de la víctima, que en definitiva es de lo que se trata cuando hablamos de delitos vinculados al tránsito automotor contra la vida o la integridad física de las personas y no de delitos contra la seguridad vial en sentido estricto.

En síntesis, la impregnación alcohólica en el conductor del vehículo constituye, sin lugar a dudas, un grave factor de riesgo en el tráfico vial, pero el tipo penal demanda que los resultados vulnerantes del bien jurídico protegido (la vida o la salud) sean la consecuencia de una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria en la conducción de un automotor y no de la ingesta del alcohol; dados estos elementos, es suficiente para que proceda la aplicación del artículo 84 bis del Código penal; pero, si el conductor ha bebido alcohol más de la cuenta, igualando o superando los márgenes autorizados, entonces lo único que sucede es que podrá imponérsele una pena agravada, que se aumenta en un año tanto en el mínimo como en el máximo de la escala penal prevista en el segundo párrafo del mismo artículo. Eso es todo, lo cual nos permite insistir sobre un aspecto que ya destacamos anteriormente: la innecesariedad de la reforma penal proponiendo el aumento de la pena en estos casos pues, tal como hemos explicado, la ingesta del alcohol –según la interpretación que debe hacerse de la nueva regulación legal- ninguna incidencia tiene en la consumación del tipo penal, sino que sólo habrá de tenerse en cuenta a los fines de la graduación de la pena, la cual en vez de dos a cinco años (figura básica) habrá de ser de tres a seis años (figura agravada). La fórmula, como se ve, no ha sido afortunada ni tiene justificación alguna, salvo que se la mire desde el siempre difuso y refractante espejo de la política.

La alcoholemia es la cantidad de concentración de alcohol en sangre que se manifiesta en unidad de medida (tasa, relación, proporción), situación que se puede comprobar con muestras de aire alveolar (aire espirado) obtenidas mediante aparatos denominados etilómetros, que son

instrumentos destinados a tasar o medir el grado de concentración de alcohol en el cuerpo humano, o mediante el análisis de sangre u otros procedimientos análogos (también se usa el dominado alcoholímetro, que puede ser de tipo personal o profesional, modalidad portátil y con pantalla digital).

Se debe poner de relieve que estos aparatos, para que tengan valor de elemento probatorio en el proceso penal, deben estar, previamente a su empleo en los controles de alcoholemia, debidamente autorizados por la autoridad competente, debiendo ponerse especial cuidado en los etilómetros digitales, por su escasa confiabilidad en la obtención y precisión de los datos, en cuyo caso, cualquier duda razonable sobre los posibles errores que pudieren derivar del uso (o mal uso), móvil o fijo, de estos aparatos, deberá computarse en favor del reo.

Con arreglo a lo establecido en el 2do. párr. del artículo 84 bis, la tasa de alcohol ingerido por el conductor del vehículo con motor no debe superar, en el caso de transporte público, los 500 mg por litro de sangre, y en los demás casos, los 1 g por litro de sangre. Debido a que el alcohol en sangre –como antes se dijo- ninguna incidencia tiene en la perfección del tipo penal (salvo en el nivel de la pena), la prueba que se obtenga mediante el etilómetro –u otros instrumentos análogos (alcoholímetro)- dará lugar en forma automática a la aplicación del tipo agravado, aun cuando en el proceso se haya determinado con cierto grade de precisión que la ingesta alcohólica no fue el factor determinante del accidente de tráfico, situación fáctica que se acerca más a una infracción administrativa –meramente formal, pues basta la comprobación de la “intoxicación alcohólica” (art. 48, Ley 24.449)- que a una infracción penal, la cual debería requerir la constatación de que la ingesta de alcohol ha disminuido o afectado la capacidad de conducción, requisito no exigible por el art. 84 bis.

De aquí lo peligroso de este tipo de figuras –como ya se puso de relieve- pues posibilitan que en el control de alcoholemia realizado por la autoridad prevencional, se cometan abusos en la obtención de la prueba de la ingesta de alcohol, pues bastará –como antes se dijo- con que se produzca una constatación objetiva mediante signos externos para que la agravante sea directamente aplicable. Por ello, el debido contralor judicial y la correcta ponderación de la prueba, habrán de constituir un verdadero dique de contención del valor seguridad jurídica como principio rector de todo proceso judicial. Demás está decir que si en el caso concreto se presenta la situación inversa, esto es, una tasa de alcoholemia inferior a la dosis establecida normativamente, pero que –no obstante- se vio afectada la capacidad de conducir del sujeto activo y, como consecuencia, se produjo el resultado típico, no resulta aplicable la agravante sino la figura básica del art. 84 bis.

Ahora bien, es posible que el conductor, por la razón que sea, *se niegue a la realización de la prueba de alcoholemia* en los controles camineros llevados a cabo por la autoridad policial o municipal, entonces nos preguntamos ¿qué sucede en estos casos?, pues, si bien es cierto que con dicha prueba lo que se pretende determinar con cierto grado de certeza es la tasa de alcohol en sangre (o que el conductor está alcoholizado o embriagado), no lo es menos que dicha prueba se empleará en el proceso judicial como prueba de cargo contra el agente activo del accidente de tráfico. La pregunta, entonces, se torna de gran importancia práctica y podría tener varias respuestas, pero antes es preciso algunas explicaciones previas. En primer lugar, debemos recordar que el Código penal –a diferencia de otros ordenamientos, como por ej. España-, no incrimina a título delictivo el hecho de negarse a la realización del test de alcoholemia (tampoco es delito, desde luego, el hecho de embriagarse); por lo tanto, tal situación sólo podría encajar en la violación de una norma

administrativa [109], pero no en una norma penal. En segundo lugar, la constatación forzada de la prueba de alcoholemia en el conductor del vehículo, es decir, la obtención de la prueba de que el agente ha consumido alcohol en grado igual o superior a las tasas establecidas en la norma penal, se empleará, con toda seguridad, como prueba de cargo en el respectivo proceso judicial por homicidio culposo o lesión culposa, circunstancia que implicará, ciertamente, una violación al derecho constitucional de no autoincriminación.

No se trata, claro está, en una falta de colaboración en la administración de justicia por parte del agente activo (seguramente futuro imputado del delito agravado del art. 84 bis), sino en una falta de colaboración a su propia incriminación, que no es otra cosa que la preservación del derecho de toda persona imputada o sospechada de la comisión de un delito de guardar silencio (derecho de defensa en juicio). Lo contrario, implicaría privilegiar la situación de la autoridad frente a una eventual ofensa a su investidura (como una suerte de menoscabo al bien jurídico "principio de autoridad") por sobre el derecho de toda persona imputada a eludir la responsabilidad criminal o de negarse a prestar alguna colaboración en todo aquello que lo pudiera incriminar. Nadie que se encuentre imputado o sospechado de haber participado en la comisión de un delito, en cualquiera de sus grados, está obligado a colaborar con la administración de justicia, menos aún en un procedimiento orientado a comprobar su propia culpabilidad. En suma, la obtención forzada de la prueba de alcoholemia, aun contra la negativa del agente activo, constituiría una suerte de confesión de la autoría del delito obtenida sin el consentimiento del acusado, por cuanto el principio

[109] Ley 24.449, **art. 73**: CONTROL PREVENTIVO. Todo conductor debe sujetarse a las pruebas expresamente autorizadas, destinadas a determinar su estado de intoxicación alcohólica o por drogas, para conducir. La negativa a realizar la prueba constituye falta, además de la presunta infracción al inciso a) del artículo 48". A su vez, el **art. 48** establece: PROHIBICIONES. Está prohibido en la vía publica: a) conducir con impedimentos físicos o psíquicos, sin la licencia especial, en estad de intoxicación alcohólica o habiendo tomado estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir". El **art. 77** establece: "Constituyen faltas graves las siguientes: …h) no cumplir con lo exigido en caso de accidente…m) La conducción en estado de intoxicación alcohólica, estupefacientes u otra sustancia que disminuya las condiciones psicofísicas normales".

constitucional de no autoincriminación alcanza a la garantía a favor del imputado en no verse obligado a colaborar en la obtención de una prueba que obrará en su contra en el proceso judicial. Por lo tanto, cualquier tipo de colaboración obtenida bajo presión o coacción, es ilícita y no debe tener ningún efecto como prueba válida en el proceso.

Pretender judicialmente que sea el propio imputado el que aporte la prueba que lo incrimina, prestando el consentimiento para la realización del test de alcoholemia, no significa otra cosa que una grave violación del derecho de defensa en juicio y del principio de inocencia, circunstancia que habrá de provocar, como consecuencia, la nulidad absoluta del acta (instrumento público) en la que conste la prueba de la ingesta alcohólica del conductor del vehículo.

Repárese en que, en el ámbito administrativo, el sometimiento del infractor a la prueba de alcoholemia tiene carácter *obligatorio*, aun cuando ni siquiera haya participado en un accidente de trafico ni existan elementos indiciarios de haber cometido un delito vinculado al tránsito automotor [110], circunstancia que implica, ciertamente, la imposición forzada de una prueba que no solo obrara en su contra en el respectivo proceso de faltas y, eventualmente, en un proceso penal [111], sino que irrogara para el conductor la posibilidad de su detención cautelar y el secuestro del automotor [112].

---

[110] Ver nota 109.

[111] Conf., en un mismo sentido, Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal español, cit., págs. 186 y sig..

[112] Arts. 72 y 86. a), Ley 24.449. En rigor de verdad, la obligatoriedad de la prueba de alcoholemia impuesta por la normativa administrativa a todo infractor de tráfico, aun cuando no haya intervenido en el siniestro bajo ningún nivel de imputación, es inconstitucional por violación del derecho fundamental a no declarar en contra de uno mismo (art. 75.22 CN y art. 8. g), CADH), más aun si tenemos en cuenta que la prueba que se pudiere obtener del test de detección alcohólica implicara, además de la imputación de una falta grave, también la imputación de un delito agravado (art. 84 bis CP). Por lo tanto, la negativa a someterse a prueba diabólica del test de alcoholemia, puede fundarse en el resguardo de dichas garantías, e inclusive, en el derecho a una tutela judicial efectiva prescripta en el citado art.8 de la CADH.

En la doctrina española –cuyo código penal, como antes se dijo, incrimina la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, art. 383-, se sostiene (respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de negar a estas pruebas el carácter de declaración y, por lo tanto, no vulnerables del derecho a no declarare culpable, siempre que haya sido realizada voluntariamente), que esta postura del Tribunal no resulta convincente, ya que cabe otorgar a dichas pruebas un carácter mixto de pericial y confesión y además desconoce que la "expresión" no tiene la palabra como único instrumento; un sujeto puede puede declarar o comunicar su culpabilidad por gestos o por el sometimiento pasivo a una prueba pericial de ésta índole, y, de la misma forma que un acusado puede negarse a firmar un papel de cara a una pericial caligráfica, puede también negarse a la realización de estas pruebas, sin que dicha negativa pueda actuar como presunción en contra de él [113].

En definitiva, hay que dejar bien sentado que el test de alcoholemia implica una suerte de declaración autoinculpatoria, que no puede –salvo el consentimiento informado del imputado- ser considerada prueba válida en el proceso [114].

---

[113] Conf. Gómez Pavón Pilar, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 4ta. Ed., Bosch, Barcelona, 2010. De la misma, La Jurisprudencia constitucional sobre la prueba de alcoholemia, disponible en www.boe.es. Ver, al respecto y con cita de estas opiniones, Muñetón Villegas Juan Camilo, La negativa a realizarse la prueba de embriaguez con fundamento en el derecho de no autoincriminación. Una mirada desde Colombia y España, disponible en dialnet.unirioja.es y en Revista Nuevo Foro Penal, Vol.II-85, Universidad EAFIT, Medellín, 2015. En opinión de González Rus, si bien puede no tratarse de una declaración en sentido estricto, los efectos de la prueba vienen a coincidir con los de una eventual declaración. En este sentido, el sometimiento a una pericia de estas características sí que constituye un modo con el que el sujeto expresa o exterioriza su propia culpabilidad (cit. por Muñetón Villegas, op.cit., pag. 26). En una misma dirección, González Cussac y Vidales Rodríguez, -haciendo referencia a la sentencia del Pleno del TC No. 161/1997, que declara la compatibilidad de estas pruebas con la Constitución-, señalan que dicha doctrina debe ser revisada, en la medida que en la actualidad la mera conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a la establecida es constitutiva de delito, con lo que a través de la intimidación penal se obliga al conductor requerido a aportar una prueba que directamente lo incrimina, con las repercusiones constitucionales que ello tiene, por lo que es de lamentar que no se haya desterrado del texto punitivo este tipo de preceptos (conf. La reforma del Código penal en materia de seguridad vial, págs. 56 y sig., disponible en www.rexurga.es/pdf/COL248.pdf). La opinión de estos autores cabe perfectamente entre nosotros con referencia a la figura agravada que estamos comentando, pues queda muy claro que la negativa a prestarse a la prueba de alcoholemia no tiene otra razón más que evitar la producción de una prueba que a la postre habrá de obrar en contra del propio sujeto imputado.

[114] Repárese en lo peligroso de elemento típico de agravación que, si se tratara de un funcionario público el que se niega al test de alcoholemia, en la creencia de que puede ser usado como prueba en su contra en el proceso contravencional,

La norma distingue la tasa de alcohol prohibida según se trate de la conducción de un *transporte público* y de *todo otro vehículo con motor* ("en los demás casos", dice la ley) que no reúna tal característica. El primer caso se trata de aquellos vehículos que se ocupan habitualmente del transporte de personas y cosas y que pueden ser utilizados por cualquiera, siempre que estén provistos de motor para su propulsión. Quedan fuera del concepto aquellos vehículos movidos por energía humana o animal, aunque sean usados para el transporte de personas o cosas, por ej. bicicletas, triciclos, carros, etc., como así aquellos que se desplazan mediante el empleo de energía eléctrica, como los tranvías. Si bien la norma contiene un concepto indeterminado al establecer "en los demás casos" para determinar el límite de la tasa de alcohol tolerada, se debe entender que la expresión abarca a "todo vehículo con motor que no sea de transporte público", de manera, entonces, que quedarían comprendidos en dicho concepto los automóviles, ciclomotores, motocicletas, camiones, etc., siempre que, insistimos, se encuentren propulsados por motor y no se dediquen el transporte público de personas o cosas.

puede ser sometido –como ya ha sucedido- a medidas sancionatorias más duras, como lo es, ciertamente, el juicio político (caso de destitución del juez neuquino Marcelo Muñoz, por haberse fugado del lugar del accidente y negarse al control de alcoholemia, información disponible en pensamientopenal.org, 19/02/17). En España, el Tribunal Constitucional estimó conforme con la Constitución el art. 383 que pena con prisión la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, por cuanto –dijo- "la verificación de dicha prueba supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico rodado; un sometimiento que no viola los derechos de presunción de inocencia, de defensa y a no declarar contra uno mismo, porque al no ser una declaración no puede vulnerar el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable; y porque como no pasa de ser una pericia de resultado incierto no equivale a una autoinculpación, y por ende no lesiona el derecho a la presunción de inocencia" (SSTC 161 y 234/1997, cit. por Orts Berenguer E., en Delitos contra la seguridad colectiva, Derecho penal, parte especial, cit., pág. 613). Sin embargo, este mismo autor ha expresado que "conminar con pena a quien se niega a someterse a una prueba que puede incriminarle directamente, puede recortar su derecho de defensa y presenta problemas de constitucionalidad que acaso obliguen a revisar aquella jurisprudencia (ob. y autor cit., pág. 613; con una misma opinión, Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal español, cit., págs. 186 y sig.).

6. Conducción a velocidad excesiva

El texto legal establece que, por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo a motor, se causare la muerte de otra persona, "*conduciendo en exceso de velocidad de más de 30 km. por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho*".

La figura no tiene precedentes en el historial del Código penal, pero tampoco tiene ninguna justificación que no sea únicamente la de lograr una "buena excusa" para imponer una mayor penalidad al conductor desaprensivo que excede los límites de velocidad permitidos legalmente, pues no otra cosa puede pensarse de una norma cuyo texto puede leerse de la siguiente manera: "será penado el que por la ***conducción imprudente*** *o antirreglamentaria* de un vehículo con motor, causare a otro la muerte ***conduciendo*** *en exceso de velocidad de* ***más de treinta kilómetros*** *por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho*".

La sinonimia conceptual es tan notoria –y a la vez tan absurda e innecesaria- (el exceso de la velocidad permitida implica siempre una conducta imprudente) que seguramente habrá de generar problemas de interpretación de insospechables consecuencias en la práctica tribunalicia.

Pero, buscando el lado positivo de la norma, se puede decir que una posible ventaja se aprecia en la circunstancia de que se establece una tasación de la acción típica, un parámetro de velocidad que evita, no solo la posibilidad de interpretaciones contradictorias, según cual fuere la normativa administrativa que rija al momento y en el lugar del hecho, sino que facilita la prueba en los procesos judiciales y produce, naturalmente, una descongestión del sistema penal.

El plus de velocidad que se establece en la norma es el factor que diferencia el delito de la infracción administrativa [115], pues el delito requiere para su consumación como tipo agravado que *el conductor circule a una velocidad de más de treinta kilómetros a la máxima permitida legalmente* y, como consecuencia, provoque la muerte o la lesión de una persona, mientras que la infracción administrativa se configura con el solo hecho de traspasar el límite de velocidad permitido por las normas que regulan el tránsito automotor.

En Argentina rige la Ley Nacional de Tránsito No. 24.449 [116], con su modificatoria Ley de Tránsito y Seguridad Vial No. 26.363/2008 [117], aplicable en todo el territorio nacional y, tratándose la normativa que estamos comentando de una ley penal en blanco, debemos necesariamente remitirnos a la mencionada ley nacional para determinar los límites de velocidad e integrar el tipo penal.

Con arreglo a la citada ley nacional de tránsito (arts. 51 y 52), los límites máximos de velocidad se discriminan por zonas, de la siguiente manera:

[115] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Política criminal de la seguridad vial y garantías constitucionales, Instituto de Seguridad Pública de Catalunya, 2013.

[116] La provincia de Corrientes adhirió a la Ley Nacional No. 24.449/95 mediante la Ley No. 5037, de 30 de noviembre de 1995, incorporando, al mismo tiempo, al Código procesal penal de la provincia el art. 307 bis, con el siguiente texto: “En las causas por infracción a los artículos 84 y 94 del Código penal, cuando las lesiones o muerte son consecuencia del uso de automotores, el juez podrá en el auto de procesamiento inhabilitar provisoriamente al procesado para conducir, reteniéndole a tal efecto la licencia habilitante, y comunicando la resolución al Registro Nacional de Antecedentes de Tránsito y a la autoridad que otorgó la licencia para conducir. Esta medida cautelar durará como mínimo tres meses y puede ser prorrogada por períodos no inferiores al mes, hasta el dictado de la sentencia. La medida y sus prorrogas pueden ser revocadas y apeladas”. Una disposición similar trae el Código procesal penal de San Luis (art. 147). La provincia del Chaco adhirió a la Ley nacional por Ley No. 4488, de 10 de junio de 1998. Formosa lo hizo mediante la Ley No.1150/97.

[117] La provincia de Corrientes ha adherido a esta ley mediante la Ley No. 5910 de 04 de noviembre de 2009. La provincia del Chaco lo hizo mediante la Ley No. 6241, de 28 de noviembre de 2008. La provincia de Formosa por la Ley No. 1521 de 05 de junio de 2008.

ART. 51. VELOCIDAD MAXIMA

a) *ZONA URBANA*

1. En calles: 40 km p/h –

   Delito: 71 km p/h [118]

2. En Avenidas: 60 km p/h –

   Delito: 91 km p/h

3. En vías de semaforización coordinada (para motocicletas y automóviles): la velocidad de coordinación de los semáforos – **Delito: dependerá de la velocidad determinada por la autoridad competente**

b) *ZONA RURAL*

1 Para motocicletas, automóviles y camionetas: 110 km p/h – **Delito: 141 km p/h**

[118] Recordemos que el delito requiere, además de la velocidad excesiva, consistente en la superación de los parámetros establecidos en el propio precepto penal, que se haya provocado la muerte de una o más personas con motivo de la conducción de un vehículo con motor. Mientras no suceda este resultado, la conducta queda en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

2 Para microbús, ómnibus y casas rodantes motorizadas: 90 km p/h –

Delito: 121 km p/h

3 Para camiones y automotores con casa rodante acoplada: 80 km p/h –

Delito: 111 km p/h

4 Para transportes de sustancias peligrosas: 80 km p/h

Delito: 111 km p/h

c) En *SEMIAUTOPISTAS*: igual que en zona rural para todo tipo de vehículos, salvo para motocicletas y automóviles que es de 120 km p/h –

Delito: 151 km p/h

d) En *AUTOPISTAS*: igual que en zona rural, salvo para motocicletas y automóviles que es de 130 km p/h

Delito: 161 km p/h,

y los del punto 2) que es de 100 km p/h

Delito: 131 km p/h

e) *LÍMITES MÁXIMOS ESPECIALES*:

1. En encrucijadas urbanas sin semáforo: nunca superior a 30 km p/h **Delito: 61 km p/h**

2. En pasos a nivel sin barreras ni semáforos: nunca superior a 20 km p/h

   Delito: 51 km p/h

3. En proximidad de escuelas, deportivos y de gran afluencia de personas, durante su funcionamiento: no mayor de 20 km p/h D**elito: 51 km p/h**

4. En rutas que atraviesan zonas urbanas, salvo señalización en contrario: 60 km p/h

   Delito: 91 km p/h

Art. 52. LIMITES ESPECIALES

1. *MÍNIMOS*

1.1. En zona urbana y autopistas: la mitad del máximo fijado para cada tipo de vía (**delito: agregar 31 km p/h a la mitad de los máximos establecidos en el art. 51, letra a), Nos. 1, 2 y 3, y letra d**)

1.2. En caminos y semiautopistas: 40 km p/h (**delito: 71 km p/h),** salvo los vehículos que deban portar permisos, y las maquinarias especiales

1.3. Promocionales: para promover el ahorro de combustible y una mayor ocupación de automóviles, se podrá aumentar el límite máximo del carril izquierdo de una autopista para tales fines (**delito: depende de la velocidad indicada por la autoridad de aplicación)**

Demás está decir que, como en otras hipótesis de este artículo (por ej. la prueba de alcoholemia en caso de ingesta de alcohol), deberá acreditarse en el proceso respectivo que el autor del homicidio conducía el automotor a una velocidad superior a los límites establecidos en el propio precepto penal (más de treinta kilómetros de la velocidad permitida en el lugar del hecho), elemento del tipo objetivo que configura el puente hacia la mayor penalidad, que sólo será posible probar a través de las mediciones que se lleven a cabo mediante los medios tecnológicos (cinemómetros) y físicos (correcta señalización viaria) con que se cuente oficialmente. Cualquier error en los equipos

de detección de velocidad, sea por irregularidades en el manejo, mal funcionamiento, ausencia oficial de homologación del aparato, falta de constancia en el proceso judicial de las características del cinemómetro y del margen de error posible, determinado científicamente, etc., deberá hacerse jugar a favor del imputado.

Como se puede observar, es suficiente para la concurrencia de la agravante con que se constate en el caso concreto que el conductor conducía el vehículo a una velocidad superior a la permitida en el lugar del hecho, en los términos del precepto penal, prueba que deberá provenir, indefectiblemente, de la comparación entre la velocidad detectada del vehículo con la velocidad autorizada en la vía pertinente, circunstancia que vuelve a presentar ciertos aspectos problemáticos, pues estamos de nuevo frente a una presunción *iure et de iure* de culpabilidad, ya que no será necesario en el proceso judicial que se acredite prueba alguna vinculada a la relación causal entre el exceso de velocidad con el resultado producido. De manera que, si los registros mecánicos o tecnológicos del automóvil (por ej. el tacómetro) informan una velocidad superior a la permitida en el lugar del hecho, la agravante será aplicable automáticamente, aun cuando la velocidad no haya sido el factor causal del accidente.

7. Inhabilitación por autoridad competente

En esta hipótesis, la agravante consiste en causar la muerte de una persona conduciendo un vehículo con motor de forma negligente, imprudente o antirreglamentaria, estando *inhabilitado por autoridad competente* para conducir automotores. Se trata de una desobediencia a la normativa administrativa devenida en delito, pero –recordemos- no como una mera infracción violatoria de los

reglamentos de tráfico, sino como un verdadero delito culposo que requiere, en su grado consumativo, la muerte o una lesión en otra persona.

La incorporación de esta agravante conforma otra absurda medida legislativa para justificar el incremento de la pena, pues, en rigor de verdad, ninguna incidencia debiera tener este tipo de desobediencias en la imputación de un hecho culposo, toda vez que el delito no consiste en conducir estando inhabilitado para ello, sea por una autoridad administrativa o judicial, sino en causar la muerte de un tercero por una conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria del automotor. Si el agente estaba inhabilitado para conducir automotores, tal situación en nada hace cambiar el nivel de imputación, sino únicamente el monto de la pena. Se trata, en suma, de una curiosa situación: de una pena de inhabilitación deriva una pena de prisión, con lo cual la situación se presenta como un mero reforzamiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales. Pero, ¿no era suficiente con las normas de los artículos 20, 239 o 281 bis del Código penal?.

La sanción que inhabilita al agente a conducir automotores debe ser impuesta en forma exclusiva por la autoridad judicial, luego de un proceso llevado a cabo de acuerdo a las normas legales y constitucionales y ser aplicada por sentencia. Sin embargo, algunos Códigos procesales provinciales han establecido la sanción como medida cautelar durante el curso del proceso, por lo general al momento del dictado del auto de procesamiento, por ej. Corrientes (art. 307 bis). No obstante ello, resulta aconsejable que la sanción sea aplicada por sentencia, a fin de respetar el principio de inocencia que campea durante todo el proceso judicial. Es por ello que la violación de la inhabilitación solo debiera tenerse en cuenta a los fines de la pena del homicidio culposo o de la lesión culposa, cuando es cometida durante la ejecución de la sentencia condenatoria.

La agravante no alcanza a quienes, en los términos exigidos por la norma penal, conducen un automotor sin permiso o licencia habilitante, sea por no haberla obtenido nunca, por robo a extravío o por cualquier otra causa que no fuera la de no conducir por orden judicial.

El tiempo de duración dependerá, ciertamente, del tiempo de duración de la condena, afectando tanto a quien posee licencia para conducir automotores como a quien carece de ella, pues no podrá obtenerla durante el tiempo de la condena, alcanzando a todo tipo de vehículo con motor, no sólo a aquel con el cual se cometió la infracción de tránsito.

Por último, no parece que la mayor penalidad impuesta por la circunstancia de una desobediencia a una resolución judicial, sin ninguna incidencia en el tipo de injusto, tenga una razonable justificación político criminal. Bien podría darse el caso de quien, en la conducción de un automotor estando inhabilitado para ello judicialmente, siendo un experto conductor, provoque la muerte de una persona; en este caso, la circulación con automotores estando inhabilitado ya implicaría una violación de una norma de circulación vial (arts. 40, 72 b-6, 77 b-d, ley 24.449), por lo tanto, se trataría de una conducta antirreglamentaria (art. 84 bis, 1er. párrafo, CP), circunstancia que habilitaría, por ese sólo hecho, la aplicación de la mayor penalidad (art. 84 bis, 2do. párrafo, CP). No tiene, ciertamente, la misma gravedad conducir un vehículo con motor estando inhabilitado judicialmente que hacerlo bajo los efectos de estupefaciente o con niveles de alcohol en sangre superiores a los permitidos; más bien, no sólo carece de los efectos preventivos de toda pena sino que impacta contra el principio de proporcionalidad al configurar una sanción ineficaz e innecesaria. La agravante carece absolutamente de entidad para configurar un tipo penal, pues –como pone de relieve Polaino Orts-, se trata de un delito de mera desobediencia, en cuya configuración no se tiene

en cuenta la peligrosidad penal ni la lesión de bien jurídico-penal alguno [119], o como destaca Miró Llinares, no se puede negar que la tipificación de este delito supone la punición con pena de prisión de un comportamiento inocuo para la vida y la salud de las personas[120].

Es más que evidente que lo que se ha perseguido con la sanción de la Ley 27.347 es castigar ciertas y determinadas conductas peligrosas que conllevan en sí mismas un potencial suficiente como para incrementar el riesgo de un accidente de tráfico. De otro modo, no tendría justificación la mayor punición de esta clase de conductas. Si la intención del legislador al incorporar esta hipótesis específica como agravante del homicidio y la lesión culposos, ha sido establecer una respuesta penal rigurosa al caos del tránsito vial en Argentina, la solución no ha sido, desde luego, la más acertada.

La mayor penalidad para este tipo de situaciones no tiene ninguna justificación desde el punto de vista jurídico-penal, pues si el fundamento de la agravante es la mayor peligrosidad que para el bien jurídico protegido representan esta clase de conductas, no se advierte qué peligrosidad puede existir en la conducción de un automotor por parte de un sujeto que está inhabilitado por autoridad competente para hacerlo, salvo que se entienda que el bien jurídico protegido en estos casos no es la vida ni la integridad física de las personas sino la "autoridad competente (policial o

---

[119] Conf. Polaino Orts Miguel, Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española, en Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz, Facultad de Derecho, UNAM, pag. 682, México, 2011.

[120] Conf. Miró Llinares Fernando, El moderno Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso, InDret, pag.13, Barcelona, julio de 2009. Dice este autor que con este delito, se impedía la efectividad de un instrumento policial esencial para la eficacia de la política pública en materia vial. De manera que el Derecho penal ya no es el último reducto que persigue los comportamientos más peligrosos para los bienes jurídicos más importantes, sino que en él cabe ya la persecución de muchas otras conductas, sean o no peligrosas, si con su punición parece lograrse el efecto preventivo de que se trate. Porque, y esto es importante, el legislador sigue buscando la prevención, pero de forma diferente: ya no se trata de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de las mismas, sino de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de todo aquello que, más o menos directamente, pueda perjudicar la puesta en práctica de las medidas policiales y judiciales establecidas por el gobierno para lograr el fin preventivo último de que se trate. Se trata –termina diciendo este autor-, como ha caracterizado Díez Ripollés, del último paso de la tendencia expansiva: de los delitos de peligro concreto a los de peligro abstracto, y de estos a los delitos de "obstaculización de funciones de control" (op.cit., pag.13).

judicial)", la "seguridad del tráfico" o la "administración pública". Si esto así, no caben dudas que no es la seguridad vial la que se encuentra en peligro por comportamientos de esta clase (ni siquiera la vida o integridad física de las personas), sino los principios de intervención mínima, de proporcionalidad y de exclusiva protección de bienes jurídicos de un Derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho.

8. Violación de las indicaciones del semáforo

La Ley Nacional de Tránsito No 24.449, en el artículo 44, establece las normas de circulación en vías semaforizadas a las que deben ajustarse todos los ciudadanos en la conducción de un automotor y de otros vehículos contemplados en la normativa. La violación de estas reglas importa una infracción administrativa que acarrea sanciones de igual naturaleza. La violación a esas reglas, desde el punto de vista penal, también tiene como consecuencia una pena de prisión si a ella se asocia un resultado mortal o lesivo para terceros.

El artículo 84 bis establece que corresponderá la mayor penalidad si el conductor del vehículo a motor, desplegando una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria, causa la muerte de otra persona, *violando las indicaciones del semáforo*, o sea, cuando no respeta las reglas establecidas en las normas de tránsito citadas, por ej. cruzar un semáforo cuando está encendida la luz roja (fija o intermitente), pues es en estos casos en los que la norma administrativa establece la detención del automotor.

La agravante carece de justificación, pues la violación de una señal semaforizada implica, en sí misma, una conducta negligente o antirreglamentaria, modalidades conductuales que ya están previstas como formas de la culpa en el párrafo primero del artículo 84 bis. Nada hubiera cambiado

si esta agravante no hubiese sido incorporada al Código penal, pues la pena habría podido regularse con arreglo a la escala penal del primer párrafo del artículo mencionado. Por lo tanto, tal vez sea aconsejable su derogación.

9. Violación de la señal de tránsito que indica el sentido de circulación

La *circulación de contramano* (arts. 48. c y 77. a, Ley 24.449), esto es, en sentido contrario a lo que indican las señales de tránsito, siempre ha sido una grave transgresión de la seguridad en el tráfico rodado, y si a ello sumamos que, por la reforma penal, acarrea un incremento de la pena privativa de libertad prevista para el homicidio y la lesión culposos, debemos convenir que estamos frente a una falta grave, no sólo de naturaleza administrativa, sino con consecuencias punitivas considerables.

Como es de suponer, el delito no consiste en circular de contramano; esta conducta continúa siendo una falta administrativa. Lo punible penalmente es causar la muerte o un daño físico o psíquico a una persona por circular de contramano, que no es otra cosa que circular conduciendo un automóvil con motor en forma antirreglamentaria, al no respetar las normas que regulan el tránsito automotor.

La agravante no tiene ninguna justificación, pues –al igual que la hipótesis anterior- la graduación de la pena privativa de libertad siempre ha sido posible con arreglo a la escala prevista para el homicidio o las lesiones culposos. Por lo tanto, como en otros casos regulados por la reforma penal, sería conveniente su derogación como figura agravada.

10. Picadas ilegales. Remisión.

Con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 84 bis del Código penal, a la muerte culposa ocasionada por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, le corresponde una mayor penalidad (de tres a seis años de prisión) "*cuando se dieren las circunstancias previstas en el artículo 193 bis*", esto es, cuando el autor del homicidio o de la lesión culposos se encontrare en alguna de las situaciones contempladas en dicha disposición legal en los momentos previos a la colisión de tráfico del que ha resultado la muerte de una o más personas.

La remisión de la ley a la figura prevista en el artículo 193 bis y la modificación que se hace de ella en el artículo 5 de la Ley 27.347, nos obliga a situarnos en el análisis de este tipo penal y a repensar algunos aspectos de su nueva regulación, para lo cual remitimos al lector a cuanto se dice supra de este mismo capítulo.

No obstante, se puede afirmar que una de las soluciones posibles para determinar con cierto grado de certeza la concurrencia de la agravante en ocasión de cometerse un homicidio culposo o una lesión culposa, y evitar tener que recurrir a las normas generales del concurso de delitos, es tornar aplicable el principio de especialidad y dejar indemne la figura incorporada por la ley 27.347, la cual incluye la muerte o la lesión culposa como resultado principal como consecuencia de una competencia de velocidad no autorizada. De otro modo, se debería recurrir, incorrectamente, a las reglas del concurso de delitos para penalizar dos hechos distintos, la competencia ilegal de velocidad y el resultado producido (muerte o lesión), con arreglo a lo establecido en el art. 55 del Código penal. A todo ello, hay que sumar que el bien jurídico protegido en los tipos penales del artículo 193 bis, no es, ciertamente y como se verá más adelante, ni la seguridad del tránsito automotor o la seguridad

vial ni los medios de transporte, sino la vida y la integridad física de las personas en general, todo lo cual torna aplicable –por la misma remisión que realiza la norma penal- la agravante del artículo 84 bis si los resultados se produjeren durante una carrera de velocidad no autorizada o en cualquiera de las otras circunstancias previstas en el artículo 193 bis.

11. Conducción con culpa temeraria

Esta agravante concurre cuando el conductor del vehículo con motor causare la muerte de alguna persona "*con culpa temeraria*". La fórmula empleada por el legislador para caracterizar este tipo de conductas, no deja de causar cierto escozor a la hora de intentar su interpretación, pues se trata de un concepto jurídico, además de indeterminado, difícil de definir debido a su componente subjetivo, que puede hacer pensar que estamos frente a una conducta dolosa. Sobre todo, por cuanto la norma habla de "conducción con culpa temeraria" –que es el elemento del tipo penal-, que no es lo mismo que decir "conducción temeraria", pues esto último sí puede ser interpretado como una conducta dolosa.

Tradicionalmente, la expresión "temeridad" ha sido entendida como equivalente a "imprudencia", inclusive se habló de "imprudencia temeraria o grave" para calificar este tipo de acciones como de las formas más graves de la culpa, siendo reconocido mayoritariamente como un elemento subjetivo perteneciente a la categoría dogmática de la culpabilidad. Pero ello no quiere decir que el legislador haya introducido un elemento subjetivo doloso en el tipo subjetivo de esta clase de figuras, pues ello produciría una verdadera distorsión en el sistema de los delitos culposos.

Para el Código penal –contrariamente a otros ordenamientos, como por ej el español, que no contempla la incriminación imprudente en el delito de conducción con temeridad manifiesta

(art.381) [121] -, temeridad significa culpa, debiéndose entender por dicha fórmula "una grave infracción de las normas de cuidado", "un evidente incumplimiento de los más elementales deberes de prudencia en la conducción de un automotor". En suma, temeridad como imprudencia grave, o en palabras de Orts Berenguer conducir con temeridad manifiesta equivale a manejar los mecanismos de dirección de un vehículo a motor o ciclomotor con omisión de la diligencia más elemental exigible a un conductor medio, debiendo utilizarse como parámetros las normas que regulan la circulación vial, con lo que puede decirse que la temeridad manifiesta equivale a imprudencia grave" [122].

Tratándose, como antes dijimos, de un concepto jurídico indeterminado, sin una definición normativa que nos auxilie en su interpretación, circunstancia que necesariamente habrá de ser sometida a la valoración judicial para dotar de contenido al término, se puede decir que el ejemplo más notorio de temeridad es el exceso de velocidad. Pero, pareciera ser que no se trata solamente de una grave infracción administrativa a las normas de circulación vial reguladas en la Ley nacional de Tránsito, pues ello se encuentra ya previsto en la figura relativa a la conducción con velocidad excesiva, sino en una conducta de mayor gravedad que la simple desobediencia a las normas que regulan la circulación automotriz. De otro modo, carecería de justificación que el legislador haya incluido dos conductas que, si bien son conductas diversas desde el punto de vista gramatical, tienen un idéntico sentido conceptual, en una misma disposición penal y sometidas a una misma penalidad. De aquí que entendamos, no sólo superflua e innecesaria la introducción de esta fórmula al sistema

[121] Este precepto del Código penal español ha sido fuertemente criticado por la doctrina, entendiendo que no sólo es innecesario, confuso y ambiguo, sino porque va a plantear problemas prácticos pues al establecer unos determinados límites de velocidad y de alcohol se corre el riesgo de que jueces y tribunales entiendan que sólo y exclusivamente pueda ser calificada de temeraria la condición en la que concurran ambas circunstancias como, por otra parte, ya ha sucedido (Con esta opinión, Rosario De Vicente Martínez, Seguridad vial y derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor, op.cit., pag. 11.

[122] Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la seguridad vial, Derecho penal, parte especial, cit., pags. 606 y sig.

regulador de la culpa en el código penal, sino una huida peligrosa hacia una evidente situación de inseguridad jurídica, al dejar en manos del juez la interpretación del concepto.

No obstante lo expuesto, creemos que, forzadamente, puede hacerse una distinción entre velocidad excesiva y culpa temeraria. En el primer caso, es suficiente para la consumación típica de la agravante que el agente iguale o supere los límites de velocidad establecidos en la ley, mientras que la conducción con culpa temeraria requiere algo más que la mera constatación de una velocidad excesiva (pues, de lo contrario, se presentaría una contradicción conceptual inalterable): es necesario, además, valorar las circunstancias concretas en las que se desarrolló la acción de conducir, como ser, el estado de la vía de circulación, intensidad del tránsito, la zona de circulación, el clima, la presencia de peatones, las características del vehículo, el estado físico y psíquico del conductor, diversas formas peligrosas de conducir el automotor, la velocidad impuesta al vehículo, no respetar las ordenes de la policía de tránsito o de importantes señales de tráfico, conducir de contramano por varios cientos de metros, invadir el carril contrario de circulación, etc., para que se pueda justificar, dogmáticamente, la aplicación de la agravante.

En una palabra, el concepto de culpa temeraria viene a ser –como antes se dijo- un concepto jurídico indeterminado, de carácter normativo, abarcativo de todas las demás formas de culpa previstas en el 2do. párrafo del art. 84 bis del Código penal. Por lo tanto, por un lado será el Ministerio Público el encargado de aportar al proceso los elementos de prueba de la conducción del vehículo con motor "con culpa temeraria" (constancia del test de alcoholemia, toma fotográfica del automóvil, el acta en la que conste el exceso de la velocidad, testimonios, etc.) y, por otro lado, será el juez quien decida, a través de un juicio de valoración *ex post*, tener por acreditado o no en el proceso respectivo la concurrencia de este elemento agravatorio del delito. Como se ve, este novedoso factor de agravación del homicidio y las lesiones imprudentes, implicará más problemas

que soluciones en la determinación de la hipótesis legal. Como dijimos, una fórmula innecesaria e inútil.

Pero, una cosa más debe quedar en claro: culpa temeraria no significa conducta dolosa (ni siquiera eventual). Como ya se dijo, temeridad equivale a imprudencia grave, en suma, a culpa. Causar la muerte de una persona conduciendo un automotor con culpa temeraria, no es más que un homicidio culposo agravado por la concurrencia de una forma especial de culpa, la culpa temeraria. Esta ha sido la decisión del legislador, no solo por haber introducido la fórmula en el ámbito del homicidio y las lesiones culposas, sino por la menor penalidad que presenta con respecto al homicidio y a las lesiones dolosas.

Es de recordar que el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 (conocido como Proyecto Zaffaroni), introdujo un artículo, el 83.2, cuyo texto establecía: "*Si el resultado fuere plural, o si la infracción al deber de cuidado fuere temeraria, el máximo de la pena de prisión será de ocho años*". De esta manera, el Anteproyecto vino a incorporar al sistema penal –además del dolo y la culpa-, una tercera categoría dogmática, la "culpa temeraria", a caballo entre el dolo y la culpa y únicamente para los delitos contra las personas. La idea de esta nueva categoría normativa en el Anteproyecto fue, sin duda, evitar la punición de homicidios culposos con la pena del homicidio doloso con dolo eventual, adecuando la penalidad al principio de proporcionalidad. Pero, creemos que la indeterminación conceptual de esta categoría intermedia así como el monto exagerado de la pena, hubieran provocado más problemas que soluciones a la hora de resolver los casos límite en los siniestros viales.

12. Pluralidad de resultados

La multiplicidad de víctimas fue prevista por primera vez en el Código penal con motivo de la reforma de la Ley 25.189, que incluyó esta agravante para cuando el homicidio culposo fuere ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, 2do. párr.., 2do. parágrafo), regulación que se mantuvo en artículo aparte con la reforma de la Ley 27.347, puniendo con una escala penal de tres a seis años de prisión "*cuando fueren más de una las víctimas fatales*".

Como hemos dicho, la innovación de la reforma sólo ha tenido incidencia en la pena, pues el tipo de injusto se mantiene como en los términos de la Ley 25.189, salvo en lo que hace a la eliminación del adjetivo "inexperta", que poca o ninguna relevancia tuvo –ni tiene actualmente- en la configuración del tipo penal.

En suma, la agravante concurre cuando el conductor ha provocado la muerte de dos o más personas, sin que para ello tenga alguna incidencia que el hecho se haya consumado conduciendo el automotor con exceso de velocidad, bajo la influencia de tóxicos o bebidas alcohólicas, no respetando las señales de tránsito, etc. Es suficiente con la pluralidad de resultados, pero la concurrencia de dos o más agravantes no multiplica la penalidad, sino que la gravedad del hecho habrá de medirse con arreglo a la escala penal de la nueva disposición penal.

13. El secuestro del automotor.

El vehículo con motor con el cual el conductor ha protagonizado el accidente de tránsito debe ser considerado instrumento del delito y puede ser secuestrado por la autoridad judicial, como medida cautelar, en el respectivo proceso penal, inclusive desde las primeras instancias de la investigación preliminar, esto es, desde el mismo momento en que se ha tomado conocimiento de la ocurrencia del hecho. La medida es facultativa, no obligatoria, y debe ser transitoria, no definitiva, con mayor razón en aquellos casos en los que el automóvil pertenece a un tercero de buena fe que no ha tenido ninguna intervención en el hecho ilícito (por ej., cuando el automotor ha sido objeto de un robo y, posteriormente, el ladrón ocasiona un accidente de tránsito con víctimas fatales, o cuando se tratare de un caso de conducción por un sujeto inhabilitado judicialmente, etc.), en cuyo caso debe serle devuelto una vez que se hubieren realizado los trabajos periciales correspondientes.

Pero, el secuestro del vehículo –aun considerado como "prueba del hecho"- no debe ser necesariamente una medida imprescindible en el proceso penal, sino que habrá de considerarse cada caso en particular para que la incautación del objeto este legítimamente justificada, por ej. no tendría ninguna razonabilidad secuestrar el automóvil de quien lo ha conducido bajo una prohibición de autoridad competente, salvo que se pretendiera determinar, además, si lo hizo con exceso de velocidad, con culpa temeraria, etc., pues, a los fines del proceso penal, resulta más que suficiente el acta en el que consten los datos registrales del automotor y la prueba documental que acredita la inhabilitación para conducir.

No se trata del "comiso" del automotor, que es una medida excepcional y definitiva, y que funciona como una consecuencia accesoria de la pena, sino de una medida cautelar de carácter provisorio.

1. **LESIONES CULPOSAS**.

EL TEXTO LEGAL. **Art. 94**: *Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. Si las lesiones fueran de las descriptas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.*

Artículo 94 bis: *Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieren las*

circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas. (textos según Ley 27.347).

El texto introducido por la Ley 25.189 de 1999 establecía lo siguiente: "Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. "Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses".

La reforma de esta normativa incrementó a 3 años el monto máximo de la pena de prisión prevista en el primer párrafo (dos años en el texto derogado, correspondiente a la ley 21.338) e introdujo un segundo párrafo por el que se aumentaba a 6 meses, o multa de $ 3000 e inhabilitación especial por 18 meses, el monto mínimo de la pena de prisión prevista en el primer párrafo, en la medida que las lesiones causadas por el obrar culposo sean de las previstas en los arts. 90 o 91, Cód. Penal (lesiones graves o gravísimas) y concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art. 84, Cód. Penal, esto es, que las víctimas del hecho hayan sido dos o más o el hecho haya sido causado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

De manera, entonces, que la agravante solo resultaba aplicable siempre que los resultados previstos en la norma hayan sido producidos en forma conjunta: lesiones graves o gravísimas más

alguna de las circunstancias enunciadas en el segundo párrafo del art. 84. De modo que si la lesión era de carácter leve, carecían de relevancia tanto el medio empleado por el autor cuanto el número de víctimas ocasionadas: resultaba siempre aplicable la figura básica.

En la actualidad, la Ley 27.347 mantuvo el texto anterior del artículo 94 introducido por la Ley 25.189, tanto en la figura básica como en la figura agravada, con la salvedad de la modificación de la frase *Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84*, sin que ello implique alguna alteración en la interpretación del tipo agravado, de manera que son aquí de aplicación cuanto se ha dicho respecto del homicidio culposo en todo lo concerniente el tipo objetivo.

La incorporación del art.94 bis es una reiteración del texto del art. 84 bis, antes estudiado. Por consiguiente, hacemos la remisión a los parágrafos respectivos.

DERECHO COMPARADO

ITALIA.

El Código penal italiano, hasta la muy recientemente sanción de la Ley No. 41, de 23 de marzo de 2016, no contemplaba la tipificación de delitos contra la seguridad en el tránsito automotor, sino que regulaba ciertas conductas que implicaban una agravación de los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas, cometidos en ocasión de la violación de las normas de la circulación de automotores (DL No. 285, 30/04/1992, *Nuovo Codice della strada*), en el Título XII –De los delitos contra la persona-, Capítulo I –De los delitos contra la vida y la incolumidad individual-, del Libro II –De los delitos en particular-, artículo 589 (homicidio culposo), cuyo texto reprimía con la pena de

reclusión de dos a siete años la muerte de una persona si hubiere sido cometido en violación de la normas que regulan la circulación de vehículos automotores, incrementándose la pena de tres a diez años de reclusión, si el hecho era cometido en estado de ebriedad alcohólica por una tasa superior a 1,5 g. por litro (g/l) o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

En la actualidad, las cosas han cambiado, la Ley No. 41, de 23/03/2016, introdujo modificaciones de gran calado en el Código penal, no sólo reformulando tradicionales delitos culposos sino incorporando figuras de nuevo cuño e incrementando notablemente las penas. El nuevo artículo 589 bis –*omicidio stradale*-, incluyó en forma independiente desde el punto de vista sistemático, las infracciones a las normas reguladoras del tránsito automotriz, con penas notoriamente más severas, con el siguiente texto: "Quien ocasiona por culpa la muerte de una persona con violación de las normas que regulan la circulación automovilística, es penado con la reclusión de dos a siete años. Quien, en la conducción de un vehículo a motor en estado de ebriedad alcohólica con una tasa de alcohol superior a 1,5 g. por litro (art. 186, párrafo 2, letra c, DL No. 285/92), o de alteración psicofísica por el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 187, DL No. 285/92), ocasiona por culpa la muerte de una persona es penado con la reclusión de ocho a doce años. La misma pena se aplica al conductor de un vehículo a motor que, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ejercitando la actividad de transporte de personas, de transporte de cosas, en la conducción de vehículos de carga superior a 3,5 toneladas, de automóviles de remolque que importe una carga de dos vehículos superiores a 3,5 toneladas, en la conducción de un autobús y de otros vehículos destinados al transporte de personas con una capacidad superior a ocho asientos, con exclusión del conductor, además de vehículos autoarticulados (art. 186 bis, inc.1, letras b), c) y d), DL 285), o cuando en estado de ebriedad con una tasa de alcohol superior a 0,8 e inferior a 1,5 g. por litro, ocasione por culpa la muerte de una persona (art. 186, inc.2, letra b), DL 285). Con

excepción de lo previsto en el tercer párrafo, quien conduzca un automotor en estado de ebriedad con una tasa de alcohol superior a 0,8 e inferior a 1,5 g. por litro, ocasiona por culpa la muerte de una persona, es penado con reclusión de cinco a diez años. La pena prevista en el párrafo precedente se aplica también: 1) al conductor de un vehículo a motor que, conduzca en un centro urbano a una velocidad igual o superior al doble de la permitida y, como sea, no inferior a 70 km/h, o bien en calles extraurbanas a una velocidad superior de al menos 50 km/h respecto de aquella permitida, ocasiona por culpa la muerte de una persona; 2) al conductor de un vehículo a motor que, atravesando una intersección con semáforo en rojo o bien circulando de contramano, ocasiona por culpa la muerte de una persona; 3) al conductor de un vehículo a motor que, a continuación de una maniobra contraria el sentido de circulación en proximidad o en correspondencia con una intersección, curva o reductores de velocidad (lomos de burro) o al sobrepasar a otro medio en correspondencia con una travesía peatonal o de línea continua, ocasiona por culpa la muerte de una persona. En la hipótesis precedentes la pena se aumenta si el hecho es cometido por persona sin licencia de conducir o con licencia suspendida o revocada, o bien en el caso de un vehículo a motor de propiedad del autor del hecho y esté desprovisto de seguro obligatorio. En las hipótesis de los párrafos precedentes, cuando el evento no sea una exclusiva consecuencia de la acción u omisión del culpable, la pena es disminuida hasta la mitad. En las hipótesis de los párrafos precedentes, cuando el conductor ocasiona la muerte de más personas, o la muerte de una o más personas y lesiones a una o más personas, se aplica la pena que debería infligirse por la más grave de las violaciones cometidas hasta el triple, pero no puede ser superior a los dieciocho años" [123].

[123] La traducción ha sido efectuada por el autor directamente del texto del Código penal actualizado a noviembre de 2016 a cargo de Roberto Garofoli (NelDiritto Editore, Roma, 2016) y, para facilitar su lectura y evitar al lector tener que recurrir a ambas regulaciones para armonizarlas, se ha incluido en los propios artículos del Código penal los artículos correspondientes al Código de Tránsito vigente en Italia (Decreto Ley No. 285, de 30/04/1992).

En el artículo 589 ter se tipifica la *fuga* del conductor en casos de homicidio culposo, con la siguiente redacción: "Si en el caso del artículo 589 bis el conductor se da a la fuga, la pena es aumentada de uno a dos tercios, pero no puede ser inferior a cinco años". Luego, en el artículo 590 bis se contempla el delito de *lesión personal grave o gravísima* cometida en violación de las normas reguladoras de la circulación vial, con pena de reclusión de tres meses a un año en el primer caso, y en el segundo con pena de uno a tres años. La fuga del conductor en casos de lesiones personales cometidas en violación de las normas de circulación vial, se aumenta uno a dos tercios, pero no puede ser inferior a tres años (art. 590 ter). En el artículo 590 quater se regula el cómputo de las *circunstancias agravantes y atenuantes* y, finalmente, en el artículo 590 quinquies se establece la *definición de calles urbanas y extraurbanas*.

A su vez, el *Nuovo Codice della Strada*, ha regulado nuevas figuras tipificándose las siguientes infracciones [124]: la organización, promoción, dirección o facilitación de una competencia deportiva de velocidad con vehículo a motor sin autorización (reclusión de uno a tres años y multa de E 25.000 a E 100.000). La misma pena se aplica a quien toma parte en la competencia no autorizada. Si del desarrollo de la competencia deriva la muerte de una o más personas, se aplica la pena de reclusión de seis a doce años, y si deriva una lesión personal la pena es de reclusión de tres a seis años (art.9 bis). El mismo artículo penaliza con tres meses a un año de reclusión y con multa de E 5.000 a E 25.000, a quien efectúa apuestas sobre las competencias de esta clase. El artículo 9 ter pune a quien compite en velocidad con vehículo a motor con reclusión de seis meses a un año y con multa de E 5.000 a E 20.000. Si de la competencia deriva la muerte de una o más personas, se aplica la pena de reclusión de seis a diez años; si deriva una lesión personal, la pena es de reclusión de dos a

[124] La traducción ha sido efectuada por el autor directamente del texto del *Il Nuovo Codice Della Strada*, actualizado por Potito L. Iascone (La Tribuna SRL, 29 edizione, Piacenza, 2017).

cinco años. Por el artículo 100, se castiga a quien falsifica, manipula o altera las placas del automóvil o bien el uso de una placa manipulada, falsificada o alterada, con las penas previstas para estos delitos en el Código penal. La conducción de un vehículo sin la licencia para conducir, se pena con multa de E 2.257 a E 9.032. La misma pena se aplica a quien conduce un vehículo sin la licencia porque ha sido revocada o no renovada. En caso de reincidencia, se aplica la pena de arresto hasta un año (art.116). La conducción en estado de ebriedad, si el hecho no constituye un delito más grave, es penada con arresto de hasta seis meses y con multa de E 800 a E 3.200, si hubiere correspondido una tasa de alcohol superior a 0,8 pero inferior a 1,5 gramos por litro. Si la tasa de alcohol es superior a 1,5 gramos por litro, es penado con arresto de seis meses a un año y con multa de E 1.500 a E 6.000. Si el conductor se niega a la comprobación de verificación del estado de alteración psicofísica derivado de la influencia del alcohol realizada por la policía, salvo que el hecho constituya un delito más grave, es penado con arresto de seis meses a un año y multa de E 1.500 a E 6.000 (art. 186). Las mismas penas se aplican para el caso de ingesta de estupefacientes o psicotrópicas y de la negativa a la comprobación del estado del conductor (art. 187). Si, en caso de accidente con daño a la persona, el conductor no cumple con la obligación de detenerse, es penado con la pena de reclusión de seis meses a tres años. Si se da a la fuga, es pasible de arresto. Si no presta asistencia a la víctima, es penado con reclusión de uno a tres años (art. 189).

Los **límites de velocidad** máxima son los siguientes

150 km/h, en autopistas de tres carriles, previa permisión del concesionario y con la colocación de señales especiales.

130 km/h, límite máximo sobre autopistas.

110 km/h, límite máximo sobre vías extraurbanas principales y en autopistas en caso de precipitaciones atmosféricas de cualquier naturaleza.

90 km/h, límite máximo sobre vías extraurbanas secundarias y vías extraurbanas locales, como así en vías extraurbanas principales en casos de precipitaciones atmosféricas de cualquier naturaleza.

70 km/h, límite máximo en vías urbanas, previa colocación de señales especiales y cuyas características constructivas y funcionales lo permitan.

50 km/h, límite máximo sobre vías en centros habitados.

45 km/h, para ciclomotores

80 km/h, para cuatriciclos, fuera de los centros habitados.

ESPAÑA

La respuesta penal del estado español a la violencia vial, ha sido la sanción de la Ley Orgánica 15/2007, de reformas al Código penal de 1995, cuyas modificaciones comenzaron con la sustitución de la rúbrica del Capítulo IV del Título XVII del Libro II, que pasa a denominarse "De los delitos contra la Seguridad Vial", reemplazando la anterior "De los delitos contra la Seguridad del Tráfico", continuando con la incorporación de nuevas figuras delictivas que tradicionalmente estaban reservadas al sector del Derecho administrativo.

Si bien las últimas reformas del Código penal español, operadas por las Leyes Orgánicas 1 y 2 de 2015, han alcanzado a un buen número de artículos, los delitos contra la seguridad vial incorporados por las LO 15/2007 han permanecido inalterados. Los artículos vigentes son, en consecuencia, los siguientes:

De los delitos contra la Seguridad Vial (Cap. IV, Tít. XVII, Libro II).

Art. 379. "1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2.Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol

en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

El precepto regula tres situaciones: 1) conducción superior a determinados límites de velocidad; 2) conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias o psicotrópicas; 3) conducción superior a determinados límites de ingesta de alcohol.

Se trata de delitos dolosos, de pura actividad y de peligro abstracto, cuya consumación se independiza de cualquier daño o peligro a bien o interés jurídico alguno, lo cual impide todo tipo de discusión en materia probatoria en el respectivo proceso penal.

Art.380. “1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior”.

Art. 381. “1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior".

Art. 382. "Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado".

Art. 383. "El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años".

Art. 384. "El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción".

Art. 385. "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo".

Art. 385 bis. "El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128".

Art. 385 ter. "En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho".

BIBLIOGRAFIA

ABOSO GUSTAVO, Código penal comentado, 3ra. Ed., IBdeF, 2016.

ALBRECHT PETER A., El derecho penal en la intervención de la política populista, La Insostenible situación del Derecho penal, pag. 474, Granada, 2000.

ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito, Serie Mayor, Atelier, Barcelona, 2003.

ARTEAGA SANCHEZ JOSÉ, La culpabilidad en la teoría del hecho punible, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.

BAJO FERNÁNDEZ MIGUEL, Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal, InDret 3/2008, Revista para el Análisis del Derecho, disponible en www.indret.com,

BAJO FERNÁNDEZ MIGUEL Y BACIGALUPO SAGGESE SILVINA, Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito, disponible en www.prevenciónblanqueo.com.

BARBERO SANTOS MARINO, Contribución a los delitos de peligro abstracto, disponible en dialnet.unirioja.es.

BETTIOL GIUSEPPE, Derecho penal, "Parte general", Temis, Bogotá, 1965, Bibliografica Omeba, Buenos Aires, 1967.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Tratado de Derecho penal, parte especial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Actividades peligrosas relacionadas con la conducción de un vehículo automotor (la reforma de la ley 26.362), el Dial DCE4A.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Aspectos políticos criminales del derecho penal de la circulación en Latinoamérica, en Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987.

BREGLIA ARIAS OMAR Y GAUNA OMAR, Código penal comentado, t.1, Astrea, 2001.

CAFFERATA NORES JOSÉ I., Cuestiones actuales sobre el proceso penal, ed. Del Puerto, Bs.As., 2000.

CARMONA SALGADO CONCEPCIÓN, Delitos contra la seguridad del tráfico, en Derecho penal español, parte especial, (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Madrid, 1997.

CARDOZO POZO RODRIGO C., en Bases de Política Criminal y Protección Penal de la Seguridad Vial (especialmente sobre el art. 379 del Código penal), tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009, disponible en DDPG_CardozoPozoRC_PoliticaCriminal.

CARO JHON JOSÉ ANTONIO Y HUAMÁN CASTELLARES DANIEL O., El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editores del Centro, Lima, 2014.

CEREZO MIR JOSÉ, Derecho penal, parte general, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

CEREZO MIR JOSÉ, Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, disponible en dialnet.unirioja.es.

CEREZO MIR JOSÉ, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, 2002.

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización, RCSP, 13/2003, disponible en *www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/133118/18309*

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales,Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos, disponible en www.criticapenal.com.ar

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Política criminal de la seguridad vial y garantías constitucionales, Instituto de Seguridad Pública de Catalunya, 2013.

CREUS CARLOS Y BUOMPADRE JORGE E., Derecho penal, parte especial, t.1, Editorial Astrea, 2007.

CREUS CARLOS, Sinopsis de derecho penal, Zeus, Rosario, 1974.

CREUS CARLOS, Derecho penal, parte general, 5ta. edición, Astrea, 2003.

DEMETRIO CRESPO EDUARDO, Del derecho penal liberal al derecho penal de enemigo, en Pérez Álvarez (coord.), en Serta. In Memóriam Alexandre Baratta.

DEMETRIO CRESPO EDUARDO, El derecho penal del enemigo "darf nicht sein" (sobre la legitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad), en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez (Coord.), Derecho Penal del enemigo, vol. 1, IBdeF, 2006.

DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Seguridad vial y Derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor", disponible en www.unifr.ch.

DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Comentarios al código penal, Lex Nova, 2da. Ed., 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, en Cancio Meliá-Gómez Jara Diez (coord.), Derecho penal del enemigo, vol.1, IBdeF, 2006.

DIEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista, disponible en dialnet.unirioja.es.

ESCRIVA GREGORI JOSE MARIA, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1976.

FARALDO CABANA PATRICIA, Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 86, Valencia, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ BERNARDO, Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en Constitución y Principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales (Dir.: Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez; Coord.: Silvia Fernández Bautista),Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ BERMEJO DANIEL, El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol, La Ley penal, No. 119-2016, Madrid, disponible en www.UDIMA.es.

FERNÁNDEZ GONZALO, Bien Jurídico y sistema del delito, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

FIANDACA GIOVANNI Y MUSCO ENZO, Derecho penal, parte general, Ed. Temis, Bogotá, 2006.

FIGARI RUBÉN E., Homicidios, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

FIGARI RUBÉN E., Mas consideraciones sobre los denominados delitos de tránsito, disponible en http://www.rubenfigari.com.ar

GARCIA ALBERO RAMÓN, Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, No.9, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ANTONIO, Derecho penal, parte general –Fundamentos-, Prólogo del autor, XLIX, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.

GARCÍA-PABLOS ANTONIO, Derecho penal, Introducción, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.

GARÓFOLI ROBERTO, Codice Penale, NelDiritto Editore, Roma, 2016.

GRACIA MARTÍN LUIS, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), t.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GRACIA MARTÍN LUIS, La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático), Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era. Época, Nº 3, pags. 31 y sig., 2010.

GÓMEZ PAVÓN PILAR, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, Ed.Bosch, Barcelona, 1998.

GÓMEZ PAVÓN PILAR, La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico, en Comentarios a la Reforma Penal de 2010 (Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ RUS JUAN JOSÉ, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional, RFDUG, No. 15,1998.

HORMAZÁBAL MALAREÉ HERNÁN, La eutanasia: un caso de colisión de principios constitucionales, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, pag. 2037, Edisofer, Madrid, 2008.

HORMAZÁBAL MALAREÉ HERNÁN, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991.

HORMAZÁBAL MALAREÉ HERNÁN, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Revista de Derecho, Vol.XIV, Chile, 2003.

HORTAL IBARRA JUAN CARLOS, El delito de conducción temeraria (art. 381): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, Revista Jurídica de Cataluña, No.1, año 2008.

IASCONE POTITO L., Il Nuovo Codice Della Strada, La Tribuna SRL, 29 edizione, Piacenza, 2017.

JAKOBS GÜNTHER, ¿qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 1ra. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, *problemas modernos de la culpa*, Revista de derecho penal y criminología, La Ley, No.1, Buenos Aires, 1968.

JIMÉNEZ DÍAZ MARÍA JOSÉ, Sociedad del riesgo e intervención penal, RECPC 16-08, 2014.

LEVENE (H.) RICARDO, EL delito de homicidio, Editorial Depalma, 1970.

LÓPEZ BOLADO JORGE, Los médicos y el Código penal, Universidad, 1988.

MATA Y MARTÍN RICARDO, Bienes Jurídicos intermedios y delitos de peligro, Comares, Granada, 1997.

MENDOZA BUERGO BLANCA, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001.

MIRÓ LLINARES FERNANDO, El moderno Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso, InDret, Barcelona, julio de 2009.

MIR PUIG SANTIAGO, Derecho penal, parte general, 8º. Ed., Barcelona, 2010.

MIR PUIG SANTIAGO, Bases constitucionales del derecho penal, Iustel.

MUÑETÓN VILLEGAS JUAN CAMILO, La negativa a realizarse la prueba de embriaguez con fundamento en el derecho de no autoincriminación. Una mirada desde Colombia y España, disponible en dialnet.unirioja.es y en Revista Nuevo Foro Penal, Vol.II-85, Universidad EAFIT.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría general del delito, Temis, Bogotá, 1984.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho penal, parte especial, 18 edición, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

MUÑOZ RUIZ JOSEFA, El delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código penal, Universidad de Murcia, 2013.

NÚNEZ RICARDO C., Derecho penal argentino, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.

OLMEDO CARDENETE MIGUEL, Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal, RECPyC, No.4-2002.

ORTS BERENGUER ENRIQUE, Delitos contra la seguridad colectiva, Derecho penal, parte especial, 5ta. Ed. Revisada y actualizada (J.L.González Cussac, Coord.),Tirant lo Blanch Manuales, Valencia, 2016.

PARMA CARLOS, Código penal comentado, t.2, Mediterránea, Córdoba, 2005.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Derecho penal, parte general. Teoría Jurídica del Delito, t.II, Vol.1, Bosch, Barcelona, 2000.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, El injusto típico en la teoría del delito, Mario A.Viera Editor, Corrientes, Argentina, 2000.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú, 2004.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Introducción al Derecho Penal (con la colaboración de Miguel Polaino Orts), Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2008.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Madrid, 2007

POLAINO-ORTS MIGUEL, Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003.

POLAINO ORTS MIGUEL, Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española, en Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2011.

POLAINO ORTS MIGUEL, Lecciones de Derecho penal, parte especial (Dir.: Miguel Polaino Navarrete), T.1, Tecnos, Madrid, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ JOAN, Derecho penal español, PE, Atelier, Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES GONZALO, Curso de Derecho Penal, parte general (Acorde al nuevo Código Penal de 1995), con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

ROXIN CLAUS, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN CLAUS, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, RECPC, 15-01, 2013.

ROXIN CLAUS, El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, en La teoría del delito en la discusión actual (trad. Manuel Abanto Vázquez), Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007.

ROXIN CLAUS, A protecao de bens jurídicos como funcao do Direito Penal, 2da. ed., Livraría do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

SERRANO GÓMEZ ALFONZO Y SERRANO MAILLO ALFONZO, La reforma de los delitos contra la seguridad vial, Revista de Derecho UNED, No. 3, 2008.

SELVA ALVARO, Commento al Codice penale della Repubblica Di San Marino, seconda edizione aggiornata, AIEP Editore, 2010.

SCHURMANN PACHECO RODOLFO, *La culpa antirreglamentaria*, "Doctrina Penal", 1982.

SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en la sociedades posindustriales, 2da. edición, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

SCOTTI SILVIO FRANCESCO GIUSEPPE, La guida in stato di ebbrezza. Le novitá della legge 41/2016 sull´omicidio stradale, Giuffré Editore, Milano, 2016.

SOLER SEBASTIAN, Derecho penal argentino, TEA, T.1, Buenos Aires, 1970.

TAMARIT SUMALLA JOSEP MARÍA, De los delitos contra la seguridad de tráfico, en Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Gonzalo Quintero Olivares, Dir.), Aranzadi Editorial, Navarra, 1996.

TAZZA ALEJANDRO, El delito de picadas ilegales, art. 193 bis CP, disponible en penaldosmdq.blogspot.com.

TENCA ADRIÁN, La punibilidad de las pruebas de velocidad (picadas): un error de política criminal, DJ, 1215-II-2008.

TERÁN LOMAS ROBERTO A., Derecho penal, parte general, t. 1, Astrea, 1980.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO, homicidio y lesiones culposos, Hammurabi, Buenos Aires, 1979.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO, Dolo eventual y culpa consciente, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2009.

VILLADA JORGE LUIS, delitos contra las personas, editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ LAURA, Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador?, disponible en www.unifr.ch.

Lesiones Culposas Agravadas

Jorge Eduardo Buompadre

Art. 94 bis: *Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieren las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas. (textos según Ley 27.347).*

1) INTRODUCCION

Según el Instituto Universitario de Tráfico y Seguridad Vial español, en el siglo XX 35 millones de personas perdieron la vida en el mundo por causa de un accidente de tráfico [1].

---

[1] Cita de De Vicente Martínez Rosario, Seguridad vial y Derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor", disponible en www.unifr.ch

La ONG de Argentina, Luchemos por la Vida, alertaba un tiempo atrás que en nuestro país la cifra de muertos en accidentes de tránsito en el año 2016 superaba los siete mil, poniendo el acento nuevamente en que el Congreso Nacional debía sancionar los delitos contra la seguridad vial [2]. Distintos episodios de siniestralidad vial, a los que se sumó ciertas decisiones judiciales a favor de la libertad de conductores imputados de delitos cometidos en ocasión de la conducción de un automotor y los persistentes reclamos de Asociaciones Civiles en incorporar al Código penal los llamados delitos de tráfico, fueron, en gran medida, los factores que obraron de disparador de la Ley No 27.347 de reformas al Código penal recientemente sancionada.

Nadie puede poner en duda que, en los momentos actuales, el derecho penal está atravesando –en una pendiente que ya lleva varias décadas-, una verdadera expansión punitiva, una suerte de punitivismo populista que intenta abordar y, a la vez, suministrar alguna solución a todos los conflictos sociales, o cuanto menos, a los que se considera más importantes, aunque en la realidad no lo sean. De este modo, el derecho penal –otrora entendido como de mínima intervención-, avanza hacia una penalización indiscriminada de conductas que, en muchos casos, ni siquiera ponen en riesgo un determinado bien jurídico. El delito de *grooming* introducido por la reforma de la Ley 26.904/2013, es un buen ejemplo de ello. Los legisladores siguen empeñándose en manejarse dentro en un movimiento circular que parece no tener fin y en el que se interrelacionan tres factores que constituyen la causa determinante de esa tal circularización: el hecho social (que genera una muchas veces justificada demanda de los ciudadanos reclamando mayor seguridad), los medios de comunicación (que, en gran medida, son los verdaderos artífices de la magnificación de los hechos sociales, en particular, de los accidentes de tránsito, sobre cuya

[2] Informe disponible en www.luchemos.org.ar . La misma ONG, en un informe más reciente, manifiesta que la cifra de muertos en Argentina está en un nivel de inmovilidad desde hace 25 años, y que para paliar la crisis hace falta un sistema más eficiente de controles, sanciones eficaces y reales, el uso generalizado de cinturones de seguridad, control de los límites de velocidad y del consumo de drogas y alcohol, conciencia vial y el cumplimiento de la legislación vigente (La Nación, del 21/02/2017).

fenomenología han puesto el acento ubicándolos en el centro de una agenda mediática que se repite cotidianamente) y la reforma penal (que es la solución a la que más rápidamente los legisladores recurren para calmar la muchas veces voracidad punitiva de la sociedad, aun cuando en múltiples ocasiones no ven o no perciben al fenómeno como un verdadero y grave problema social). La siniestralidad vial es uno de esos hechos sociales que no están al margen de la señalada circularización y a la que hemos de dedicar las páginas que siguen [3]

La seguridad en la evitación de accidentes por la conducción de un vehículo automotor presupone la existencia de tres elementos que se retroalimentan e interrelacionan entre sí: *infraestructura vial* (mal estado de calles en zonas urbanas, suburbanas y rutas o carreteras, ausencia de autopistas, de rotondas, de iluminación, deficiente señalización y marcación, semaforización insuficiente, ausencia de elementos tecnológicos, etc.), *vehículo* (mal estado del automóvil, sin ajustarse a los reglamentos de tráfico) y *conductor* ("factor humano", situación física y psíquica al momento del siniestro, edad, genero, conocimiento y actitud o predisposición de respeto hacia las normas de tránsito, etc.). La ausencia de uno o varios de estos factores ha contribuido a que en la sociedad se vaya instalando, progresivamente, un sentimiento subjetivo de inseguridad frente a los siniestros viales y una creciente demanda de penalización. Para muchos, la idea de "tolerancia cero", es la llave de paso de una política criminal efectiva en materia de seguridad vial. Ya no importa tanto la presencia de aquellos factores en la incidencia de los siniestros viales, sino que se insiste sobre la idea de que el derecho penal es la solución

---

[3] Sobre esta situación del Derecho penal español –que no difiere mucho de la argentina-, pone de relieve el profesor García Pablos la incontinencia del legislador en las reformas penales, con medidas tendientes a reforzar la respuesta represiva incrementando el rigor penal, generando un clima de general desconcierto en la ciudadanía, en los operadores jurídicos y en la población penitenciaria. La política criminal responde a una única y trasnochada receta: la de los modelos disuasorios del despotismo no ilustrado, que siguen profesando un fe ciega e injustificada en la eficacia preventiva del castigo, así como en la posibilidad de mejorar progresiva e indefinidamente el rendimiento del sistema a través del sucesivo incremento del rigor penal (conf. García-Pablos de Molina Antonio, Derecho penal, parte general –Fundamentos-, Prólogo del autor, XLIX, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009).

para estos dramas cotidianos que representan las muertes y lesiones en accidentes de tránsito, idea que es alimentada por una suerte de complicidad legislativa en la adopción de una política de mano dura a través de la sanción de leyes punitivas severas para "combatir" con éxito la siniestralidad vial y acabar con los conductores rebeldes en el cumplimiento de la ley.

De este modo y cuando aparecen aquellos factores a que hacíamos referencia –tal como ha puesto de relieve García Albero-, al legislador no le queda más remedio que: a) levantar acta de defunción del modelo de tutela *ex post facto* de bienes jurídicos, y sustituirlo por un modelo de intervención *ex ante*, con una más o menos rigurosa selección de normas preventivo cautelares cuya infracción se reputará delito con independencia del peligro concreto que hayan producido; b) limitar la discreción judicial mediante el uso de términos típicos bien definidos y delimitados (con otros términos –agregamos nosotros- limitar o evitar la discrecionalidad judicial), que permitan por lo demás aligerar los requerimientos de prueba para la imposición de la sanción; y c) elevar a la categoría de delito la simple imprudencia, para evitar así la bagatelización de las muertes y lesiones en carretera, primando así no sólo el desvalor de resultado frente al desvalor de acción, sino presuponiendo que siempre que está en juego una vida o la integridad física, la infracción de la norma de cuidado, pese a ser leve, es grave, esto es, una infracción penal grave, o sea, delito [4].

La reciente reforma del código penal implementada por la Ley 27.347 [5] es un fiel exponente de la situación que se viene describiendo, según veremos más adelante cuando analicemos cada figura en particular.

[4] Conf. GARCIA ALBERO Ramón, Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, No.9, pag. 11, 2007.
[5] BO No. 33539, del 06/01/17

Sin embargo, esta embestida legislativa no es nueva. Ya en el año 1999 se tuvo la primera y no muy afortunada experiencia en materia de tráfico de automotores, a través de una reforma del digesto punitivo mediante la Ley 25.189, cuyo texto introdujo cambios de gran calado en el sector de la conducción automotriz, incorporando un segundo párrafo a los artículos 84 y 94 del Código penal, incrementando la pena cuando el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción de un automotor.

Algunos años después, la Ley 26.362, de 26 de marzo de 2008, al mismo tiempo de sustituir la denominación del Capítulo II del Título VII del Libro Segundo del Código penal –Delitos contra los medios de transporte y de comunicación-, por la de "Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación", introdujo el art. 193 bis por el que se tipificaba el delito conocido como "picadas ilegales", así como la organización y promoción de este tipo de competencias automovilísticas [6], produciéndose –como es de suponer- una suerte de administrativización del derecho penal, convirtiendo en delito lo que, hasta ese momento, no eran más que faltas de naturaleza administrativa de competencia, en la mayoría de los casos, de la justicia contravencional.

La reciente reforma de la Ley 27.347 –como era de esperar- no dejó pasar la oportunidad para imponer ciertos retoques a aquél delito y a los más viejos delitos culposos, particularmente en el sector de la pena, como se podrá verificar páginas más adelante. ¿Se logró algún avance en la idea de combatir las picadas ilegales –o los accidentes de tráfico- y todo el entorno que implica el fenómeno, no sólo de este tipo de competencias marginales, sino del grave y creciente problema del tráfico vial con la penalización de estas prácticas?, probablemente no, pero no podemos saberlo, pues si en algo se ha caracterizado la Argentina en estos últimos años es, precisamente, en la falta de estadísticas

[6] para mayores detalles sobre esta reforma, confr. BUOMPADRE Jorge Eduardo….

oficiales que nos permitan conocer con cierta dosis de certeza los índices de siniestralidad vial y de picadas ilegales en todo el territorio nacional.

Son numerosas las actividades que, en su diario quehacer, originan riesgos para el hombre y sobre las que se puede proyectar con cierto grado de éxito la intervención del derecho penal. Entre estas actividades riesgosas ocupa un lugar prominente, ciertamente, la siniestralidad en el tráfico de automotores. Esto es verdad, pero no lo es menos que dicha actividad ha estado siempre –en lo tolerable y en lo prohibido- bajo el control de las normas administrativas, sin que ello implique, simultáneamente, la necesidad de una respuesta penal inmediata en auxilio de ese específico ámbito sancionador. Recordemos palabras de Albrecht cuando dice “la intervención política en el Derecho penal traslada constante y manifiestamente los problemas estructurales a la aplicación individual del Derecho penal” [7].

Esta situación es, precisamente, por la que está atravesando el Derecho penal en Argentina. Ante la ocurrencia de un hecho criminal (o no criminal, pero que la sociedad reclama que lo sea) de gran impacto social, observamos una inmediata reacción de la política pregonando a los cuatro vientos la reforma penal para solucionar rápidamente el conflicto, ya sea creando nuevos tipos delictivos de sospechosa constitucionalidad, particularmente sometidos a una severa penalidad o bien endureciendo las penas de tipos penales ya existentes, pretendiendo con ello brindar soluciones por lo general meramente simbólicas o formales, más orientadas a calmar la voracidad popular que a dar una real solución al conflicto social. En suma, un desviado y abusivo interés en la conminación penal pensando más en el elector que en el ciudadano.

[7] Conf. Albrecht Peter A., El derecho penal en la intervención de la política populista, La Insostenible situación del Derecho penal, pag. 474, Granada, 2000.

La Ley 27.347 de reformas al Código penal no está al margen de estas consideraciones, pues se enmarca en una deficitaria política criminal de las características señaladas y cuyos resultados habrán de ser, de seguro, muy distintos a los fines esperados. Es insostenible una tesis que afirme que con la reforma penal se solucionará el problema del tráfico rodado, pues con esta medicina lo que se está haciendo no es otra cosa que reemplazar el derecho administrativo sancionador por el derecho penal, siendo que aquél –prioritariamente- es el que debe tener a su cargo la gestión de los riesgos derivados del tráfico viario para que se lleve a cabo en condiciones de seguridad. No es ésta, obviamente, la función del Derecho penal. Seguramente, una mejora en la infraestructura vial y un fuerte estímulo a la concientización ciudadana a través de la educación en materia de seguridad vial, dará mejores resultados que un derecho penal inflacionario y de probada ineficacia en esta materia.

2) SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO PENAL

Esta nueva sociedad –como se viene diciendo- conformada por la aparición de nuevos riesgos, caracterizada por su complejidad y trans nacionalidad, y acosada, precisamente, por el avance imparable de la moderna tecnología, se caracteriza, fundamentalmente, por los siguientes rasgos: 1) los riesgos que amenazan a la sociedad actual son *artificiales*, en el sentido de que son producto de la actividad humana, y de tal entidad que ponen en peligro la existencia de la propia humanidad en su conjunto; además, son riesgos de grandes dimensiones, pues –en la mayoría de los casos- amenazan a un número indeterminado de personas (fenómenos vinculados a la energía nuclear, a la contaminación ambiental, a la informática, etc.); 2) la *responsabilidad individual se diluye en la complejidad organizativa* a que da lugar la creciente sustitución de contextos individuales de acción

por otros de naturaleza colectiva, llegando a hablarse de una "irresponsabilidad organizada"; 3) la conjunción de los dos factores mencionados produce una intensa *sensación de inseguridad subjetiva* en la ciudadanía, que se manifiesta –inclusive- al margen de la presencia de un peligro real, y que produce un elevado grado de aversión al riesgo, con el consiguiente predominio de todas aquellas medidas que puedan garantizar la seguridad, que se convierte en el motivo dominante de la ordenación de la vida en sociedad.

La adaptación del derecho penal a las exigencias que plantea la sociedad del riesgo, ha supuesto toda una serie de modificaciones estructurales, que se caracterizan por las siguientes notas esenciales: 1) incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; 2) predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión del bien jurídico, entre las que sobresalen los delitos de peligro abstracto [8]; 3) Anticipación del momento en que procede la intervención penal, tipificándose como delito meros actos preparatorios, antes de competencia del derecho administrativo, civil o laboral; 4) significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales, entre las que se advierte -como pone de relieve Cerezo Mir- un avance en el ámbito de los delitos contra bienes jurídicos colectivos de prácticas de negociación y acuerdo entre las partes, como así la aplicación de los criterios de oportunidad [9]. Se admite, asimismo, cierta flexibilidad en el principio de seguridad jurídica derivada de la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos, llegando, inclusive, algunas

[8] Conf. Jiménez Díaz María José, Sociedad del riesgo e intervención penal, RECPC 16-08, 2014; en un mismo sentido, Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, pag. 54 y sig., 2002.

[9] Conf. Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, pag. 55, 2002.

veces, a neutralizarse las diferencias entre autoría y participación, entre tentativa y consumación [10].

En suma, una tendencia a un derecho penal preventivo, capaz de enfrentar con éxito los nuevos riesgos de las sociedades actuales, anticipando su intervención a estadios antes inimaginados y a través de técnicas de tipificación tampoco imaginadas hasta épocas bastantes recientes, como son, ciertamente, la técnica de los delitos de peligro, especialmente mediante los delitos de peligro abstracto, situación que ha llevado a la doctrina a caracterizar a este derecho penal de la sociedad del riesgo como un derecho penal hipertrofiado cuantitativa (exceso de bienes jurídicos colectivos) y cualitativamente (exceso de delitos de peligro abstracto), además de atrofiado por el no respeto al principio de legalidad penal [11].

Frente a esta expansión del derecho penal ante los nuevos riesgos que se manifiestan en la sociedad actual, el profesor Gracia Martín ha planteado la existencia de seis ámbitos entre los que se delimita el llamado Derecho penal moderno, con sus propias combinaciones y solapamientos: el Derecho penal del riesgo, el Derecho penal económico y del ambiente, el Derecho penal de la empresa, el Derecho penal de la Unión Europea, el Derecho penal de la globalización y el Derecho penal del enemigo [12].

Ante este derecho penal en expansión, destaca Diez Ripollés se han formulado en doctrina cuatro discursos contrapuestos (con sus propias variantes y matizaciones) acerca de la verificación de si el

---

[10] Así, Faraldo Cabana Patricia, Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 86, pags. 31 y sig., Valencia, 2009.

[11] Así, De Toledo y Ubieto Octavio Emilio, Repercusiones de la responsabilidad penal por el producto en los principios garantizadores y la dogmática penales, cit. por Cardozo Pozo Rodrigo C., en Bases de Política Criminal y Protección Penal de la Seguridad Vial (especialmente sobre el art. 379 del Código penal), tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009, disponible en DDPG_CardozoPozoRC_PoliticaCriminal.

[12] Conf. Gracia Martín Luis, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), t.I, pag. 882, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Del mismo, en La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático), Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era. Época, Nº 3, pags. 31 y sig., 2010.

derecho penal es el instrumento más adecuado para hacer frente a la nueva realidad que plantean los nuevos riesgos: uno, encabezado por la Escuela de Frankfurt, en Alemania, cuyo máximo representante es el profesor Winfried Hassemer, tendencia conocida como *resistencia a la modernización*; el segundo, formulado por Silva Sánchez [13]; el tercero, defendido por un amplio sector doctrinal en el destacan, fundamentalmente, los profesores Bernd Schunemann, en Alemania, y Luis Gracia Martín, en España, y el otro discurso, sostenido fundamentalmente por los profesores Bernd Schünemann, en Alemania y Luis Gracia Martín en España, conocido como *tendencia modernizadora* del derecho penal, y finalmente, una cuarta postura doctrinal encabezada por Mendoza Buergo, Bueno Arús y Muñoz Llorente, entre otros [14].

Respecto de la primera tendencia se puede decir, brevemente, que propone un traslado del derecho penal clásico, nuclear, a otros sectores del ordenamiento jurídico, por su ineficacia para enfrentar los nuevos riesgos, aunque respetando las reglas dogmáticas de imputación tradicional. Con otros términos, el derecho penal clásico sería un instrumento ineficaz para intervenir ante los nuevos riesgos, por lo que plantea crear un “Derecho de intervención”, que se ubicaría entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, como respuesta adecuada a los problemas que plantea la sociedad moderna. La idea plantea la legitimidad del derecho penal en la medida que se ubique en el marco de un derecho penal mínimo [15]. Desde ya que esta doctrina rechaza la legitimidad de los delitos de peligro abstracto.

La segunda postura doctrinal propone un derecho penal de dos velocidades (o dos clases de derecho penal). Uno, el derecho penal de primera velocidad, que quedaría enfrascado en las reglas

[13] Conf. Silva Sánchez Jesús María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades posindustriales, pags. 178 y sig., IBdeF, 2da. ed., 2008.
[14] Ver, por todos, Mendoza Buergo, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, pags. 125 y sig., Civitas, Madrid, 2001.
[15] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización, RCSP, 13/2003, disponible en *www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/133118/18309.*

del derecho penal clásico (bienes jurídicos individuales y delitos sancionados con penas de prisión); el otro, el derecho penal de segunda velocidad, en cambio, se ocuparía de abordar la criminalidad moderan que está sacando a la luz la sociedad de riesgo, sugiriendo que estos comportamientos sean castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos, e incluso Silva Sánchez habla de un "derecho penal de tercera velocidad", en el que se mantendría la pena privativa de libertad con una amplia relativización de las garantías político-criminales, de las reglas de imputación y de los principios procesales [16].

La tercera postura, conocida como "tendencia modernizadora" entiende que lo único que diferencia al Derecho penal de la actualidad del tradicional, es la circunstancia de que extiende la punibilidad al sector de las clases sociales poderosas, sin que ello implique menoscabo alguno a las garantías del Estado de Derecho. En síntesis, para esta postura, el Derecho penal debe adecuarse a las nuevas realidades, pero –como señala Gracia Martín- con estricta sujeción a los principios y garantías del Estado de Derecho; por ello –dice el profesor de Zaragoza- la tarea fundamental del discurso de modernización consiste en formular los enunciados y en determinar los objetos que permitan incluir a toda la criminalidad material –esencialmente económica y empresarial, y hoy de alcance global y planetario- de las clases sociales poderosas en el discurso político-criminal, pero –insiste- todo de un modo estrictamente conforme con las garantías del Estado de Derecho [17].

Por último, una cuarta postura doctrinal –que Díez Ripollés denomina de "resistencia garantista"-, rechaza toda posibilidad de aceptar niveles intermedios de intervenciones penales o parapenales,

[16] Conf. Silva Sánchez Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades posindustriales, pags. 165 y sig., IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
[17] Conf. Gracia Martín Luis, La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático), Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era. Época, Nº 3, pags. 38 y sig., 2010. Igualmente, Jiménez Díaz María José, Sociedad del riesgo e intervención penal, RECPC 16-08, 2014.

proponiendo un adecuado manejo del principio de subsidiariedad. Como la intervención en los ámbitos sociales modernos se concentra en los casos de bagatela, se produce como consecuencia una lesión de los principios de fragmentariedad y proporcionalidad, dejando al derecho penal como un mero derecho penal simbólico [18].

Sin embargo, resulta más que notorio que el derecho penal de la actualidad –en diversas circunstancias y ocasiones- en modo alguno respeta los principios informadores del derecho penal tradicional (legalidad, ultima ratio, subsidiariedad, proporcionalidad, lesividad, taxatividad, etc.) contaminado por una creciente demanda de seguridad que, inclusive, inclina la penalización de conductas hasta límites insospechados, surgiendo propuestas, muchas veces desde el propio ámbito legislativo, que rebasan cualquier demarcación de lo racionalmente imaginable, como son, ciertamente, las propuestas de "tolerancia cero" o de "seguridad ciudadana", cuya indeterminación conceptual de las que padecen permite abarcar cualquier procedimiento invasivo de los derechos y garantías individuales. Tolerancia cero es la demanda y recurso al mayor castigo es la respuesta, aun cuando el peligro no se derrame sobre la idea de inseguridad ciudadana sino sobre las garantías que informan un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Más persecución penal como estrategia de lucha contra el crimen, esa es la consigna del Estado en estos tiempos. Esta situación, ha hecho que Cafferata Nores caracterice a la persecución penal como un arma para enfrentar y ganar la guerra contra manifestaciones delictivas que generan especial inquietud y reprobación social, respecto de las cuales –y esto es lo importante advertir- se postula expresamente o se tolera complacientemente la violación de la Constitución, mientras sea útil a tal empeño [19].

[18] Conf. Díez Ripollés José Luis, en Cancio Meliá-Gómez Jara Diez (coord.), Derecho penal del enemigo, vol.1, pag. 559 y sig., IBdeF, 2006.
[19] Conf. Cafferata Nores José I., Cuestiones actuales sobre el proceso penal, pag. 98, ed. Del Puerto, Bs.As., 2000.

Si de algo no podemos dudar es de que el derecho penal debe modernizarse, esto es, brindar respuestas adecuadas y eficaces a los problemas que plantea el siglo XXI, algo que seguramente no podrá hacer si acudimos a las mismas herramientas que fueron pensadas para los conflictos del siglo XVIII. Pero -como pone de relieve Demetrio Crespo-, la modernización se debe llevar a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de derecho y no a golpe de las exigencias de seguridad de una sociedad que no conoce criterios de razonabilidad acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada [20].

En esta misma dirección, se ha entendido que los sistemas penales modernos no pueden desatender los principios del Estado de Derecho, ni tampoco pueden extralimitar su actividad fuera de lo que anteriormente debe estar previsto como delito y como pena. Ahora bien, no es menos cierto que los actuales sistemas penales, pensados para otras épocas y circunstancias, se muestran insuficientes para controlar las formas de criminalidad impulsadas por la economía globalizada. En este ineludible contexto, frente a la huida posmoderna del derecho, favorecida por las tesis sistemáticas, hay que oponer métodos universalistas centrados en los derechos humanos, ligados al reconocimiento de los derechos económico-sociales inherentes a la cualidad de persona, lo que implica la necesidad de una mutación radical tanto del modelo de producción como del propio derecho penal [21].

A modo de conclusión, consideramos que no resulta aconsejable resignar recurrir al derecho penal para enfrentar a los nuevos riesgos que se presentan en la sociedad actual o que, como destaca Cerezo Mir, el derecho penal no puede ignorar la evolución del Estado liberal al Estado de bienestar,

[20] Conf. Demetrio Crespo Eduardo, Del derecho penal liberal al derecho penal de enemigo, en Pérez Álvarez (coord.), en Serta. In Memóriam Alexandre Baratta, pag. 1052, y El derecho penal del enemigo "darf nicht sein" (sobre la legitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad), en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez (Coord.), Derecho Penal del enemigo, vol. 1, pag. 497., IBdeF, 2006.

[21] Conf. Portilla Contrera, El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista, citado por Sanz Mulas Nieves, El derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un derecho penal que haga frente a los nuevos problemas, sin olvidar los "viejos" límites, Ius Puniendi, sistema Penal Integral, vol. 1, pag. 298, Lima.

so pena de desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social [22], o -en palabras de Roxin-, que el Derecho penal no puede retroceder por principio frente a la tarea de luchar contra los riesgos que son más peligrosos para la sociedad y para el individuo que la criminalidad clásica [23]. Frente a la modernización de la sociedad –destaca Corcoy Bidasolo- el Derecho penal debe realizar esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a ellos. La sociedad moderna y, en concreto, los avances científicos generan ventajas reales, pero también riesgos que requieren una intervención del Derecho penal con la creación de nuevos delitos, por lo que entiende, entre otras cosas, que la utilización de los delitos de peligro abstracto es algo perfectamente asumible por un Derecho penal garantista [24].

El derecho penal, con sus herramientas disponibles, no sólo debe prestar atención a los nuevos tiempos sino que debe adecuarse a la realidad social imperante y en la que debe ser aplicado, para poder enfrentar con éxito los nuevos riesgos, los que ya existen y los que vayan apareciendo en el futuro. Este moderno derecho penal –adecuado a los tiempos actuales y recurriendo a distintos modelos de intervención (adelantamiento de la intervención punitiva a momentos previos a la lesión, delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, etc.)-, no debe abandonar, eso sí, los criterios tradicionales de imputación y las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho.

---

[22] Conf. Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, pag. 56, 2002.

[23] Conf. Roxin Claus, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano), pag. 90, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

[24] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales, pags. 188, 194, 369 y sig.,Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

3) DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ASPECTOS GENERALES. DELIMITACIÓN

La cuestión relativa a la legitimidad del derecho penal para intervenir, directamente y sin rodeos, en un área que históricamente ha estado reservada al ámbito del derecho administrativo sancionador, no es, ciertamente, una cuestión que deba plantearse (en sus aspectos político criminales y dogmáticos) en el terrero de los delitos culposos de lesión, sino más bien en el área de los delitos (dolosos) vinculados en forma estricta al tráfico automotor, que es el campo en donde se observa una acentuada intervención punitiva, a través de delitos de mera actividad (se prioriza el valor de acción por sobre el valor de resultado), muchas veces bastante alejada de los principios reguladores de un derecho penal de mínima intervención.

La discusión en este campo transcurre por distintos niveles de análisis, pues no sólo se trata de indagar si el derecho penal debe o no intervenir en áreas reservadas al derecho administrativo, sino –si la respuesta, en todo caso, fuere afirmativa-, cuál debe ser la técnica de tipificación de las respectivas figuras (¿delitos de peligro?, ¿delitos de lesión?, ¿delitos de mera actividad?, ¿delitos de peligro abstracto o concreto?, etc.), o bien si sólo deben quedar en el ámbito del derecho penal los hechos de mayor gravedad y los de menor gravedad derivarlos al derecho administrativo, dado el carácter subsidiario y de última *ratio* del derecho penal [25].

Si bien es verdad que, por fortuna, aún se aboga en el campo doctrinario y jurisprudencial por el mantenimiento de los valores y principios de un derecho penal liberal, de mínima intervención, no lo es menos que en el ámbito de la Política criminal la tendencia –particularmente en los países

[25] Confr. Para mayores referencias, Carmona Salgado Concepción, Derecho penal español, parte especial, (Dir. Manuel Cobo del Rosal), pags. 178 y sig., Marcial Pons, Madrid, 1997.

centrales de Europa- es, precisamente, la contraria, pues claramente se observa una pendiente hacia una intervención penal cada vez más alejada del bien jurídico que se dice proteger, especialmente a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto.

En el marco de esta realidad, ya alertaba Bustos Ramírez años atrás sobre la ineficacia de las normas penales en la protección del tránsito automotor [26], y por más que estas palabras se hayan dicho en otros tiempos, en los que la problemática del tráfico viario, desde luego, era muy distinta, lo cierto es que, en nuestra opinión, aún mantienen plena vigencia. Es más, en la actualidad se puede afirmar sin mayor esfuerzo de razonamiento, que el Derecho penal no es la herramienta más adecuada para solucionar los problemas que se generan con motivo del tránsito automotor. Para ello está el Derecho administrativo sancionador. Claro está que otra podría ser la cuestión frente a los hechos más graves; quizás, en estos casos, la respuesta penal sea la más adecuada y eficaz. Un ejemplo de lo que acabamos de afirmar se puede observar claramente con la Ley No. 25.159 de 1999, por la que se introdujeron reformas, con penas más duras, en el ámbito de los delitos culposos, particularmente en el área de la conducción de automotores, y ningún resultado positivo se ha podido apreciar hasta la actualidad. Es más, las muertes y daños en accidentes de tránsito han tenido (y siguen teniendo) un crecimiento exponencial en Argentina, fenómeno que no se puede atribuir, ciertamente, a la ausencia de una política criminal de mano dura. Los accidentes de tránsito –por más fascinación que el derecho penal cause en los legisladores- tienen su origen en factores relacionados más con problemas irresueltos de infraestructura vial, con una notoria falta de educación viaria y con una gravísima anomia ciudadana en el respeto a las normas que regulan el tránsito automotor.

[26] Conf. Bustos Ramírez Juan, Aspectos políticos criminales del derecho penal de la circulación en Latinoamérica, en Control social y sistema penal, pag. 566, PPU, Barcelona, 1987.

Entre nosotros, seguramente, no se habrá de presentar una problemática semejante a la de aquellos países, como por ej. España e Italia, en los que se han regulado, en forma autónoma, delitos contra la seguridad vial en el propio Digesto punitivo, por lo que tengamos que discutir si el Derecho penal está o no legitimado para intervenir en áreas reservadas al Derecho administrativo sancionador, pues lo que el legislador ha hecho con la reforma de la Ley 27.347 no ha sido, ciertamente, incorporar al Código penal delitos contra la seguridad vial o contra el tráfico rodado, en sentido estricto, sino elevar las escalas penales de los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando el conductor de un vehículo con motor haya causado estos resultados en situaciones particulares, mencionadas en la ley a través de un número cerrado de conductas específicas. Por lo tanto, nada nuevo tenemos que indagar, puesto que tanto el homicidio como la lesión culposa siguen teniendo los mismos elementos típicos que antes de la reforma de la Ley 27.347, solo que ahora tendremos que explorar si esta reforma ha sido oportuna, si obtendrá los efectos preventivos buscados, si era o no conveniente incorporar fórmulas tasadas de conductas y, en su caso, si los factores causales incorporados a la norma penal han sido acertados, etc., análisis que se verá con mayor detenimiento en las páginas que siguen.

Sin entrar en el laberinto doctrinario existente acerca del debate suscitado sobre las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador [27], sólo hemos de exponer aquí, sintéticamente, las opciones teóricas formuladas acerca de la distinción entre injusto penal e injusto administrativo. En esta dirección, la doctrina se ha manejado preferentemente entre dos opciones posibles: una postura que propicia una distinción cualitativa entre ambos instrumentos sancionatorios (tesis diferenciadoras) y otra, contrariamente, defensora de una distinción eminentemente

[27] Para mayores detalles sobre esta discusión, puede verse, entre otros, Zuñiga Rodríguez Laura, Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador?, disponible en www.unifr.ch; García-Pablos de Molina Antonio, Derecho penal, parte general, cit., pags. 51 y sig.

cuantitativa (tesis identificadoras), sin dejar de mencionar, por cierto, que otras opiniones menos radicales han rechazado estas opciones, proponiendo en cambio entre ambos injustos una distinción puramente formal [28] pues, si bien se diferencian cuantitativamente en las sanciones, no es así respecto del supuesto de hecho.

Con esta idea, entiende Bajo Fernández que en la actualidad no puede ponerse en duda de que ambos injustos, tanto el administrativo como el penal, lesionan bienes jurídicos. Por lo tanto, no hay una diferencia ontológica por su contenido, sino únicamente por la naturaleza de la sanción propuesta para cada una de ellos. La diferencia sólo puede encontrarse en consideraciones formales, ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica. Por su parte –destaca el profesor de Madrid, en una postura que merece compartirse-, el legislador debe operar, conforme al principio de subsidiariedad y recurrir a la sanción administrativa, en lugar de a la pena criminal, cuando la perturbación social se pueda subsanar mejor o de igual forma con una sanción administrativa que con una pena criminal [29].

---

[28] Así, Bajo Fernández Miguel, Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal, InDret 3/2008, Revista para el Análisis del Derecho, disponible en www.indret.com, quien afirma que el error de quienes sostienen la diferenciación en término de cualidad o cantidad, reside en que la posición de la tesis mayoritaria no es esa sino la que sostiene que la distinción entre ambos ilícitos es formal, pues –dice, siguiendo a Tiedemann-, ambos ordenamientos se diferencian cuantitativamente en las sanciones pero no en el supuesto de hecho; se puede añadir que ni siquiera siempre se produce la diferencia cuantitativa en la sanciones si comparamos delitos castigados sólo con multa que, en ocasiones, es inferior a la prevista para el mismo hecho en el Derecho administrativo sancionador…la única diferencia es formal porque los delitos son castigados en las leyes penales (sometidas a reserva de ley orgánica), con penas aplicadas por jueces con un procedimiento penal. Las infracciones administrativas (sometidas al principio de legalidad ordinaria), impuestas por órganos administrativos y bajo el proceso administrativo. Del mismo, en coautoría con Silvina Bacigalupo Saggese, confr. Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito, disponible en www.prevenciónblanqueo.com; En opinión de Cerezo Mir, si lo injusto administrativo fuera puramente formal, si se agotase en la desobediencia de los mandatos o prohibiciones del Derecho, no podría establecer el legislador diferencias en la sanción entre las diversas infracciones del Derecho penal administrativo. El delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica. La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal…entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas (conf. Cerezo Mir José, Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, disponible en dialnet.unirioja.es).

[29] Conf. Bajo Fernández Miguel y Bacigalupo Saggese Silvina, Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito, disponible en www.prevenciónblanqueo.com.

El Derecho penal y el Derecho administrativo no son dos sectores del ordenamiento jurídico que no tienen relación entre sí; muy por el contrario, la vinculación funcional entre ambos en más que evidente. Repárese en que el Derecho penal, en diversas ocasiones, se apropia de conceptos del Derecho administrativo trasladándolos en estado puro al Código penal, por ej. función pública, concursos públicos, licencias, etc., mientras que en otras –por su propia autonomía funcional- les da una significación diferente, por ej. el concepto de funcionario y empleado público. Precisamente, la mayor conexión entre ambos sectores se observa en la importancia que el Derecho penal otorga al Derecho administrativo, al decidir crear y aplicar sanciones a los Delitos contra la Administración Pública, previstos en el Título XI, del Libro II, del Código penal.

La opinión mayoritaria entiende que no cabe distinguir, a priori y con criterios cualitativos, entre ilícito penal e ilícito administrativo. Tanto la pena (criminal) como la sanción administrativa se justifican por su necesidad y deben expresar una respuesta proporcionada a la relevancia de las respectivas infracciones que, en puridad sólo se diferencian por razones cuantitativas (gravedad de las mismas). Se puede inferir, entonces, que no existen criterios materiales que permitan diferenciar a priori y con carácter general el ilícito penal del administrativo. Sólo cabe trazar la distinción con la ayuda del criterio cuantitativo de la mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) *gravedad* de la infracción [30].

En este marco, pone de relieve Cuello Contreras los criterios que debieran limitar el ilícito penal del ilícito administrativo o del ilícito civil: 1) Al Derecho penal sólo deben pertenecer los ataques más directos (dolosos e imprudentes) contra los bienes jurídicos más importantes para la convivencia, susceptibles de producir los daños de más difícil reparación; no puede descartarse ab

[30] conf. García-Pablos de Molina, Derecho penal, cit., pags. 58 y sig. (subrayado del autor). En un mismo sentido, Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, IBdeF, pags. 49 y sig., Montevideo-Buenos Aires, 2008.

initio, que el Derecho penal incumban, también, las infracciones administrativas más graves; 2) Al Derecho administrativo sancionador deben pertenecer todas aquellas infracciones que poniendo en peligro la confianza del ciudadano en el normal funcionamiento de la vida pública, puedan constituir la antesala –si no se previenen tales situaciones de peligro- de infracciones más graves plenamente constitutivas de delito. Tales infracciones, a su vez, admiten una graduación según su mayor o menor entidad; 3)Al orden civil pueden reconducirse los daños puramente patrimoniales no acompañados de manipulación fraudulenta [31].

En el derecho argentino, si bien los factores de agravación incorporados por la Ley 27.347 ya tienen prevista su propia sanción en sede administrativa (arts. 83 sig. y conc., Ley 24.449), son conductas que han sido elevadas a delito (la agravante de un delito también es un injusto penal), motivo por el cual no podrían ser sancionadas dos veces, en la vía penal y en la vía administrativa, para no violar el *principio non bis in ídem*, pues –en este caso- la jurisdicción penal es preferente a la vía administrativa. Si bien ambas infracciones comparten un mismo elemento típico, el vehículo con motor, la norma penal absorbe al ilícito administrativo por cuanto añade al citado elemento la lesión del bien jurídico protegido, la vida o la salud de las personas [32].

4) DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

Cualquier reforma penal en la que reparemos en los últimos tiempos en Argentina, nos permitirá verificar sin mayor esfuerzo que las nuevas figuras (como también en viejas estructuras típicas

[31] conf. Cuello Contreras, Derecho penal español, pags. 22 y sig., cit. por García-Pablos de Molina Antonio, en Derecho penal, cit., pag. 59.
[32] conf. en idéntico sentido, con cita de jurisprudencia, Serrano Gómez Alfonzo y Serrano Maillo Alfonzo, La reforma de los delitos contra la seguridad vial, Revista de Derecho UNED, No. 3, pags. 46 y sig., 2008.

reformuladas, particularmente en el sector de la pena), introducidas en distintas partes del Digesto punitivo han sido una clara expresión de una técnica legislativa que viene mostrándose como una tendencia creciente en diversos países del orbe, cual es, precisamente, la de tipificar formulas delictivas con arreglo a la técnica de los delitos de peligro, adelantando la intervención penal a distancias cada vez más lejanas del bien jurídico tutelado, figuras muchas veces indeterminadas y que se crean o se reformulan específicamente para la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como son, por ej. la seguridad pública, el medio ambiente, ciertos delitos contra la libertad sexual, el sistema informático, algunas infracciones contra el orden económico y el tránsito automotor, etc., situación que pone de manifiesto una expansión intervencionista del poder punitivo del Estado sin precedentes en la historia legislativa de varias décadas atrás hasta el presente, colocando en verdadero riesgo los principios y categorías tradicionales del derecho penal.

Históricamente, la intervención penal puso el acento en los delitos de resultado frente a la protección de bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad corporal, el honor, el patrimonio, etc., mientras que en los tiempos que corren –como decimos más arriba- la tendencia actual es a todas luces la contraria, a través de la instalación de los delitos de peligro en las agendas parlamentarias como prioritaria solución de los conflictos de todo orden que aquejan a las sociedades de la actualidad.

Los delitos de peligro suponen, en todos los casos, un adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la protección a un bien jurídico. El Estado interviene antes de que la acción humana produzca un resultado dañoso, o de que eventualmente pueda producirse. De aquí la existencia dogmática de los delitos de peligro abstracto y concreto, con los cuales se pretende

criminalizar una acción humana que se considera antijurídica, en momentos previos muy anteriores a la lesión efectiva de un bien jurídico que se pretende proteger.

En los delitos de peligro -como señala Cerezo Mir- el juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Se trata de un juicio *ex ante*, pues *ex post* si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. La acción no era peligrosa. El juicio ha de ser realizado por una persona inteligente (el juez) colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable (como en el juicio de la causalidad adecuada), la acción era peligrosa[33]. Estas advertencias son las que deberá tener en cuenta el juez a la hora en que deba analizar, interpretar y calificar el comportamiento del conductor de un vehículo con motor que ha causado un accidente de tráfico con resultado mortal o lesivo.

No hemos de discutir aquí si la creación de esta técnica legislativa de los delitos de peligro impacta o no contra los principios del derecho penal liberal, si sólo debe utilizarse en la protección de bienes jurídicos colectivos o si también está legitimada para proteger bienes jurídicos individuales, si la penalización de actos preparatorios es no o compatible con ciertas garantías constitucionales, etc., pues no es el fin principal de este trabajo, pero ello no es un obstáculo para delinear algunos

[33] Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, cit., pág. 419. En un mismo sentido, dice Carmona Salgado que la diferencia entre el peligro abstracto y el concreto estriba en el hecho de que mientras en el primer supuesto el tipo en cuestión no hace mención expresa a la referida situación de riesgo, que en general se presume, no teniendo tampoco el juez necesidad de constatar su presencia en cada caso particular, en el segundo, en cambio, el tipo alude textualmente a ese dato, por lo que no bastara con que la acción resulte peligrosa en términos genéricos, siendo además obligatorio para el juez probar la concurrencia del peligro en el especifico supuesto que este enjuiciando (Curso de Derecho penal español, parte especial, T.II, págs. 177 y sig., Marcial Pons, Madrid, 1997). Ver, asimismo, sobre estos delitos, Escrivá Gregori José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, págs. 69 y sig., Bosch, 1976.

conceptos sobre esta categoría de delitos, fundamentalmente porque de ello se trata cuando en el mundo jurídico se habla de delitos contra la seguridad vial.

No es, ciertamente, el caso de la Ley 27.347 de reformas al Código penal, pues no ha incorporado al texto punitivo infracciones de estas características, sino delitos de resultado a bienes jurídicos individuales, pero no es para nada seguro que en un futuro inmediato, el legislador no decida emplear esta técnica (delitos de peligro a bienes jurídico colectivos o supraindividuales) –como ya lo ha hecho en otras ocasiones- para criminalizar conductas que son propias de otras áreas del Derecho, como son, ciertamente, el conducir un automóvil con exceso de velocidad, bajo los efectos del alcohol o estupefacientes, negarse a la prueba de alcoholemia, conducir sin permiso, etc., que son figuras que, por ahora, continúan en el ámbito del derecho administrativo sancionador, pero que no nos sorprendería su traslado al sector propio del derecho penal.

Una de las características del Derecho penal moderno –ha puesto de relieve Cerezo Mir, es, sin duda, que en la protección de los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales el legislador se ha olvidado del principio de subsidiariedad o ultima *ratio* del Derecho penal. Así se ha producido la paradoja de la coexistencia de un proceso despenalizador y de una hipertrofia del Derecho penal en las nuevas zonas de la actividad social en que irrumpe. Esto se advierte claramente, no sólo en los delitos relativos al mercado y a los consumidores y en los delitos societarios, sino también y especialmente en los delitos contra la ordenación del territorio (delitos urbanísticos), en los delitos relativos a las manipulaciones genéticas y en los delitos relativos a la protección de la flora y de la fauna. La protección de los nuevos bienes jurídicos colectivos y supraindividuales –sigue diciendo al profesor de Madrid-, puede ser llevada a cabo, incluso de un modo más eficaz, por otros sectores del

ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, el Derecho mercantil y especialmente el Derecho administrativo sancionador [34].

En la doctrina penal es clásica la distinción entre los delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto [35], según que el peligro para el bien jurídico se presente o no en el mundo real (el peligro existe o no existe en la realidad); si existe y puede ser objeto de comprobación, entonces estamos ante un delito de peligro concreto; si no existe, porque es sólo la creación del legislador, es una eventualidad estadística, entonces estamos ante un delito de peligro abstracto. En los primeros, el peligro es un elemento del tipo y, por lo tanto, debe ser objeto de comprobación en el respectivo proceso judicial; en cambio, en los delitos de peligro abstracto, el peligro no integra el tipo objetivo y, por lo tanto, no debe ser objeto de comprobación judicial pues, en estas hipótesis, es el legislador el que ha determinado *ex ante* la peligrosidad de la acción, aunque en la realidad el peligro no exista. En estas infracciones, la consumación coincide con la mera acción, aunque en el caso concreto no se haya puesto en peligro ningún bien jurídico. En síntesis, en los delitos de peligro concreto, se castiga una acción porque eventualmente puede causar una lesión en el bien jurídico protegido; en cambio, en los delitos de peligro abstracto se castiga la acción porque legislativamente se ha considerado que es peligrosa en sí misma, aunque en la realidad no lo sea. En estos delitos -a diferencia de los delitos de peligro concreto que sí requieren una realidad peligrosa, esto es, un resultado de peligro-, no es preciso que la acción cree un peligro efectivo para el bien jurídico protegido [36].

---

[34] conf. Cerezo Mir José, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, RDPyC, 2da. Epoca, No.10, pags. 58 y sig., 2002. Del mismo, Derecho penal, parte general, cit., pags. 416 y sig.

[35] confr. Barbero Santos Marino, Contribución a los delitos de peligro abstracto, disponible en dialnet.unirioja.es

[36] conf. Mir Puig Santiago, Derecho penal, parte general, 8º. Ed., pag. 229, Barcelona, 2010. Polaino Navarrete Miguel, Derecho penal, parte general. Teoría Jurídica del Delito, t.II, Vol.1, pags. 437 y sig., Bosch, Barcelona, 2000. Fiandaca Giovanni y Musco Enzo, Derecho penal, parte general, pags. 211 y sig., Ed. Temis, Bogotá, 2006.

5) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. BIENES JURIDICOS INDIVIDUALES Y BIENES JURIDICOS COLECTIVOS.

En concepto de bien jurídico, surgido de la profundización de la idea de antijuricidad material frente a la mera antijuricidad formal propia del más estricto positivismo jurídico –decía ya hace algunos años el profesor Diez Ripollés-, se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría al Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro [37].

No hemos de discurrir aquí sobre el tan discutido tema de si el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma [38], pues no en el propósito perseguido con este trabajo, sino exponer mucho más modestamente sobre algunas cuestiones atinentes al bien jurídico en derecho penal, en cuanto puedan tener importancia con los delitos vinculados al tráfico rodado, que es el tema principal de esta obra.

Desde esta perspectiva, entonces, tienen un interés particular los llamados “bienes jurídicos colectivos”, los cuales son, en gran medida, una consecuencia de la sociedad del riesgo generadora de nuevas fuentes de peligro y, consiguientemente, de nuevas formas de criminalidad, propios del

[37] conf. Diez Ripollés José Luis, El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista, disponible en dialnet.unirioja.es
[38] Sobre esta cuestión, se puede confr. Roxin Claus, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, RECPC, 15-01, 2013.

modelo expansionista del Derecho penal actual, protagonista principal en las nuevas realidades que necesitan –o se presume tal necesidad- de la intervención penal. Es, precisamente, en este ámbito, en donde el bien jurídico pierde una dosis importante en su misión de principio limitador del poder punitivo del Estado.

Respecto de la misión del derecho penal como un sistema de control social orientado a la protección de los valores fundamentales del orden social, esto es, la salvaguarda de bienes jurídicos, destaca García Pablos que el Derecho penal no pretende realizar valores absolutos de la justicia sobre la tierra, ni ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia sino garantizar la inviolabilidad de los valores supremos del orden social haciendo posible la vida común, la convivencia [39].

Abordando la problemática que plantea el bien jurídico como bien/interés/objeto de protección penal, el profesor Polaino Navarrete deslizó en su día una sugerente frase que nos parece de mención indispensable en todo abordaje que se pretenda realizar sobre esta temática: "Sin la realización de un comportamiento antijurídico que por su intrínseca gravedad requiera la conminación penal, y sin la presencia de un objeto de protección que por su significación social exija una garantía punitiva – decía el profesor de Sevilla-, el propio Derecho penal carecería de sentido como orden jurídico de valor y como medio de control político-criminal. Por ello, "destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea obvia pero en todo caso ineludible" (subrayado nuestro). El reconocimiento del concepto de bien jurídico representa un presupuesto básico imprescindible para la justificación normativa del sistema penal [40].

---

[39] conf. García-Pablos Antonio, Derecho penal, Introducción, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, pag. 40, Madrid, 1995.
[40] Conf. Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pag. 319, Mario A.Viera Editor, Corrientes, Argentina, 2000.

Más recientemente, agrega: “El bien jurídico posee una trascendencia consubstancial en sus dimensiones dogmática y práctica al propio Ordenamiento penal: de su entidad y contenido depende, no ya la estructuración técnica, sino la propia existencia del Ordenamiento punitivo”, volviendo a insistir que “destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea superflua como innecesaria…un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base sustancial y no inspirado en los principios de justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad” [41].

En una misma dirección, Gonzalo Fernández considera que la comprensión del delito como una lesión a bienes jurídicos le suministra una partida de nacimiento al derecho penal contemporáneo, le otorga acaso el retrasado salto a la modernidad, emancipándolo del viejo absolutismo penal. En el Estado moderno –señala el jurista uruguayo, citando a Mir Puig- , el principio de lesividad –esto es, la dañosidad social connatural al ilícito, que se concretará en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido-, pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del derecho penal de la democracia. Al lado de los tradicionales principios de legalidad y culpabilidad, el principio de lesividad (*nullum crimen sine injuria*) viene a fortalecer un modelo de derecho penal ajustado a los cánones del Estado constitucional de derecho [42].

---

[41] Conf. Polaino Navarrete Miguel, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), Editora Jurídica Grijley, pag. 229, Lima-Perú, 2004. Del mismo, Derecho Penal, parte general, T.II, Teoría Jurídica del Delito, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2000.

[42] Conf. Fernández Gonzalo, Bien Jurídico y sistema del delito, pags. 2 y sig., Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004. En la actualidad -salvo la postura del prof. Günther Jakobs y sus seguidores- es prácticamente unánime la tesis de que la función del derecho penal reside en la protección de bienes jurídicos (conf. Roxin Claus, El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, en La teoría del delito en la

Pese a que en la actualidad puede afirmarse que el postulado de que el delito implica una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, prácticamente no tiene oposición, siendo casi un verdadero axioma el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos [43], no puede afirmarse lo mismo respecto del **concepto de bien jurídico**, en donde reina una gran controversia, con posturas dogmáticas de distinto signo [44].

Lo que no admite discusión, eso sí, es que el concepto de bien jurídico nació con una clara función de garantía para los ciudadanos, en cuanto pretendía dar razón del porqué de la intervención estatal y su importancia en la configuración de los tipos penales [45].

Partiendo de una postura que concebía al bien jurídico como un "estado social" que surgía con la ley penal, actualmente se entiende que el mismo preexiste al tipo, es decir, el bien jurídico constituye el punto de partida de la formación del tipo penal. Con ello, la función del bien jurídico no se agota

---

discusión actual (trad. Manuel Abanto Vázquez), pags. 91 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007; del mismo, A protecao de bens jurídicos como funcao do Direito Penal, 2da. ed., Livraría do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

[43] Conf. Regis Prado Luiz, Bem Jurídico-penal e Constituicao, pag. 24, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1996.

[44] Un detalle de las opiniones acerca del concepto de bien jurídico, puede verse en García-Pablos de Molina Antonio, Derecho penal, parte general –Fundamentos-, Editorial Universitaria Ramón Areces – Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, pags. 133 y sig., Lima (Perú), 2009. Del mismo, Derecho penal, Introducción, pags. 41 y sig., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995

[45] Conf. Jescheck Hans H., Tratado de derecho penal, parte general (trad. y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), vol. I, pag. 350, Bosch Barcelona, 1981. Para un estudio sobre el origen y evolución del bien jurídico, véase Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pags. 337 y sig., Mave Editor, Corrientes, Argentina, 2000; igualmente, Fernández Gonzalo, Bien Jurídico y sistema del delito, pags. 11 y sig., Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004; también, Hormazábal Malareé Hernán, Bien Jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona, 1991. Confirmando la opinión del texto, Caro Jhon pone de relieve que, no obstante que la doctrina dominante en el Derecho penal considera al unísono que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, sin embargo la misma doctrina no ha lograd precisar hasta ahora qué debe entenderse por bien jurídico, y, lo más importante, qué contenido tiene o debe tener un bien jurídico (conf. Caro Jhon José Antonio y Huamán Castellares Daniel O. El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pag. 83, Editores del Centro, Lima, 2014).

en la creación del tipo penal, sino en su constante legitimación, puesto que –como se tiene dicho- cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se hace desde el bien jurídico [46].

El análisis del bien jurídico se torna fundamental en la investigación de cualquier figura delictiva, aun cuando muchas de ellas pueden ser interpretadas, con mayor o menor acierto, sin el auxilio directo de esta herramienta de la dogmática penal, sino buceando en los elementos típicos de la figura respectiva para luego aparcar en los confines del bien jurídico.

Pero, como se ha puesto de relieve en la doctrina científica, en algunos delitos la función del bien jurídico cobra una importancia decisiva para la comprensión de los términos típicos y para la resolución de determinados problemas concursales[47].

El bien jurídico es el primer eslabón en la larga cadena que conforma la estructura del delito. Es una herramienta teórica básica que obra de puerta de acceso al mundo de la infracción delictiva. De allí, la conocida expresión de Soler de que la determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley[48].

El bien jurídico –se tiene dicho- constituye un instrumento básico para el desarrollo de la teoría del delito pues, entre otras cosas, posibilita la conexión interna entre dogmática jurídica y política

[46] Conf. Bustos Ramírez Juan, Los bienes jurídicos colectivos, Estudios de derecho penal en Homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 11, pag. 150, Madrid, 1986.
[47] Con esta opinión, Martínez-Buján Pérez Carlos, El bien jurídico protegido en el delito español de fraude de subvenciones, en El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, pag. 835, Editorial Comares, Granada, 1999. Ver, en esta misma obra, con otra idea (aunque no tan distinta), González Rus Juan José, Bien Jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual, pag. 755, en donde dice que "la identificación del bien jurídico protegido es una de las primeras tareas que se impone el intérprete, por considerar que el mismo constituye un instrumento de gran importancia para la interpretación y aplicación de cualquier delito. Tal proceder, que es acertado, no consigue ocultar la paradoja que supone el hecho de que para delimitar concretamente el ámbito y límites del injusto se acuda al bien jurídico protegido, cuya identificación y concreción definitiva solo resulta posible, sin embargo, sino una vez que se han estudiado al menos los elementos básicos del tipo de injusto. Tal consecuencia es particularmente evidente –continua diciendo este autor- en determinadas figuras delictivas, en las que la indagación preliminar sobre cuál sea el bien jurídico protegido resulta absolutamente insuficiente y no puede ultimarse con rigor hasta que no se ha concretado el estudio de los elementos centrales del tipo de injusto correspondiente".
[48] Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.III, pag. 4, TEA, Buenos Aires, 1970.

criminal. De aquí que la doctrina, por amplia mayoría, se esfuerce en ratificar la vigencia inamovible del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, convirtiéndolo –a raíz de su eficacia limitativa sobre el poder penal del Estado- en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del derecho penal democrático[49].

Múltiples sectores del derecho penal sirven de puerta de entrada para el análisis de los tipos delictivos a partir del bien jurídico protegido, por ejemplo en los delitos sexuales, que es el sector en donde se presenta con mayor claridad un campo propicio para la indagación de las figuras allí reunidas a partir de los intereses tutelados. No otra cosa puede pensarse, si nos atenemos, no sólo a la rúbrica que colorea el Título III del Código penal –"Delitos contra la integridad sexual"-, sino a la propia letra del art.131, incorporado por la Ley N° 26.904, cuyo texto finaliza diciendo: "…con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".

Vale decir, que las conductas concretas relativas a los delitos sexuales sólo pueden ser objeto de castigo, en tanto y en cuanto ellas produzcan una lesión (o puesta en peligro, añadimos) al bien jurídico protegido [50], afirmación que no se encuentra a caballo de la actual controversia (aunque no tan reciente) acerca de la función del derecho penal, la cual podría simplificarse –por decirlo de

---

[49] Conf. Fernández Gonzalo, Bien Jurídico y principio de culpabilidad, en El Derecho Penal Hoy, Homenaje al Prof. David Baigún, (Comps. Julio B.J. Mayer y Alberto M. Binder), pags. 169 y sig., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

[50] Conf. Hormazábal Malareé Hernán, La eutanasia: un caso de colisión de principios constitucionales, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, pag. 2037, Edisofer, Madrid, 2008. En un mismo sentido, Roxín Claus, El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, en La teoría del delito en la discusión actual (trad.: Manuel Abanto Vázquez), pag. 91, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007, en la que dice que "por regla general, el injusto penal se presenta como una afección de bienes jurídicos, es decir, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En esto se basa también el ordenamiento legislativo, el cual en la parte general del Código penal clasifica los delitos, aunque no siempre de manera consecuente, según los diferentes bienes jurídicos protegidos". Quintero Olivares Gonzalo, Curso de Derecho Penal, parte general (Acorde al nuevo Código Penal de 1995), con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut, pags. 50 y sig., Cedecs Editorial, Barcelona, 1997. Polaino Navarrete Miguel, Introducción al Derecho Penal, con la colaboración de Miguel Polaino Orts, pags. 149 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2008. Fiandaca Giovanni y Musco Enzo, Derecho penal, parte general, pags. 30 y sig., editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2006. Aquí se puede recordar el Anteproyecto de Código penal para la República Argentina de 2014 (Proy. Zaffaroni), en cuyo artículo 1 –Principios-, se establece 2) Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros derivados de las normas supremas señaladas: …c) Ofensividad. "No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico".

algún modo-, entre aquellas posturas (mayoritarias en la doctrina, por cierto) que defienden la idea de que el derecho penal protege bienes jurídicos, y aquellas otras (de las que el profesor Günter Jakobs es pionero), de corte funcional-sistémico, que entienden que el derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma [51].

La intervención del derecho penal en la vida de una sociedad, o de los propios individuos en particular, debe estar siempre justificada, debe existir una razón que justifique su intervención, esta razón está íntimamente relacionada con la protección de un bien o interés que posea relevancia para los individuos o para la sociedad en su conjunto, pero no para grupos minoritarios que pretendan imponer una regla de conducta o determinadas pautas de comportamiento a los ciudadanos, pues, si esa fuera la razón de la intervención punitiva, entonces ella no estaría legitimada, sería arbitraria e inconstitucional.

Siempre que el derecho penal está presente, nos encontramos con la limitación de algún derecho, como si fuera la contracara de una misma medalla. De allí la importancia que asume, en un Estado Democrático de Derecho, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, como expresión básica del principio constitucional de legalidad.

La doctrina, en este aspecto, ha puesto de relieve la importancia de este principio, en el sentido de ser portador de un instrumento no sólo limitador de la intervención punitiva del Estado o *ius*

[51] Sobre esta cuestión, puede verse Polaino Navarrete Miguel, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Madrid, 2007; del mismo, Derecho Penal, modernas bases dogmáticas (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), presentación de José Antonio Caro John, pags. 227 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú, 2004; Jakobs Günther, ¿qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 1ra. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002; Polaino-Orts Miguel, Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003; Roxin Claus, A protecao de bens jurídicos como funcao do Direito Penal, 2da. Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009; Feijoo Sánchez Bernardo, Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en Constitución y Principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales (Dir.: Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez; Coord.: Silvia Fernández Bautista), pags. 139 y sig., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Hormazábal Malareé Hernán, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991; Alcácer Guirao Rafael, ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito, Serie Mayor, Atelier, Barcelona, 2003.

puniendi, sino que tiene la virtualidad de importar una verdadera frontera –infranqueable- entre la Moral y el Derecho, en tanto –como se tiene dicho- no todo bien moral ha de ser un bien merecedor de protección jurídica, como no toda inmoralidad ha de constituir delito.

Es evidente, se dice, que ni el Derecho puede regir la conciencia individual, ni la moral de un individuo puede decidir el orden colectivo del Derecho. Este ha de basarse en un consenso social que en las sociedades democráticas y plurales no sólo no tiene por qué coincidir con cada moral individual, sino tampoco con una única Moral social. Las Constituciones democráticas deben expresar dicho consenso social, en cuya base ha de estar la idea de que los ciudadanos y sus intereses básicos (individuales y colectivos) constituyen los bienes jurídicos que el Estado ha de proteger. Sostener que el Derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos-penales entendidos como intereses fundamentales de los ciudadanos supone rechazar una concepción del Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo del funcionalismo sistémico de Luhmann y Jakobs [52].

Prescindir de la referencia individual que supone someter los bienes e intereses de los ciudadanos a los Estatutos sobre derechos humanos y a las Constituciones democráticas, lo cual implicaría subordinar el poder punitivo del Estado al servicio de las personas (primero la persona, luego el Estado), poniendo –como dice Mir Puig- en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del Derecho penal, importaría la sumisión de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestaciones del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas –dice este autor- en el objeto último de protección por parte del Derecho penal, supone considerar valiosa por

[52] Conf. Mir Puig Santiago, Bases constitucionales del derecho penal, pag. 112, Iustel, Madrid, 2011. Véase, sobre el particular, Quintero Olivares Gonzalo, Parte general del Derecho penal (con la colaboración de Fermín Morales Prats), pags. 78 y sig. y 269 y sig., Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática[53].

No nos parece posible prescindir del bien jurídico como categoría dogmática, axiológica o normativa en el análisis del delito y, por ende, del derecho penal. Si una conducta es delito sólo y cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico, y el delito es un producto del derecho penal (o, al menos, una categoría por él tipificada), pues entonces éste –que es su sistema regulador- debe tender a proteger, precisamente, aquello que su producto –el delito- lesiona o pone en peligro, esto es, el bien jurídico.

Hablar de bien jurídico implica reconocer su existencia y, si el bien jurídico existe (como categoría dogmática y normativa), entonces un sistema de normas se debe ocupar de él. Y ese sistema normativo es, en general, el Derecho, y en particular, el Derecho penal.

El derecho penal tiene como función primordial la protección de un bien jurídico. La importancia de este axioma reside, fundamentalmente, en que su negación implicaría la negación del propio derecho penal, pues no podría estar legítimamente justificada su intervención frente a infracciones que no protegen ningún bien jurídico. Si no existe ningún bien jurídico que proteger es porque no existe el delito –o, al menos, no necesita de tutela penal- entonces, la intervención penal en este caso devendría arbitraria e ilegítima.

Todo delito (tentado o consumado) presupone –como lo pone de relieve Polaino Navarrete- el quebrantamiento de expectativas normativas; la diferencia sólo es cuantitativa, lo que se traduce en una mayor sanción penal en el delito consumado que en el delito tentado [54].

[53] Conf. Mir Puig Santiago, Bases constitucionales del derecho penal, cit., pag. 113.

Pero, el que la infracción penal importe, al mismo tiempo que una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, también un quebrantamiento de expectativas normativas, ello no significa que se deba prescindir del concepto de bien jurídico como herramienta dogmática justificadora del injusto penal. El concepto de bien jurídico –nos explica el autor antes citado, proponiendo una sugerente tesis integradora, que compartimos- es, todavía, un importante componente de la fundamentación del injusto material, del que no puede prescindirse ni siquiera desde una fundamentación funcionalista del injusto en el que se conceda, también, relevancia al concepto de norma. Ambos conceptos, norma y bien jurídico, no tienen por qué ser incompatibles, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico el contenido. En consecuencia –concluye el profesor de Sevilla- la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social). Su compatibilidad y la contingencia de sus fines demuestran que, en la Dogmática penal actual (por ejemplo, en el injusto de la tentativa y de la consumación), el concepto de bien jurídico sigue desempeñando un papel imprescindible en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función del Derecho penal[55].

La teoría del bien jurídico – se ha puesto de relieve- cumple una función de límite del derecho penal, en la medida que permite constatar que su protección no es fuente de desigualdad ni de discriminación. Ello sólo se puede hacer posible a partir de la identificación de la relación social concreta protegida de que se trate.

---

[54] Conf. Polaino Navarrete Miguel, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Separata, pag. 37, Madrid, 2007

[55] Conf. Polaino Navarrete Miguel, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Separata, pags 37 y sig., Madrid, 2007

En este sentido la teoría del bien jurídico se presenta como una teoría abierta, pues no sólo puede legitimar la presencia de una determinada norma sino también al mismo tiempo cuestionarla. Ha sido precisamente este carácter abierto del concepto el que ha permitido que determinadas normas, que en algún momento aparecieron como legítimas, hoy aparezcan anacrónicas e incompatibles con el Estado social y democrático de derecho. Piénsese, sin ir más lejos, en el delito de adulterio.

Una teoría del delito construida a partir de un concepto material de bien jurídico permite fundamentar una reacción social sobre la materialidad del daño social y no sobre la mera desobediencia de la norma, como en último término viene a plantear Jakobs.

Desde una perspectiva político criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, necesariamente, el legislador si quiere ser coherente con su propia declaración, que sistemáticamente deberá estar contenida en un Título Preliminar, tendrá que omitir la penalización de comportamientos cuyo objeto de protección no sea un bien jurídico. De ahí que sea de la máxima importancia tener presente un concepto que junto con definirnos lo que es un bien jurídico, nos permita señalar si un determinado objeto protegido por la norma es o no un bien jurídico, es decir, que nos permita señalar fundada y racionalmente aquellos casos en que la norma no está protegiendo un bien jurídico [56].

En este sentido, Caro Jhon pone de relieve que mediante la protección del derecho de la persona el principio de lesividad garantiza al ciudadano que allí donde no exista un derecho sometido a cuestionamiento, carece de sentido la intromisión del Derecho penal sobre la esfera de libertad personal del ciudadano. En esto radica definitivamente el sentido constitucional del principio de lesividad; de una parte mantiene su contenido limitador del *ius puniendi* a fin de que todo ejercicio

[56] Conf. Hormazábal Malareé Hernán, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Revista de Derecho, Vol.XIV, Chile, 2003.

de poder punitivo por parte del operador jurídico esté sometido a un continuo control acerca de su legitimación constitucional, pero, de otro lado, extiende la garantía que sólo cabe dicha intervención cuando se trate de una efectiva *lesión* del derecho de la persona, con independencia de que dicha lesión opere técnicamente bajo la forma de un delito de peligro o de un delito de resultado. Lo determinante es que la *lesión* recaiga efectivamente sobre un derecho, y no sobre una moral, una ideología, un credo o una política determinadas [57].

Frente a la creciente demanda social de seguridad, debido a las distintas formas de criminalidad que se han presentado con motivo de la aparición de nuevas fuentes de peligro, por ej. los delitos contra el medio ambiente, los delitos económicos e informáticos, los delitos contra el tráfico vial, etc., ha revitalizado nuevamente la teoría que postula la intervención del derecho penal en el resguardo de los llamados *bienes jurídicos colectivos o supraindividuales*, es decir, aquellos que se funcionalizan en cada miembro de la sociedad y pueden ser disfrutados por todos. Los bienes jurídicos colectivos son de titularidad indiferenciada, compartida por todo el conjunto de la sociedad, de manera que su protección sólo puede asegurarse con cierto grado de eficacia a través de la técnica de los delitos de peligro, en especial, de los delitos de peligro abstracto. Pero esta técnica de tipificación tiene el problema de que adelanta la intervención penal hasta etapas muy alejadas del bien jurídico que se pretende proteger, o bien propone la incriminación de conductas que no representan una vulneración de un bien jurídico determinado, circunstancia que genera reparos constitucionales por violación de principios básicos del derecho penal, como por ej. el principio de lesividad u ofensividad, por cuanto esta clase de infracciones impactarían de frente con el criterio del

[57] Conf. Caro Jhon José Antonio y Huamán Castellares Daniel O. El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pags. 85 y sig., Editores del Centro, Lima, 2014.

bien jurídico protegido, que determina la exclusión del ámbito de la tipicidad aquellas conductas que no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico específicamente protegido por el derecho penal.

En palabras de Hormazábal, "desde una perspectiva político criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no pueden proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, necesariamente, el legislador si quiere ser coherente con su propia declaración, que sistemáticamente deberá estar contenida en un Título Preliminar, tendrá que omitir la penalización de comportamientos cuyo objeto de protección no sea un bien jurídico [58].

Toda la cuestión relacionada con los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, tiene conexión con el llamado "derecho penal accesorio", es decir –como pone de relieve Corcoy Bidasolo-, con aquél sector del ordenamiento jurídico que puede utilizarse para aludir a delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código penal o en leyes especiales, van referidos a un sector de actividad en el que ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas [59], de manera que su ámbito de actuación, por la preeminencia de la utilización de técnicas de tipificación aledañas a los delitos de peligro y a las leyes penales en blanco, pondría en entredicho la legitimidad de la intervención penal, que es, en rigor de verdad, la cuestión que se suscita, entre otros, en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial.

En nuestra opinión, el derecho penal debe intervenir sólo y cuando los otros medios de control social menos estigmatizantes han fracasado en la protección del bien jurídico colectivo. Si las medidas y sanciones del derecho administrativo han sido suficientes para controlar –en nuestro caso- la seguridad del tráfico rodado, el derecho penal no debe intervenir si no quiere deslegitimarse, pues

[58] Conf. Hormazábal Malarée Hernán, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Revista de Derecho, vol. XIV, Julio de 2003.
[59] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos, disponible en www.criticapenal.com.ar

no se advierte una desprotección del bien jurídico comprometido que justifique una respuesta punitiva del Estado. Sin embargo –y volviendo a Corcoy Bidasolo-, se torna preciso insistir que la cuestión de la legitimidad de la intervención penal determina la necesidad de una constante revisión de todas las figuras delictivas: los principios limitativos del *ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del derecho penal del homicidio, de los delitos contra los intereses patrimoniales, del derecho penal ambiental o de delitos contra la administración pública y de justicia [60]. Es por ello que, en atención al respeto de los principios de un derecho penal garantista, de mínima intervención (ultima *ratio*), el legislador debe castigar sólo aquellas conductas más graves y menos tolerables para la sociedad en su conjunto, evitando incriminar tipos abiertos, indeterminados, o actos preparatorios equiparados a la consumación o formas de participación a la autoría [61]. Sólo en un contexto legislativo de estas características, se podría mantener indemnes las garantías propias del Derecho penal, evitándose la justificación de la sanción de un injusto penal en la mera desobediencia de una norma administrativa, riesgo que se corre si no se respetan, en la creación de delitos contra la seguridad del tráfico rodado, las garantías mínimas que informan un Estado Constitucional de Derecho.

[60] conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, op.cit., pag. 8.
[61] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, op.cit., pag. 12.

6) LOS NUEVOS DELITOS RELACIONADOS AL TRÁFICO AUTOMOTOR EN LA LEY 27.347

En rigor de verdad, la reforma penal operada por la Ley 27.347 no ha introducido al digesto punitivo, en sentido estricto y autónomo, nuevas formas de criminalidad ligadas al tráfico automotor, sino que ha realizado una reformulación de los artículos 84, 94 y 193 bis, particularmente en el sector de la pena y ha incorporado dos nuevos artículos, 84 bis y 94 bis, mediante los cuales se ha establecido una casuística (sistema tasado de conductas) en forma expresa de algunas modalidades conductuales relacionadas con la conducción de un vehículo a motor y que son, a juicio del legislador, los factores causales más relevantes de la siniestralidad vial con resultados fatales o lesivos. Vale decir, que la reforma se ha limitado a redecorar los artículos en los que se tipifican los delitos culposos con resultado muerte o lesión, sin que se hayan incorporado figuras en las que se tipifiquen nuevos delitos vinculados al tráfico automotriz en sí mismo, esto es, tipos penales autónomos e independientes de los resultados producidos, como por ej. conducir con exceso de velocidad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o bebidas alcohólicas.

En nuestro caso -a diferencia de otros ordenamientos, como España o Italia, según se podrá ver en el capítulo correspondiente-, estas conductas sólo son delictivas en la medida que causen un resultado mortal o lesivo; de lo contrario, permanecerán como faltas administrativas de competencia de la justicia contravencional. Más adelante veremos con mayor detenimiento los alcances de la reforma.

Los delitos tipificados conforme al esquema de la Ley 27.347 (artículos 84, 84 bis, 94 y 94 bis, del Código penal), contienen elementos que les son comunes y que integran los respectivos tipos de injusto, a saber: a) vehículo con motor, b) conducción del vehículo con motor, c) ámbito espacial de la conducción (vía pública) y d) el resultado muerte o lesión.

Vehículo con motor.

Uno de los elementos principales (y de necesaria concurrencia en el tipo objetivo) de las figuras incorporadas por la reforma de la Ley 27.347 es, ciertamente, el automotor, o bien como dice en forma expresa la norma, "*vehículo con motor*". De allí la importancia de su definición, no tanto por la necesaria interpretación gramatical de este elemento del tipo objetivo del injusto sino por exigencia del principio de taxatividad penal, el cual exige una redacción lo más clara posible del tipo penal, particularmente en el ámbito de la acción, la cual en este caso se relaciona estrechamente con el medio comisivo, el automotor.

Si bien un resultado lesivo se puede causar mediante el empleo de vehículos propulsados por otros medios de tracción (humana o animal: naturalmente también se puede matar conduciendo un carro tirado por caballos), el legislador ha puesto un límite acotando las posibilidades comisivas del tipo penal al empleo de un vehículo con motor, única justificación para la aplicación de la mayor penalidad.

El Código penal no nos suministra una definición sobre lo que debemos entender por "*vehículo con motor*", fórmula relativamente indeterminada e imprecisa, que nos obliga, en cierta forma, a

remitirnos a la normativa extrapenal en busca de un concepto esclarecedor del término, concretamente a la Ley Nacional de Tránsito No. 22.449. Pero, sorpresivamente, tampoco esta normativa es muy clara al respecto, pues no contiene una referencia expresa sobre el término en cuestión, sino que sólo hace alusión en el artículo 5.a) a la voz “automóvil”, diciendo que es un automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido el conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que excedan los mil kg de peso.

Como se puede apreciar, en la ley nacional se habla de automóvil, suministrando sus características, pero no nos dice en forma específica qué es un vehículo con motor, con lo cual la temática se presenta aún más compleja, pues a los fines penales no puede aceptarse el concepto suministrado por la normativa nacional de tránsito, debido a que restringe en exceso los alcances del término, dejando fuera del tipo penal vehículos o artefactos que, como los ciclomotores o motocicletas de dos y tres ruedas, tranvías, trolebuses, bicicletas con motor, los carritos para golf, la silla de ruedas con motor, inclusive embarcaciones y aviones, etc., pueden comprometer el tráfico viario, pues debemos recordar que la norma no hace ninguna referencia a la vía de circulación, la cual –en consecuencia- puede ser por tierra, agua y aire. De todos modos, si bien una bicicleta con motor, al ser un vehículo con motor encaja perfectamente en el supuesto típico, no creemos que el legislador haya pensado en una bicicleta con tales características al redactar el tipo penal.

De todas maneras, los conceptos que pudiere suministrarnos la normativa administrativa no serían, en modo alguno, vinculantes para la integración del tipo penal en cuestión, sino sólo orientativos, por cuanto –como se ha visto- en dicha legislación no tienen cabida ciertos vehículos que, por sus propias características, poseen la potencialidad suficiente como para comprometer el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Por ello, la doctrina ha propuesto una interpretación de carácter descriptivo –aunque muy restrictiva- considerando vehículo a motor a "todo artefacto apto para las comunicaciones terrestres y para el transporte de personas o cosas dotado de propulsión mecánica propia" [62]. O, en palabras de Muñoz Conde –con una mirada mucho más amplia del concepto "vehículo a motor", - las definiciones de la ley extrapenal "no deben considerarse vinculantes al objeto de interpretar el concepto de vehículo a motor en los tipos penales que aquí se tratan, siendo preferible una interpretación fáctica por la que puede considerar como vehículo a motor todo vehículo dedicado al transporte de personas o cosas no movido por energía humana o animal, incluido los ciclomotores [63], quedando excluidos aquellos vehículos o medios de transporte cuyo medio de propulsión no sea el motor, por ej. bicicletas y los vehículos que se desplazan arrastrados por animales [64].

La Ley 25.129 no hacía una diferencia con respecto al término, sino que en el segundo párrafo del artículo 84 estableció una referencia directa a la voz "vehículo automotor", mientras que en la Ley 26.362 –que introdujo el art. 193 bis al Código penal-, se hablaba de "vehículo automotor" en el primer párrafo y en el segundo de "autómovil", distinción que hacía que la confusión acerca de qué se quería decir con estos términos se presentara aún más difícil, controversia que, en cierta medida, vino a corregir la Ley 27.347 al unificar los términos en la expresión "vehículo con motor" pero, al no suministrarnos un concepto legal –como, por ej., se hizo con el concepto de documento en el art. 77 CP-, tampoco aportó mayor claridad a la cuestión.

[62] Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la seguridad colectiva, Derecho penal, parte especial, 5ta. Ed. Revisada y actualizada (J.L.González Cussac, Coord.), pag. 598, Tirant lo Blanch Manuales, Valencia, 2016. Entre nosotros, tal definición tendría el problema de su propia amplitud conceptual, pues excede el marco propio de un vehículo "con motor" (exigencia de la Ley 27.347), que no es lo mismo que "propulsión mecánica propia".
[63] Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18 edición, pags. 700 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.
[64] Conf. Muñoz Ruiz Josefa, El delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código penal, pag. 190, Universidad de Murcia, 2013.

En síntesis, ninguna de las voces aludidas aporta elementos indicadores para determinar con precisión el objeto del delito, por la estrechez conceptual de la que padecen, siendo necesario recurrir a un concepto amplio y omnicomprensivo del término "*vehículo con motor*", a fin de ampliar el campo de aplicación de la agravante, con lo cual –con esta mirada-, el concepto, entonces, comprendería a *todo tipo de vehículo cuyo desplazamiento sea propulsado por motor y que sea utilizado para al transporte de personas o cosas, con independencia de la vía de circulación*.

Conducción del vehículo con motor.

La acción de conducir hace referencia siempre a una acción que demanda movimiento, desplazamiento, circulación de un lado a otro de una cosa. Se conduce un automotor mediante el dominio de los mecanismos de dirección y el desplazamiento mínimo a impulsos de su motor [65], haciéndolo ir de un lugar a otro. Cualquier movimiento del automotor producido por la acción del conductor es suficiente para obrar de disparador del tipo agravado de que se trate, siempre que el movimiento, en principio, sea la consecuencia de la propulsión del motor, situación que implica el descarte de todo movimiento del vehículo por energía humana (empujar el automóvil) o animal (por arrastre), como así la mera puesta en marcha o encendido del motor sin que se haya puesto en movimiento.

[65] Conf. De Vicente Martínez Rosario, Comentarios al código penal, Lex Nova, 2da. Ed., 2011. Debemos recordar que esta autora comenta un delito de peligro contra el tráfico rodado previsto en el Código penal español, pero entre nosotros, que no están tipificados en el digesto punitivo este tipo de delitos, con mayor razón, siendo estas infracciones de resultado material, tenga o no encendido el motor el vehículo y se provoca un resultado mortal o lesivo a un peatón, el conductor responderá por el daño causado.

La cuestión no parece merecer mayor atención, pero si observamos detenidamente el artículo 84 bis del Código penal veremos que allí se menciona al objeto de la acción con la expresión “vehículo con motor” y no “vehículo con motor en marcha”, circunstancia que podría plantear dudas en aquellos casos en los que se produce un menoscabo al bien jurídico por un automóvil que transita una vía sin la propulsión de su motor, por ej. deslizar el automóvil por una pendiente con el motor apagado. Si bien la cuestión ha sido objeto de una viva discusión en la doctrina extranjera [66], entre nosotros creemos que debe matizarse, pues, a diferencia de esos otros ordenamientos (España, Italia, etc.), en los que estos delitos son autónomos, de peligro y vinculados a la seguridad vial, las infracciones previstas en los artículos 84 bis y 94 bis del digesto penal argentino son delitos de resultado material, que exigen para su consumación la muerte o la lesión de una persona, resultado que, de por sí, implica evitar que se considere a dicho resultado como un caso fortuito, ya que no están tipificados los delitos contra la seguridad vial en sí mismos. Esto por un lado. Por otro lado, el tipo penal hace referencia a “vehículo con motor”, sin ningún otro aditamento, expresión que debe ser entendida en sentido amplio, esto es, comprensiva también de un vehículo sin que su motor se encuentre encendido o en marcha, aunque si –como ya se puso de relieve- debe estar en movimiento, de un lugar a otro. Por lo tanto, si se está desplazando por una pendiente, por la acción del conductor y sin el motor encendido y causa un resultado, estaremos dentro del delito de homicidio o de lesiones culposos, según el daño que se haya producido, pues –como señala De Vicente Martínez- dejar deslizar el vehículo por una pendiente acentuada, durante un buen trecho, manejando la dirección y el motor apagado, integra el comportamiento típico, ya que el sujeto habría conducido, al dirigir la trayectoria del vehículo mediante la manipulación de los mandos de dirección, pudiendo entrañar

[66] Ver, por todos, Muñoz Ruiz Josefa, El delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código penal, Universidad de Murcia, 2013.

esta maniobra idénticos riesgos, sino mayor, que un desplazamiento mediante los mecanismos propios del vehículo [67] .

Con similar postura, subraya Gómez Pavón que cuando el resultado lesivo se produce como consecuencia del deslizamiento o desplazamiento del vehículo, por inercia o por fuerza de gravedad, subsistirá el delito imprudente de lesiones u homicidio, siempre y cuando concurran los elementos necesarios para ello, por cuanto la acción realizada infringe el deber objetivo de cuidado, significando la creación de un riesgo no lícito. Consecuentemente, no es necesario recurrir a la extensión del ámbito de estos delitos, más allá del sentido de los términos para garantizar la indemnización a las posibles víctimas [68].

Un automóvil con el motor apagado sigue siendo, normativamente, un automóvil "con motor", con lo cual se cumple el tipo de injusto. Pero, la acción de conducir implica, por lo general, dirigir el automotor utilizando sus mecanismos de dirección, vale decir, desplazamiento del vehículo por el impulso del motor en marcha . Por lo tanto, quedan fuera del concepto de conducción empujar el vehículo en la vía pública o empujarlo dirigiendo el volante para estacionarlo, arrastrarlo mediante la fuerza de animales o personas o remolcarlo con otro vehículo con motor, con excepción de las maniobras propias de estacionamiento del automóvil en un garaje, pues en ellas también se aprecia la acción de conducir el automóvil en un lugar de uso público o privado. Del mismo modo, habrá "conducción de un vehículo con motor" (aun cuando no se encuentre encendido) en los términos normativos señalados, en aquellas situaciones en que se lo conduce en una pendiente, sin observar

[67] Conf. De Vicente Martínez, Derecho penal de la circulación. Delitos relacionados con el tráfico vial, pag. 107, Barcelona, 2008.
[68] Conf. Gómez Pavón Pilar, El delito…, cit., pag. 24. De la misma, críticamente en La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico, en Comentarios a la Reforma Penal de 2010 (Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac (Dir.), pág. 430, Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.

los mínimos recaudos de cuidado que exige la prudencia y, consecuentemente delito, si se producen los resultados previstos en la ley.

En opinión de la doctrina, estas infracciones que requieren típicamente un sujeto activo “conductor”, configuran delitos de propia mano en los que no cabe la autoría mediata, pero sí la coautoría (profesor de autoescuela) o cualquier forma de participación (por ej. instigación o cooperación del acompañante) [69].

Ámbito espacial de la conducción (vía pública).

Conforme surge del literal de los textos penales implicados en la reforma de la Ley 27.347 y de la interpretación teleológica que se debe hacer de ellos, se puede afirmar, en principio, que la vía pública constituye un elemento integrador esencial de los nuevos tipos agravados. Todos estos delitos requieren, no sólo un conductor al volante de un automóvil con motor –según se ha visto en el parágrafo precedente-, sino que la conducción se realice, por lo general, en la vía pública y no en espacios privados o lugares excluidos al tránsito automotor. Sin embargo, esta conclusión debe ser matizada.

Una más atenta mirada del texto legal, a los fines de determinar con la suficiente precisión si estos delitos únicamente pueden cometerse mientras la circulación del automóvil con motor se lleva a cabo

[69] Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18 edición, pags. 700 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

en una vía de uso público o destinada al tránsito de vehículos, o si también es posible su comisión en lugares privados no destinados al tránsito de automóviles, nos debe recordar que la Ley 27.347 no sólo no hace ninguna referencia a la necesidad de que la conducción de un vehículo con motor se lleve a cabo en una vía pública, sino que no ha incorporado al Código penal los denominados delitos contra la seguridad vial en sentido estricto, sino circunstancias agravantes de delitos contra la vida y la integridad corporal vinculadas a los delitos de homicidio y lesiones culposas, situación que nos revela una cuestión no tan sencilla de decidir y que merece un análisis más detenido.

Volvemos sobre algo ya dicho y que nos parece de suma importancia: las conductas incorporadas por la ley de reformas no suponen un atentado a la seguridad del tráfico automotor (aun cuando ello pueda ocurrir como resultado sobreviniente o colateral), circunstancia que nos brinda una mejor herramienta de análisis en la búsqueda de una solución menos compleja y más ajustada al texto legal y a los fines de la reforma: si hablamos de seguridad del tráfico rodado, entonces ello sólo es posible si ponemos el acento en la conducción de automotores en la vía pública, no en vías privadas o no destinadas al tránsito vehicular, pero tal conclusión no puede sostenerse en relación con los delitos contra la vida y la integridad personal, que son los delitos que en este caso ocupan nuestra atención.

En Líneas generales se puede decir que, muchas veces para determinar con mayor precisión el sentido y alcance de un elemento del injusto típico, una primera referencia podría encontrarse en la dicción de la rúbrica legal, pero también es una vía adecuada para tales fines la propia dicción de los tipos delictivos.

Para resolver esta cuestión, se nos ocurre cuatro interpretaciones posibles: una, que considera que no debe formularse ninguna distinción al respecto; si la muerte o la lesión han sido causadas mediante la conducción de un vehículo con motor, por la concurrencia de algunas de las hipótesis

previstas en el 2do. párr. de los artículos 84 bis y 94 bis, resulta indiferente que la acción típica se haya perfeccionado mediante la conducción de un automóvil en la vía pública o en un espacio privado o no destinado al tráfico rodado, pues nada dice la norma en tal sentido ni nada puede hacer pensar lo contrario, por ej. causar la muerte o una lesión a una persona retrocediendo el vehículo en un garaje de un domicilio particular, estando bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes; en este caso, concurren los elementos del tipo objetivo "automotor", "conducción" y "resultado" y subjetivo, la "conducta imprudente"; por lo tanto, el agente responderá por homicidio culposo o lesión culposa agravados, según cuál haya sido el resultado causado.

Una segunda solución –con alcances muy restrictivos y con base en las disposiciones de la Ley Nacional de Transito No. 24.449-, se inclinaría porque las acciones típicas se deben llevar a cabo en la vía pública. Pero, esta solución no resultaría aconsejable por sus propias limitaciones, ya que –como se ha señalado por la doctrina- conduciría al absurdo de negar protección a las personas que se encuentren fuera de los lugares destinados al tránsito de vehículos y, por lo tanto, en espacios que precisamente deben gozar de mayor protección (piénsese en zonas peatonales, parque o jardines, en una playa) [70]

Otra interpretación podría entender que no puede formularse idéntica conclusión en todos los casos, sino que hay que distinguir mediante un análisis sistemático del injusto típico. Una situación se presenta claramente en el primer párrafo de los artículos 84 bis y 94 bis, contemplando ambas posibilidades: la conducción del automotor puede llevarse a cabo, indistintamente, en camino público o en un espacio privado. En cambio, los tipos de injusto regulados en el párr. 2do de los mencionados artículos, requieren para su consumación que la conducción del automóvil se haya

[70] Conf. Tamarit Sumalla Josep María, De los delitos contra la seguridad de tráfico, en Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Gonzalo Quintero Olivares, Dir.), pág. 1042, Aranzadi Editorial, Navarra, 1996. Con una misma opinión, Carmona Salgado Concepción, Delitos contra la seguridad de tráfico, págs. 178 y sig., Curso de Derecho penal español, parte especial (Dir.; Manuel Cobo del Rosal), T.II, Marcial Pons, Madrid, 1997.

llevado a cabo en una vía pública, pues ello surge –como antes se dijo- de una interpretación teleológica y sistemática de las normas penales incorporadas. El exceso de velocidad, la violación de una señal de tráfico, la conducción con culpa temeraria, la fuga del lugar del hecho, etc., son situaciones conductuales que presuponen la conducción de un automotor por una vía pública, no necesariamente destinada al tránsito de vehículos, sino una vía de uso público por la que pueden transitar un número indeterminado de personas, por ej, una arteria peatonal, vedada al tránsito automotor, la acera de una avenida, una playa plagada de turistas, etc. Si un sujeto alcoholizado, al volante de un automóvil, accede violentamente a una arteria peatonal o a una zona de playa poblada de bañistas y mata a un tercero, será responsable de la conducta agravada prevista en el párr. 2do. del art. 84 bis y no de la contemplada en el párrafo anterior del mismo artículo. Esta conclusión surge claramente de la propia interpretación del tipo de injusto pues, al no adoptar el Código penal ninguna fórmula específica en tal sentido (nada dice sobre la naturaleza de la vía en la que debe ocurrir el siniestro), permite realizar este análisis bifronte de la norma.

Finalmente, una última posición nos dirá que la mejor solución es indagar en cada caso en concreto. Un sujeto inhabilitado judicialmente para conducir automotores puede hacerlo, indistintamente, en un lugar público o en un lugar privado, por ej. en una pista para aterrizaje de aviones de poco porte construida en un terreno privado. Pero en los demás casos, no parece posible que la conducción no se realice más que en una vía pública destinada al tráfico automotor. Esta postura –como se puede observar- no se aleja demasiado de la anterior, por lo que podría ser considerada como una variante de ella. En nuestra opinión, podría ser la interpretación más acorde con la reforma penal.

Debemos recordar una vez más que, entre nosotros, no está en juego el peligro (concreto o abstracto) que pueda correr la seguridad del tráfico vial en la conducción de un vehículo con motor

(porque no es un bien jurídico protegido autónomamente en el Código penal sino, en todo caso, en forma complementaria a un bien jurídico individual) –en cuyo caso toda distinción entre las conductas previstas en los artículos 84 bis y 94 bis, sería irrelevante a los fines típicos-, sino la vida o la integridad física de las personas, circunstancia que (la ponderación del resultado acaecido en cada caso en concreto), según nos parece, sí se presenta como importante, pues ello nos permitirá inferir si dicho resultado producido en una vía pública o en un lugar privado o no destinado al tránsito de vehículos, debe adecuarse a las conductas previstas en el primero o en el segundo párrafo de los artículos citados.

En el marco de esta idea, ¿qué importancia puede tener la licencia para conducir automotores, si el resultado se produjo en un lugar privado vedado al público, como el ejemplo del garaje que hemos dado anteriormente, o en el jardín o el parque de la casa particular, por ej., lugares en los cuales ni siquiera se requiere de permiso para conducir?.

Si bien es verdad que la Ley Nacional de Tránsito No. 24.449 establece definiciones en las que habla de calzada, banquina, camino, autopista, etc. (art. 5), dando una señal clara de que la norma sólo regula situaciones que suceden, o pueden suceder, sólo en una vía pública, ello no quiere significar que el derecho penal deba someterse a las decisiones y normas del derecho administrativo –ni de otro sector del ordenamiento jurídico-, pues su autonomía le permite establecer no sólo sus propios elementos y conceptos en los respectivos tipos penales, sino, inclusive, dar una interpretación diferentes a conceptos de otros sectores del Derecho. Además, el Código penal no formula ninguna distinción al respecto. Por ello, creemos que la interpretación más adecuada para determinar si las nuevas figuras requieren o no de una conducción del automóvil con motor en una vía pública o es indiferente el lugar de comisión, es la que se expone en último término. Habrá que estar al caso concreto, pues también se podría justificar la aplicación de la agravante alegando que en

las situaciones descriptas en la norma penal (por ej. exceso de velocidad, conducción bajo la influencia del alcohol o de estupefacientes, con culpa temeraria, etc.), también se encuentra involucrado, si bien en forma secundaria, el bien jurídico seguridad del tráfico vial, pero –en rigor de verdad-, lo que ha determinado el incremento de la pena en estas hipótesis no es la probable violación de la seguridad vial, sino que la vida y la integridad física de las personas se encuentran sujetas a un mayor riesgo de menoscabo frente a conductas especialmente peligrosas en el ámbito del tráfico automotriz. Por lo tanto, si ese tal mayor peligro de daño no se produce en la realidad, por la no concurrencia de dichas formas conductuales, entonces habrá que aplicar la regulación más benigna prevista en el primer párrafo de los artículos 84 bis o 94 bis, según cuál haya sido el resultado causado.

No parece para nada justificable –frente, por ej., a una probable situación de alcoholemia- aplicar la pena agravada a un resultado acaecido por la conducción de un automotor en el parque de una residencia de verano-, pues no sólo no parece ser esta la situación tenida en cuenta por el legislador a la hora de incrementar la pena en los delitos de homicidio y lesiones culposas, sino que tal solución implicaría una extensión y aplicación excesiva de la respuesta punitiva, echando por tierra los límites garantistas del Derecho penal liberal.

En aquellos ordenamientos como por ej. el español o el italiano, en los que se regulan delitos de mera actividad y de peligro contra la seguridad del tránsito vial, como infracciones autónomas e independizadas del resultado producido, se puede formular una afirmación tan categórica como la siguiente: es atípica la conducta de conducir temerariamente por un camino de uso privado, con dos excepciones: que ese camino esté abierto al público o a determinadas personas (vecinos de una urbanización, empleados de una empresa y personas autorizadas), o que, no estándolo, sea indebidamente utilizado por quien carece de derecho para ello y lo haga conduciendo temerariamente

[71]. Pero, entre nosotros, si la conducta del sujeto activo en esas mismas circunstancias causa un resultado, mortal o lesivo, deviene aplicable el delito culposo, con más la agravante de conducción temeraria. En cambio, en aquellos ordenamientos extranjeros, se debería recurrir, o a la figura simple del tipo culposo correspondiente o a las reglas del concurso de delitos.

Creemos que estas cuestiones deben resolverse en la observación de cada caso en particular, sin perder de vista en ese análisis los principios informadores que filtran o limitan la respuesta penal del Estado, como son, ciertamente, los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio del Derecho penal.

Resultado: la muerte o lesión de una persona

Todas las cuestiones relativas a las características dogmáticas de los delitos vinculados al tráfico rodado, siempre se han decantado –como ya se tiene dicho- con respecto a los delitos de peligro, particularmente con referencia a los delitos de peligro abstracto. Así ha ocurrido en los países europeos, como Italia y España, que han realizado un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial cerca de estas infracciones.

Entre nosotros, por el contrario, el legislador no se ha ocupado de sancionar delitos que estén relacionados en forma directa con la seguridad del tráfico vial, sino en forma mediata o indirecta, pero que en definitiva, no tienen la naturaleza de estos.

[71] Así Orts Berenguer Enrique, Derecho penal, cit., pag. 599.

Los delitos que estamos comentando son delitos de resultado material, producido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido y no de peligro –concreto o abstracto- para el bien jurídico protegido. Por lo tanto, lo que importa no es el riesgo creado por la acción del conductor –cuyo comportamiento pudo haber sido temerario-, sino el resultado producido.

El incremento de la pena para aquellas hipótesis previstas por la Ley 27.347 sólo podrían tener justificación frente al mayor riesgo de daño que dichos comportamientos producen por la probabilidad de menoscabo de los bienes jurídicos protegidos, la vida y la integridad corporal de las personas, de manera que el resultado producido es el elemento que determina el momento consumativo del delito.

Tratándose de delitos culposos, la mera conducción del vehículo con motor en alguna de las situaciones previstas en los artículos 84 bis o 94 bis del Código penal, sin resultados, no dará lugar a una tentativa del delito imprudente sino a una contravención administrativa violatoria a las reglas de la circulación vial. La imputación del resultado –se ha dicho en la doctrina- carece de justificación si no se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido [72].

7) Los bienes jurídicos protegidos: ¿la seguridad vial o la vida e integridad física de las personas?

[72] Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, cit., pag. 493.

En aquellos países en los que se han incorporado al Código penal delitos vinculados al tráfico automotor como infracciones autónomas, de pura actividad y de peligro (abstracto o concreto), como por ej. España, el estudios de los delitos de conducción bajo la influencia de estupefacientes, psicotrópicos, drogas tóxicas y bebidas alcohólicas (art. 379) o de conducción temeraria (art. 381), ha sido abordado a partir de una aun no finalizada discusión sobre el bien jurídico protegido, conformando, desde una perspectiva político criminal y dogmática, los llamados "delitos contra la seguridad del tráfico vial".

En el marco de este esquema, son tres las posiciones doctrinarias que compiten en una ya dilatada controversia acerca del bien jurídico protegido por estas infracciones: una tesis individualista, una postura colectivista y, en tercer lugar, una solución intermedia. La primera, sostiene que en estos delitos el bien jurídico directamente protegido es la vida o la integridad física de las personas que intervienen en la actividad del tráfico automotor; en segundo lugar están aquellos que entienden que lo protegido por estas infracciones es el tráfico viario en sí mismo, en forma autónoma, con independencia de la tutela que pudieren tener otros bienes jurídicos, como la vida o la integridad física o salud de las personas; por último, una tercera postura, intermedia, defiende la idea de que el interés protegido es la seguridad del tráfico automotor, no como bien jurídico en sí mismo sino como un instrumento orientado a la tutela de la vida, la integridad física y la salud de las personas que participan en éste específico ámbito de actuación [73].

Esta controversia doctrinal no viene de recibo, pues se enmarca dentro de un esquema teórico proveniente de la llamada expansión del derecho penal y el empleo –debido a la aparición de nuevos

[73] Confr., para mayores detalles, Hortal Ibarra Juan Carlos, El delito de conducción temeraria (art. 381): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, Revista Jurídica de Cataluña, No.1, año 2008

riesgos en las actividades cotidianas-, de los denominados bienes jurídicos colectivos o universales y la proliferación de los delitos de peligro, particularmente de delitos de peligro abstracto.

En esta dirección, entonces, algunos autores entienden que la regulación de estas infracciones como delitos contra la seguridad colectiva, es la más acertada, puesto que lo que se quiere proteger no es el riesgo en general, sino determinadas parcelas en cuanto afecten la seguridad colectiva [74], o bien la circulación rodada en sí misma [75].

En una postura contraria, sosteniendo la tesis de delitos contra la seguridad colectiva pero con referencia individual, Mata y Martin destaca que al exigirse que la conducta represente un peligro para bienes jurídicos individuales, ya ha lesionado el bien colectivo (límite mínimo), y a la vez no ha llegado a menoscabar de manera efectiva los bienes personales (límite máximo), por lo que el estadio de peligro abstracto resulta sobrepasado evitándose los distintos problemas que presenta [76]. Dentro de esta solución intermedia, Carmona Salgado opina que la seguridad colectiva no se vería afectada por la necesaria vinculación que debe mantener con los bienes jurídicos individuales a los que de manera mediata protege. Con éstos –afirma- existiría una conexión ideológica, sin perjuicio de que la seguridad del tráfico sea protegida primordialmente por este delito, pero siempre al servicio de aquellos [77].

Finalmente, estas aquellos que piensan que el interés protegido por estas infracciones tiene un carácter personalista o antropocéntrico, mientras que la seguridad del tráfico no es más que un bien jurídico en sentido formal, difuso y de naturaleza instrumental, difícil de definir, y que sólo podrían

---

[74] conf. Gómez Pavón Pilar, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas, drogas tóxicas o estupefacientes, pag. 89, Ed.Bosch, Barcelona, 1998.

[75] Conf. Queralt Jiménez Joan, Derecho penal español, PE, pag. 919, Atelier, Barcelona, 2008; de una misma idea, González Rus Juan José, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional, RFDUG, No. 15, pag. 54, 1998.

[76] Conf. Mata y Martín Ricardo, Bienes Jurídicos intermedios y delitos de peligro, pag. 61, Comares, Granada, 1997.

[77] Conf. Carmona Salgado Concepción, Delitos contra la seguridad del tráfico, Derecho penal español, PE, pags. 793 y sig., Madrid, 2005.

tener algún sentido si tienen alguna referencia a bienes jurídicos individuales, como la vida o la integridad física de quienes se involucran en una actividad de tráfico rodado. En esta dirección, Orts Berenguer pone de relieve que si en los delitos contra la seguridad del tráfico se hubiera erigido a ésta en objeto de tutela, tendríamos un bien que se nos escurriría de las manos por la dificultad de concretarlo; por ello, en esta infracciones –señala este autor- se protege de modo directo e inmediato la vida y la integridad de las personas, es decir, los bienes que en definitiva resultan en peligro cuando se efectúa alguna de las conductas tipificadas, y sin que ello signifique, sin embargo, que no puedan resultar comprometidos otros intereses, como el transporte de mercancías, el ocio, etc., pero siempre en segundo plano [78].

Entre nosotros, ésta sería la tesis más aceptable. No cabe aquí discutir si la seguridad del tráfico vial es el bien jurídico protegido preferentemente o lo es, en cambio, la vida o la integridad física de las personas. Ni siquiera cabe discutir si la situación de peligro que deriva de la conducción de un automotor, puede afectar a un colectivo de personas en general o sólo a un número indeterminado de individuos que participan en ese específico ámbito de actuación que es el tráfico rodado.

El legislador ha sido muy preciso en este aspecto. La ubicación sistemática de las nuevas (viejas) formas de conductas culposas en el Título I –Delitos contra las personas-, Capítulo I –Delitos contra la vida-, y Capítulo II –Lesiones-, no dejan ningún margen de discusión: el bien jurídico protegido por estas infracciones en el Código penal argentino sigue siendo –antes y después de la reforma de la Ley 27.347- la vida y la integridad física y psíquica de las personas, independiente de que hayan intervenido o no en el ámbito en que se desarrolla el tráfico viario. Sólo así es posible explicar que los delitos que vamos a comentar seguidamente son delitos de resultado material, aun cuando como

[78] Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos…, cit., pag. 66. Igualmente en Derecho penal, parte especial, cit., pags. 595 y sig.

consecuencia colateral o secundaria, un hecho de estas características también lesione o ponga en serio peligro la seguridad del tránsito automotor

HOMICIDIO CULPOSO.

a) EL TEXTO LEGAL. Art. 84: *Será reprimido con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará en dos años si fueren más de una las víctimas fatales* (texto según Ley 27.347).

b) ASPECTOS GENERALES

La disposición referida –cuyo origen proviene de la reforma de la Ley 27.347-, tipifica en el ordenamiento penal argentino el delito de homicidio culposo, conocido también como homicidio imprudente. Sus elementos estructurales, en lo fundamental, coinciden con los del delito-tipo de homicidio del art. 79 (homicidio doloso), salvo en el tipo subjetivo, como veremos seguidamente.

Por consiguiente, le son de aplicación, en líneas generales, los principios y reglas referidos a esta figura[79].

No corresponde aquí abordar cuestiones relacionadas con la culpa, propias de la Parte General del Derecho penal, salvo en cuanto fuere necesario hacerlo por fines meramente didácticos. Recordemos, sí, que en nuestro derecho el delito culposo ha sido estructurado bajo la forma típica cerrada de imputación o de *numerus clausus,* esto es, que solo son culposos los delitos que como tales y sobre la base de ciertas exigencias normativas se hallan expresamente tipificados en la Parte Especial del Código Penal.

El sistema vigente –como ha sido tradicional en nuestros antecedentes- permite estructurar el homicidio culposo sobre la base de cuatro formas específicas de la culpa: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.

El delito tiene previsto pena de prisión conjuntamente con la de inhabilitación especial, para cuyos efectos son de aplicación los arts. 20, 20 bis y 20 ter del Cód. Penal (agregados por la ley 21.338). La fuente de estos artículos es el proyecto de 1960, en el que se anota: "En vez de sancionar en cada caso de modo expreso la inhabilitación, el sistema adoptado responde a la naturaleza accesoria de esta sanción; se aplica sobre la base de la existencia de cualquier infracción, siempre que el delito se vincule con una esfera de derechos o deberes de los que son materia de inhabilitación o con el ejercicio de una profesión o actividad reglamentadas, y el hecho demuestre menosprecio, incompetencia o abuso".

---

[79] Para un estudio más completo del homicidio culposo, recomendamos a Jiménez de Asúa, Luis, *problemas modernos de la culpa*, "Rev. de derecho penal y criminología" la ley, 1968, n° 1; Terragni, Marco Antonio, *homicidio y lesiones culposos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1979; del mismo, dolo eventual y culpa consciente, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2009. Sobre la culpa en general, véase Bustos Ramírez, Juan, *El delito culposo*, Jurídica de Chile, 1995; Villada Jorge Luis, *delitos contra las personas*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2004; Figari Rubén E., *Homicidios*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

La ley 25.189 (BO, 28/10/99) incrementó el máximo de la pena de prisión del primer párrafo del artículo a cinco años (tres años en el texto original) y agregó un segundo párrafo por medio del cual se aumenta la pena mínima de prisión prevista en el primer párrafo, a dos años, para aquellos supuestos en los que la conducta culposa causase dos o más víctimas fatales o el hecho fuera causado en oportunidad de la conducción de un vehículo automotor.

En la actualidad, la Ley 27.347 –como se verá más adelante- ha introducido modificaciones de gran calado, tanto en el artículo 84 como en el artículo 94 –particularmente en el ámbito de la pena-, y ha creado *ex novo* dos artículos, el 84 bis y el 94 bis, en cuyos textos ha incorporado una catálogo cerrado de conductas específicas que tiene únicamente vinculación con la conducción de un vehículo con motor, como se analizará con mayores detalles páginas más adelante. Además, la reforma de la Ley 27.347 introdujo modificaciones en el artículo 193 bis, específicamente respecto del objeto de la acción delictiva, el vehículo con motor, dejando inalterado el resto de los artículos oportunamente incorporados por la Ley 26.362.

c) SISTEMAS DE REGULACION DE LA CULPA EN EL DERECHO COMPARADO

Jiménez de Asúa[80] -a quien seguimos en este punto, aunque con algunos aportes complementarios de exploración propia-, ha realizado una exhaustiva investigación sobre los diversos sistemas existentes en los principales países de Europa y América Latina para legislar sobre la culpa, de cuyo estudio resulta la siguiente clasificación:

[80] Conf. Jiménez de Asua Luis, Problemas modernos de la culpa, Revista de Derecho Penal y Criminología, pags. 9 y sig., N° 1, Editorial La Ley.

1) Códigos que, sin definir la culpa en la Parte General, sancionan en la Parte Especial algunos delitos culposos. Dentro de este sistema pueden mencionarse, entre otros, el Código francés, el Código Penal argentino, el Código belga, el Código holandés, el Código paraguayo, etcétera.

2) Códigos que se refieren a la culpa en la Parte General para hacer constar en ella que los delitos culposos solo se castigarán en aquéllos casos taxativamente establecidos. Se mencionan, dentro de este sistema, el Código Penal húngaro, que prescribía que las acciones culposas solo pueden ser punibles en los casos expresamente previstos en la Parte Especial del Código; el Código Penal danés y el Código para Groenlandia. En el ámbito latinoamericano puede citarse el Código Penal del Perú, cuyo art. 12, párr. 2°, prescribe: "El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley. Del mismo modo, el Código Penal español establece en el art. 12 que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley". Puede citarse también el Código Penal del Paraguay como adscripto a este sistema y al Código de la República de San Marino, el cual en su art.21, 2do. párrafo, dice: "Los delitos son punibles por culpa", castigándose el homicidio culposo en el art. 163 [81].

3) Códigos que no definen la culpa en la Parte General, pero que introducen en la Parte Especial una definición amplia. Son ejemplos de este sistema los códigos españoles a partir de 1848, hasta la reforma de 1989. El ordenamiento español vigente, por el contrario, con la nueva formulación ha estructurado el delito culposo bajo el sistema de *numerus clausus*, sancionando como delito el homicidio imprudente solo cuando es cometido por imprudencia grave (art. 142, inc. 1°), mientras que la imprudencia leve que causa la muerte de otra persona estaba prevista como falta en el art. 621-2, conminada con pena de multa de uno a dos meses, pero la LO 1/2015 derogó el Libro

[81] Información obtenida de Alvaro Selva, Commento al Codice penale della Repubblica Di San Marino, seconda edizione aggiornata, AIEP Editore, 2010.

III –Faltas y sus penas-. Actualmente, esta figura está prevista en el art. 142, inc.2, con una pena de tres meses a dieciocho meses. En la misma disposición del art. 142 están previstos también el homicidio imprudente cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, así como la hipótesis de imprudencia profesional. Por ello, ubicamos esta legislación en el sistema explicado en el número anterior. Sigue una orientación similar al modelo español, el Código Penal de Chile, cuyo Título X del Libro II, denominado "De los cuasidelitos" (arts. 490 a 493), describe en el art. 490 la imprudencia temeraria con una definición idéntica a la del Código español anterior a la reforma de 1989.

4) Códigos que dan una definición de la culpa en la Parte General, y en la Parte Especial enumeran taxativamente los delitos culposos. Son ejemplos de este sistema, los códigos penales ruso soviético de 1960, italiano, suizo, brasileño, uruguayo, etcétera. El Código italiano dice, por ej., en el art. 43: "Elemento psicológico del delito", "El delito (. . .) es culposo, o contra la intención, cuando el evento, aun previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia o imprudencia o impericia, o bien por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas". El Código Penal uruguayo, por su parte expresa, en el art. 19: "El hecho ultraintencional y el culpable solo son punibles en los casos determinados por la ley"; y en el art. 314, en el que tipifica el delito de homicidio culpable, dice: "el homicidio culpable será castigado con 6 meses de prisión a 8 años de penitenciaría". El Código Penal cubano de 1987 prescribe en el art. 9.3 que "el delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto". El Código Penal para el Distrito Federal de México de 1931, establece en el art. 9°, párr. 2°, que "obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado,

que las circunstancias y condiciones personales le imponen". El Código Orgánico Integral penal de Ecuador de 2014, dice en su art. 27: "Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código".

Entre nosotros, el proyecto de 1960 seguía este sistema. Establecía el art. 20 del proyecto: "Obra con culpa el que produce un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían, no previó que ocurriría o, previéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo". Decía SOLER en la nota del proyecto, que una definición general de la culpa evitaba que en la Parte Especial se hiciera necesario repetir la fórmula tantas veces como incriminaciones culposas hubiera.

Más recientemente, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 estableció en el art. 1° el principio de legalidad estricta y responsabilidad, con el siguiente texto: "Solo se consideraran delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley forma previa, realizadas con voluntad directa, *salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia*". El delito de homicidio culposo fue tipificado en el art. 83, con similar contenido que el texto en vigencia, agregándose un segundo párrafo en el cual se incluyó la novedosa figura de la "culpa temeraria", con una pena máxima de ocho años de prisión. Esta nueva categoría normativa podría haber generado dos consecuencias indeseables: por un lado, una probable violación del principio de proporcionalidad (aun cuando al parecer es el principio que se pretendió respetar con su creación, como figura intermedia entre el dolo y la culpa), por la identidad de pena, en su monto, con el mínimo previsto para el homicidio doloso y, por otro lado, una enorme dificultad de aplicación en la praxis por su notoria indeterminación conceptual.

d) EL HOMICIDIO CULPOSO EN EL DERECHO ARGENTINO

El delito de homicidio culposo –como antes se dijo- se halla estructurado en el Código Penal argentino sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art.84).

La Ley 27.347 ha reformulado el artículo (que ya había sido modificado por la ley 25.189 de 1999 [82]), regresando el texto original en la figura básica, pero incrementando el mínimo de la escala penal –que era de seis meses- a un año de prisión, manteniendo en un segundo párrafo de la disposición un tipo agravado para cuando fueren más de una las víctimas fatales. Por lo demás –como ya anticipáramos anteriormente- agregó el artículo 84 bis para aquellas hipótesis que sólo tienen relación con la conducción de un vehículo con motor.

De manera que, en el régimen actual, la muerte culposa de una o más personas, en principio, se adecua a la regulación del artículo 84, pero si ese tal resultado es la consecuencia de la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, es de aplicación el primer párrafo del nuevo artículo 84 bis. El tipo agravado sólo será de aplicación cuando concurran, conjuntamente, alguna de las circunstancias previstas en el mencionado primer párrafo del artículo

[82] Decíamos en aquellos años de vigencia de la Ley 25.189, que si había algo que llamara la atención era el reemplazo de la expresión "impericia" por la de "inexperta", lo cual podría plantear situaciones de difícil solución (ver Creus Carlos y Buompadre Jorge E., Derecho penal, parte especial, t.1, pag. 51, Editorial Astrea, 2007).

84 bis con alguna de las hipótesis reguladas en el segundo párrafo de la misma disposición penal. Debemos destacar que la concurrencia de una o más agravantes (por ej. producir la muerte de una o más personas, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, conduciendo un automotor excediendo la velocidad permitida legalmente), no multiplica la penalidad, sino que la pena debe ser graduada de acuerdo con la escala prevista en la propia normativa y las disposiciones generales de los artículos 40 y 41 del Código penal.

No existe un concepto general de culpa, ni es posible deducirlo de las disposiciones legales. Sin embargo, como señala Creus, la culpa no constituye un delito propio en sí mismo (que se castigue la culpa por la culpa misma, *crimen culpae)*, sino que no cualquier delito atribuido en la ley a título de dolo, susceptible de recibir forma culposa, es punible por esta última si la misma no se encuentra expresamente prevista[83]. En el estado actual de nuestro Derecho, el homicidio culposo solo es punible por cuanto se halla expresamente prevista su punición en los artículos 84 y 84 bis, Cód. Penal.

La culpa -según el referido autor-, se presenta en nuestro sistema jurídico como una violación del deber de cuidado, el cual se estructura directamente sobre la previsibilidad del resultado típico; o sea que el deber de cuidado existe en el caso dado, en tanto y en cuanto el autor haya podido prever la posibilidad del resultado típico[84]. En un mismo sentido, Núnez subraya que la conducta culposa, en cualquiera de las formas previstas por la ley, no es en sí misma imputable y punible. Para que lo

---

[83] CREUS, Carlos, *Sinopsis de derecho penal,* Zeus, Rosario, 1974, p. 125. Del mismo, Derecho penal, parte general, 5ta. edición, pag. 248 y sig. Astrea, 2003.
[84] CREUS, Carlos, Sinopsis, cit., p. 125; igualmente, en Derecho penal, cit., pag. 252.

sea, tiene que haber causado un resultado imputable a título de culpa, especie culpable que en su concepción integral se funda en la previsibilidad del daño[85].

El tipo objetivo está dado por el verbo causar (la muerte de otro), que representa la acción material punible. La estructura de la acción en este delito admite tanto la comisión como la omisión impropia (comisión por omisión), no así la simple omisión, que se caracteriza por la irrelevancia del resultado. El hecho culposo sin resultado -decía Terán Lomas-, es irrelevante para el derecho penal[86].

Entre la acción y el resultado debe mediar un nexo de causalidad, una relación entre la conducta realizada y el resultado producido, sin interferencia de factores extraños, como es propio de todo delito cuya acción provoca una modificación en el mundo exterior. En el delito imprudente, subraya Muñoz Conde, la acción imprudente solo se castiga si produce un resultado lesivo[87] .

Diversas teorías han sido desarrolladas por la doctrina para resolver complejas cuestiones en el plano de la causalidad (por ej., la teoría de la equivalencia de condiciones, la causalidad adecuada, la imputación objetiva, etc.), que no habrán de ser abordadas en este lugar por corresponder a la teoría general. Sin embargo, cabe poner de relieve, volviendo a Muñoz Conde, que la relación de causalidad entre acción y resultado, o si se prefiere, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado es, por lo tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido[88].

De acuerdo a la posición dominante, pone de relieve González Rus que la imprudencia es una cuestión tanto de injusto como de culpabilidad, por lo que la culpa requiere la infracción del deber

[85] NÚNEZ, Ricardo C., *Derecho...,* ps. 175 y ss.; SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, *La culpa antirreglamentaria,* "Doctrina Penal", 1982, ps. 671 y ss.; TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 1, ps. 537 y siguientes.
[86] TERAN LOMAS, Roberto A., ob. cit., t. 3, p. 190.
[87] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito,* Temis, Bogotá, 1984, p. 21.
[88] MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, cit., p. 22.

objetivo de cuidado (desvalor de acción), la lesión o, en ciertos tipos, el peligro para el bien jurídico (desvalor de resultado) y la imputación objetiva del resultado.

El tipo subjetivo se satisface con la realización de las formas culposas previstas en la ley: imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.

La *"imprudencia"* es el obrar ligero, precipitado o peligroso. Obra imprudentemente quien realiza un acto que las reglas de la prudencia aconsejan su abstención. Es un hacer de más, o como lo explica Levene (h.), un exceso de acción a lo cual se suma un defecto en la previsión del evento[89].

La *"negligencia",* por el contrario, es sinónimo de descuido, desatención, falta de precaución en el obrar. Obra negligentemente quien omite realizar un acto que la prudencia aconseja hacer. En la negligencia hay un defecto de acción y un defecto en la previsión del resultado. Es negligente quien no puso los cuidados que el mandato imponía[90].

La *"impericia",* también conocida como "culpa profesional", configura un obrar deficiente de una profesión, arte u oficio. Implica una conducta gruesa, de proporciones considerables, inexperta o inhábil para el ejercicio de la actividad. Decía Bettiol que la impericia no solo se presenta sustancialmente como una imprudencia calificada, sino como un caso de temeridad profesional, por ej., el médico cirujano que pretende ejecutar una operación difícil y riesgosa aun sabiendo que no está a la altura de su tarea[91]. En suma, la impericia es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte, que importa un desconocimiento de los procedimientos más elementales, por ej., el médico que equivoca el diagnóstico o comete fallos groseros de técnica

[89] LEVENE (h.), Ricardo, EL delito de homicidio, p. 354, Editorial Depalma, 1970.
[90] conf. Creus Carlos, Derecho penal, cit., pg. 251.
[91] BETTIOL, Giuseppe, Derecho penal, "Parte general", Temis, Bogotá, 1965, p. 406.

operatoria[92]. No obstante, cabe destacar, como enseña Núñez, que la impericia no se identifica necesariamente con cualquier error o ignorancia en el ejercicio de la actividad. No basta con decir, en el campo de la actividad médica, que hubo un error de diagnóstico para que haya culpa, sino que debe tratarse de un error que, cayendo fuera del marco de lo opinable y discutible, sea grosero e inadmisible por obedecer a una falta de saber mínimo[93].

Por último, *"la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo"* configura un supuesto de culpa punible que puede derivar de cualquier normativa de orden general emanada de autoridad competente (art. 77, Cód. Penal). Se trata de la inobservancia de disposiciones expresas (ley, reglamento, ordenanza, etc.) que prescriben determinadas precauciones que deben observarse en actividades de las cuales pueden derivar hechos dañosos[94]. Las reglas de acatamiento exigibles se hallan predeterminadas en disposiciones normativas reguladoras de la actividad o cargo de que se trate. El desconocimiento u omisión de ellas generan una hipótesis de responsabilidad culposa, en la medida que el obrar de ese modo cause un resultado típico. En síntesis, subjetivamente es preciso haber querido la conducta descuidada, no haber querido la producción del resultado y que hubiera sido posible haber actuado conforme al deber objetivo de cuidado (deber subjetivo de cuidado). Es preciso que se haya producido el resultado de muerte, pues en la imprudencia no cabe la tentativa, resultando punible únicamente la consumación (González Rus)

Tratándose de un delito de titularidad indiferenciada, sujetos activo y pasivo pueden ser cualquier persona, con la salvedad de que en el tipo agravado, el agente activo sólo puede ser el conductor del vehículo con motor.

---

[92] LÓPEZ BOLADO, Jorge, Los médicos y el Código penal, pags. 94 y sig., Universidad, 1988.
[93] NÚNEZ, Ricardo *C.*, Derecho penal argentino, pags. 87 y sig., Editorial Bibliografica Omeba, Buenos Aires, 1967.
[94] ARTEAGA SANCHEZ, José, La culpabilidad en la teoría del hecho punible, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 155.

El tipo subjetivo en este delito se estructura sobre la base de dos elementos: uno, positivo, consistente en haber querido realizar la conducta imprudente y en la infracción del deber subjetivo de cuidado; otro, negativo, consistente en no haber querido el resultado producido [95].

Como en todo tipo de homicidio, el delito se consuma con la muerte de la víctima. La tentativa resulta inadmisible en los delitos culposos [96].

Como se ha puesto de relieve doctrinariamente, durante el curso del proceso el juez puede, como medida cautelar, decretar la inhabilitación provisional de la actividad respectiva (arts. 310 y 311 CPPN), pero tal medida sería incompatible con la garantía constitucional de inocencia, que el propio Código procesal consagra en el art. 1º [97].

e) REAGRAVANTES.

EL TEXTO LEGAL. **Art. 84 bis**: *Será reprimido con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de tres a seis años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intente socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese*

[95] Conf. FÍGARI Rubén E., citando a De la Cuesta Aguado, Homicidios, cit., pag. 232.

[96] Conf. CREUS Carlos, Derecho penal, parte general, pag. 425, Astrea, 2003; PARMA Carlos, Código penal comentado, t.2, pag. 90, Mediterránea, Córdoba, 2005; BREGLIA ARIAS OMAR Y GAUNA OMAR, Código penal comentado, t.1, pag. 745, Astrea, 2001.

[97] Conf. Aboso Gustavo, Código penal comentado, 3ra. Ed., IBdeF, pag. 511, 2016.

conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieren las circunstancias previstas en el art. 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales (texto según Ley 27.347).

El artículo introduce dos nuevos párrafos en los que se prevé, en el primero, similares formas comisivas que las contempladas en el art. 84, pero con una pena mínima mayor (se aumenta el mínimo de la escala en un año) por tratarse de un resultado provocado por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un *vehículo con motor,* mientras que en el segundo párrafo están previstas varias modalidades de acción que tienen la virtualidad de configurar, asimismo, una reagravante (un aumento punitivo) con respecto al delito de homicidio culposo previsto en el primer párrafo del artículo, incrementándose la escala penal en un (1) año de prisión tanto en el mínimo como en el máximo (3 a 6 años), aunque manteniéndose sin modificaciones el tiempo de inhabilitación especial (5 a 10 años). El incremento de la pena en estas hipótesis se justifica en el mayor riesgo de daño que implica la conducción de un automotor en las condiciones previstas en la norma y en la pluralidad de los resultados causados.

Antes de analizar con la debida atención las distintas hipótesis incorporadas por la Ley 27.347, es preciso destacar que el legislador, según nos parece, no ha acertado con esta reforma, pues con ella no ha hecho otra cosa que formular una catálogo cerrado de situaciones o conductas que, de uno u otro modo, ya estaban previstas en la fórmula general del art. 84. Si lo que se pretendió con esta

nueva legislación era mejorar la problemática del tráfico rodado en el país, pensamos que la herramienta elegida –la reforma de la ley penal-, no ha sido ni la mejor ni la más adecuada solución.

Veamos, entonces, con más detalles cada situación en particular.

1. **Conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.**

El delito de homicidio culposo se halla estructurado en el Código penal argentino –como se explicó anteriormente- sobre la base de cuatro modalidades o clases de culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo (art.84).

La ley 25.189, en su momento, modificó parcialmente el artículo, introduciendo un segundo párrafo por el cual se agravaba la pena mínima de prisión a dos años, en dos supuestos: cuando el obrar culposo hubiera producido dos o más víctimas fatales o el resultado acaecido hubiera sido la consecuencia directa del manejo antirreglamentario de un vehículo automotor. Se trataba de hipótesis alternativas que funcionaban independientemente la una de la otra, pero si por caso ambas hubieran sido el resultado de un mismo obrar humano (por ej., provocar la muerte de dos personas conduciendo un vehículo automotor), ellas no se multiplicaban, sino que la pena debía ser graduada de acuerdo con la escala prevista en el precepto legal.

En la actualidad –como vimos- rige otro precepto introducido por la reforma de la Ley 27.347, cuyo texto mantuvo, además de la conducción imprudente y negligente de un vehículo con motor, también como una modalidad de la culpa, la *"conducción antirreglamentaria de un vehículo con motor*", para lo cual, por la identidad o sinonimia conceptual, se vió en la necesidad de aliminar la fórmula tradicional en nuestros precedentes referida a la "inobservancia de los reglamentos o deberes

del cargo". Por consiguiente, hacemos la remisión a cuanto se dijo sobre esta forma de culpa en el apartado correspondiente.

2. **Fuga**.

El artículo reprime al conductor que, habiendo causado la muerte de otra persona por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, se diere a la fuga del lugar del siniestro, sin que resulte imprescindible a la tipificación penal que el sujeto haya adoptado, al mismo tiempo, otra determinación, por ej. que desaparezca sin dejar rastros o permanezca oculto en las inmediaciones, pues es posible que haya sido identificado (tanto él mismo como el automóvil objeto del siniestro) por testigos o telecámaras ubicadas en las cercanías. Lo que la ley pretende, seguramente, es que el autor del hecho permanezca en el lugar una vez producido el accidente de tráfico pensando, no sólo en lograr que se determine con mayor facilidad y precisión la autoría del hecho sino en la propia situación de la víctima, quien podría recibir del propio autor socorro inmediato evitándose, de ese modo, mayores riesgos de muerte. Si el autor se fuga, no sólo deja a la víctima materialmente desamparada sino que infringe, además de una norma jurídica impositiva, una elemental norma de solidaridad que pone de manifiesto un desprecio hacia la vida o la integridad física de los demás. La norma no busca –directamente y en forma inmediata- el auxilio de la víctima, ya sea que fuere prestado por el propio generador del accidente o por un tercero en demanda de éste, sino que el autor no se ausente del lugar en el que ocurrió el accidente, nada más que eso, sin ninguna otra finalidad. El auxilio a la víctima implica otra exigencia que se independiza

de la situación de fuga (son dos circunstancias conductuales diferentes y autónomas), pero tampoco dejan de estar vinculadas muy estrechamente, pues la fuga del lugar del hecho siempre habrá de provocar, aunque fuere mínimamente, una situación de desamparo de la víctima. No obstante ello, la sola fuga del lugar es suficiente para la aplicación de la mayor penalidad.

Es evidente que con esta norma imperativa (obligatoria para el acusado, pues su incumplimiento le irroga una sanción más grave), el legislador ha pretendido el reconocimiento inmediato de la autoría del hecho pues, si la víctima muriera tiempo después del accidente, no habrá de ser, seguramente, por el hecho de la fuga del conductor sino por otros motivos, por ej. la no prestación de auxilio inmediato (o, inclusive, por negligencia del propio centro médico a donde fue trasladada, o por arribo tardío del auxilio, etc.), pero esta posibilidad ya está prevista autónomamente en otra fórmula impositiva; por lo tanto, permanecer en el lugar del hecho le puede acarrear al productor del accidente de tráfico el reconocimiento de su propia autoría, esto es, algo similar a una situación de autoincriminación en violación del principio de inocencia. Y si lo que la ley hace es obligar al conductor del vehículo con motor a permanecer en el lugar del hecho bajo amenaza de mayor penalidad, entonces se trata de una imposición forzada de autoincriminación violatoria del principio de inocencia.

La agravante tiene antecedentes en otros países, por ej. Italia, cuyo Código penal incrimina la fuga luego de la causación de un "*omicidio stradale*" (homicidio en violación de las normas de circulación automotriz), con una pena que no puede ser inferior a cinco años (art. 589 bis) o de una lesión grave o gravísima, cuya pena no puede ser inferior a tres años (art.590 ter).

En rigor de verdad, la hipótesis que introduce la reforma no deja de ser peligrosa para las garantías constitucionales del imputado (pues le prohíbe la fuga bajo pena de prisión), como así para el proceso penal, toda vez que dicha imposición hará que los conductores, ante un accidente de tráfico,

prefieran la fuga a permanecer en el lugar del hecho, evitando así su identificación, circunstancia que habrá de generar, seguramente, difíciles problemas probatorios al Ministerio Público.

3. **Socorro a la víctima**.

El texto legal establece que se aplicará la mayor penalidad cuando el conductor negligente, imprudente o conduciendo antirreglamentariamente el automóvil, "*no intentase socorrer a la víctima*", mediante una fórmula que se presenta para nada satisfactoria, pues describe una conducta de muy difícil constatación, el "intento" de auxilio, que necesitará, seguramente, de la complementación de otros elementos de prueba que no provengan del propio autor del delito. ¿Cómo habrá de acreditarse en el proceso que el conductor "no intentó" socorrer a la víctima?. Tal vez hubiera sido de mejor fortuna establecer claramente la obligación de socorro, por ej. "no socorrer" o "no prestar auxilio" a la víctima y evitar, con una mejor redacción, zonas de oscuridad que pudieran terminar en una muy cuestionable aplicación de la agravante, o en una imposibilidad práctica de hacerlo, pues bastará con que el autor del hecho alegue en su defensa que intentó auxiliarla dirigiéndose a la zona del accidente, pero terceros extraños comenzaron a agredirlo, obligándolo a retirarse rápidamente del lugar, para que –ante la más mínima duda en el juzgador- no corresponda la aplicación de la agravante.

El tipo requiere que el conductor causante de la muerte de la víctima, no haya intentado socorrerla, esto es, prestarle los medios de auxilio que razonablemente estuvieren dentro de sus posibilidades,

con el fin –creemos, en este supuesto sí- de evitar consecuencias más graves [98]. El problema reside en que es la propia ley la que exige, con anticipación a la falta de intento de prestación del auxilio por parte del conductor, que se haya causado la muerte de la víctima, con lo cual se torna aún más dificultosa la concurrencia de la agravante. No otra interpretación cabe hacer de la fórmula "…*si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y…no intentase socorrer a la víctima*", prescripta en el comienzo del párrafo segundo del artículo. Por lo tanto, si la víctima ya está muerta como consecuencia del accidente de tráfico, ¿qué sentido tiene –que no sea más que una imposición de carácter moral- obligar al conductor a intentar brindarle auxilio en tales circunstancias, es decir, a alguien que ya no lo necesita?. La cuestión, como se ve, habrá de generar situaciones de muy difícil interpretación y su consiguiente aplicación en la práctica.

A todo ello hay que sumar que el artículo también requiere, como elemento negativo, que el autor "*no haya incurrido en la conducta prevista en el artículo 106 del Código penal*" [99], cuyo texto regula el delito de abandono de persona, pues si así hubiera ocurrido, entonces –por aplicación del principio de especialidad- la agravante debería quedar desplazada por este última figura. Pero aquí nos encontramos con otro problema, pues el delito de abandono de persona que prescribe el art. 106 es un delito de peligro que presupone, no sólo que por la propia acción del sujeto se haya puesto en peligro la vida o la integridad física de una persona, sino que la víctima debe ser una persona viva,

---

[98] En el Anteproyecto de 1960, frente a una disposición similar a la del art. 106, Soler decía que el abandono de persona "es un hecho distinto a la fuga, cuya esencia consiste en dificultar la investigación, y que dada su diferente característica reprimimos en otro lugar". Sin embargo, la ley 27.347 incluyó la fuga como una circunstancia agravante de los delitos de homicidio y lesiones culposos, de manera que al concederle tal ubicación no lo hizo porque la fuga "dificulta la investigación" (aunque ello pudiera ocurrir en la realidad), sino porque la inasistencia de la víctima puede acarrearle mayores riesgos para su vida o su integridad corporal. Si la finalidad del legislador hubiera sido evitar obstáculos para la investigación, hubiera incluido la fuga entre los delitos contra la administración de justicia y no entre los delitos contra la vida.

[99] Art. 106 CP: "El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión".

que se halla en una determinada situación (incapaz de valerse o que haya sido incapacitada por obra del propio autor) y que no tiene posibilidades de evitar por sí misma la situación de peligro en la que se encuentra. De aquí la necesidad del auxilio. Pero, en la hipótesis del art. 84 bis que estamos comentando, el sujeto pasivo de la infracción necesariamente debe estar muerto, razón por la cual resulta prácticamente imposible incurrir –como previene la norma- en el delito del art. 106 cuando el conductor provoca el accidente de tráfico realizando una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria. En todo caso, si hubiera alguna posibilidad de aplicación de esta última figura, ella estaría dada en aquellos casos en que la víctima muere como consecuencia del abandono o de la no prestación del auxilio, pero en tal caso, el resultado no sería una consecuencia de la conducción antirreglamentaria del automotor, sino del propio abandono a su suerte de la víctima, causado por el sujeto activo del delito.

La jurisprudencia tiene resuelto sobre el particular que "si se hallase acreditado que luego del accidente culposo que costó la vida a la víctima, el procesado se dio a la fuga, no se halla acreditado el delito de abandono de personas (art. 106 CP), por no haberse colocado a aquella en situación de desamparo, ya que enseguida llegaron al lugar transeúntes que auxiliaron a la víctima como también un patrullero y una ambulancia; la víctima es abandonada cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados necesarios para su vida; por el contrario, si la misma recibe socorro en forma inmediata, no se configura el delito de abandono de personas…No tiene sentido ni es legítimo prohibirse al autor separarse de la víctima si de todos modos no se puede mejorar su situación" [100]. "La huida de la imputada tras atropellar a un joven –quien falleció tres días más tarde por las heridas-, es inclusive, como coartada efectuó una falsa denuncia de sustracción de su rodado, siendo finalmente condenada

[100] CCyC Santiago del Estero, 23/04/2001, Lexis 19-9192.

por homicidio culposo y falsa denuncia, no involucra el delito de abandono de persona, dado que la víctima fue socorrida por tercero”[101].

Ya hemos explicado nuestra posición en otro lugar, al sostener que el solo alejamiento o inacción en los casos en que terceros deben –jurídicamente- o pueden –solidariamente- asumir el cuidado del sujeto pasivo, no sería típico, ya que resultaría ineficaz para originar el peligro concreto)por ej. dejar de acompañar al menor en un orfanato o a un enfermo en un hospital) [102].

4. Conducción bajo los efectos de estupefacientes

El tipo penal requiere que el conductor del vehículo con motor haya causado la muerte de una persona, mientras se encontraba bajo los efectos de estupefacientes, es decir, de aquellas sustancias que, según prescribe el artículo 77 del Código penal, son susceptibles de producir dependencia física o psíquica y que se encuentran incluidas en las listas que se elaboran y actualizan periódicamente por el PEN.

El texto legal no hace mención a los psicotrópicos u otras sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central, pero, no obstante esta omisión, en modo alguno quedan excluidas de la normativa, pues es en el propio artículo 77 antes citado en donde estas sustancias quedan comprendidas por la noción de estupefaciente, aun cuando entre dichas sustancias puedan existir ciertas diferencias desde el punto de vista científico. Por lo tanto, quedan incluidas en el tipo legal tanto los estupefacientes (cocaína, marihuana, morfina, etc.), como los psicotrópicos (sustancias naturales o sintéticas, cuya

[101] SCBA, 30/11/84, DJDA 128-1985-353. Ídem, C. Apel. Pen. Mercedes, 5/7/83, JPBA 57-163-3686.
[102] Conf. Creus Carlos y Buompadre Jorge E., Derecho penal, parte especial, t.1, pag. 120, Editorial Astrea, 2007.

prohibición se encuentra sometida a un listado de la autoridad de aplicación, por ej. anfetamina, talidomida, pseudoefedrina, testosterona, tiletamina, entre otras, según prescripción de la Ley 19.903) y los psicofármacos (productos farmacéuticos, que se emplean generalmente en enfermedades mentales, por ej. dopamina).

En Argentina, por Ley 24.072/92 se aprobó la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), cuyo texto declara que por estupefaciente se entenderá cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista Única I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas, de manera que –por tratarse la figura que estamos comentando de una ley penal en blanco-, para integrar conceptualmente el tipo penal hay que remitirse a la citada legislación convencional sobre las sustancias que comprende la noción de estupefaciente o, en su caso, a las Listas que periódicamente emite la autoridad de aplicación.

En cualquier caso, estas sustancias deben haber provocado en el agente activo efectos en su psiquis que hayan sido el factor determinante del accidente de tráfico. Vale decir, que no es suficiente para la concurrencia de la agravante con la sola ingestión o consumo de estas sustancias, sino que es necesario que, al momento del hecho, el autor "*estuviese bajo los efectos de estupefacientes*", esto es, que que por el influjo de estas sustancias se haya alterado negativamente la capacidad de conducción del agente activo (atención, percepción, concentración, disminución de las facultades, etc.), de manera que no sólo habrá de tenerse en cuenta el hecho objetivo de la ingesta de la sustancia sino, fundamentalmente, la influencia que la impregnación del tóxico ha tenido en la conducción del automotor. Por lo tanto, en el proceso penal deberá acreditarse –por parte del Ministerio Público- que el conductor, al momento de producirse el accidente de tráfico, se encontraba "bajo los efectos de estupefacientes", y que estos efectos –junto a la acción imprudente o antirreglamentaria del sujeto-

han sido los factores causales del mismo. Se trata –como antes se dijo- de una ley penal en blanco que exige su complementación típica con remisión a otra normativa extrapenal, pues el tipo penal no hace mención a "cualquier sustancia" que pueda influir negativamente en la conducción del automotor, sino a "sustancias estupefacientes", no a otras, y que son las que enuncia la autoridad de aplicación correspondiente a través de la normativa administrativa pertinente o bien, a lo establecido por el artículo 77 del digesto punitivo.

El concepto de estupefaciente, como se habrá de suponer, no puede quedar sometido al arbitrio judicial, sino a la ley; pero como ésta –contrariamente a como sucede con el caso de alcoholemia- no regula ni impone medidas o tasas de impregnación en el cuerpo humano o una regulación determinante de la dosis mínima que haga incurrir al conductor en la hipótesis agravatoria, la prueba de la existencia del estupefaciente momentos previos al accidente de tráfico y la influencia que pudo haber tenido en su causación –teniendo en cuenta, sobre todo, que existen drogas que permanecen en el cuerpo durante un largo tiempo y que los efectos no son los mismos en todos los sujetos, para no violar, precisamente, la presunción de inocencia-, deberá ser obtenida a través de exámenes y reconocimientos médicos (análisis de sangre, orina, etc.) que determinen, con la mayor precisión posible, la existencia o no de sustancias estupefacientes en el cuerpo del conductor del rodado. Demás está decir que el agente activo tiene derecho a la realización de una contraprueba científica, orientada a comprobar el consumo o no del estupefaciente y la influencia que pudo o no haber tenido en la capacidad de conducción del vehículo automotor.

La jurisprudencia de países, como por ej. Italia, que han tipificado el delito de homicidio culposo cometido en la conducción de un vehículo a motor bajo el influjo de sustancias estupefacientes o

psicotrópicas (art. 589 bis CP), han exigido la prueba de los efectos de dichas sustancias en la conducta del conductor al momento del hecho [103].

En rigor de verdad, la influencia de la sustancia en la conducta del agente activo constituye un elemento normativo, pues se trata de un elemento típico que debe ser valorado por el juez al momento de resolver en el caso concreto, ponderando todos los medios de prueba aportados al proceso y no solamente lo que pudiera surgir de la opinión de los expertos en los informes periciales que se pudieren brindar en el juicio para determinar el grado de impregnación de la sustancia y el nivel de influencia en la conducción del automotor. Vale decir, que por tratarse de un elemento normativo del tipo, la influencia de la droga en la conducción del vehículo a motor debe ser probado en el juicio respectivo. De no concurrir este elemento, porque no ha sucedido en la realidad, porque pese a la ingesta no ha producido ningún efecto en la conducción del vehículo o porque tales efectos no pueden acreditarse judicialmente, la conducta deviene atípica y no puede aplicarse la agravante.

La intervención penal solo resulta justificable –insistimos- si se demuestra no solo la ingesta de la droga (cuya única prueba pericial no es suficiente para determinar la responsabilidad penal del agente) sino que también es necesario probar la incidencia que ha tenido en la capacidad de conducción del automotor.

Hay que recordar en todo momento, que los tipos penales que se están comentando no configuran "delitos viales" en sí mismos (delitos de peligro de daño a un bien jurídico colectivo), es decir, infracciones que demandan conductas que se castigan por el propio comportamiento del sujeto, el conductor del vehículo, cuya consumación no depende de ningún resultado material. En todos los casos, por el contrario, las conductas tipificadas en la Ley 27.347 no constituyen más que referencias

[103] Conf. Cass.Pen., 18/09/2014, N. 14053, cit. por Roberto Garófoli, en Codice Penale, NelDiritto Editore, pag. 538, Roma, 2016.

legislativas de comisión del tipo de homicidio culposo, es decir, que son modalidades conductuales especializadas por el medio empleado en la comisión del delito: un vehículo con motor. Con otros términos, se trata de muertes culposas causadas por el manejo imprudente, negligente o antirreglamentario de un automotor y que llevan en sí mayor penalidad por la situación particular del agente al momento de la conducción del vehículo con motor, por la forma de conducir o por la pluralidad de los resultados causados.

En síntesis, la agravante exige, básicamente, la concurrencia de los siguientes elementos: una situación de conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria, un vehículo con motor, la ingestión de sustancias estupefacientes, que dichas sustancias hayan provocado en el agente una influencia determinante en la causación del resultado y un resultado típico (la muerte de una persona).

Lo peligroso de esta norma proviene del hecho que la ley ha introducido una presunción automática, iure et de iure, de culpabilidad, cargando en cabeza del conductor el resultado producido, aun cuando en el proceso judicial no se haya acreditado con la debida precisión que el factor determinante del siniestro (y su consecuencia) haya sido la ingestión del tóxico, pues no es lo mismo –ciertamente- “conducir” un automóvil con motor bajo la influencia de estupefacientes, que provocar la muerte de una persona “como consecuencia de la ingesta de sustancias estupefacientes”. Por consiguiente, en el proceso judicial deberá acreditarse claramente que la ingestión de la droga ha afectado la capacidad psicofísica del conductor y, “como consecuencia” de tal situación (no por estar “en tal situación”), se ha producido el accidente de tráfico con resultado mortal.

5. Conducción bajo determinado nivel de impregnación alcohólica

El tipo agravado requiere que el autor haya provocado la muerte de una persona, conduciendo un vehículo con motor con un nivel de alcoholemia igual o superior a un parámetro predeterminado en la norma legal, que el legislador ha establecido en 500 mg por litro de sangre en conductores de transporte público y en 1 g por litro de sangre "en los demás casos".

Se trata de una figura que contiene uno de los factores de riesgo más relevantes en la siniestralidad vial, el alcohol. Precisamente, en la Primera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Seguridad Vial, celebrada en Moscú en noviembre de 2009, se estimó una cifra anual de 1.200.000 muertos y 50 millones de heridos, calculándose que para 2020 la siniestralidad vial será la primera causa de mortalidad si no se adoptan urgentes medidas preventivas y sancionadoras [104].

En esta figura, contrariamente a la analizada en el párrafo anterior, no es necesario a los fines típicos que el alcohol haya provocado –aun cuando se haya podido determinar en el caso concreto una incidencia real en la conducta del agente-, efectos negativos afectando la capacidad de conducción del sujeto activo. Es suficiente para la consumación de la agravante que se acredite una ingestión igual o mayor de alcohol a los niveles permitidos legalmente. Dada estas cantidades, *iure et de iure* concurre la agravante.

Esta modalidad agravatoria de la conducta homicida no tiene precedentes en el derecho penal argentino, ni tampoco responde exactamente a figuras de similar factura de otros ordenamientos,

---

[104] Conf. Fernández Bermejo Daniel, El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol, La Ley penal, No. 119-2016, Madrid, disponible en www.UDIMA.es.

como por ejemplo Italia, cuyo Código penal prevé como agravante del denominado "*omicidio stradale*", la "conducción en estado de ebriedad alcohólica" (art. 589 bis) [105], que no es lo mismo, ciertamente, a conducir un automotor con un nivel de alcohol superior a una tasa previamente establecida en la ley. Con otros términos, a diferencia de la normativa italiana (ver supra el Capítulo sobre Derecho Comparado), entre nosotros no se presenta como requisito necesario, a fin de complementar interpretativamente el art. 84 bis CP, establecer en el proceso judicial el elemento "estado de ebriedad" (consumo excesivo de alcohol), pues el tipo penal no lo exige (ni, desde luego, debe ser objeto de comprobación judicial), sino solo establecer en el caso concreto que el conductor ha guiado el vehículo con motor con un nivel de alcohol igual o superior al porcentaje predeterminado en el propio precepto legal y, en ese estado, ha provocado la muerte de una o más personas.

Por lo tanto, estamos ante una infracción de carácter meramente formal, pues no es necesario que en el proceso judicial se acredite –como ya dijimos- que el conductor se encontraba en estado de ebriedad ni que el alcohol ha sido el factor determinante del resultado acaecido, es decir, que haya afectado la capacidad de conducción del autor del accidente de tráfico. Es suficiente con la ingesta de alcohol prestablecida en la ley para que resulte aplicable la agravante en forma automática (presunción *iure et de iure*).

La situación descripta revela una notable diferencia con la infracción administrativa, la cual consiste en "conducir en estado de intoxicación alcohólica" [106], estado no requerido por la norma penal, aunque tampoco en la norma administrativa se exige que el alcohol haya alterado de algún

[105] Conf. Scotti Silvio Francesco Giuseppe, La guida in stato di ebbrezza. Le novitá della legge 41/2016 sull´omicidio stradale, pags. 139 y sig., Giuffré Editore, Milano, 2016.

[106] Ley 24.449, art. 48: Está prohibido en la vía pública, a) Conducir con impedimentos físicos o psíquicos, sin la licencia especial correspondiente, en estado de intoxicación alcohólica o habiendo tomado estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir. Art. 86: El arresto procede solo en los siguientes casos: a) Por conducir en estado de intoxicación alcohólica o por estupefacientes".

modo la capacidad del conductor para guiar un vehículo –algo que no puede presumirse contra reo por la sola acreditación de una situación de intoxicación-, circunstancia que se acerca a lo establecido por la Ley 27.347 en torno a la ingesta de alcohol. De aquí que, en todo caso, el conductor no puede ser sometido a juzgamiento por ambas jurisdicciones (judicial y administrativa), sino que tiene preferencia la primera por sobre la segunda, para no incurrir en una violación del principio *non bis in ídem*.

Si bien es verdad que con la creación de esta agravante se simplifica la labor judicial en el sentido que ya no hará falta la prueba de la influencia que el alcohol pudo haber tenido en la conducción del automotor, no lo es menos que se trata de una hipótesis que carece de racionalidad, pues implica la introducción de una presunción de culpabilidad por el mero hecho de haber bebido el conductor del vehículo alcohol al margen de los límites permitidos, sin que resulte necesario en el respectivo proceso judicial la acreditación de que la ingesta de alcohol haya tenido alguna influencia negativa en el accidente de tráfico o haya disminuido la capacidad de conducir un automóvil.

Teniendo en cuenta que los efectos del alcohol nunca son idénticos en todas las personas, pues depende de muchos factores el grado de incidencia que pudiere tener en la conducta generadora del accidente de tráfico (el estado de las rutas, la velocidad, la hora en que se conducía el automotor, las condiciones climáticas y de visibilidad, la edad, etc. [107]), es posible que, pese a la ingesta superior a los límites permitidos, el sujeto no haya perdido su capacidad de conducir con seguridad el automotor, en cuyo caso y por razones de estricta justicia material, debería declararse la inaplicabilidad de la agravante. Pero, tal solución, en principio, no es posible en el sistema de la Ley 27.347, pues surge de la propia normativa que si se acredita en el proceso que el sujeto ingirió igual o mayor cantidad de alcohol que la permitida por el tipo penal, la consecuencia es,

[107] Conf. Carmona Salgado Concepción, en Derecho penal español, pag. 708, Madrid, 2005

indefectiblemente, la aplicación automática del tipo agravado. De esta manera, la tasa de alcoholemia pasa a convertirse en un elemento del tipo objetivo, cuya acreditación en el respectivo proceso judicial será suficiente para estimar consumada la agravante.

La incongruencia de este elemento típico como justificante de una penalidad agravada se percibe claramente cuando analizamos "todos" los elementos que deben concurrir para la aplicación de la agravante. Si el resultado muerte se produjo como consecuencia de la conducción imprudente o antirreglamentaria del automotor, ¿qué importancia podría tener en la pena que el autor haya o no ingerido cierta cantidad de alcohol, si la ingesta –aún más allá de los porcentajes permitidos- no ha tenido efectos nocivos en la conducción del automotor ni ha sido el factor causal del resultado producido, vulnerando el bien jurídico protegido?. Se trataría, en suma, de una mayor punición porque el sujeto ha bebido demasiado a lo autorizado legalmente (presunción contra reo), circunstancia que en todo caso podría justificarse como una infracción administrativa pero en modo alguno como una infracción penal.

Por otro lado, normas de esta clase son negativas y de alto riesgo para la seguridad jurídica pues, para la determinación del elemento típico agravatorio de la pena, bastará con que la autoridad preventora en el caso concreto (agente municipal, policía, gendarmería nacional, etc.) -ante la probable negativa del conductor de someterse a la prueba de alcoholemia, sea en sangre o por el método de espiración-, testimonie (constatación objetiva) sobre los síntomas somáticos externos que demuestran que el agente ha bebido o que se hallaba en los momentos previos al hecho bajo los efectos del alcohol, por ej. halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos, dilatación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, memoria confusa, rostro congestionado y sudoroso lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante, vómitos, comportamiento violento, ofensivo, eufórico, despectivo, circulación zigzagueante,

velocidad inadecuada, invasión de carril contrario, violación de señales de tráfico, etc. [108]. Con otros términos, bastará la prueba de alcoholemia aportada por la autoridad prevencional para que en el proceso judicial se tenga por acreditado el tipo agravado, circunstancia que, como se habrá de suponer, implica una peligrosa puerta a la inseguridad jurídica y a la violación de garantías constitucionales a favor del reo, entre otras, el principio de inocencia.

Si lo que el legislador ha perseguido con este tipo de agravantes es garantizar la seguridad en el tráfico automotor, tal vez hubiera sido más eficaz para el logro de tales objetivos -sin que esta mera referencia signifique una aprobación de la regulación de otros ordenamientos normativos, como por ej. España o Italia, en los que se ha tipificado un delito de peligro abstracto, más bien como delito autónomo modelado bajo un esquema doloso-, sancionar el solo hecho de conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas o en estado de ebriedad e introducir un incremento de la pena para los casos en los que se haya producido la muerte o la lesión de una o más personas. Pero no es este el caso que nos ocupa ni el modelo de imputación introducido por la reforma de la Ley 27.347, sino todo lo contrario, se ha incorporado a la ley una modalidad más –de las tantas que ya estaban incluidas originariamente en la cláusula general del art. 84 del Código penal-, puesto que tanto antes como después de la reforma, la ingestión de alcohol no tenía (o no debía de tener) incidencia en la pena como circunstancia agravante autónoma (salvo lo establecido en las cláusulas generales de los arts. 40 y 41 del CP), ni más ni menos que el exceso de velocidad o la conducción sin carnet habilitante por retiro por autoridad competente.

Con la reforma da toda la sensación que se ha concedido mayor relevancia, más que a la muerte de la víctima, al hecho de que el conductor haya bebido más de la cuenta, toda vez que este sólo hecho

[108] conf. Olmedo Cardenete Miguel, Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal, RECPyC, No.4-2002.

es el elemento que ha actuado como disparador de la mayor penalidad y no la circunstancia de que el alcohol haya sido el factor determinante de la muerte de la víctima, que en definitiva es de lo que se trata cuando hablamos de delitos vinculados al tránsito automotor contra la vida o la integridad física de las personas y no de delitos contra la seguridad vial en sentido estricto.

En síntesis, la impregnación alcohólica en el conductor del vehículo constituye, sin lugar a dudas, un grave factor de riesgo en el tráfico vial, pero el tipo penal demanda que los resultados vulnerantes del bien jurídico protegido (la vida o la salud) sean la consecuencia de una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria en la conducción de un automotor y no de la ingesta del alcohol; dados estos elementos, es suficiente para que proceda la aplicación del artículo 84 bis del Código penal; pero, si el conductor ha bebido alcohol más de la cuenta, igualando o superando los márgenes autorizados, entonces lo único que sucede es que podrá imponérsele una pena agravada, que se aumenta en un año tanto en el mínimo como en el máximo de la escala penal prevista en el segundo párrafo del mismo artículo. Eso es todo, lo cual nos permite insistir sobre un aspecto que ya destacamos anteriormente: la innecesariedad de la reforma penal proponiendo el aumento de la pena en estos casos pues, tal como hemos explicado, la ingesta del alcohol –según la interpretación que debe hacerse de la nueva regulación legal- ninguna incidencia tiene en la consumación del tipo penal, sino que sólo habrá de tenerse en cuenta a los fines de la graduación de la pena, la cual en vez de dos a cinco años (figura básica) habrá de ser de tres a seis años (figura agravada). La fórmula, como se ve, no ha sido afortunada ni tiene justificación alguna, salvo que se la mire desde el siempre difuso y refractante espejo de la política.

La alcoholemia es la cantidad de concentración de alcohol en sangre que se manifiesta en unidad de medida (tasa, relación, proporción), situación que se puede comprobar con muestras de aire alveolar (aire espirado) obtenidas mediante aparatos denominados etilómetros, que son instrumentos

destinados a tasar o medir el grado de concentración de alcohol en el cuerpo humano, o mediante el análisis de sangre u otros procedimientos análogos (también se usa el dominado alcoholímetro, que puede ser de tipo personal o profesional, modalidad portátil y con pantalla digital).

Se debe poner de relieve que estos aparatos, para que tengan valor de elemento probatorio en el proceso penal, deben estar, previamente a su empleo en los controles de alcoholemia, debidamente autorizados por la autoridad competente, debiendo ponerse especial cuidado en los etilómetros digitales, por su escasa confiabilidad en la obtención y precisión de los datos, en cuyo caso, cualquier duda razonable sobre los posibles errores que pudieren derivar del uso (o mal uso), móvil o fijo, de estos aparatos, deberá computarse en favor del reo.

Con arreglo a lo establecido en el 2do. párr. del artículo 84 bis, la tasa de alcohol ingerido por el conductor del vehículo con motor no debe superar, en el caso de transporte público, los 500 mg por litro de sangre, y en los demás casos, los 1 g por litro de sangre. Debido a que el alcohol en sangre –como antes se dijo- ninguna incidencia tiene en la perfección del tipo penal (salvo en el nivel de la pena), la prueba que se obtenga mediante el etilómetro –u otros instrumentos análogos (alcoholímetro)- dará lugar en forma automática a la aplicación del tipo agravado, aun cuando en el proceso se haya determinado con cierto grade de precisión que la ingesta alcohólica no fue el factor determinante del accidente de tráfico, situación fáctica que se acerca más a una infracción administrativa –meramente formal, pues basta la comprobación de la "intoxicación alcohólica" (art. 48, Ley 24.449)- que a una infracción penal, la cual debería requerir la constatación de que la ingesta de alcohol ha disminuido o afectado la capacidad de conducción, requisito no exigible por el art. 84 bis.

De aquí lo peligroso de este tipo de figuras –como ya se puso de relieve- pues posibilitan que en el control de alcoholemia realizado por la autoridad prevencional, se cometan abusos en la obtención de la prueba de la ingesta de alcohol, pues bastará –como antes se dijo- con que se produzca una constatación objetiva mediante signos externos para que la agravante sea directamente aplicable. Por ello, el debido contralor judicial y la correcta ponderación de la prueba, habrán de constituir un verdadero dique de contención del valor seguridad jurídica como principio rector de todo proceso judicial. Demás está decir que si en el caso concreto se presenta la situación inversa, esto es, una tasa de alcoholemia inferior a la dosis establecida normativamente, pero que –no obstante- se vio afectada la capacidad de conducir del sujeto activo y, como consecuencia, se produjo el resultado típico, no resulta aplicable la agravante sino la figura básica del art. 84 bis.

Ahora bien, es posible que el conductor, por la razón que sea, *se niegue a la realización de la prueba de alcoholemia* en los controles camineros llevados a cabo por la autoridad policial o municipal, entonces nos preguntamos ¿qué sucede en estos casos?, pues, si bien es cierto que con dicha prueba lo que se pretende determinar con cierto grado de certeza es la tasa de alcohol en sangre (o que el conductor está alcoholizado o embriagado), no lo es menos que dicha prueba se empleará en el proceso judicial como prueba de cargo contra el agente activo del accidente de tráfico. La pregunta, entonces, se torna de gran importancia práctica y podría tener varias respuestas, pero antes es preciso algunas explicaciones previas. En primer lugar, debemos recordar que el Código penal –a diferencia de otros ordenamientos, como por ej. España-, no incrimina a título delictivo el hecho de negarse a la realización del test de alcoholemia (tampoco es delito, desde luego, el hecho de embriagarse); por lo tanto, tal situación sólo podría encajar en la violación de una norma

administrativa [109], pero no en una norma penal. En segundo lugar, la constatación forzada de la prueba de alcoholemia en el conductor del vehículo, es decir, la obtención de la prueba de que el agente ha consumido alcohol en grado igual o superior a las tasas establecidas en la norma penal, se empleará, con toda seguridad, como prueba de cargo en el respectivo proceso judicial por homicidio culposo o lesión culposa, circunstancia que implicará, ciertamente, una violación al derecho constitucional de no autoincriminación.

No se trata, claro está, en una falta de colaboración en la administración de justicia por parte del agente activo (seguramente futuro imputado del delito agravado del art. 84 bis), sino en una falta de colaboración a su propia incriminación, que no es otra cosa que la preservación del derecho de toda persona imputada o sospechada de la comisión de un delito de guardar silencio (derecho de defensa en juicio). Lo contrario, implicaría privilegiar la situación de la autoridad frente a una eventual ofensa a su investidura (como una suerte de menoscabo al bien jurídico "principio de autoridad") por sobre el derecho de toda persona imputada a eludir la responsabilidad criminal o de negarse a prestar alguna colaboración en todo aquello que lo pudiera incriminar. Nadie que se encuentre imputado o sospechado de haber participado en la comisión de un delito, en cualquiera de sus grados, está obligado a colaborar con la administración de justicia, menos aún en un procedimiento orientado a comprobar su propia culpabilidad. En suma, la obtención forzada de la prueba de alcoholemia, aun contra la negativa del agente activo, constituiría una suerte de confesión de la autoría del delito obtenida sin el consentimiento del acusado, por cuanto el principio constitucional de no

[109] Ley 24.449, **art. 73**: CONTROL PREVENTIVO. Todo conductor debe sujetarse a las pruebas expresamente autorizadas, destinadas a determinar su estado de intoxicación alcohólica o por drogas, para conducir. La negativa a realizar la prueba constituye falta, además de la presunta infracción al inciso a) del artículo 48". A su vez, el **art. 48** establece: PROHIBICIONES. Está prohibido en la vía publica: a) conducir con impedimentos físicos o psíquicos, sin la licencia especial, en estad de intoxicación alcohólica o habiendo tomado estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir". El **art. 77** establece: "Constituyen faltas graves las siguientes: …h) no cumplir con lo exigido en caso de accidente…m) La conducción en estado de intoxicación alcohólica, estupefacientes u otra sustancia que disminuya las condiciones psicofísicas normales".

autoincriminación alcanza a la garantía a favor del imputado en no verse obligado a colaborar en la obtención de una prueba que obrará en su contra en el proceso judicial. Por lo tanto, cualquier tipo de colaboración obtenida bajo presión o coacción, es ilícita y no debe tener ningún efecto como prueba válida en el proceso.

Pretender judicialmente que sea el propio imputado el que aporte la prueba que lo incrimina, prestando el consentimiento para la realización del test de alcoholemia, no significa otra cosa que una grave violación del derecho de defensa en juicio y del principio de inocencia, circunstancia que habrá de provocar, como consecuencia, la nulidad absoluta del acta (instrumento público) en la que conste la prueba de la ingesta alcohólica del conductor del vehículo.

Repárese en que, en el ámbito administrativo, el sometimiento del infractor a la prueba de alcoholemia tiene carácter *obligatorio*, aun cuando ni siquiera haya participado en un accidente de trafico ni existan elementos indiciarios de haber cometido un delito vinculado al tránsito automotor [110], circunstancia que implica, ciertamente, la imposición forzada de una prueba que no solo obrara en su contra en el respectivo proceso de faltas y, eventualmente, en un proceso penal [111], sino que irrogara para el conductor la posibilidad de su detención cautelar y el secuestro del automotor [112].

En la doctrina española –cuyo código penal, como antes se dijo, incrimina la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, art. 383-, se sostiene (respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de negar a estas pruebas el carácter de declaración y, por lo tanto, no vulnerables del

[110] Ver nota 109.
[111] Conf., en un mismo sentido, Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal español, cit., págs. 186 y sig..
[112] Arts. 72 y 86. a), Ley 24.449. En rigor de verdad, la obligatoriedad de la prueba de alcoholemia impuesta por la normativa administrativa a todo infractor de tráfico, aun cuando no haya intervenido en el siniestro bajo ningún nivel de imputación, es inconstitucional por violación del derecho fundamental a no declarar en contra de uno mismo (art. 75.22 CN y art. 8. g), CADH), más aun si tenemos en cuenta que la prueba que se pudiere obtener del test de detección alcohólica implicara, además de la imputación de una falta grave, también la imputación de un delito agravado (art. 84 bis CP). Por lo tanto, la negativa a someterse a prueba diabólica del test de alcoholemia, puede fundarse en el resguardo de dichas garantías, e inclusive, en el derecho a una tutela judicial efectiva prescripta en el citado art.8 de la CADH.

derecho a no declarare culpable, siempre que haya sido realizada voluntariamente), que esta postura del Tribunal no resulta convincente, ya que cabe otorgar a dichas pruebas un carácter mixto de pericial y confesión y además desconoce que la "expresión" no tiene la palabra como único instrumento; un sujeto puede puede declarar o comunicar su culpabilidad por gestos o por el sometimiento pasivo a una prueba pericial de ésta índole, y, de la misma forma que un acusado puede negarse a firmar un papel de cara a una pericial caligráfica, puede también negarse a la realización de estas pruebas, sin que dicha negativa pueda actuar como presunción en contra de él [113].

En definitiva, hay que dejar bien sentado que el test de alcoholemia implica una suerte de declaración autoinculpatoria, que no puede –salvo el consentimiento informado del imputado- ser considerada prueba válida en el proceso [114].

---

[113] Conf. Gómez Pavón Pilar, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 4ta. Ed., Bosch, Barcelona, 2010. De la misma, La Jurisprudencia constitucional sobre la prueba de alcoholemia, disponible en www.boe.es. Ver, al respecto y con cita de estas opiniones, Muñetón Villegas Juan Camilo, La negativa a realizarse la prueba de embriaguez con fundamento en el derecho de no autoincriminación. Una mirada desde Colombia y España, disponible en dialnet.unirioja.es y en Revista Nuevo Foro Penal, Vol.II-85, Universidad EAFIT, Medellín, 2015. En opinión de González Rus, si bien puede no tratarse de una declaración en sentido estricto, los efectos de la prueba vienen a coincidir con los de una eventual declaración. En este sentido, el sometimiento a una pericia de estas características sí que constituye un modo con el que el sujeto expresa o exterioriza su propia culpabilidad (cit. por Muñetón Villegas, op.cit., pag. 26). En una misma dirección, González Cussac y Vidales Rodríguez, -haciendo referencia a la sentencia del Pleno del TC No. 161/1997, que declara la compatibilidad de estas pruebas con la Constitución-, señalan que dicha doctrina debe ser revisada, en la medida que en la actualidad la mera conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a la establecida es constitutiva de delito, con lo que a través de la intimidación penal se obliga al conductor requerido a aportar una prueba que directamente lo incrimina, con las repercusiones constitucionales que ello tiene, por lo que es de lamentar que no se haya desterrado del texto punitivo este tipo de preceptos (conf. La reforma del Código penal en materia de seguridad vial, págs. 56 y sig., disponible en www.rexurga.es/pdf/COL248.pdf). La opinión de estos autores cabe perfectamente entre nosotros con referencia a la figura agravada que estamos comentando, pues queda muy claro que la negativa a prestarse a la prueba de alcoholemia no tiene otra razón más que evitar la producción de una prueba que a la postre habrá de obrar en contra del propio sujeto imputado.

[114] Repárese en lo peligroso de elemento típico de agravación que, si se tratara de un funcionario público el que se niega al test de alcoholemia, en la creencia de que puede ser usado como prueba en su contra en el proceso contravencional, puede ser sometido –como ya ha sucedido- a medidas sancionatorias más duras, como lo es, ciertamente, el juicio político (caso de destitución del juez neuquino Marcelo Muñoz, por haberse fugado del lugar del accidente y negarse al control de alcoholemia, información disponible en pensamientopenal.org, 19/02/17). En España, el Tribunal Constitucional estimó conforme con la Constitución el art. 383 que pena con prisión la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, por cuanto –dijo- "la verificación de dicha prueba supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico rodado; un sometimiento que no viola los derechos de presunción de inocencia, de defensa y a no declarar contra uno mismo, porque al no ser una declaración no puede vulnerar el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse

La norma distingue la tasa de alcohol prohibida según se trate de la conducción de un *transporte público* y de *todo otro vehículo con motor* ("en los demás casos", dice la ley) que no reúna tal característica. El primer caso se trata de aquellos vehículos que se ocupan habitualmente del transporte de personas y cosas y que pueden ser utilizados por cualquiera, siempre que estén provistos de motor para su propulsión. Quedan fuera del concepto aquellos vehículos movidos por energía humana o animal, aunque sean usados para el transporte de personas o cosas, por ej. bicicletas, triciclos, carros, etc., como así aquellos que se desplazan mediante el empleo de energía eléctrica, como los tranvías. Si bien la norma contiene un concepto indeterminado al establecer "en los demás casos" para determinar el límite de la tasa de alcohol tolerada, se debe entender que la expresión abarca a "todo vehículo con motor que no sea de transporte público", de manera, entonces, que quedarían comprendidos en dicho concepto los automóviles, ciclomotores, motocicletas, camiones, etc., siempre que, insistimos, se encuentren propulsados por motor y no se dediquen el transporte público de personas o cosas.

6. Conducción a velocidad excesiva

culpable; y porque como no pasa de ser una pericia de resultado incierto no equivale a una autoinculpación, y por ende no lesiona el derecho a la presunción de inocencia" (SSTC 161 y 234/1997, cit. por Orts Berenguer E., en Delitos contra la seguridad colectiva, Derecho penal, parte especial, cit., pág. 613). Sin embargo, este mismo autor ha expresado que "conminar con pena a quien se niega a someterse a una prueba que puede incriminarle directamente, puede recortar su derecho de defensa y presenta problemas de constitucionalidad que acaso obliguen a revisar aquella jurisprudencia (ob. y autor cit., pág. 613; con una misma opinión, Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal español, cit., págs. 186 y sig.).

El texto legal establece que, por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo a motor, se causare la muerte de otra persona, "*conduciendo en exceso de velocidad de más de 30 km. por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho*".

La figura no tiene precedentes en el historial del Código penal, pero tampoco tiene ninguna justificación que no sea únicamente la de lograr una "buena excusa" para imponer una mayor penalidad al conductor desaprensivo que excede los límites de velocidad permitidos legalmente, pues no otra cosa puede pensarse de una norma cuyo texto puede leerse de la siguiente manera: "será penado el que por la ***conducción imprudente*** *o antirreglamentaria* de un vehículo con motor, causare a otro la muerte ***conduciendo*** *en exceso de velocidad de* ***más de treinta kilómetros*** *por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho*".

La sinonimia conceptual es tan notoria –y a la vez tan absurda e innecesaria- (el exceso de la velocidad permitida implica siempre una conducta imprudente) que seguramente habrá de generar problemas de interpretación de insospechables consecuencias en la práctica tribunalicia.

Pero, buscando el lado positivo de la norma, se puede decir que una posible ventaja se aprecia en la circunstancia de que se establece una tasación de la acción típica, un parámetro de velocidad que evita, no solo la posibilidad de interpretaciones contradictorias, según cual fuere la normativa administrativa que rija al momento y en el lugar del hecho, sino que facilita la prueba en los procesos judiciales y produce, naturalmente, una descongestión del sistema penal.

El plus de velocidad que se establece en la norma es el factor que diferencia el delito de la infracción administrativa [115], pues el delito requiere para su consumación como tipo agravado que *el conductor circule a una velocidad de más de treinta kilómetros a la máxima permitida legalmente* y,

[115] Conf. Corcoy Bidasolo Mirentxu, Política criminal de la seguridad vial y garantías constitucionales, Instituto de Seguridad Pública de Catalunya, 2013.

como consecuencia, provoque la muerte o la lesión de una persona, mientras que la infracción administrativa se configura con el solo hecho de traspasar el límite de velocidad permitido por las normas que regulan el tránsito automotor.

En Argentina rige la Ley Nacional de Tránsito No. 24.449 [116], con su modificatoria Ley de Tránsito y Seguridad Vial No. 26.363/2008 [117], aplicable en todo el territorio nacional y, tratándose la normativa que estamos comentando de una ley penal en blanco, debemos necesariamente remitirnos a la mencionada ley nacional para determinar los límites de velocidad e integrar el tipo penal.

Con arreglo a la citada ley nacional de tránsito (arts. 51 y 52), los límites máximos de velocidad se discriminan por zonas, de la siguiente manera:

ART. 51. VELOCIDAD MAXIMA

a) *ZONA URBANA*

1. En calles: 40 km p/h –

[116] La provincia de Corrientes adhirió a la Ley Nacional No. 24.449/95 mediante la Ley No. 5037, de 30 de noviembre de 1995, incorporando, al mismo tiempo, al Código procesal penal de la provincia el art. 307 bis, con el siguiente texto: "En las causas por infracción a los artículos 84 y 94 del Código penal, cuando las lesiones o muerte son consecuencia del uso de automotores, el juez podrá en el auto de procesamiento inhabilitar provisoriamente al procesado para conducir, reteniéndole a tal efecto la licencia habilitante, y comunicando la resolución al Registro Nacional de Antecedentes de Tránsito y a la autoridad que otorgó la licencia para conducir. Esta medida cautelar durará como mínimo tres meses y puede ser prorrogada por períodos no inferiores al mes, hasta el dictado de la sentencia. La medida y sus prorrogas pueden ser revocadas y apeladas". Una disposición similar trae el Código procesal penal de San Luis (art. 147). La provincia del Chaco adhirió a la Ley nacional por Ley No. 4488, de 10 de junio de 1998. Formosa lo hizo mediante la Ley No.1150/97.

[117] La provincia de Corrientes ha adherido a esta ley mediante la Ley No. 5910 de 04 de noviembre de 2009. La provincia del Chaco lo hizo mediante la Ley No. 6241, de 28 de noviembre de 2008. La provincia de Formosa por la Ley No. 1521 de 05 de junio de 2008.

Delito: 71 km p/h [118]

2. En Avenidas: 60 km p/h –

   Delito: 91 km p/h

3. En vías de semaforización coordinada (para motocicletas y automóviles): la velocidad de coordinación de los semáforos – **Delito: dependerá de la velocidad determinada por la autoridad competente**

b) ZONA RURAL

1 Para motocicletas, automóviles y camionetas: 110 km p/h – **Delito: 141 km p/h**

2 Para microbús, ómnibus y casas rodantes motorizadas: 90 km p/h –

Delito: 121 km p/h

3 Para camiones y automotores con casa rodante acoplada: 80 km p/h –

[118] Recordemos que el delito requiere, además de la velocidad excesiva, consistente en la superación de los parámetros establecidos en el propio precepto penal, que se haya provocado la muerte de una o más personas con motivo de la conducción de un vehículo con motor. Mientras no suceda este resultado, la conducta queda en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

Delito: 111 km p/h

4 Para transportes de sustancias peligrosas: 80 km p/h

Delito: 111 km p/h

c) En *SEMIAUTOPISTAS*: igual que en zona rural para todo tipo de vehículos, salvo para motocicletas y automóviles que es de 120 km p/h –

Delito: 151 km p/h

d) En *AUTOPISTAS*: igual que en zona rural, salvo para motocicletas y automóviles que es de 130 km p/h

Delito: 161 km p/h,

y los del punto 2) que es de 100 km p/h

Delito: 131 km p/h

e) *LÍMITES MÁXIMOS ESPECIALES*:

1. En encrucijadas urbanas sin semáforo: nunca superior a 30 km p/h **Delito: 61 km p/h**

2. En pasos a nivel sin barreras ni semáforos: nunca superior a 20 km p/h

   Delito: 51 km p/h

3. En proximidad de escuelas, deportivos y de gran afluencia de personas, durante su funcionamiento: no mayor de 20 km p/h D**elito: 51 km p/h**

4. En rutas que atraviesan zonas urbanas, salvo señalización en contrario: 60 km p/h

   Delito: 91 km p/h

Art. 52. LIMITES ESPECIALES

1. *MÍNIMOS*

   1.1. En zona urbana y autopistas: la mitad del máximo fijado para cada tipo de vía (**delito: agregar 31 km p/h a la mitad de los máximos establecidos en el art. 51, letra a), Nos. 1, 2 y 3, y letra d**)

1.2. En caminos y semiautopistas: 40 km p/h (**delito: 71 km p/h),** salvo los vehículos que deban portar permisos, y las maquinarias especiales

1.3. Promocionales: para promover el ahorro de combustible y una mayor ocupación de automóviles, se podrá aumentar el límite máximo del carril izquierdo de una autopista para tales fines (**delito: depende de la velocidad indicada por la autoridad de aplicación)**

Demás está decir que, como en otras hipótesis de este artículo (por ej. la prueba de alcoholemia en caso de ingesta de alcohol), deberá acreditarse en el proceso respectivo que el autor del homicidio conducía el automotor a una velocidad superior a los límites establecidos en el propio precepto penal (más de treinta kilómetros de la velocidad permitida en el lugar del hecho), elemento del tipo objetivo que configura el puente hacia la mayor penalidad, que sólo será posible probar a través de las mediciones que se lleven a cabo mediante los medios tecnológicos (cinemómetros) y físicos (correcta señalización viaria) con que se cuente oficialmente. Cualquier error en los equipos de detección de velocidad, sea por irregularidades en el manejo, mal funcionamiento, ausencia oficial de homologación del aparato, falta de constancia en el proceso judicial de las características del cinemómetro y del margen de error posible, determinado científicamente, etc., deberá hacerse jugar a favor del imputado.

Como se puede observar, es suficiente para la concurrencia de la agravante con que se constate en el caso concreto que el conductor conducía el vehículo a una velocidad superior a la permitida en el lugar del hecho, en los términos del precepto penal, prueba que deberá provenir, indefectiblemente, de la comparación entre la velocidad detectada del vehículo con la velocidad autorizada en la vía pertinente, circunstancia que vuelve a presentar ciertos aspectos problemáticos, pues estamos de nuevo frente a una presunción *iure et de iure* de culpabilidad, ya que no será necesario en el proceso judicial que se acredite prueba alguna vinculada a la relación causal entre el exceso de velocidad con el resultado producido. De manera que, si los registros mecánicos o tecnológicos del automóvil (por ej. el tacómetro) informan una velocidad superior a la permitida en el lugar del hecho, la agravante será aplicable automáticamente, aun cuando la velocidad no haya sido el factor causal del accidente.

7. Inhabilitación por autoridad competente

En esta hipótesis, la agravante consiste en causar la muerte de una persona conduciendo un vehículo con motor de forma negligente, imprudente o antirreglamentaria, estando *inhabilitado por autoridad competente* para conducir automotores. Se trata de una desobediencia a la normativa administrativa devenida en delito, pero –recordemos- no como una mera infracción violatoria de los reglamentos de tráfico, sino como un verdadero delito culposo que requiere, en su grado consumativo, la muerte o una lesión en otra persona.

La incorporación de esta agravante conforma otra absurda medida legislativa para justificar el incremento de la pena, pues, en rigor de verdad, ninguna incidencia debiera tener este tipo de desobediencias en la imputación de un hecho culposo, toda vez que el delito no consiste en conducir

estando inhabilitado para ello, sea por una autoridad administrativa o judicial, sino en causar la muerte de un tercero por una conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria del automotor. Si el agente estaba inhabilitado para conducir automotores, tal situación en nada hace cambiar el nivel de imputación, sino únicamente el monto de la pena. Se trata, en suma, de una curiosa situación: de una pena de inhabilitación deriva una pena de prisión, con lo cual la situación se presenta como un mero reforzamiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales. Pero, ¿no era suficiente con las normas de los artículos 20, 239 o 281 bis del Código penal?.

La sanción que inhabilita al agente a conducir automotores debe ser impuesta en forma exclusiva por la autoridad judicial, luego de un proceso llevado a cabo de acuerdo a las normas legales y constitucionales y ser aplicada por sentencia. Sin embargo, algunos Códigos procesales provinciales han establecido la sanción como medida cautelar durante el curso del proceso, por lo general al momento del dictado del auto de procesamiento, por ej. Corrientes (art. 307 bis). No obstante ello, resulta aconsejable que la sanción sea aplicada por sentencia, a fin de respetar el principio de inocencia que campea durante todo el proceso judicial. Es por ello que la violación de la inhabilitación solo debiera tenerse en cuenta a los fines de la pena del homicidio culposo o de la lesión culposa, cuando es cometida durante la ejecución de la sentencia condenatoria.

La agravante no alcanza a quienes, en los términos exigidos por la norma penal, conducen un automotor sin permiso o licencia habilitante, sea por no haberla obtenido nunca, por robo a extravío o por cualquier otra causa que no fuera la de no conducir por orden judicial.

El tiempo de duración dependerá, ciertamente, del tiempo de duración de la condena, afectando tanto a quien posee licencia para conducir automotores como a quien carece de ella, pues no podrá

obtenerla durante el tiempo de la condena, alcanzando a todo tipo de vehículo con motor, no sólo a aquel con el cual se cometió la infracción de tránsito.

Por último, no parece que la mayor penalidad impuesta por la circunstancia de una desobediencia a una resolución judicial, sin ninguna incidencia en el tipo de injusto, tenga una razonable justificación político criminal. Bien podría darse el caso de quien, en la conducción de un automotor estando inhabilitado para ello judicialmente, siendo un experto conductor, provoque la muerte de una persona; en este caso, la circulación con automotores estando inhabilitado ya implicaría una violación de una norma de circulación vial (arts. 40, 72 b-6, 77 b-d, ley 24.449), por lo tanto, se trataría de una conducta antirreglamentaria (art. 84 bis, 1er. párrafo, CP), circunstancia que habilitaría, por ese sólo hecho, la aplicación de la mayor penalidad (art. 84 bis, 2do. párrafo, CP). No tiene, ciertamente, la misma gravedad conducir un vehículo con motor estando inhabilitado judicialmente que hacerlo bajo los efectos de estupefaciente o con niveles de alcohol en sangre superiores a los permitidos; más bien, no sólo carece de los efectos preventivos de toda pena sino que impacta contra el principio de proporcionalidad al configurar una sanción ineficaz e innecesaria. La agravante carece absolutamente de entidad para configurar un tipo penal, pues –como pone de relieve Polaino Orts-, se trata de un delito de mera desobediencia, en cuya configuración no se tiene en cuenta la peligrosidad penal ni la lesión de bien jurídico-penal alguno [119], o como destaca Miró Llinares, no se puede negar que la tipificación de este delito supone la punición con pena de prisión de un comportamiento inocuo para la vida y la salud de las personas[120].

[119] Conf. Polaino Orts Miguel, Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española, en Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz, Facultad de Derecho, UNAM, pag. 682, México, 2011.

[120] Conf. Miró Llinares Fernando, El moderno Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso, InDret, pag.13, Barcelona, julio de 2009. Dice este autor que con este delito, se impedía la efectividad de un instrumento policial esencial para la eficacia de la política pública en materia vial. De manera que el Derecho penal ya no es el último reducto que persigue los comportamientos más peligrosos para los bienes jurídicos más importantes, sino que en él cabe ya la

Es más que evidente que lo que se ha perseguido con la sanción de la Ley 27.347 es castigar ciertas y determinadas conductas peligrosas que conllevan en sí mismas un potencial suficiente como para incrementar el riesgo de un accidente de tráfico. De otro modo, no tendría justificación la mayor punición de esta clase de conductas. Si la intención del legislador al incorporar esta hipótesis específica como agravante del homicidio y la lesión culposos, ha sido establecer una respuesta penal rigurosa al caos del tránsito vial en Argentina, la solución no ha sido, desde luego, la más acertada.

La mayor penalidad para este tipo de situaciones no tiene ninguna justificación desde el punto de vista jurídico-penal, pues si el fundamento de la agravante es la mayor peligrosidad que para el bien jurídico protegido representan esta clase de conductas, no se advierte qué peligrosidad puede existir en la conducción de un automotor por parte de un sujeto que está inhabilitado por autoridad competente para hacerlo, salvo que se entienda que el bien jurídico protegido en estos casos no es la vida ni la integridad física de las personas sino la "autoridad competente (policial o judicial)", la "seguridad del tráfico" o la "administración pública". Si esto así, no caben dudas que no es la seguridad vial la que se encuentra en peligro por comportamientos de esta clase (ni siquiera la vida o integridad física de las personas), sino los principios de intervención mínima, de proporcionalidad y de exclusiva protección de bienes jurídicos de un Derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho.

8. Violación de las indicaciones del semáforo

---

persecución de muchas otras conductas, sean o no peligrosas, si con su punición parece lograrse el efecto preventivo de que se trate. Porque, y esto es importante, el legislador sigue buscando la prevención, pero de forma diferente: ya no se trata de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de las mismas, sino de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de todo aquello que, más o menos directamente, pueda perjudicar la puesta en práctica de las medidas policiales y judiciales establecidas por el gobierno para lograr el fin preventivo último de que se trate. Se trata –termina diciendo este autor-, como ha caracterizado Díez Ripollés, del último paso de la tendencia expansiva: de los delitos de peligro concreto a los de peligro abstracto, y de estos a los delitos de "obstaculización de funciones de control" (op.cit., pag.13).

La Ley Nacional de Tránsito No 24.449, en el artículo 44, establece las normas de circulación en vías semaforizadas a las que deben ajustarse todos los ciudadanos en la conducción de un automotor y de otros vehículos contemplados en la normativa. La violación de estas reglas importa una infracción administrativa que acarrea sanciones de igual naturaleza. La violación a esas reglas, desde el punto de vista penal, también tiene como consecuencia una pena de prisión si a ella se asocia un resultado mortal o lesivo para terceros.

El artículo 84 bis establece que corresponderá la mayor penalidad si el conductor del vehículo a motor, desplegando una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria, causa la muerte de otra persona, *violando las indicaciones del semáforo*, o sea, cuando no respeta las reglas establecidas en las normas de tránsito citadas, por ej. cruzar un semáforo cuando está encendida la luz roja (fija o intermitente), pues es en estos casos en los que la norma administrativa establece la detención del automotor.

La agravante carece de justificación, pues la violación de una señal semaforizada implica, en sí misma, una conducta negligente o antirreglamentaria, modalidades conductuales que ya están previstas como formas de la culpa en el párrafo primero del artículo 84 bis. Nada hubiera cambiado si esta agravante no hubiese sido incorporada al Código penal, pues la pena habría podido regularse con arreglo a la escala penal del primer párrafo del artículo mencionado. Por lo tanto, tal vez sea aconsejable su derogación.

9. Violación de la señal de tránsito que indica el sentido de circulación

La *circulación de contramano* (arts. 48. c y 77. a, Ley 24.449), esto es, en sentido contrario a lo que indican las señales de tránsito, siempre ha sido una grave transgresión de la seguridad en el tráfico rodado, y si a ello sumamos que, por la reforma penal, acarrea un incremento de la pena privativa de libertad prevista para el homicidio y la lesión culposos, debemos convenir que estamos frente a una falta grave, no sólo de naturaleza administrativa, sino con consecuencias punitivas considerables.

Como es de suponer, el delito no consiste en circular de contramano; esta conducta continúa siendo una falta administrativa. Lo punible penalmente es causar la muerte o un daño físico o psíquico a una persona por circular de contramano, que no es otra cosa que circular conduciendo un automóvil con motor en forma antirreglamentaria, al no respetar las normas que regulan el tránsito automotor.

La agravante no tiene ninguna justificación, pues –al igual que la hipótesis anterior- la graduación de la pena privativa de libertad siempre ha sido posible con arreglo a la escala prevista para el homicidio o las lesiones culposos. Por lo tanto, como en otros casos regulados por la reforma penal, sería conveniente su derogación como figura agravada.

10. Picadas ilegales. Remisión.

Con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 84 bis del Código penal, a la muerte culposa ocasionada por la conducción negligente, imprudente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, le corresponde una mayor penalidad (de tres a seis años de prisión) “*cuando se dieren las*

circunstancias previstas en el artículo 193 bis", esto es, cuando el autor del homicidio o de la lesión culposos se encontrare en alguna de las situaciones contempladas en dicha disposición legal en los momentos previos a la colisión de tráfico del que ha resultado la muerte de una o más personas.

La remisión de la ley a la figura prevista en el artículo 193 bis y la modificación que se hace de ella en el artículo 5 de la Ley 27.347, nos obliga a situarnos en el análisis de este tipo penal y a repensar algunos aspectos de su nueva regulación, para lo cual remitimos al lector a cuanto se dice supra de este mismo capítulo.

No obstante, se puede afirmar que una de las soluciones posibles para determinar con cierto grado de certeza la concurrencia de la agravante en ocasión de cometerse un homicidio culposo o una lesión culposa, y evitar tener que recurrir a las normas generales del concurso de delitos, es tornar aplicable el principio de especialidad y dejar indemne la figura incorporada por la ley 27.347, la cual incluye la muerte o la lesión culposa como resultado principal como consecuencia de una competencia de velocidad no autorizada. De otro modo, se debería recurrir, incorrectamente, a las reglas del concurso de delitos para penalizar dos hechos distintos, la competencia ilegal de velocidad y el resultado producido (muerte o lesión), con arreglo a lo establecido en el art. 55 del Código penal. A todo ello, hay que sumar que el bien jurídico protegido en los tipos penales del articulo 193 bis, no es, ciertamente y como se verá más adelante, ni la seguridad del tránsito automotor o la seguridad vial ni los medios de transporte, sino la vida y la integridad física de las personas en general, todo lo cual torna aplicable –por la misma remisión que realiza la norma penal- la agravante del artículo 84 bis si los resultados se produjeren durante una carrera de velocidad no autorizada o en cualquiera de las otras circunstancias previstas en el artículo 193 bis.

11. Conducción con culpa temeraria

Esta agravante concurre cuando el conductor del vehículo con motor causare la muerte de alguna persona "*con culpa temeraria*". La fórmula empleada por el legislador para caracterizar este tipo de conductas, no deja de causar cierto escozor a la hora de intentar su interpretación, pues se trata de un concepto jurídico, además de indeterminado, difícil de definir debido a su componente subjetivo, que puede hacer pensar que estamos frente a una conducta dolosa. Sobre todo, por cuanto la norma habla de "conducción con culpa temeraria" –que es el elemento del tipo penal-, que no es lo mismo que decir "conducción temeraria", pues esto último sí puede ser interpretado como una conducta dolosa.

Tradicionalmente, la expresión "temeridad" ha sido entendida como equivalente a "imprudencia", inclusive se habló de "imprudencia temeraria o grave" para calificar este tipo de acciones como de las formas más graves de la culpa, siendo reconocido mayoritariamente como un elemento subjetivo perteneciente a la categoría dogmática de la culpabilidad. Pero ello no quiere decir que el legislador haya introducido un elemento subjetivo doloso en el tipo subjetivo de esta clase de figuras, pues ello produciría una verdadera distorsión en el sistema de los delitos culposos.

Para el Código penal –contrariamente a otros ordenamientos, como por ej el español, que no contempla la incriminación imprudente en el delito de conducción con temeridad manifiesta (art.381) [121]-, temeridad significa culpa, debiéndose entender por dicha fórmula "una grave infracción de las normas de cuidado", "un evidente incumplimiento de los más elementales deberes de prudencia en la conducción de un automotor". En suma, temeridad como imprudencia grave, o en palabras de Orts

[121] Este precepto del Código penal español ha sido fuertemente criticado por la doctrina, entendiendo que no sólo es innecesario, confuso y ambiguo, sino porque va a plantear problemas prácticos pues al establecer unos determinados límites de velocidad y de alcohol se corre el riesgo de que jueces y tribunales entiendan que sólo y exclusivamente pueda ser calificada de temeraria la condición en la que concurran ambas circunstancias como, por otra parte, ya ha sucedido (Con esta opinión, Rosario De Vicente Martínez, Seguridad vial y derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor, op.cit., pag. 11.

Berenguer conducir con temeridad manifiesta equivale a manejar los mecanismos de dirección de un vehículo a motor o ciclomotor con omisión de la diligencia más elemental exigible a un conductor medio, debiendo utilizarse como parámetros las normas que regulan la circulación vial, con lo que puede decirse que la temeridad manifiesta equivale a imprudencia grave" [122].

Tratándose, como antes dijimos, de un concepto jurídico indeterminado, sin una definición normativa que nos auxilie en su interpretación, circunstancia que necesariamente habrá de ser sometida a la valoración judicial para dotar de contenido al término, se puede decir que el ejemplo más notorio de temeridad es el exceso de velocidad. Pero, pareciera ser que no se trata solamente de una grave infracción administrativa a las normas de circulación vial reguladas en la Ley nacional de Tránsito, pues ello se encuentra ya previsto en la figura relativa a la conducción con velocidad excesiva, sino en una conducta de mayor gravedad que la simple desobediencia a las normas que regulan la circulación automotriz. De otro modo, carecería de justificación que el legislador haya incluido dos conductas que, si bien son conductas diversas desde el punto de vista gramatical, tienen un idéntico sentido conceptual, en una misma disposición penal y sometidas a una misma penalidad. De aquí que entendamos, no sólo superflua e innecesaria la introducción de esta fórmula al sistema regulador de la culpa en el código penal, sino una huida peligrosa hacia una evidente situación de inseguridad jurídica, al dejar en manos del juez la interpretación del concepto.

No obstante lo expuesto, creemos que, forzadamente, puede hacerse una distinción entre velocidad excesiva y culpa temeraria. En el primer caso, es suficiente para la consumación típica de la agravante que el agente iguale o supere los límites de velocidad establecidos en la ley, mientras que la conducción con culpa temeraria requiere algo más que la mera constatación de una velocidad excesiva (pues, de lo contrario, se presentaría una contradicción conceptual inalterable): es necesario,

[122] Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la seguridad vial, Derecho penal, parte especial, cit., pags. 606 y sig.

además, valorar las circunstancias concretas en las que se desarrolló la acción de conducir, como ser, el estado de la vía de circulación, intensidad del tránsito, la zona de circulación, el clima, la presencia de peatones, las características del vehículo, el estado físico y psíquico del conductor, diversas formas peligrosas de conducir el automotor, la velocidad impuesta al vehículo, no respetar las ordenes de la policía de tránsito o de importantes señales de tráfico, conducir de contramano por varios cientos de metros, invadir el carril contrario de circulación, etc., para que se pueda justificar, dogmáticamente, la aplicación de la agravante.

En una palabra, el concepto de culpa temeraria viene a ser –como antes se dijo- un concepto jurídico indeterminado, de carácter normativo, abarcativo de todas las demás formas de culpa previstas en el 2do. párrafo del art. 84 bis del Código penal. Por lo tanto, por un lado será el Ministerio Público el encargado de aportar al proceso los elementos de prueba de la conducción del vehículo con motor "con culpa temeraria" (constancia del test de alcoholemia, toma fotográfica del automóvil, el acta en la que conste el exceso de la velocidad, testimonios, etc.) y, por otro lado, será el juez quien decida, a través de un juicio de valoración *ex post*, tener por acreditado o no en el proceso respectivo la concurrencia de este elemento agravatorio del delito. Como se ve, este novedoso factor de agravación del homicidio y las lesiones imprudentes, implicará más problemas que soluciones en la determinación de la hipótesis legal. Como dijimos, una fórmula innecesaria e inútil.

Pero, una cosa más debe quedar en claro: culpa temeraria no significa conducta dolosa (ni siquiera eventual). Como ya se dijo, temeridad equivale a imprudencia grave, en suma, a culpa. Causar la muerte de una persona conduciendo un automotor con culpa temeraria, no es más que un homicidio culposo agravado por la concurrencia de una forma especial de culpa, la culpa temeraria. Esta ha sido la decisión del legislador, no solo por haber introducido la fórmula en el ámbito del homicidio y las

lesiones culposas, sino por la menor penalidad que presenta con respecto al homicidio y a las lesiones dolosas.

Es de recordar que el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 (conocido como Proyecto Zaffaroni), introdujo un artículo, el 83.2, cuyo texto establecía: "*Si el resultado fuere plural, o si la infracción al deber de cuidado fuere temeraria, el máximo de la pena de prisión será de ocho años*". De esta manera, el Anteproyecto vino a incorporar al sistema penal –además del dolo y la culpa-, una tercera categoría dogmática, la "culpa temeraria", a caballo entre el dolo y la culpa y únicamente para los delitos contra las personas. La idea de esta nueva categoría normativa en el Anteproyecto fue, sin duda, evitar la punición de homicidios culposos con la pena del homicidio doloso con dolo eventual, adecuando la penalidad al principio de proporcionalidad. Pero, creemos que la indeterminación conceptual de esta categoría intermedia así como el monto exagerado de la pena, hubieran provocado más problemas que soluciones a la hora de resolver los casos límite en los siniestros viales.

12. Pluralidad de resultados

La multiplicidad de víctimas fue prevista por primera vez en el Código penal con motivo de la reforma de la Ley 25.189, que incluyó esta agravante para cuando el homicidio culposo fuere ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor (art. 84, 2do. párr.., 2do. parágrafo), regulación que se mantuvo en artículo aparte con la reforma de la Ley 27.347, puniendo con una escala penal de tres a seis años de prisión "*cuando fueren más de una las víctimas fatales*".

Como hemos dicho, la innovación de la reforma sólo ha tenido incidencia en la pena, pues el tipo de injusto se mantiene como en los términos de la Ley 25.189, salvo en lo que hace a la eliminación del adjetivo "inexperta", que poca o ninguna relevancia tuvo –ni tiene actualmente- en la configuración del tipo penal.

En suma, la agravante concurre cuando el conductor ha provocado la muerte de dos o más personas, sin que para ello tenga alguna incidencia que el hecho se haya consumado conduciendo el automotor con exceso de velocidad, bajo la influencia de tóxicos o bebidas alcohólicas, no respetando las señales de tránsito, etc. Es suficiente con la pluralidad de resultados, pero la concurrencia de dos o más agravantes no multiplica la penalidad, sino que la gravedad del hecho habrá de medirse con arreglo a la escala penal de la nueva disposición penal.

13. El secuestro del automotor.

El vehículo con motor con el cual el conductor ha protagonizado el accidente de tránsito debe ser considerado instrumento del delito y puede ser secuestrado por la autoridad judicial, como medida cautelar, en el respectivo proceso penal, inclusive desde las primeras instancias de la investigación preliminar, esto es, desde el mismo momento en que se ha tomado conocimiento de la ocurrencia del hecho. La medida es facultativa, no obligatoria, y debe ser transitoria, no definitiva, con mayor razón en aquellos casos en los que el automóvil pertenece a un tercero de buena fe que no ha tenido ninguna intervención en el hecho ilícito (por ej., cuando el automotor ha sido objeto de un robo y, posteriormente, el ladrón ocasiona un accidente de tránsito con víctimas fatales, o cuando se tratare

de un caso de conducción por un sujeto inhabilitado judicialmente, etc.), en cuyo caso debe serle devuelto una vez que se hubieren realizado los trabajos periciales correspondientes.

Pero, el secuestro del vehículo –aun considerado como "prueba del hecho"- no debe ser necesariamente una medida imprescindible en el proceso penal, sino que habrá de considerarse cada caso en particular para que la incautación del objeto este legítimamente justificada, por ej. no tendría ninguna razonabilidad secuestrar el automóvil de quien lo ha conducido bajo una prohibición de autoridad competente, salvo que se pretendiera determinar, además, si lo hizo con exceso de velocidad, con culpa temeraria, etc., pues, a los fines del proceso penal, resulta más que suficiente el acta en el que consten los datos registrales del automotor y la prueba documental que acredita la inhabilitación para conducir.

No se trata del "comiso" del automotor, que es una medida excepcional y definitiva, y que funciona como una consecuencia accesoria de la pena, sino de una medida cautelar de carácter provisorio.

El texto introducido por la Ley 25.189 de 1999 establecía lo siguiente: "Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. "Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses".

La reforma de esta normativa incrementó a 3 años el monto máximo de la pena de prisión prevista en el primer párrafo (dos años en el texto derogado, correspondiente a la ley 21.338) e introdujo un segundo párrafo por el que se aumentaba a 6 meses, o multa de $ 3000 e inhabilitación especial por 18 meses, el monto mínimo de la pena de prisión prevista en el primer párrafo, en la medida que las lesiones causadas por el obrar culposo sean de las previstas en los arts. 90 o 91, Cód. Penal (lesiones graves o gravísimas) y concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art. 84, Cód. Penal, esto es, que las víctimas del hecho hayan sido dos o más o el hecho haya sido causado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

De manera, entonces, que la agravante solo resultaba aplicable siempre que los resultados previstos en la norma hayan sido producidos en forma conjunta: lesiones graves o gravísimas más alguna de las circunstancias enunciadas en el segundo párrafo del art. 84. De modo que si la lesión era de carácter leve, carecían de relevancia tanto el medio empleado por el autor cuanto el número de víctimas ocasionadas: resultaba siempre aplicable la figura básica.

En la actualidad, la Ley 27.347 mantuvo el texto anterior del artículo 94 introducido por la Ley 25.189, tanto en la figura básica como en la figura agravada, con la salvedad de la modificación de la frase *Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84*, sin que ello implique alguna alteración en la interpretación del tipo agravado, de manera que son aquí de aplicación cuanto se ha dicho respecto del homicidio culposo en todo lo concerniente el tipo objetivo.

La incorporación del art.94 bis es una reiteración del texto del art. 84 bis, antes estudiado. Por consiguiente, hacemos la remisión a los parágrafos respectivos.

DERECHO COMPARADO

ITALIA.

El Código penal italiano, hasta la muy recientemente sanción de la Ley No. 41, de 23 de marzo de 2016, no contemplaba la tipificación de delitos contra la seguridad en el tránsito automotor, sino que regulaba ciertas conductas que implicaban una agravación de los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas, cometidos en ocasión de la violación de las normas de la circulación de automotores (DL No. 285, 30/04/1992, *Nuovo Codice della strada*), en el Título XII –De los delitos contra la persona-, Capítulo I –De los delitos contra la vida y la incolumidad individual-, del Libro II –De los delitos en particular-, artículo 589 (homicidio culposo), cuyo texto reprimía con la pena de reclusión de dos a siete años la muerte de una persona si hubiere sido cometido en violación de la normas que regulan la circulación de vehículos automotores, incrementándose la pena de tres a diez años de reclusión, si el hecho era cometido en estado de ebriedad alcohólica por una tasa superior a 1,5 g. por litro (g/l) o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

En la actualidad, las cosas han cambiado, la Ley No. 41, de 23/03/2016, introdujo modificaciones de gran calado en el Código penal, no sólo reformulando tradicionales delitos culposos sino incorporando figuras de nuevo cuño e incrementando notablemente las penas. El nuevo artículo 589 bis –*omicidio stradale*-, incluyó en forma independiente desde el punto de vista sistemático, las infracciones a las normas reguladoras del tránsito automotriz, con penas notoriamente más severas,

con el siguiente texto: “Quien ocasiona por culpa la muerte de una persona con violación de las normas que regulan la circulación automovilística, es penado con la reclusión de dos a siete años. Quien, en la conducción de un vehículo a motor en estado de ebriedad alcohólica con una tasa de alcohol superior a 1,5 g. por litro (art. 186, párrafo 2, letra c, DL No. 285/92), o de alteración psicofísica por el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 187, DL No. 285/92), ocasiona por culpa la muerte de una persona es penado con la reclusión de ocho a doce años. La misma pena se aplica al conductor de un vehículo a motor que, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ejercitando la actividad de transporte de personas, de transporte de cosas, en la conducción de vehículos de carga superior a 3,5 toneladas, de automóviles de remolque que importe una carga de dos vehículos superiores a 3,5 toneladas, en la conducción de un autobús y de otros vehículos destinados al transporte de personas con una capacidad superior a ocho asientos, con exclusión del conductor, además de vehículos autoarticulados (art. 186 bis, inc.1, letras b), c) y d), DL 285), o cuando en estado de ebriedad con una tasa de alcohol superior a 0,8 e inferior a 1,5 g. por litro, ocasione por culpa la muerte de una persona (art. 186, inc.2, letra b), DL 285). Con excepción de lo previsto en el tercer párrafo, quien conduzca un automotor en estado de ebriedad con una tasa de alcohol superior a 0,8 e inferior a 1,5 g. por litro, ocasiona por culpa la muerte de una persona, es penado con reclusión de cinco a diez años. La pena prevista en el párrafo precedente se aplica también: 1) al conductor de un vehículo a motor que, conduzca en un centro urbano a una velocidad igual o superior al doble de la permitida y, como sea, no inferior a 70 km/h, o bien en calles extraurbanas a una velocidad superior de al menos 50 km/h respecto de aquella permitida, ocasiona por culpa la muerte de una persona; 2) al conductor de un vehículo a motor que, atravesando una intersección con semáforo en rojo o bien circulando de contramano, ocasiona por culpa la muerte de una persona; 3) al conductor de un vehículo a motor que, a continuación de una maniobra contraria el sentido de circulación en proximidad o en correspondencia con una intersección, curva o reductores

de velocidad (lomos de burro) o al sobrepasar a otro medio en correspondencia con una travesía peatonal o de línea continua, ocasiona por culpa la muerte de una persona. En la hipótesis precedentes la pena se aumenta si el hecho es cometido por persona sin licencia de conducir o con licencia suspendida o revocada, o bien en el caso de un vehículo a motor de propiedad del autor del hecho y esté desprovisto de seguro obligatorio. En las hipótesis de los párrafos precedentes, cuando el evento no sea una exclusiva consecuencia de la acción u omisión del culpable, la pena es disminuida hasta la mitad. En las hipótesis de los párrafos precedentes, cuando el conductor ocasiona la muerte de más personas, o la muerte de una o más personas y lesiones a una o más personas, se aplica la pena que debería infligirse por la más grave de las violaciones cometidas hasta el triple, pero no puede ser superior a los dieciocho años” [123].

En el artículo 589 ter se tipifica la *fuga* del conductor en casos de homicidio culposo, con la siguiente redacción: “Si en el caso del artículo 589 bis el conductor se da a la fuga, la pena es aumentada de uno a dos tercios, pero no puede ser inferior a cinco años”. Luego, en el artículo 590 bis se contempla el delito de *lesión personal grave o gravísima* cometida en violación de las normas reguladoras de la circulación vial, con pena de reclusión de tres meses a un año en el primer caso, y en el segundo con pena de uno a tres años. La fuga del conductor en casos de lesiones personales cometidas en violación de las normas de circulación vial, se aumenta uno a dos tercios, pero no puede ser inferior a tres años (art. 590 ter). En el artículo 590 quater se regula el cómputo de las *circunstancias agravantes y atenuantes* y, finalmente, en el artículo 590 quinquies se establece la *definición de calles urbanas y extraurbanas*.

[123] La traducción ha sido efectuada por el autor directamente del texto del Código penal actualizado a noviembre de 2016 a cargo de Roberto Garofoli (NelDiritto Editore, Roma, 2016) y, para facilitar su lectura y evitar al lector tener que recurrir a ambas regulaciones para armonizarlas, se ha incluido en los propios artículos del Código penal los artículos correspondientes al Código de Tránsito vigente en Italia (Decreto Ley No. 285, de 30/04/1992).

A su vez, el *Nuovo Codice della Strada,* ha regulado nuevas figuras tipificándose las siguientes infracciones [124]: la organización, promoción, dirección o facilitación de una competencia deportiva de velocidad con vehículo a motor sin autorización (reclusión de uno a tres años y multa de E 25.000 a E 100.000). La misma pena se aplica a quien toma parte en la competencia no autorizada. Si del desarrollo de la competencia deriva la muerte de una o más personas, se aplica la pena de reclusión de seis a doce años, y si deriva una lesión personal la pena es de reclusión de tres a seis años (art.9 bis). El mismo artículo penaliza con tres meses a un año de reclusión y con multa de E 5.000 a E 25.000, a quien efectúa apuestas sobre las competencias de esta clase. El artículo 9 ter pune a quien compite en velocidad con vehículo a motor con reclusión de seis meses a un año y con multa de E 5.000 a E 20.000. Si de la competencia deriva la muerte de una o más personas, se aplica la pena de reclusión de seis a diez años; si deriva una lesión personal, la pena es de reclusión de dos a cinco años. Por el artículo 100, se castiga a quien falsifica, manipula o altera las placas del automóvil o bien el uso de una placa manipulada, falsificada o alterada, con las penas previstas para estos delitos en el Código penal. La conducción de un vehículo sin la licencia para conducir, se pena con multa de E 2.257 a E 9.032. La misma pena se aplica a quien conduce un vehículo sin la licencia porque ha sido revocada o no renovada. En caso de reincidencia, se aplica la pena de arresto hasta un año (art.116). La conducción en estado de ebriedad, si el hecho no constituye un delito más grave, es penada con arresto de hasta seis meses y con multa de E 800 a E 3.200, si hubiere correspondido una tasa de alcohol superior a 0,8 pero inferior a 1,5 gramos por litro. Si la tasa de alcohol es superior a 1,5 gramos por litro, es penado con arresto de seis meses a un año y con multa de E 1.500 a E 6.000. Si el conductor se niega a la comprobación de verificación del estado de alteración psicofísica derivado de la influencia del alcohol realizada por la policía, salvo que el hecho constituya un delito

[124] La traducción ha sido efectuada por el autor directamente del texto del *Il Nuovo Codice Della Strada*, actualizado por Potito L. Iascone (La Tribuna SRL, 29 edizione, Piacenza, 2017).

más grave, es penado con arresto de seis meses a un año y multa de E 1.500 a E 6.000 (art. 186). Las mismas penas se aplican para el caso de ingesta de estupefacientes o psicotrópicas y de la negativa a la comprobación del estado del conductor (art. 187). Si, en caso de accidente con daño a la persona, el conductor no cumple con la obligación de detenerse, es penado con la pena de reclusión de seis meses a tres años. Si se da a la fuga, es pasible de arresto. Si no presta asistencia a la víctima, es penado con reclusión de uno a tres años (art. 189).

Los **límites de velocidad** máxima son los siguientes

150 km/h, en autopistas de tres carriles, previa permisión del concesionario y con la colocación de señales especiales.

130 km/h, límite máximo sobre autopistas.

110 km/h, límite máximo sobre vías extraurbanas principales y en autopistas en caso de precipitaciones atmosféricas de cualquier naturaleza.

90 km/h, límite máximo sobre vías extraurbanas secundarias y vías extraurbanas locales, como así en vías extraurbanas principales en casos de precipitaciones atmosféricas de cualquier naturaleza.

70 km/h, límite máximo en vías urbanas, previa colocación de señales especiales y cuyas características constructivas y funcionales lo permitan.

50 km/h, límite máximo sobre vías en centros habitados.

45 km/h, para ciclomotores

80 km/h, para cuatriciclos, fuera de los centros habitados.

ESPAÑA

La respuesta penal del estado español a la violencia vial, ha sido la sanción de la Ley Orgánica 15/2007, de reformas al Código penal de 1995, cuyas modificaciones comenzaron con la sustitución de la rúbrica del Capítulo IV del Título XVII del Libro II, que pasa a denominarse "De los delitos contra la Seguridad Vial", reemplazando la anterior "De los delitos contra la Seguridad del Tráfico", continuando con la incorporación de nuevas figuras delictivas que tradicionalmente estaban reservadas al sector del Derecho administrativo.

Si bien las últimas reformas del Código penal español, operadas por las Leyes Orgánicas 1 y 2 de 2015, han alcanzado a un buen número de artículos, los delitos contra la seguridad vial incorporados

por las LO 15/2007 han permanecido inalterados. Los artículos vigentes son, en consecuencia, los siguientes:

De los delitos contra la Seguridad Vial (Cap. IV, Tít. XVII, Libro II).

Art. 379. "1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2.Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro".

El precepto regula tres situaciones: 1) conducción superior a determinados límites de velocidad; 2) conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias o psicotrópicas; 3) conducción superior a determinados límites de ingesta de alcohol.

Se trata de delitos dolosos, de pura actividad y de peligro abstracto, cuya consumación se independiza de cualquier daño o peligro a bien o interés jurídico alguno, lo cual impide todo tipo de discusión en materia probatoria en el respectivo proceso penal.

Art.380. “1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior”.

Art. 381. “1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior”.

Art. 382. “Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado”.

Art. 383. **“**El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

Art. 384. **“**El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”.

Art. 385. **“**Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo”.

Artículo 385 bis. “El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128”.

Art. 385 ter. “En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho”.

BIBLIOGRAFIA

ABOSO GUSTAVO, Código penal comentado, 3ra. Ed., IBdeF, 2016.

ALBRECHT PETER A., El derecho penal en la intervención de la política populista, La Insostenible situación del Derecho penal, pag. 474, Granada, 2000.

ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, ¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito, Serie Mayor, Atelier, Barcelona, 2003.

ARTEAGA SANCHEZ JOSÉ, La culpabilidad en la teoría del hecho punible, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.

BAJO FERNÁNDEZ MIGUEL, Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal, InDret 3/2008, Revista para el Análisis del Derecho, disponible en www.indret.com,

BAJO FERNÁNDEZ MIGUEL Y BACIGALUPO SAGGESE SILVINA, Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito, disponible en www.prevenciónblanqueo.com.

BARBERO SANTOS MARINO, Contribución a los delitos de peligro abstracto, disponible en dialnet.unirioja.es.

BETTIOL GIUSEPPE, Derecho penal, "Parte general", Temis, Bogotá, 1965, Bibliografica Omeba, Buenos Aires, 1967.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Tratado de Derecho penal, parte especial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Actividades peligrosas relacionadas con la conducción de un vehículo automotor (la reforma de la ley 26.362), el Dial DCE4A.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Aspectos políticos criminales del derecho penal de la circulación en Latinoamérica, en Control Social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987.

BREGLIA ARIAS OMAR Y GAUNA OMAR, Código penal comentado, t.1, Astrea, 2001.

CAFFERATA NORES JOSÉ I., Cuestiones actuales sobre el proceso penal, ed. Del Puerto, Bs.As., 2000.

CARMONA SALGADO CONCEPCIÓN, Delitos contra la seguridad del tráfico, en Derecho penal español, parte especial, (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Madrid, 1997.

CARDOZO POZO RODRIGO C., en Bases de Política Criminal y Protección Penal de la Seguridad Vial (especialmente sobre el art. 379 del Código penal), tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009, disponible en DDPG_CardozoPozoRC_PoliticaCriminal.

CARO JHON JOSÉ ANTONIO Y HUAMÁN CASTELLARES DANIEL O., El Sistema Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editores del Centro, Lima, 2014.

CEREZO MIR JOSÉ, Derecho penal, parte general, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

CEREZO MIR JOSÉ, Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, disponible en dialnet.unirioja.es.

CEREZO MIR JOSÉ, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, Nº 10, 2002.

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización, RCSP, 13/2003, disponible en *www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/133118/18309*

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales,Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos, disponible en www.criticapenal.com.ar

CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, Política criminal de la seguridad vial y garantías constitucionales, Instituto de Seguridad Pública de Catalunya, 2013.

CREUS CARLOS Y BUOMPADRE JORGE E., Derecho penal, parte especial, t.1, Editorial Astrea, 2007.

CREUS CARLOS, Sinopsis de derecho penal, Zeus, Rosario, 1974.

CREUS CARLOS, Derecho penal, parte general, 5ta. edición, Astrea, 2003.

DEMETRIO CRESPO EDUARDO, Del derecho penal liberal al derecho penal de enemigo, en Pérez Álvarez (coord.), en Serta. In Memóriam Alexandre Baratta.

DEMETRIO CRESPO EDUARDO, El derecho penal del enemigo "darf nicht sein" (sobre la legitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad), en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez (Coord.), Derecho Penal del enemigo, vol. 1, IBdeF, 2006.

DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Seguridad vial y Derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor", disponible en www.unifr.ch.

DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Comentarios al código penal, Lex Nova, 2da. Ed., 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, en Cancio Meliá-Gómez Jara Diez (coord.), Derecho penal del enemigo, vol.1, IBdeF, 2006.

DIEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista, disponible en dialnet.unirioja.es.

ESCRIVA GREGORI JOSE MARIA, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1976.

FARALDO CABANA PATRICIA, Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 86, Valencia, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ BERNARDO, Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en Constitución y Principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales (Dir.: Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez; Coord.: Silvia Fernández Bautista),Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ BERMEJO DANIEL, El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol, La Ley penal, No. 119-2016, Madrid, disponible en www.UDIMA.es.

FERNÁNDEZ GONZALO, Bien Jurídico y sistema del delito, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

FIANDACA GIOVANNI Y MUSCO ENZO, Derecho penal, parte general, Ed. Temis, Bogotá, 2006.

FIGARI RUBÉN E., Homicidios, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

FIGARI RUBÉN E., Mas consideraciones sobre los denominados delitos de tránsito, disponible en http://www.rubenfigari.com.ar

GARCIA ALBERO RAMÓN, Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, No.9, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ANTONIO, Derecho penal, parte general –Fundamentos-, Prólogo del autor, XLIX, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.

GARCÍA-PABLOS ANTONIO, Derecho penal, Introducción, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.

GARÓFOLI ROBERTO, Codice Penale, NelDiritto Editore, Roma, 2016.

GRACIA MARTÍN LUIS, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), t.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GRACIA MARTÍN LUIS, La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático), Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era. Época, Nº 3, pags. 31 y sig., 2010.

GÓMEZ PAVÓN PILAR, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, Ed.Bosch, Barcelona, 1998.

GÓMEZ PAVÓN PILAR, La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico, en Comentarios a la Reforma Penal de 2010 (Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac (Dir.), Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ RUS JUAN JOSÉ, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional, RFDUG, No. 15,1998.

HORMAZÁBAL MALAREÉ HERNÁN, La eutanasia: un caso de colisión de principios constitucionales, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, pag. 2037, Edisofer, Madrid, 2008.

HORMAZÁBAL MALAREÉ HERNÁN, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, PPU, Barcelona, 1991.

HORMAZÁBAL MALAREÉ HERNÁN, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Revista de Derecho, Vol.XIV, Chile, 2003.

HORTAL IBARRA JUAN CARLOS, El delito de conducción temeraria (art. 381): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, Revista Jurídica de Cataluña, No.1, año 2008.

IASCONE POTITO L., Il Nuovo Codice Della Strada, La Tribuna SRL, 29 edizione, Piacenza, 2017.

JAKOBS GÜNTHER, ¿qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, 1ra. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, *problemas modernos de la culpa,* Revista de derecho penal y criminología, La Ley, No.1, Buenos Aires, 1968.

JIMÉNEZ DÍAZ MARÍA JOSÉ, Sociedad del riesgo e intervención penal, RECPC 16-08, 2014.

LEVENE (H.) RICARDO, EL delito de homicidio, Editorial Depalma, 1970.

LÓPEZ BOLADO JORGE, Los médicos y el Código penal, Universidad, 1988.

MATA Y MARTÍN RICARDO, Bienes Jurídicos intermedios y delitos de peligro, Comares, Granada, 1997.

MENDOZA BUERGO BLANCA, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001.

MIRÓ LLINARES FERNANDO, El moderno Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso, InDret, Barcelona, julio de 2009.

MIR PUIG SANTIAGO, Derecho penal, parte general, 8º. Ed., Barcelona, 2010.

MIR PUIG SANTIAGO, Bases constitucionales del derecho penal, Iustel.

MUÑETÓN VILLEGAS JUAN CAMILO, La negativa a realizarse la prueba de embriaguez con fundamento en el derecho de no autoincriminación. Una mirada desde Colombia y España, disponible en dialnet.unirioja.es y en Revista Nuevo Foro Penal, Vol.II-85, Universidad EAFIT.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría general del delito, Temis, Bogotá, 1984.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho penal, parte especial, 18 edición, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

MUÑOZ RUIZ JOSEFA, El delito de conducción temeraria del artículo 380 del Código penal, Universidad de Murcia, 2013.

NÚNEZ RICARDO C., Derecho penal argentino, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.

OLMEDO CARDENETE MIGUEL, Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal, RECPyC, No.4-2002.

ORTS BERENGUER ENRIQUE, Delitos contra la seguridad colectiva, Derecho penal, parte especial, 5ta. Ed. Revisada y actualizada (J.L.González Cussac, Coord.),Tirant lo Blanch Manuales, Valencia, 2016.

PARMA CARLOS, Código penal comentado, t.2, Mediterránea, Córdoba, 2005.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Derecho penal, parte general. Teoría Jurídica del Delito, t.II, Vol.1, Bosch, Barcelona, 2000.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, El injusto típico en la teoría del delito, Mario A.Viera Editor, Corrientes, Argentina, 2000.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú, 2004.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Introducción al Derecho Penal (con la colaboración de Miguel Polaino Orts), Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2008.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, Cuadernos de Política Criminal, N° 93, Madrid, 2007

POLAINO-ORTS MIGUEL, Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003.

POLAINO ORTS MIGUEL, Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española, en Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2011.

POLAINO ORTS MIGUEL, Lecciones de Derecho penal, parte especial (Dir.: Miguel Polaino Navarrete), T.1, Tecnos, Madrid, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ JOAN, Derecho penal español, PE, Atelier, Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES GONZALO, Curso de Derecho Penal, parte general (Acorde al nuevo Código Penal de 1995), con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

ROXIN CLAUS, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN CLAUS, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, RECPC, 15-01, 2013.

ROXIN CLAUS, El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual, en La teoría del delito en la discusión actual (trad. Manuel Abanto Vázquez), Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007.

ROXIN CLAUS, A protecao de bens jurídicos como funcao do Direito Penal, 2da. ed., Livraría do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

SERRANO GÓMEZ ALFONZO Y SERRANO MAILLO ALFONZO, La reforma de los delitos contra la seguridad vial, Revista de Derecho UNED, No. 3, 2008.

SELVA ALVARO, Commento al Codice penale della Repubblica Di San Marino, seconda edizione aggiornata, AIEP Editore, 2010.

SCHURMANN PACHECO RODOLFO, *La culpa antirreglamentaria,* “Doctrina Penal”, 1982.

SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en la sociedades posindustriales, 2da. edición, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

SCOTTI SILVIO FRANCESCO GIUSEPPE, La guida in stato di ebbrezza. Le novitá della legge 41/2016 sull´omicidio stradale, Giuffré Editore, Milano, 2016.

SOLER SEBASTIAN, Derecho penal argentino, TEA, T.1, Buenos Aires, 1970.

TAMARIT SUMALLA JOSEP MARÍA, De los delitos contra la seguridad de tráfico, en Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Gonzalo Quintero Olivares, Dir.), Aranzadi Editorial, Navarra, 1996.

TAZZA ALEJANDRO, El delito de picadas ilegales, art. 193 bis CP, disponible en penaldosmdq.blogspot.com.

TENCA ADRIÁN, La punibilidad de las pruebas de velocidad (picadas): un error de política criminal, DJ, 1215-II-2008.

TERÁN LOMAS ROBERTO A., Derecho penal, parte general, t. 1, Astrea, 1980.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO, homicidio y lesiones culposos, Hammurabi, Buenos Aires, 1979.

TERRAGNI, MARCO ANTONIO, Dolo eventual y culpa consciente, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2009.

VILLADA JORGE LUIS, delitos contra las personas, editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ LAURA, Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho adm

Privación Ilegal de la Libertad

Por **Paulo Pereyra**

Art. 141: ***"Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal."***

BIEN JURÍDICO

¿Qué es la libertad como bien jurídico protegido?

Coincidimos con Feuerbach al decir que en general, el hombre tiene derecho sobre su cuerpo, como también a la libre disposición del mismo. El que cancele o limite este derecho de autodisposición ajeno en forma arbitraria, se hará culpable de una lesión jurídica.

Considerando así a la libertad personal como esencial cualidad de la dignidad humana, valor fundamental de la existencia del hombre. Constituyendo un bien propio de la persona que nace con él y solo con el término de su existencia desaparece, debiendo la misma ser valorada y protegida por el ordenamiento jurídico en igual sentido al resguardo que hace nuestra Constitución Nacional con una concepción amplia, abarcando tanto el libre despliegue (capacidad de acción) de la conducta humana como las zonas más íntimas y espirituales del hombre, en cuyos ámbitos la injerencia del Estado como de cualquier persona , en principio, sería ilegitima y arbitraria.

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el concepto de libertad tutelado por el art 7 de la CIDH abarca "el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico" (Caso Yvon Neptune vs. Haití, 6/5/08)

Este tipo penal protege la libertad como forma de expresión de la autonomía de la voluntad en el sentido *kantiano* de la palabra.

Concretamente, el bien jurídico protegido que surge de la inteligencia del artículo 141 CP es la libertad física en sentido amplio, es decir, la libertad de movimiento corporal y la de trasladarse de un lugar a otro[1].

1 En igual sentido Donna, E. Dcho Penal Parte Especial, T II-A, p.128.

Para lesionar nuestro bien jurídico en cuestión, es suficiente con que se limite cualquier libertad de movimiento. Ejemplos clásicos que se han dado para demostrar esta lesión, es el encierro o la inmovilización de la víctima, como también consideramos que puede privarse ilegítimamente de la libertad si se impone una acción o locomoción.

TIPICIDAD. ELEMENTOS

TIPO OBJETIVO

Esquema

Se requiere→ Privación de la libertad + la ilegitimidad de esa privación.

Privación de la libertad: Es suficiente para la concreción de la figura con impedir, restringir o condicionar la facultad de movimiento o traslación de una persona, dentro de lo que se llama radio de acción deseado y derivado de la propia voluntad, aunque quede a disposición de la victima cierto grado de libertad ambulatoria, es decir, se puede privar o limitar la acción de locomoción de la víctima, por una parte o imponerle una acción o locomoción.

Por ejemplo, la sustracción de los medios utilizados por personas discapacitadas que impiden su desplazamiento, como la quita de la silla de ruedas del paralítico[2].

En este sentido la C. Crim. Cap Fed declaró cometido el delito previsto en el art. 141, C.P., por el hecho de partir sorpresiva y velozmente en su automóvil llevando a la damnificada contra su expresa voluntad, impidiéndole su descenso por la velocidad desarrollada (La Ley, 17/1/1996, S.12.985).

Ilegalidad de la privación.

El elemento del tipo objetivo, “ilegalidad”, constituye un elemento normativo este delito.

Es un claro adelantamiento, a nivel de la tipicidad, de la comprobación de la antijuridicidad al momento del examen del tipo objetivo, y deberá entonces verse en el bloque normativo vigente la permisión o no de la privación de la libertad, no debiendo concurrir ninguna causal de exclusión de la atipicidad, como por ejemplo, el sujeto pasivo preste su consentimiento para sufrir dicha restricción a la libertad, o antijuridicidad por causal de justificación, especialmente por

2 ABOSO, G., Código Penal comentado, concordado, con jurisprudencia, Edición 2014. P. 677.

cumplimiento de la ley y el ejercicio de un derecho ejercido legítimamente y de acuerdo con las leyes que reglamentan su ejercicio.

Así, la C. Crim Federal resolvió que en un Estado de Derecho no cabe admitir que los conflictos gremiales puedan resolverse por la violencia, cualquiera sea la legitimidad que tengan o no los reclamos laborales (La Ley, 116-421).

Es necesario que el autor o agente, no tenga al momento del hecho, derecho a restringir al pasivo de su libertad.

Particular tema que nos llama es el poder correccional de los padres sobre sus hijos menores de edad que lo ejercen mediante el encierro del menor por un plazo razonable a modo de reprimenda por su mal comportamiento, poder de corrección que debía ser realizado moderadamente y de acuerdo a los limites establecidos legalmente, caso contrario podría configurarse el artículo 141.

Este ejemplo clásico de la doctrina, amerita ser desterrado teniendo en cuenta los Tratados de Derechos Humanos, La Convención de Derechos del Niño, la ley nacional N° 26061, y el consecuente interés superior del niño, niña y adolescente[3], en lo que respecta de la razonabilidad de la "corrección" y el cuidado de los padres al respecto del niño, más aun a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de Nación - art. 646-[4], donde no solo desaparece el "poder correccional de los padres", sino que lo prohíbe, tal como estaba contemplado en el articulo 278 del código de Vélez.

A Juicio de Donna, y al respecto de la ubicación, del elemento "ilegalidad", tiene relevancia con respecto al error.

Si el juicio de antijuridicidad se refiere al integro acontecimiento de la acción, se trata de un elemento de la antijuridicidad, que se encuentra fuera del dolo, de modo que se aplican los principios del error de prohibición,[5] mientras que si se trata de un aspecto típico singular, postura que sostenemos, hablaríamos de un elemento del tipo, completado con el elemento subjetivo a nivel de tipicidad -dolo-. Así es que, cualquier problema sobre el conocimiento de este elemento objetivo, debería ser tratado como error de tipo.

---

3 http://www.unicef.org/argentina/spanish/Compedio_correg27_4.pdf
4 http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf

5 DONNA, E., Derecho Penal Parte Especial, T. II-A, p. 132-133.

Creus, autor causalista, y siguiendo la estratificación de esta teoría del delito, sostiene que el error o la ignorancia del autor, aun culpables sobre la ilegalidad de su actuar pueden excluir la culpabilidad.

Puede cometerse por acción o por omisión. En este último se requiere posición de garante que obligue al actor a liberar al sujeto pasivo de su privación, el agente está obligado a hacer cesar una situación de privación de libertad existente y no lo hace, tanto por obligación legal como por conducta precedente. Donna remarca que la cuestión en éste caso es problemática, ya que habría que definir qué tipo de delito es la privación de la libertad.

Es nuclear, recordar que la comisión por omisión, modalidad que optó parte de la doctrina sin mediar un análisis profundo de la cuestión en relación al artículo que venimos comentando, fue fuertemente atacada debido a la falta de una norma sobre la omisión impropia, lo que llevo a bautizar la inconstitucionalidad de dicha modalidad[6].

Nuñez, agrega que para configurarse la privación ilegitima, el impedimento debe alcanzar categoría suficiente para demostrar la intención del autor, es decir, a inteligencia de estás líneas, el tipo se completa con la intención del autor. Análisis que se llevará a cabo al hablar del tipo subjetivo.

La ley no determina medios específicos pudiendo cometerse por cualquier medio y, como bien lo señala Fontán Balestra, la privación que afecta a la libertad de movimientos puede abarcar un sin número de conductas. Por eso, la garantía de la estricta legalidad, exige una interpretación restrictiva del tipo penal y debe llevar a considerar que la afectación insignificante carece de tipicidad[7].

La privación ilegítima de la libertad es un delito común de titularidad diferenciada, de manera que puede ser cometido por cualquier persona, pues la figura no exige en su tipo básico ninguna condición especial en el autor.

En cuanto al sujeto pasivo, Donna señala que es toda persona que tenga capacidad volitiva natural de movimiento, esto está, según Diez Ripólles, referida a la determinación de su situación en el espacio físico, con independencia de si esa capacidad natural es además jurídicamente relevante o si está en general en condiciones de captar el sentido o el significado de su decisión, no siendo

---

6 En igual sentido, DONNA, ESTRELLA Y GODOY LEMOS- DONNA, E., Derecho Penal Parte Especial, T. II-A, p. 130.
7 FONTÁN BALESTRA, C. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T II p.285.

relevante la capacidad de ponerle en práctica autónomamente, pudiendo serlo los menores de edad, incapaces y discapacitados[8].

En cuanto al consentimiento del pasivo, Aboso, señala que se debe tener en cuenta que el bien jurídico libertad que, según el alcance del artículo comentado, es un bien disponible y, por ende, el acuerdo prestado por su titular anula el juicio positivo de tipicidad[9].

El consentimiento libremente dado, elimina el tipo, teniendo eficacia desde el momento en que se presta y por el tiempo que se conceda. Por ende la oposición puede ser presunta. Se debe tener en cuenta el contexto donde se da ese consentimiento. El libremente refiere a que no haya una perturbación en la autodeterminación y capacidad de discernimiento del sujeto pasivo.

Algunos autores sostienen la atipicidad si se da el consentimiento valido del sujeto pasivo, salvo que por la duración, el modo o el fin lesionen principios de derecho público o de moral social que hacen inviolable la personalidad humana o evitar un mal mayor inminente sin perjuicio de las demás causales genéricas de inimputabilidad.

TIPO SUBJETIVO

Al respecto del dolo requerido –directo o eventual-, sostienen autores como García-Arias, se puede incurrir en el delito mediando dolo eventual.

Es un delito doloso, abarcando el dolo la conciencia de la ilegalidad de la privación que se comete y voluntad de llevarla de igual modo acabo.

¿Qué pasa con el dolo eventual cuando la persona duda de la legalidad y sin embargo procede? Siguiendo a Boumpadre[10], es admisible. Seria el caso del autor que se represente la posibilidad de que al cerrar desde afuera la puerta de un local comercial haya quedado encerrado en él un empleado y, apurado, asiente a esa consecuencia posible. La duda sobre la ilegalidad de la privación de la libertad, también conduce al dolo eventual.

Contrariamente a lo sostenido por Nuñez, la ley no requiere ánimos específicos en esta figura básica, por lo que todos son aptos, con exclusión de los que agravan la figura.

En este delito, se acepta autoría directa como mediata. Es un delito material, permanente. Se consuma en el momento de la privación de libertad y mientras la se mantenga, la acción se prolonga,

---

8 DONNA, E., Derecho Penal Parte Especial, T. II-A, p. 131.
9 ABOSO, G., Código Penal comentado, concordado, con jurisprudencia, Edición 2014. P. 678.
10 Boumpadre, Jorge. Derecho Penal, Parte Especial, t 1, p.517.

y los participantes en cualquier tramo de la ejecución del hecho son considerados cómplices o coautores, según el grado de participación. Así Boumpadre considera que la persona que realiza custodia o vigilancia del sujeto pasivo de este delito está realizando una conducta de autoría y no de participación.

Algunos autores como Garcia-Arias sostienen que no basta para configurar el delito la simple privación aceptable sino que es necesario que la acción se lleve a cabo en forma manifiestamente contraria a la ley, demostrativa del propósito ilícito con que se obra. Además participa de la opinión de que la ley no establece un tiempo de duración mínima para la configuración del delito pero la privación debe mantenerse el tiempo necesario o exhibir características tales como para afectar el bien jurídico protegido además de tener suficientes significación como para mostrar la dirección de la acción del sujeto como ataque a la libertad, la "significancia" que Nuñez señala.

¿Permitiría hasta la liberación la legítima defensa?

La mayoría de la doctrina opina afirmativamente.

TENTATIVA.

Existe tentativa cuando un sujeto ejerce violencia o emplea medios alternativos (art. 78CP) para privar ilegalmente de la libertad a la víctima, pero no logra su cometido por motivos ajenos a su voluntad (p. ej., resistencia eficaz de la víctima, intervención de un tercero, etcétera).

Es plausible la aplicación del desistimiento (art. 43 CP), pero para esto será menester que el autor desista voluntariamente de la ejecución del delito comenzado, razón por la cual se excluye la concurrencia de este beneficio cuando el desistimiento se funda en razones de conveniencia o por imposibilidad transitoria de su ejecución[11].

Plantea Aboso, que si el autor desiste por razones de conveniencia o por imposibilidad transitoria de su ejecución, se excluye el beneficio del desestimiento, no participamos de esta posición, ya que en ambos supuestos, estamos en presencia de una expresión de voluntad del sujeto activo.

La conducta que tipifica el delito en cuestión, puede constituirse como necesaria de otros delitos, como el rapto (a.130) y llevaría a un concurso de leyes.

---

[11] ABOSO, G., Código Penal comentado, concordado, con jurisprudencia, Edición 2014. P. 681.

Cuando el hecho fue para perpetrar otro delito, integra necesariamente el tipo de este. Pero el exceso en la privación puede dar lugar a la perfección del ilícito como figura independiente, constituyendo la innecesaria retención de la víctima, ejemplo de ello cuando la privación ilegítima de libertad concurre en forma ideal con el robo, pero si tal privación duró más que el utilizado para la consumación del robo.

Asimismo se sentenció que cuando la privación se refiere a más de una persona, existe concurso real. (CNcrimcorr. SALA IV, 22/6/71,ED,42-493).

También cuando la privación de la libertad no es medio de comisión del otro delito, éste concurre en forma real; ejemplo, amenazas dirigidas a alguien ya privado de libertad. (CCrim GPico, 6/3/80, BJLP, 1980-26-110).

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA

Por **Luis Milei y Gabriel M A Vitale**

Art. 142: ***"Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:***

1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;

2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;

3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;

4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;

5. Si la privación de la libertad durare más de un mes."

I.- Bien jurídico contenido por la norma.

El Profesor Néstor Jesús Conti[1] ha manifestado que las conductas atacan al bien jurídico libertad, en dos de sus tres aspectos; por cuanto la realización de las conductas descriptas a nivel típico por parte del sujeto activo atacan -sucesivamente- a la libertad física, por un lado, y a la libertad psíquica o de autodeterminación, por el otro; correspondan a no a la misma persona.

De acuerdo con ello, se impone la exposición y el análisis del bien jurídico mencionado (en cada uno de sus aspectos) para, luego sí, pasar al estudio pormenorizado de la figura delictiva bajo tratamiento.

A los fines de poder analizar la "libertad" como bien jurídico, debe tenerse en cuenta que el Estado consagra como tales a todas aquellas relaciones sociales concretas, a partir de un planteamiento programático; por ello, la ley penal no puede omitir, entre los bienes que ella tutela, el bien de la libertad, el que es enunciado ya desde el Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los objetivos que se propone alcanzar (*"…asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino"*).

[1] Docente regular por concurso en la Asignatura Derecho Penal. Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata quien ha desarrollado el secuestro coactivo previsto en el art. 142 bis CP. El análisis del Bien Jurídico corresponde a su minucioso análisis. http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/nestor-jesus-conti

Reconocida doctrina clásica nacional afirmaba que la Carta Magna nacional consagra en sus artículos derechos para todos sus habitantes, y que todo habitante tenga derechos implica la libertad de poder ejercerlos; por lo tanto, como casi todos los derechos reconocidos por la ley suprema son bienes jurídicos -o aspectos de ellos- y, atento a que sus más graves lesiones se tutelan mediante figuras penales, podría sostenerse que casi todos los delitos vulneran -de alguna forma- la libertad individual[2].

Esto resulta perfectamente explicable a partir de que la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien jurídico o derecho, presenta la particular situación -además de ser un bien jurídico en sí misma- de ser un presupuesto necesario de toda norma jurídica, toda vez que no podría concebirse derecho alguno sino con referencia a un sujeto en el cual el derecho reconoce, al mismo tiempo, la libertad de ejercicio[3].

En este sentido, el concepto de libertad se deduce de los llamados derechos fundamentales o derechos del hombre, por cuanto la Constitución Nacional contiene -dentro de su filosofía- la idea de que el hombre es un sujeto de derecho con capacidad de autodeterminación, esto es, con autonomía de voluntad que debe ser respetada en todos sus aspectos, lo que lleva a que en sí mismo contenga la posibilidad de ejercer su libertad sin trabas, salvo las limitaciones indispensables en sus relaciones con terceros[4].

---

2 MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 10.
3 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 2.
4 DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 110/1.

La noción del vocablo *"libertad"* a la que se viene haciendo referencia encuentra su fundamento en lo normado por los artículos 18, 19 y 33 de la ley fundamental. No obstante ello, a partir del año 1.994, también han adquirido particular relevancia al respecto los pactos internacionales incorporados a ella (CN., 75 inciso 22°)[5].

En síntesis, la libertad a la que se viene aludiendo -la que contempla nuestro Código Penal- es la *libertad civil*, la que puede ser definida como *el derecho que tiene todo ser humano a desarrollar sus actividades, en su propio beneficio o en el de otros, y sin más limitaciones que las que resulten indispensables para mantener el orden social y salvaguardar el derecho idéntico que compete a todos los demás*[6].

Este y no otro es el sentido de la libertad consagrada por el numeral 19 de la Carta Magna nacional, el cual reza: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe"*.

Puede afirmarse, entonces, que la libertad civil comprende la capacidad de obrar del hombre en su triple condición de ser físico, ser psíquico y ser social, toda vez que los delitos que se refieren al ser físico son aquellos vinculados a su libertad de movimientos y de trasladarse; los

5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, I; Declaración Universal de Derechos Humanos, 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 7 inciso 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 9; entre otros.
6 MOLINARIO, Alfredo, ob. cit., p. 12.

que se refieren al ser psíquico son principalmente las amenazas, las coacciones, la violación de domicilio y de secretos y, finalmente, los directamente vinculados con el carácter social del ser, son los delitos contra la libertad de trabajo y la de reunión.

Tal como ya fuera referido *supra*, sólo los aspectos físico y psíquico del concepto de libertad que hemos visto se ven involucrados en los tipos penales a cuyo estudio nos dedicamos.

Con el único objeto de lograr mayor claridad con relación a lo hasta aquí expuesto, podemos intentar graficar esquemáticamente lo señalado con relación a la libertad civil, como bien jurídico, de la siguiente manera:

Libertad Civil
- * Libertad física
- * Libertad psíquica
- * Libertad social

A su vez, los tres aspectos que integran ese amplio concepto de libertad civil podrían graficarse de la siguiente manera:

El **Ser Físico** se consagra en los
- * Delitos contra la libertad de movimiento
- * Delitos vinculados a la libertad de traslado

El **Ser Psíquico** se consagra en los
* Delito de Amenazas
* Delito de Coacciones
* Delito de Violación de domicilio
* Delito de Violación de Secretos

El **Ser Social** se consagra en los
* Delitos contra la Libertad de Trabajo
* Delitos contra la Libertad de Reunión

Prácticamente todos los delitos atentan, de alguna u otra manera, contra el bien jurídico libertad; lo que ocurre es que cuando una conducta criminal pone en riesgo o lesiona a otro bien jurídico (además de la libertad), la técnica legislativa acude al principio de especialidad (a partir de un planteo programático) para castigar dicha conducta en el capítulo correspondiente a ese otro bien jurídico[7], tal como ocurre -por ejemplo- en el caso del delito de secuestro extorsivo, objeto de nuestro estudio.

Lo que debe quedar claro, a los fines de la empresa emprendida, es el alcance que debe dársele a la libertad como bien jurídico a la hora de analizar aquellas conductas que -como medio- la ponga en riesgo (libertad física) o, directamente, la lesione; cuando el fin sea, o bien un ataque a otro aspecto de esa libertad (psíquica), o bien, un atentado contra la propiedad.

7 CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra,* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008, p. 14.

De todo ello se colige, sin mucha dificultad, que el delito de secuestro coactivo lesiona a la libertad (como bien jurídico) en dos de sus tres aspectos: el físico (cuando se restringe la libertad de una persona *para*) y el psíquico (cuando se le exige a esa misma persona u otra que haga o deje de hacer algo contra su voluntad para que el rehén recupere su libertad ambulatoria.

Así, tratando de reordenar la manda legal y a los efectos de desplegar una exposición sistematizada, las agravantes expuestas en el artículo analizado del Código Penal (C.P.), podrían clasificarse de la siguiente manera:

1.- ***Por los medios de comisión:*** violencias o amenazas, simulación de autoridad pública u orden de autoridad pública (incisos 1° y 4°);

2.- ***Por los motivos del autor:*** fines religiosos o de venganza (inciso 1°);

3.- ***Por el vínculo con la víctima:*** cuando la víctima fuese ascendiente, hermano, cónyuge o cualquier otro individuo al que se le deba respecto particular (inciso 2°);

4.- ***Por el resultado:*** grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido (inciso 3°);

5.- ***Por la duración de la privación de la libertad:*** cuando la privación de la misma durase más de un mes (inciso 5°).

II.- POR LOS MEDIOS DE COMISIÓN

Los mismos son: violencias, amenazas, simulación de autoridad pública y orden de autoridad pública.

a) Violencias

La violencia puede definirse como la cualidad de violento[8] y por tal se entiende, entre otras acepciones, el uso de fuerza física o moral[9]. Sin embargo, el legislador, con la palabra violencia, sólo se refiere al uso de fuerza física toda vez que deja reservado el uso de fuerza moral al concepto de amenazas.

Tanto DONNA como BUOMPADRE, expresan que violencia es el despliegue de una energía física sobre otro, ya sea sobre la víctima o un tercero que trate de repeler o impedir el hecho, admitiendo también los medios equiparados a la energía física como los medios hipnóticos o narcóticos conforme lo previsto por el artículo 78 del C.P[10]. Los hipnóticos son aquellos depresores del sistema nervioso central (SNC) que tienen la

[8] http://dle.rae.es/?w=violencia&o=h
[9] http://dle.rae.es/?id=brjKWH1&o=h
[10] DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II – A*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 137; BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo I, Mario A. Vieira Editor, Buenos Aires, 2000, p. 518. .

capacidad de aliviar la ansiedad e inducir tranquilidad y sueño[11] y, los narcóticos, aquellos que inducen estupor, como insensibilidad al dolor[12]. En todo caso, cualquiera que se utilice tiene por finalidad disminuir las defensas de la víctima y, así, que sea más fácil sustituir la voluntad del sujeto pasivo.

CREUS sostiene la misma postura que los anteriores autores aclarando que, a su criterio, no queda comprendido en el concepto de violencia la llamada energía física indirecta que es aquella que se ejerce sin contacto físico (por ejemplo, encerrando a la víctima)[13]. SOLER entiende que el concepto de violencia es genérico y que no absorbe más que aquellas lesiones necesariamente presupuestas por la figura, como equimosis o escoriaciones sobre el cuerpo de la víctima, expresando que lo que exceda a las mismas concurrirá materialmente con la privación de la libertad, no debiendo confundirse con la agravante del inciso tercero[14]. LANGEVIN estima correcta la postura de SOLER[15]. NÚÑEZ opina que si la violencia ejercida deviene en lesiones, éstas integran el hecho de la privación de la libertad y, por ello, concurren idealmente (artículo 54 C.P.).

Revisando los fundamentos de estos doctrinarios respecto de la interpretación de la manda legal en crisis, entiendo provechoso, tener en

---

[11] Organización Mundial de la Salud, *Glosario de términos de alcohol y drogas*, Ministerio de Sanidad Y Consumo, Madrid, España, 1994, p. 55. Puede consultarse también en http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf.

[12] *Ibídem*, p. 44.

[13] CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 280.

[14] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Editorial TEA, Buenos Aires, 1994, p. 40.

[15] LANGEVIN, Julián H., *Agravantes de la privación de la libertad*, en *Delitos contra la libertad*, Luis E. NIÑO y Stella M. MARTÍNEZ coordinadores, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2003, p. 86.

cuenta algunas cuestiones. En efecto, la redacción del inciso 1° marca que la agravante corresponderá cuando el***… hecho fuere cometido con violencias….***

La palabra ***hecho*** significa, en su tercera acepción, acción u obra[16]; ***cometer***, se refiere a caer o incurrir en una culpa, yerro o falta[17] y, ***con*** es un preposición que denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo[18]. Teniendo despejado la cuestión lingüística y habiendo ya definido el término ***violencia***, queda por marcar que el legislador ha utilizado la forma plural del último vocablo, **por lo que se necesita más de un episodio de fuerza física para subsumir la conducta del sujeto activo en la agravante**.

Por la redacción del tipo penal, entiendo que las mismas deben desplegarse durante el hecho sin que, necesariamente, el mentado despliegue implique la efectiva privación. En efecto, varios empujones pueden desplegarse es en el mismo acto de privar de la libertad a la víctima. Sin embargo, el mentado despliegue no implica que se prive de la libertad a la persona. Con este norte, es admisible la tentativa y la coautoría. En efecto, cuando se comienza a ejercer violencias, comienza la ejecución del tipo penal en análisis. Desde allí hasta la efectiva privación de la libertad, existe espacio para la tentativa. De la misma forma, la coautoría es viable en tanto una persona puede ejercer violencias y la otra privar de la libertad.

---

16 http://dle.rae.es/?id=K4rxA9a&o=h.
17 http://dle.rae.es/?w=cometer&m=form&o=h.
18 http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4&o=h

Más allá de que sea un tipo penal permanente, es decir, aquel donde el bien jurídico se encuentra constantemente atacado, por la redacción del mismo, no entiendo como posible que las violencias ejercidas a posteriori de la privación, puedan computarse en la agravante. En todo caso, deberán ser concursadas materialmente, en la inteligencia de que todos aquellos hechos que se perpetren durante el ataque constante a un determinado bien jurídico, son independientes de este último[19].

También es cierto que el legislador, al marcar el término violencias, no hace distingo entre violencia dolosa o culposa. Sin embargo, por la redacción como por el significado de la misma (usar fuerza física), impresiona como que las mismas deben haber sido utilizadas dolosamente. No advierto que se puedan utilizar violencias que no se quisieron usar (culpa).

Así la cuestión, entiendo que, ***necesariamente, debe existir contacto físico entre el autor y su víctima, entre aquél y un tercero o, inclusive, respecto de una cosa en la idea de que el concepto de violencia sólo alude al uso de fuerza física sin especificar qué, quién o quiénes deberían ser los destinatarios. Por la redacción analizada, las violencias (fuerzas físicas) deben ser dolosas y sólo utilizadas, contemporáneamente, para lograr el objetivo de privar de libertad a la víctima***. De manera tal que, de

[19] CNFCP, *Viera, Carlos Alberto s/recurso de casación*, Sala I, 15/10/2009, Registro n° 14720.1. Causa n° 11993; *Benavente Larrosa, Pablo M. y Pereyra Peña, Miguel A. s/recurso de casación*, Sala I, 07/10/2009
Registro n° 14693.1. Causa n° 10629; *Cammarata, César Matías s/recurso de casación*, Sala III, 05/06/2007
Registro n° 675.07.3; Causa n° 7434; *Brizuela, Leonel Máximo y otros/recurso de casación*, Sala I, 07/06/2007
Registro n° 10567.1., Causa n° 8237; *Gómez, Rubén Darío s/recurso de casación*, Sala II, 05/07/2007, Registro n° 10233.2., Causa n° 7149, entre muchos otros.

ser culposas las violencias, en el caso de las personas, deberán ser concursadas con el tipo penal del artículo 94 y, en el caso de cosas, la conducta será atípica por ausencia de tipificación del daño culposo. Sin embargo, entiendo que, en este último caso, nada obsta a que el daño pueda tenerse en cuenta a los efectos de la mensuración judicial de la pena a imponer, en los términos de los artículos 40 y 41 del CP.

Ahora bien, me parece importante aclarar que ya el hecho de ejercer "violencias" sobre el cautivo, implica la infracción a lo normado por el art. 89 del CP. Dicho de otro modo, la palabra **"violencias"** utilizada por el legislador, y teniendo en cuenta lo previsto en el inciso 3° de la manda legal en crisis, **es sinónimo de lesiones leves dolosas**. Toda otra violencia que supere el mentado estándar, tienen dos posibilidades de adecuación:

a) Al inciso 3° del artículo 142 del C.P.
b) Al tipo penal previsto en el artículo 91 del C.P.

La primera adecuación (a) sólo será posible en la medida en que las violencias generen en la víctima lesiones graves (art. 90 C.P.) toda vez que la escala penal prevista para el tipo penal de lesiones graves es menos severa que la del inciso 3° del art. 142.

La segunda adecuación (b) tiene otras características. En efecto, al ser un tipo subsidiario (en la variante expresa) es claro el mandato normativo que debe recurrirse al tipo penal más severamente penado. En tal

caso, es de aplicación el artículo 91 del C.P. y, desde ya, solo en lo referente al daño en la persona o a su salud.

Sin embargo, quiero dejar aclarado que, a mi criterio, el uso del verbo resultar en los tipos penales no hace referencia a la preterintención sino, antes bien, a la nada misma, violando los principios de legalidad, acto, lesividad y culpabilidad[20]. Por ello, más allá de este análisis, entiendo que el inciso 3° del artículo 142 del C.P. es inconstitucional.

b) Amenazas

Enseña la Real Academia que amenazar es tanto como dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal a alguien[21]. La amenaza, en definitiva, implica el anuncio de un mal futuro hacia otro, ya sea que tal anuncio recaiga sobre la víctima, un tercero, o una cosa que tenga valor para el que sufre el anuncio. Cierto es que el legislador no hace ninguna distinción entre los distintos tipos de amenazas.

El uso de ***amenazas*** (vis compulsiva) implica anunciar un mal futuro ya sea a la víctima de la privación como a un tercero relacionado con aquélla como sobre cualquier objeto de valor suyo o de un tercero, siempre y cuando el daño sea probable y tenga entidad para movilizar al sujeto pasivo. Respecto de las cosas, si bien es cierto que los anuncios de males futuros deben ser utilizados para alarmar o amedrentar a una o más personas, no lo es menos que el mentado anuncio deba recaer,

[20] MILEI, Luis, *Abuso sexual agravado por el resultado*, en http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/41374-art-124-abuso-sexual-agravado-resultado.
[21] http://dle.rae.es/?w=amenazar&o=h

necesariamente, sobre personas; al menos el legislador, a ese respecto, no hace diferencias. Así la cuestión, ¿por qué distinguir donde la ley no lo hace? En este sentido, entiendo que, al ser las ***amenazas*** un *elemento normativo del aspecto objetivo del tipo penal*, no deberíamos apartarnos, al menos, del artículo 149 bis del Código Penal (C.P.), tal cual lo expresa LANGEVIN[22]. Sin embargo, entiende que sí resulta aplicable al caso la agravante del artículo 41 bis en la inteligencia de que el uso de armas de fuego no se encuentra previsto como elemento agravador o constitutivo del delito[23]. Al respecto de esta afirmación, entiendo que deben hacerse algunas consideraciones. En primer lugar, al expresar que procede la aplicación de la agravante mencionada, impresiona que entiende que, las amenazas agravadas por el uso de armas (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto), no estarían comprendidas en el artículo 142 inciso primero. Sin embargo, comparto aquello de que *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*. En efecto, como el legislador sólo menciona amenazas, no sería prudente distinguir entre amenazas simples y agravadas, ya sea por uso de armas o del anonimato. Con respecto al uso de armas, corresponde aclarar que la aseveración de marras fue publicada en el año 2003, es decir, antes de que la ley 25.882 – 2004 – modificase el artículo 164 del C.P., la que hizo un distingo entre armas y armas de fuego[24]. Así la cuestión entonces, previamente a la sanción de la ley mencionada, la

[22] LANGEVIN, Julián H., *Agravantes de la privación ilegal de la libertad*, en *Delitos contra la Libertad*, NIÑO, Luis F., y MARTÍNEZ, Stella M. (coordinadores), Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 86 y 87.
[23] *Ibídem*, p. 87. La palabra "calificante" no se encuentra registrada en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 23° edición. En todo caso, debería utilizarse la palabra "calificador".
[24] B.O. 30.387 del 26 de abril de 2004.

Casación Nacional (hoy federal), entendió que el artículo 41 bis no era aplicable en aquellos tipos penales donde se utilizase la palabra "armas", toda vez que el mentado vocablo incluía, entre otras, a las de fuego[25]. Sobre el punto quiero aclara mi postura. Hablar livianamente de armas no es un dato menor. La Real Academia Española enseña que arma es todo instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse[26]. Así la cuestión, no puedo dejar de advertir que esta interpretación amplia del vocablo en crisis, afecta y viola en forma flagrante el principio de legalidad sustantivo (art. 18 C.N.) todo vez que, de aceptarse, deberíamos acordar que estaríamos viviendo en medio de un arsenal en la medida en que cualquier cosa podría adquirir la categoría de "arma". De manera tal que el concepto de armas debe ser estrictamente normativo y es el que surge de la Ley Nacional de Armas y sus modificaciones, y de su decreto reglamentario y sus modificaciones[27]. De esta forma, antes de la sanción de la ley 25.882, a mi entender, la única interpretación de la palabra "arma" era la normativa.

Una vez que la ley 25.882 cobró vida, el legislador, claramente, hizo un distingo entre armas y armas de fuego, pero un distingo inconstitucional. En efecto, por lo anteriormente explicado, la palabra "arma" es una gran bolsa de gatos donde, perfectamente, puede convivir una maceta con un automóvil o con cuchillos. Esta universalidad, debería dejarse para las

---

[25] Fallo Garay, Marcos Jhonatan s/recurso de casación, Sala II, 10/06/2002, Causa N° 3811, Registro N° 4973.2.; Fallo Molina, Mariano Andrés s/recurso de casación, Sala: I, 16/05/2002, Registro n° 5040.1. Causa n° : 3955; Fallo Aldera, Yamil s/recurso de casación, Sala IV, Resolución del: 30/09/2002, Registro n° 4302.4. Causa n° 3170; Fallo Anfuso, José Luis s/recurso de casación; Sala III, Resolución del: 26/11/2002, Registro n° 682.02.3., Causa n° 4033.

[26] http://dle.rae.es/?id=3a3iLLv.

[27] Ley 20.429 (B.O. N° 22.700 del 5 de julio de 1973) y decreto N° 395/75 (B.O. N° 23.107 del 3 de marzo de 1975).

quiebras o las sucesiones pero jamás para el derecho penal, por estricta prohibición constitucional. Esto no implica que si un sujeto utiliza un cuchillo para amenazar no sea valorada esa utilización al momento de mensurar la pena a imponer pero, en modo alguno, subsumirla en la agravante.

En definitiva, el concepto de armas debe ser normativo y toda ley que pretende desplazar ese norte, a mi modesto entender, debe ser tachada de inconstitucional por afectación al mandato de certeza (art. 18 C.N.).

La cuestión del anonimato también puede ser incluida sin mayores esfuerzos. Anónimo, entre una de sus acepciones, significa… *dicho de una persona, especialmente un autor: De nombre desconocido o que se oculta…*[28]. Así las cosas, si quienes profieren las amenazas tuvieren sus rostros tapados o de cualquier forma impidieran ser identificados, aún descriptivamente, las mismas serían tales.

Pero es necesario aclarar una cuestión. Entiendo que en estos casos, es el sujeto pasivo quien, con la voluntad viciada, se coloca en la posición de privación de su libertad. En efecto, en el caso de las violencias, el sujeto activo no sólo domina la voluntad de la víctima sino también su cuerpo; con las amenazas, sólo domina su voluntad.

En definitiva, de acuerdo a la expectativa de pena, pienso que todo el artículo 149 bis se encuentra subsumido en el artículo 142 inciso 1° del C.P.

[28] http://dle.rae.es/?id=2jjRwOu

excluyéndose de este ámbito y por el mismo motivo (expectativa de pena), el artículo 149 ter del C.P..-

c) Simulación de autoridad pública u orden de autoridad pública

La palabra simular significa tanto como representar algo, fingiendo o imitando lo que no es. Y no es menor que, en su esencia lleva ínsita la teatralidad, es decir, la representación. En estos casos, el sujeto pasivo accede a ser privado de la libertad en virtud del error al que el sujeto activo lo lleva. En definitiva, es un claro caso de acto voluntario viciado por el error. La autoridad pública que se simula tiene que tener facultades para privar de la libertad, caso contrario, entiendo que no podrá reputarse la conducta del sujeto activo como subsumida en la agravante.

Respecto de la orden, en principio, debe suceder lo mismo. Es decir, lo que debe simularse es que emana de una autoridad que tiene facultades para privar de la libertad y, que del texto de la orden, se imponga la detención. El punto a tratar en este inciso es si la confección de la orden simulada debe adecuarse o no a la falsedad documental. Me inclino por la segunda, en tanto y en cuanto la simulación de la orden haya tenido por finalidad privar al sujeto pasivo de la libertad, cuestión que puede ser tenida en cuenta al momento de graduar la pena a imponer; caso contrario, es decir, haber falsificado una orden y luego usarla para privar de la libertad sin que esa intención haya estado presente al momento de la

confección, deberán concursarse materialmente. Dicho de otro modo, debe tenerse en cuenta, como siempre, el plan del autor.

III.- POR LOS MOTIVOS DEL AUTOR

Las razones que fundan para la autor la privación de la libertad del sujeto pasivo son dos: por una motivación religiosa o por una venganza.

La religión es el conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto[29]. Y ese conjunto de creencias o dogmas, son el sustento que utiliza el sujeto activa en pos de privar de la libertad a otro. Ahora bien, el punto a debatir es si el concepto de "religioso" debe interpretarse como descriptivo o como normativo. En pos del respeto al principio de legalidad sustantivo (art. 18 y 75 inc. 22 C.N.), entiendo que debe tomarse con los límites de la legalidad. En esta inteligencia, la conducta del sujeto activo sólo se subsumirá en la agravante cuando los "fines religiosos" estén referidos a cultos aceptados en nuestro país los que se encuentran inscriptos en el Registro Nacional de Cultos, de la Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación[30].

[29] http://dle.rae.es/?id=VqE5xte.
[30] www.mrecic.gov.ar/es/registro-nacional-de-cultos.

La venganza es la satisfacción que se toma del agravio o daños recibidos[31]. Así las cosas, en este supuesto, el sujeto pasivo o alguien de su entorno debieron, de algún modo, agraviar o dañar al sujeto activo, sin que ello, claro está, justifique el proceder del autor, en virtud de que la venganza sobrepasa los límites de la legítima defensa. Pero lo cierto es que debe ser esta finalidad la que guíe al sujeto activo.

IV.- POR EL RESULTADO

La cuestión del inciso tercero en cuanto al grave daño a la persona o a la salud, ya fueron tratados anteriormente. Resta debatir el tema de los negocios del ofendido.

La palabra negocio tiene una marcada tendencia patrimonial. En efecto, es aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés[32]. De esta forma, la privación de la libertad debe causar en esa actividad lucrativa del individuo un daño patrimonial de envergadura. Sin embargo, no explicita la manda legal qué significa *grave daño*, por lo que tal entidad, deberá ser mensurada por la función jurisdiccional. Algunos entienden que engloba tanto el daño emergente como el lucro cesante[33]. Sin embargo, entiendo que la norma es laxa: lo que puede ser grave daño para un juez puede no serlo para otro, con lo que comienza a tambalear el principio de tipicidad. En efecto, la libertad

[31] http://dle.rae.es/?id=bXXPjj1
[32] http://dle.rae.es/?id=QMTdVNE
[33] LANGEVIN, op. cit. p. 94.

de las personas no puede depender, exclusivamente, de la interpretación judicial.

V.- POR SU DURACIÓN

Otra de las agravantes, es cuando el cautiverio dura más de una mes. Existió alguna discusión con el anterior Código Civil, respecto de cómo debía interpretarse la palabra "mes", a la luz de los artículos 24 y 25 del digesto privado de Vélez[34]. De todas formas, como el concepto de "mes" es normativo, hay que buscar su definición en el artículo 6° del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) que norma que… *Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes…*[35] Así, por ejemplo, si un sujeto es privado de la libertad el 31 de julio, el plazo del mes vencerá el 31 de agosto y podrá ser aplicada la agravante a partir de la medianoche del día 1 de septiembre.

Cierto es que pueden existir inequidades cuando el mes de la privación excede en días al que le sigue, es decir, si se privase de la libertad a un sujeto el 31 de mayo, el plazo vencerá el 30 de junio y la agravante podrá recién computarse a partir de la medianoche del 1 de julio.

[34] LANGEVIN, op. cit. ps. 95-97.
[35] Ley 26.994, B.O. N° 32.985, 8 de octubre de 2014.

En este sentido, es cierto que no puede hacerse depender la aplicación de una agravante del día del mes en que un sujeto prive de la libertad a otro, cuestión que se produciría cuando el hecho se cometa, por ejemplo, en el último día de un mes que excede a otro. No me parece razonable solucionar este tema por vía de interpretación[36] sino, antes bien, por vía legislativa. Así, debido a la remisión que el artículo 77 del C.P. hace al C.C., entiendo que sería prudente que los legisladores modifiquen el artículo 6 del mentado digesto, expresando que por mes debe entenderse el plazo de treinta días corridos con independencia de cuándo sea su primer día. Una segunda alternativa, es modificar el inciso 5° del artículo 142, dejando de lado la palabra mes introduciendo, directamente, un plazo fijado en días corridos, por ejemplo, cuando la privación durase más de treinta días corridos. De las dos, esta última me parece más viable toda vez que el concepto de mes del artículo 6° del CCC se mantiene incólume.

El problema es en el "mientras tanto" (si es que la reforma llegase algún día). Me da la impresión de que no queda otro camino que declararla inconstitucional por violación del artículo 16 de la Ley Fundamental.

VI.- POR LA CALIDAD DEL SUJETO[37]

[36] LANGEVIN, op. cit. ps. 96-97.
[37] Este inciso fue desarrollado por Gabriel M A Vitale.

La Legislación Penal, ha utilizado la fórmula clásica "*ascendiente, descendiente, cónyuge*" entre otras, para resaltar a las figuras básicas de los delitos.

Este patrón lo ha realizado de manera expresa en el artículo 80 cuando establece que "*…al que matare… a su ascendiente, descendiente o cónyuge…*"[38] o en el artículo 119 cuando dispone que "*abusare sexualmente… y el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente…*"[39] o el artículo 133 cuando fija que:" *Los ascendientes, descendientes, cónyuges,…que cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores".*[40]

A su vez, existen referencias equivalente en el artículo 82 del Código Penal, cuando expresa que: "*Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior,*

[38] *Delitos contra las personas. Artículo 80 inciso 1° del Código Penal. "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:… 1º. a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son…"*

[39] *Delitos contra la integridad sexual. Artículo 119 del código penal:"Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción….La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima…La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía…En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: (…) b. El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia…"*

[40] *Delitos contra la integridad sexual. Artículo 133 del código penal. "Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores".*

….”[41] en el artículo 92 del Código Penal enunciando: “*Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80…*”[42], en el artículo 105 del Código Penal formulando: “ *Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 …*”[43],

En la misma sintonía, el artículo 107 del código penal formula: “… *serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge*”[44] y el artículo 185 cuando reza que: “*Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:…1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta…*”[45]

---

[41] *Delitos contra las personas. Artículo 81 del Código Penal: “1º. Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:…a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable;…b) al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte…”Artículo 82 del Código Penal:” Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.”*

[42] *Delitos contra las personas. Artículo 92 del Código penal:”Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.”*

[43] *Delitos contras las personas. Artículo 105 del Código Penal: ”Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente”*

[44] *Delitos contra las personas. Artículo 107 del Código Penal: “El máximum y el mínimum de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge.”*

[45] *Delitos contra la propiedad. Artículo 185 del Código Penal:”Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren… 1º los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;… 2º el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;… 3º los hermanos y cuñados, si viviesen juntos…. La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito…”*

Evidentemente el interés del legislador es modificar la responsabilidad criminal del sujeto activo, atento a su calidad especial, por representar una variable en la antijuridicidad o culpabilidad repercutiendo en el monto de la pena.

El delito de privación ilegal de la libertad, signado al artículo 141 del Código Penal establece que:"*Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.*" Su versión calificada prevé en el artículo 142 del Código Penal que: "*Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1º. si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;

2º. si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular;

3º. si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;

4º. si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;

5º. si la privación de la libertad durare más de un mes."

Este artículo 142 del Código Penal, enumera las circunstancias agravantes de la figura básica de privación ilegal de la libertad prevista en el artículo 141; y lo hace a través del modo de comisión, los sujetos que intervienen, el resultado, el medio y el tiempo de la privación.

En relación a la vinculación entre sujeto activo y pasivo, expresamente prevé que "*…2. Si el hecho se cometiere en la persona de un* ***ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular****;…*"

De esta manera, deja de lado la pauta reseñada anteriormente, en donde el legislador echa mano al modelo tradicional "*ascendiente, descendiente, cónyuge*" cuando desea resaltar la calidad de los sujetos sobre las figuras básicas.[46]

El presente estudio pretende analizar los fundamentos y corrientes doctrinarias de la época, que excluyeron específicamente a los descendientes de la privación de la libertad agravada y a su vez, rozando el siglo de vigencia, mantiene la virtualidad de la época.

Los antecedentes del Proyecto del Código Penal sancionado, han correteado por la misma senda. El código penal de la Provincia de Buenos Aires de 1884, conocido bajo el "alias" de Código Tejedor establecía que: "*…el que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo,…inc. 3° Si se cometiese en la persona de los padres, u otros individuos a quien se*

[46] *Artículos 80, 119, 133, 82, 92, 105, 107 y 185 del Código Penal de manera directa o derivada.*

deba un respeto particular…"[47] El Proyecto de Código Penal de Villegas, Ugarriza y García establecía que: "… *la misma pena se aplicará aunque la secuestración dure menos de treinta días, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes…inc. 2° si se cometiese en la persona de los padres u otros individuos a quienes se deban respeto particular…"* [48]

Igualmente el Código Penal de 1886 establecía: "*el que privare a otro de su libertad…inc. 2° si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quienes se deba respeto particular*." [49] El Proyecto de Código Penal de 1891 llevado adelante por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolas Matienzo establecía que: "*se impondra penitenciaria de uno a cuatro años cuando concurra algunas de las circunstancias siguientes…inc.2° cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, del cónyuge, o de otro individuo a quien se deba respeto particular*" [50]

Era de prever que, el Proyecto Segovia del año 1895 disponía que:"se impondrá penitenciaria de uno a cuatro años… *inc.2 Cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, de un cónyuge…"* [51] El Proyecto

[47] Artículo 279 del Código Tejedor. En Digesto de Codificación Penal Argentina, realizada por Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, AZ editora.

[48] Articulo 254. Presentado ante el Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el Proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881 en Digesto de Codificación Penal Argentina, Ob. Cit.

[49] Artículo 155. Publicado por la Editorial imprenta Sudamerica en el año1887. Buenos Aires.

[50] Artículo 170 Publicado por Editorial Talleres tipográficos de la penitenciaría Nacional. Pag. 331. Año 1891.

[51] Artículo 192. En Digesto de Codificación Penal Argentina, ob. Cit.

de 1903 contemplaba: "*…si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quien se deba respeto particular…*" [52]

Por último, el Proyecto de Código Penal de 1904[53] disponía "*…el que privare a otro de su libertad personal…inc. 2° si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular…*"

En definitiva, el artículo 142 inc. 2 del Código Penal que llega al buen puerto de la sanción (1921) reflejaba fielmente las propuestas legislativas anteriores, ya que en ninguna de ellas se preveía a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad. Incluso el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1936 a cargo de Jorge E. Coll y Eusebio Gomez estableció: " *si la víctima fuere ascendiente, cónyuge, u otro individuo a quien se deba respeto particular*" manteniendo la exclusión y sólo retirando del articulado a los hermanos.[54]

Los doctrina contemporánea al Código Penal.

El Dr. Rodolfo Moreno (h) es la cita obligada a todo comienzo, ya que fue el gran impulsor durante los años 1920 y 1921 del extenso proceso de sanción del Código. En cierta forma, su legitimado y primogénito interpretador.

---

[52] *Articulo 155 inc. 2. Pag. 56 editado por el taller tipográfico de la penitenciara nacional.*

[53] *Artículo 147. Redactado por la comisión de reformas legislativas, constituidas por decreto del poder ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904 pag. 36/37 en Digesto de Codificación Penal Argentina,ob. Cit.*

[54] *Artículo 189 inc. 2° del Proyecto de Reforma, redactado en cumplimiento de la directiva del año 1936.*

Sobre el punto de análisis, resalta que:"*…el inc. 2° se refiere a las circunstancias especiales derivadas del parentesco o de una particular vinculación. El delito se considera siempre más grave cuando la víctima es una persona que se encuentra ligada al autor por vínculos de sangre…Los descendientes no se comprenden, porque respecto a éstos, el ascendiente tiene más bien autoridad que respeto. Además, y en ciertos casos, los padres, guardadores y tutores pueden imponer a las personas que se encuentran a su cargo y por vía de corrección doméstica, una privación de la libertad personal*."[55]

Eusebio Gomez si bien ha expresado que: *"…no sólo se incrimina el hecho de la privación de la libertad…sino que…la existencia de un vínculo justifica la agravación por el mayor abuso que el menosprecio del debido respeto implica…"* sin fundamentar la exclusión de los descendientes. [56]

En el mismo sentido, E. C. Diaz quien entiende *"… es necesario, con referencia al parentesco, que este exista y se pruebe, por una parte y por la otra, que el hecho se cometa en la persona del pariente…"*[57] sin causarle mayor atención la contraposición a los ascendientes, cónyuge, hermano; y menos aún, sobre la particularidad con los descendientes. Juan

---

[55] *En el Código Penal y sus Antecedentes, tomo IV pagina 372, Tomáis Editor Buenos Aires, año 1923.*
[56] *En Tratado de Derecho Penal Tomo III, pagina 346, 1940, Asociación Argentina de Editores.*
[57] *Código Penal para la República Argentina, tercera edición, página 288 Año 1942*

P. Ramos sólo indica que*"…esta disposición del código califica el delito de varias maneras…por la calidad de la víctima…"*[58] Punto.

En pocas palabras, será necesario avanzar cronológicamente, a los fines de ilustrarnos con los autores clásicos del Derecho Penal Argentino.

Para comenzar, la interpretación del Cordobés por adopción[59], Profesor Sebastián Soler es el puntapié inicial "*… la agravante no se funda en el vinculo de sangre porque en ese caso debería comprender al hijo; su razón de ser reside, en general, en la situación de respeto sentido subrayado por la referencia genérica y final del inciso…".* [60]

Ricardo C. Nuñez entiende "*…que el agravamiento se funda en la violación del respeto particular que el autor le debe a la víctima. La ley presume ese respeto al ascendiente, al hermano y al cónyuge. Otras veces deberá surgir de las circunstancias concretas. Debe tratarse de una relación cuya índole haga presuponer que el autor le debe a la víctima un acatamiento personal…el ascendiente a que se refiere la ley, es el por consanguinidad (CC art. 352), pues cuando el código penal se refiere a los*

---

[58] *En Curso de derecho Penal (segunda Parte) tomo quinto 2da edición corregida y aumentada, Año 1943 página 300 editado por la biblioteca Jurídica Argentina.*

[59] *El Profesor Sebastián Soler nació en Sallente de LLobregat, en la comarca de Bages, Provincia de Barcelona, Comunidad Autónoma de Cataluña, España; instalándose desde muy joven en la mediterránea Provincia de Córdoba, República Argentina.*

[60] *En Derecho Penal Argentino, Tomo IV Parte Especial, Año 1992 página 42 Editorial TEA. De esta manera mantiene la postura expuesta en el año 1946 en su Tratado Derecho Penal Argentino, pagina 54 Tomo IV Editorial La Ley Buenos Aires y en 1970, página 41 pero esta vez, editado por TEA Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.*

ascendientes o descendientes por afinidad (CC art. 363) lo hace aludiendo al parentesco de esta clase…"[61]

Carlos Fontán Balestra escolta por exclusión al manifestar que "*…nuestra mejor doctrina ha señalado, que no se trata aquí de una agravación por el vínculo de sangre, porque si asi fuera, también debería estar comprendido el descendiente…"*[62] *En el mismo sentido* Carlos Creus quien ha señalado *"… se indica que el agravamiento no se funda aquí en el vinculo de sangre (si fuese asi comprendería a los descendientes) si no en la existencia de un especial deber de respeto que el sujeto pasivo tiene que observar con la victima…"*[63]*; al igual que Jorge E. Buompadre*[64] *quien refiere "… la doctrina es uniforme en afirmar que esta agravante no se funda en el vínculo de sangre entre el autor y la víctima, pues, de ser así, tal como lo pone de relieve Soler, debería estar comprendido el hijo. La razón de ser del agravamiento reside en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a la persona privada de su libertad…"*[65]

---

[61] *Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, Tomo cuarto paginas 40/41. año 1989. Sin embargo en el Manual de Derecho Penal Actualizado, por Victor Reinaldi expone que:"…el agravamiento no se funda sólo en el vínculo de sangre o matrimonial, pues si así fuera deberían estar incluído el vínculo de descendencia…" pagina 150. Marcos Lerner Editora. Año 1999.*

[62] *En Tratado de Derecho Penal Tercera Edición actualizada por Guillermo A. Ledesma, Tomo V Parte Especial, Año 1996 página 247, Editorial Abeledo- Perrot. En el mismo sentido la Decimo cuarta y Sexta Edición.*

[63] *En Derecho Penal Parte Especial Actualizado por Jorge Eduardo Boumpadre tomo 2, séptima edición actualizada y compilada, Año 2007, Pag. 310, Ed. Astrea.*

[64] *Si bien es cierto, que el límite entre clásicos y contemporáneos es, en algunos autores, difícil de señalar, ya que habría que profundizar sobre estos conceptos; Jorge Buompadre es el límite que he tomado en el presente trabajo.*

[65] *Profundizando "…los códigos modernos contemplan la figura del descendiente, alguna veces en forma expresa, por ejemplo el código penal Italiano (art. 605 inc. 1°) o el Brasileño (art. 148 inc. 1°); otras veces en forma indirecta y en la medida que concurra cierta circunstancia, por ejemplo, el código del Perú (art. 152 "si el agraviado es menor de edad") y el código Español (art. 165 inc. 2°, si la víctima fuere menor de edad o incapaz…" En Delitos Contra la libertad, Doctrina y Jurisprudencia, pagina 40/41 Editorial Mave, Mario A Viera editor.*

Los autores modernos:

Edgardo Alberto Donna en su Tratado de Derecho Penal entiende que *"… la doctrina ha sostenido de manera mayoritaria que la agravante no se funda en el vinculo de sangre como había pretendido primigeniamente Moreno, ya que la ley excluye descendientes…"*[66]

En la dirección que realizan David Baigún y Eugenio Raul Zaffaroni, con la coordinación de Marco A. Terragni, resaltan *"…Salvo en el caso de la victima ascendiente, el vinculo de sangre no juega en este precepto papel alguno y el fundamento de la agravación habrá de buscarse en las relaciones de proximidad, que existen en el caso de los vínculos de familia (hermanos) o de matrimonio (cónyuge), pero también se extiende a todas aquellas personas a las que el autor deba un respeto especial…"*[67]

Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna afirman que "… *la agravación se funda en el respeto, no en el parentesco, pues de otra manera habría comprendido los descendientes…"*[68]

Carlos Parma señala que*"…Es destacable que la norma no enumera como agravante a los descendientes, circunstancia que lleva a pensar en que no se da el agravante por el mero vinculo sanguíneo, sino*

---

[66] *En Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Año: 2001 Pag. 139, Editores: Rubinzal-Culzoni*

[67] *En Código Penal Comentado y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial dirigido por David Baigún y Eugenio Raul Zaffaroni, coordinado por Marco A. Terragni. Específicamente el artículo comentado de Privación de la libertad calificada la realiza Gustavo E. Aboso. Pag. 207 Año 2008 Editorial: Hammurabi.*

[68] *En Código Penal Comentado y leyes complementarias Tomo II Año 2001 Pagina 1030 Editorial Astrea*

que reside, en el menosprecio al respeto particular que el autor le debe a las personas enumeradas…"[69]

Oscar A. Estrella y R. Godoy Lemos entienden que "*el inc.2° comprenden las agravantes que se fundamentan en el vínculo existente entre víctima y victimario. Respecto al ascendiente, la ley agrava el hecho en consideración al vínculo familiar que une al agente con la víctima (Ure) y por la presunción de respeto particular que aquél le deba a ésta (Soler, Nuñez)…Parte de nuestra doctrina sostiene que la agravación no deriva del vínculo de sangre, por que en tal supuesto debería comprender también al descendiente, que está excluído de la figura agravada. Sin embargo, como decíamos, la agravante atrapa sólo al parentesco por consanguinidad, y la presunción de respeto debido por el agente a la víctima, señalada como fundamento de la agravante, importa una presunción jure et jure, que no admite prueba en contra por lo que la figura será siempre de aplicación mediando aquella vinculación parental por consanguinidad…."* [70]

Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier *"…Agrava también el delito, la circunstancia de que la privación de la libertad se lleve a cabo en perjuicio de una persona unida con el autor por un determinado vínculo parental…Es precisamente la violación a ese deber de respeto particular que el autor tenía para con la víctima la que fundamenta la mayor*

---

[69] *Cuando conocí al Dr. Carlos Parma, en un café de la ciudad de Buenos Aires, hablamos muy poco de derecho, sin embargo, como buen docente, reforzó una máxima de la vida "…pensa siempre en la familia, son las personas que te acompañan, todo lo demás es secundario…". Confirme la buena elección del tutor. El tutor de la presente Tesis realiza el destacado en el Código Penal de la Nación Argentina Comentado, Tomo 3 Año: 2005 Pag . 252 Editorial Mediterránea, Universidad Católica de Cuyo*

[70] *Código Penal parte especial, tomo II, paginas 59/60, 2°edicion Editorial Hammurabi.*

intensidad y es la explicación de que no estén incluídos los descendientes, por quienes más que respeto existe autoridad…”[71]

Entre otros, Jorge L. Marín[72] y David Elbio Dayenoff [73] no alcanzan a visualizar la cuestión traída a estudio.

No obstante ello, en el año 1940, el compatriota de la Universidad Nacional de La Plata Profesor José Peco, remarcó la diferencia en su proyecto. La reforma establecía que [74] *“…a propósito de las circunstancias calificativas de agravación… en cuanto al sujeto pasivo suprímese la mención hermano como circunstancia calificativa de la agravación para armonizar con las directivas en los delitos contra la vida y la integridad corporal y con las soluciones acogidas en la legislación comparada. Asimismo, la del individuo a quien se deba respeto particular, inspirado en el proyecto de 1891, que en el delito de homicidio, equiparaba al bienhechor con el ascendiente, descendiente y cónyuge.* ***En cambio, colocamos al descendiente, como en el código penal italiano ya que a veces necesitan tanta o mayor tutela que los ascendientes, así también por quebrantar deberes familiares sagrados…***”[75]

---

[71] *En Notas al Código Penal Argentino, tomo II, Parte Especial. Página 219, Marcos Lerner Editora Córdoba. Esta posición ya la había referenciado Justo Laje Anaya “…no están comprendidos los descendientes porque con respecto a estos se tiene mas autoridad que respeto…” en Comentarios al Código Penal, parte Especial Tomo I Año 1978, página 129. Editorial De Palma*

[72] *entiende que “…el inciso 2° preve la agravación por el parentesco…” En Derecho Penal, Parte Especial 2° edición actualizada pagina 298 Editorial Hammurabi.*

[73] *Derecho Penal Parte Especial Editorial Garcia Alonso*

[74] *Contempladas en el artículo 166 del Proyecto de Código Penal, su Exposición de Motivos, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941, página 317/318.*

[75] *El resaltado me corresponde.*

De esta manera, el proyecto de Peco se instituye como el pionero en incorporar a los descendientes en la privación de la libertad agravada.[76] Esta trascendental consideración fue acompañada por otros dos proyectos de reformas, el del Poder ejecutivo del año 1951[77] y el redactado por Maldonado, Levene y Laplaza del año 1953. [78]

Carlos Vazquez Iruzubieta ha explicado que "*…el inciso segundo comprende dos series de causales; la una taxativa en cuanto se refiere a la vinculación parenteral, y la otra enunciativa, en cuanto utiliza la expresión a quien se deba respeto particular. En el primero de los casos resulta criticable que se haya excluído a los descendientes…*" [79]

Luis Niño y Stella M. Martinez como coordinadores avalan que "*…la doctrina entiende que no se trata de una agravación por el vínculo de sangre, porque si así fuere debería estar comprendido el descendiente…Expuesto de esa forma la doctrina tradicional, que realizó un importante esfuerzo interpretativo para eludir la voluntad del legislador y conformar de ese modo, una ley acorde con el plexo constitucional… Es claro que la norma, no atiende al vínculo de sangre, pero esta conclusión no puede extraerse, de la exclusión del descendiente…por entender que un legislador racional no pudo haber excluído del respeto debido a los*

---

[76] *Tómese nota que al momento de la preparación del Proyecto de José Peco (1939 en adelante) no estaba ni en vistas las Declaración de los Derechos del Niño de 1959, como hecho político internacional.*

[77] *Artículo 214 "se impondrá prisión de dos a seis años cuando el hecho fuere perpetrado…inc. 1° por ascendiente,* ***descendiente*** *o cónyuge…" pag. 93 en Dirección de Publicaciones, biblioteca y archivo.*

[78] *Artículo 165 "se impondrá prisión de dos a ocho años si el hecho se cometiere… inc. 3° por ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges…";Proyecto de código penal para la Nación Argentina de 1953.*

[79] *Código Penal Comentado tomo III, página 61. Editorial Plus Ultra*

descendientes por parte de los ascendientes, la doctrina hizo especial hincapié en la parte final de la norma, erigiendo al respeto en abstracto como bien jurídico protegido secundariamente…la verdadera y criticable razón de la exclusión del descendiente en el respeto debido y su consiguiente exclusión de la agravante, obedece al concepto que en tiempos no tan pasados se tenía de la relación paterno filial, el cual ni remotamente se asoma a las garantías consagradas actualmente en la Convención de los Derechos del Niño y las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (directrices de Riad) que en el numeral 1.2 establecen que es necesario garantizar el respeto de la personalidad a partir de la primera infancia. La idea imperante era que al descendiente no se le debía respeto sino solamente autoridad. Es mas, aún hoy, una gran parte de las sanciones familiares domésticas pasan por la privación de la libertad (v.gr.encierro por un tiempo prudencial y razonable en una habitación). En ese orden de ideas se entiende que la privación de la libertad del descendiente no haya sido configurada como agravante, ya que ni siquiera podría ser contemplada en la figura básica. Nótese en ese sentido la interpretación de Nuñez, que al referirse a la postura de Moreno opina:"No presume el respeto y con razón del ascendiente al descendiente porque aquél tiene sobre este mas bien autoridad que respeto".[80]

Otras voces comienzan a escucharse desde la doctrina, jurisprudencia y algunos proyectos de Reforma del Código Penal, pero este

[80] *Libro Delitos contra la libertad, autor J. H. Lagevin, páginas 88 a 90 Editorial AD HOC Buenos Aires*

lógico recorrido debe determinar fehacientemente, los motivos, alcances y fundamentos de la exclusión legal.

De niños y menores.

Escapa al núcleo del presente trabajo, el estudio pormenorizado de la Historia de la infancia; pero no obstante ello, debo dividir claramente las etapas a los efectos de determinar un marco fidedigno de estudio y tomar algunas de ellas, como sustento del análisis.

Hecha la aclaración, podría establecer tres grandes momentos en relación a los niños, niñas y adolescentes. Ellas son, la primera el desconocimiento, luego el reconocimiento y por último, la protección de los derechos.

La primera de ellas, se asocia al desconocimiento total ya que la infancia era una época de transición, que pasaba rápidamente y de la que se perdía enseguida el recuerdo. El niño se veía reflejado como un ser, una persona en sí misma que no se diferenciaba de los adultos, participando incluso, en mismas condiciones de trabajo y de guerra. Se conceptualiza un mundo de representación en el cual se desconoce a la infancia como estadio de desarrollo. [81]

---

[81] En el arte, hasta fines del siglo XIII no aparecen niños caracterizados por una expresión particular, sino hombres en tamaño reducido, ello con respecto al arte donde no se aceptaba la morfología infantil. Se encontraban en las obras, miniaturas, hombres sin rasgos de infancia, reproducidos en tamaño pequeño. Los artistas de los siglos X y XI no perdían el tiempo con la imagen de la infancia. Hacia el siglo XIII aparecen varios tipos de niños. El segundo modelo de niño será el modelo y precursor de todos los niños pequeños de la historia del arte: el niño Jesús o la Virgen niña, ya que la infancia esta vinculada al Cristianismo. Durante los siglos XV y XVI si bien el niño se convierte en uno de los personajes mas frecuentes, lo

El proceso de transformación, comienza a preparar una serie de privilegios para el desarrollo de la capacidad y enfrentar la vida con un régimen especial, antes de llegar a la plenitud de las aptitudes como los adultos. La familia comienza a abandonar el formato de institución de derecho privado, para adaptarse a las nuevas implicancias sociales.

En esta segunda etapa, se constituye por un tratamiento diferenciado, que termina de gestarse en el siglo XIX por matices humanitarios, cuestiones sociológicas y un gran interés en el control social discriminado.[82]

En la República Argentina, este segundo momento tuvo fecha de inicio; la sanción de la ley 10.903[83] columna vertebral del Patronato de Menores.

---

hace siempre de manera secundaria. A los de profundizar la cuestión es ineludible Philippe Ariés: "El niño y la vida familiar en el antiguo régimen" Versión castellana de Garcia Guadillas. Editorial Taurus; Anthony Platt en "los salvadores del niño o la invención de la delincuencia", editorial S.XXI; Lloyd DeMause en "Historia de la infancia" versión española de María Dolores Lopez Martinez Alianza editorial, Madrid y "la Fundamentación de los derechos de los Niños. Modelos de reconocimiento y protección" de Ignacio Campoy Cervera editorial Dykinson. Todos ellos fundamentales a los efectos de abordar la historia, filosofía y sociología de la Infancia.

[82] *En esta etapa surge el "Movimiento Salvador del Niño", el cual era compuesto por personas de supuestos nobles sentimientos y que de manera desinteresada pusieron atención en los estratos más bajos de la sociedad donde se vislumbran los malos comportamientos juveniles. El pensamiento y obrar de este movimiento se manifestó en la creación de justicia especializada de niños. Oficialmente el primer Tribunal fue creado por la gran presión de este movimiento en el año 1899 en Illinois, Chicago(EE.UU),aunque Massachusetts(1874) y Nueva York(1892) se auto proclaman como pioneros en dictar leyes para tribunales especiales de menores. En Anthony Platt, ob cit.*

[83] *Entiendo que no es sólo una ley la que conformo el marco histórico legal. El conjunto de leyes comienza con el Código Civil (1871) elcual desarrollaré mas adelante; la Ley laica de educación 1420 (1884) la cual tuvo como principios y objetivos la laicización, la gratuidad y la obligatoriedad de la asistencia a la escuela. Esta ley homogeneizo un cuerpo social fragmentado por las diferencias socioculturales características de un momento histórico. Por ello establece a la educación como necesidad de que los sujetos incorporen la norma social, y a través de la norma, una realidad, un conjunto de valores y principios que aseguren "desarrollo normal" en la sociedad. La Ley de Residencia 4144 (1902) contribuyo al proceso de "normalización" y control social en tanto que habilitaba a la deportación de cualquier extranjero rebelde, que alterara el orden público.*

La tercera y última etapa, se refleja por la sanción de la Convención de los derechos del niño y el constitucionalismo del sistema de protección de derechos.

Como adelanté, abordare la segunda y tercera etapa, como acompañamiento de sustento histórico-legislativo en el presente trabajo.

El Código Civil. El nuevo ordenamiento (derogado).

El Código Civil argentino, redactado por Dalmasio Vélez Sarfield, fue aprobado entre los años 1869/1871. Este salto privilegiado en materia de constitución del Estado moderno, estableció unidad y coherencia a la legislación civil.

De esta manera, se cristaliza la independencia política, a través de la independencia legislativa y la unidad, por la supremacía del código sobre la legislación provincial que era la reinante en ese momento.[84]

El Código Civil de Vélez Sarsfield refleja la luz de influencia de los diversos códigos promulgados por el movimiento codificador de la época.

Es importante resaltar, el reconocimiento de la infancia, como estado en construcción, sus capacidades, la creación del asesor de menores,

[84] *Existieron diferentes intentos de codificación civil en la República Argentina durante la primera mitad del siglo XIX, En 1824 De las Heras designó, mediante un decreto, una comisión encargada de redactar el Código de Comercio y otra encargada de redactar el Código Militar. En 1831 la Legislatura de Buenos Aires adoptó el Código de Comercio español redactado en 1829 y en 1852 Justo José de Urquiza creó una comisión de 14 miembros para la redacción de los Códigos Civil, Penal, Comercial y de Procedimientos. Finalmente la Constitución Argentina de 1853 a través del artículo 67inc. 11 facultó al Congreso para elaborar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.*

para intervenir en todo proceso judicial o extrajudicial o por existir intereses contrapuestos con sus padres[85] y la patria potestad, entre otros.

A través de la familia se consolidan ciertos derechos de la época. La autoridad del padre, por sobre los demás integrantes, es un contrato que se formaliza firmemente.

Sobre este punto, el texto originario del artículo 264 establecía que la patria potestad era "*el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres…".Y* Resalto, sólo derechos, absolutos y dominantes, del padre sobre los hijos, un poder unidireccional que prevalecía por sobre los demás integrantes de la familia.[86]

Para llevar a cabo este derecho, tuvo un papel esencial, la facultad de corrección, estableciendo legitimidad al poder[87].

En la Republica Argentina se registraron grandes cambios estructurales, debido a los movimientos inmigratorios. La población se duplicó entre los años 1890-1914 hasta alcanzar los 8 millones de habitantes de los cuales el 58 % eran extranjeros. Esa gran masa inmigratoria, en busca de oportunidades, generó reacciones de diversos sectores que le atribuían la responsabilidad de importante problemas políticos y sociales. Los hogares obreros, considerados como verdaderos

---

[85] Si bien este concepto fue totalmente mutado con la sanción de la ley 10.903 de Patronato de Menores, en la actualidad estamos dando forma al concepto adaptado por la Convención de los Derechos del Niño a través del Abogado del Niño.

[86] Sobre el tema capacidades, el menor impúber (hasta los 14 años de edad) no podía ejercer ninguna clase de derechos, el menor púber (de 14 a 21/22 años de edad –según la ley vigente) podía ejercer algunos derechos al igual que la mujer. Artículo 55 del Código Civil originario, anterior a la ley 17.711)

[87] Esta es la definición y alcance del derecho de los padres sobre los hijos, y se complementa con otros artículos que posteriormente fueron sustituidos o derogados por la ley 10.903 (arts. 264, 306, 307, 308, 309, 310, 329, 393,457 del Código Civil).

focos de delincuencia, ocupaban habitaciones superpobladas donde trabajaba toda la familia. Se reproduce la participación de las mujeres y de niños en los procesos productivos, representando un elevado porcentaje. Estas “nuevas familias” gozaban de los derechos nacionales, situación que no era observada con agrado por las clases dominantes.

En este marco, la educación comienza a tener un valor particular como institución moderna de transmisión de cultura. La instrucción pública, nace a la sombra de la idea de corrección – protección de la infancia.

En estas últimas décadas del Siglo XIX, el sistema educativo argentino está en pleno proceso de organización; impulsado por los sectores gobernantes, orientándose hacia la homogeneización de la población. La Ley 1.420, marco legal de este sistema escolar, ampliamente conocida como la "ley laica", presenta aspectos que se vuelven significativos para desempeñar la función de tutela y control, al constituirse legalmente como el ámbito público de socialización obligatoria y primer limitador del poder paterno.

Desde el año 1900, se constituyó una intensa movilización política, por lo que el Estado declaró el estado de sitio, se estableció la detención de dirigentes sindicales, prohibiéndose también la circulación de prensa revolucionaria. Frente a esta situación, el Congreso vota en el año 1902, la primera ley destinada a la desjudicialización de derechos, la Ley de

Residencia 4.144[88]. De esta manera, se administrativiza el conflicto, generando una disminución de derecho de los inmigrantes en relación a los nativos.

Se profundiza un proceso normativo que, implicó la redefinición de la intervención del Estado sobre la "cuestión social"[89] configurándose de esta forma un ideario que sustentara la necesidad de administrar, en palabras de Terán, "…todo elemento renuente a incorporarse a la estructura moderna"[90].

Fue significativo en estos movimientos sociales el protagonismo de mujeres y niños como actores políticos, puesto que los mismos no solamente acompañaban a los trabajadores, sino que eran parte constitutiva de la clase obrera, ya que pertenecían a esos modos de producción pero con disminución de derechos e incremento de abusos[91] por la falta de regulación normativa.[92]

La patria potestad sufriría cambios notables y con esto, se generaría el nuevo del rol del Estado y la familia.

---

[88] Desde la ley se "autorizaba al poder ejecutivo a expulsar a todo extranjero cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad o el orden público". Rapoport Mario. Historia económica política y social de la Argentina (1880-2003). Editorial Ariel. 2005.

[89] Los conflictos generados a raíz de los problemas habitacionales, la suba de los alquileres, las desfavorables condiciones de higiene, dieron lugar a un proceso de agitación social cuya máxima expresión fue la Huelga de inquilinos en 1907. Sus premisas fundamentales se relacionaban a la reducción de los alquileres en un 30 %, mejoras en infraestructura y garantías contra el desalojo.

[90] Terán, O. Positivismo y Nación. Ed. Punto Sur. 1987. s.l.

[91] Ello implicó una ruptura respecto de aquellos imaginarios patronales en cuanto al empleo de mujeres y niños, puesto que los mismos no generaban conflictividad alguna (pudiendo, además pagar salarios más bajos).

[92] Las leyes del momento se dirigian específicamente al control. En el año 1910, la ley de Defensa Social que se utilizó para el control del anarquismo. Prohibío el ingreso y la existencia de toda asociación que tuviera como objeto las doctrinas anarquistas, regulando el derecho de reunión. Finalmente, penaba la apología del delito y el uso de explosivos, con penas que iban desde los seis años de prisión hasta la pena de muerte.

La institución Patria Potestad se reforma sustancialmente a partir del año 1919 con la sanción de la ley 10.903 y con esto, la relación del Estado respecto a las familias. El diputado Agote fue el fiel representante del proyecto denominado inicialmente como “Protección de los menores abandonados y delincuentes”.

Se abre una nueva etapa en la política de control-protección de toda una categoría "los menores" dentro de una clase social, cuya debilidad e incapacidad debía ser regulada jurídicamente.[93]

Esta norma construye la figura del “menor” como objeto pasible de ser protegido y vigilado, legitimando el encierro como solución a las distintas problemáticas. La Ley Nacional 10.903 reformula el concepto de la patria potestad[94], estableciendo derechos y **obligaciones** por parte de los padres con respecto a sus hijos. Ya no será un poder absoluto y unidireccional del padre, sino que además, se habilitó la posibilidad de ingresar y “observar” como se ejecutan esos derechos, transformados en obligaciones. El poder de corrección el poder de encierro será una herramienta privilegiada de justificación de este “deber”.

La Ley 10.903 consideraba “abandonados” o sea habilitados para intervenir, a los menores que no tenían hogar conocido, a los que pedían

[93] *Todas estas leyes se encuentran a contramano de la protección de derechos que había pensado Velez Sarfield en su Código Civil.*
[94] *Arts. 264 y 306 a 310 del Código Civil.*

limosna, a los canillitas, floristas, vendedores ambulantes, a los que frecuentaban malas compañías, en definitiva a toda la infancia visualizada.[95]

En definitiva, la construcción del andamiaje jurídico de la República Argentina, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, estableció al Código Civil (1871) como gran estadio en la regulación y constitución de derechos; pero la conformación de los diferentes equipos legislativos, como la ley laica de educación (1884), la ley de residencia (1902), la ley de defensa social (1910) y la ley de Patronato de Menores (1919), establecieron nuevos escenarios y diferentes mecanismos de legitimación del poder punitivo, privado y público. En este recorrido, el último eslabón, es el código penal argentino.

El Código "Tejedor"[96]; el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García[97], el Código Penal de 1886[98] y de 1891 llevado adelante por Piñero, Rivarola y Matienzo[99], como así también el Proyecto Segovia del año 1895[100], el

---

[95] *Garcia Mendez E. y Vitale G. Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires. Análisis crítico sobre las leyes 13298 y 13.634. editores del Puerto. 2009.*

[96] *Artículo 279 del Código Tejedor establecía que: "…el que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo,…inc. 3° Si se cometiese en la persona de los padres, u otros individuos a quien se deba un respeto particular…" En Digesto de Codificación Penal Argentina, realizada por Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, AZ editora.*

[97] *Articulo 254 estableciendo que "… la misma pena se aplicará aunque la secuestración dure menos de treinta días, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes…inc. 2° si se cometiese en la persona de los padres u otros individuos a quienes se deban respeto particular…" Presentado ante el Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el Proyecto redactado por el Dr. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, Buenos Aires, Imprenta de El Nacional, 1881 en Digesto de Codificación Penal Argentina, Ob. Cit.*

[98] *Artículo 155. establecía: "el que privare a otro de su libertad…inc. 2° si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quienes se deba respeto particular." Publicado por la Editorial imprenta Sudamerica en el año1887. Buenos Aires.*

[99] *Artículo 170 establecía que: "se impondra penitenciaria de uno a cuatro años cuando concurra algunas de las circunstancias siguientes…inc.2° cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, del cónyuge, o de otro individuo a*

Proyecto de 1903[101] y el Proyecto de Código Penal de 1904[102] **desconocieron a la infancia, porque se encontraban dentro de la transición de la primera etapa, donde el poder del "*pater*" era indiscutido y formaba parte del pacto realizado con el Estado** a través del Código Civil. En la familia se consolidan los derechos de la época. El texto originario del artículo 264 establecía que la patria potestad era "*el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres…"*. ***D*erechos** absolutos, sin explicaciones.

Con la sanción del Código Penal en 1921, si bien parecería que estamos ante similar situación; nos encontramos en otro momento.

No es el desconocimiento, el contexto de sanción del Código Penal vigente, **sino el control sobre cierto sector de la sociedad que ya se encontraba visualizado a través de la ley 10903 del año 1919.**

No puede analizarse el código penal (1921) en los mismos términos en que se sancionó el Código Civil (1871), encontrándose estrechamente vinculados en el tema que nos ocupa. El contexto y las leyes vigentes en la época y la "*objetivización*" de la infancia encuentra su centro en la reforma establecida por la ley 10.903 al Código Civil. Las capacidades ya no son las

---

quien se deba respeto particular" Publicado por Editorial Talleres tipográficos de la penitenciaría Nacional. Pag. 331. Año 1891.

[100] *Artículo 192. disponía que:"se impondrá penitenciaria de uno a cuatro años… inc.2 Cuando se cometiere en la persona de un ascendiente, de un cónyuge…" En Digesto de Codificación Penal Argentina, ob. Cit.*

[101] *Articulo 155 inc. 2 contemplaba que: "…si se cometiere en la persona de los padres, hermanos o en otros individuos a quien se deba respeto particular…" Pag. 56 editado por el taller tipográfico de la penitenciara nacional.*

[102] *Artículo 147. disponía "…el que privare a otro de su libertad personal…inc. 2° si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular…"Redactado por la comisión de reformas legislativas, constituidas por decreto del poder ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904 pag. 36/37 en Digesto de Codificación Penal Argentina,ob. Cit.*

mismas, la patria potestad no es sólo derechos y la facultad de corrección, es bastante más que una herramienta de intervención del padre.

Este poder de corrección cristalizado como versión original del Código Civil, pero mutado por el contexto establecía que:"…*los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes…."*

Esa patria potestad controlada por el Estado, no podía evitar de reconocer el andamiaje de poder del padre sobre sus hijos pero si exigir, a través de la incorporación "obligaciones" la moralidad de época.

Entonces, si la reforma sustancial de la infancia y la patria potestad se produce en 1919; como no sería coherente que en 1921 el Código Penal siga el mismo lineamiento, no sólo autorizando la privación de la libertad de los "*descendientes*" sino estableciendo una "*obligación*" inherente a la nueva formulación del artículo 264 del Código Civil. Como sustento, incorporo al debate que, 50 diputados y la totalidad de los senadores nacionales, votaron dentro de su mandato (1919 y 1921), ambas leyes en el Congreso Nacional.[103]

[103] *Los **Diputados Nacionales** son Aldao, Ricardo (Santa Fe); Aranda, Macedonio (Salta); Aráoz, Miguel A. (Tucumán); Avellaneda, Marco A (Buenos Aires); Avellaneda, Nicolás A.(Buenos Aires); Beiró; Francisco (Capital); Bermúdez, Manuel A.(Corrientes); Berrondo, Valentín(Catamarca); Bravo, Mario (Capital); Breard, Eugenio E (Corrientes); Caracoche, Pedro (Buenos Aires); Carosini, Alberto H. (Entre Ríos); Casás, José O. (Capital); Costa, Julio A. (Buenos Aires); Daneri, Luis M (Entre Ríos); Davel, Ricardo (Buenos Aires); Fernández, Jacinto (Capital); Ferraroti, Juan L. (Santa Fe); Ferreyra, Andrés (h) (Capital); Gallegos Moyano, Carlos (Mendoza); Gibert, Pedro F. (Buenos Aires); González, José Antonio (Catamarca); Hernández, Sabá Z.(Entre Ríos); Isnardi, Arturo (Buenos Aires) Laurencena, Miguel M. (Entre Ríos); Leguizamón, Arturo (Entre Ríos); Lehmann, Guillermo (Santa Fe); Lencinas, Carlos W. (Mendoza); Martínez, Enrique (Córdoba); Martínez, José M.(Córdoba); Méndez Casariego, Alberto (Entre Ríos); Mouesca, Eduardo (Entre Ríos); O´Farrel, Juan A. (Buenos Aires); Oliva, Moisés J.(Salta); Padilla, Eduardo (Tucumán); Padilla, Ernesto E.(Tucumán); Pérez Virasoro, Evaristo (Corrientes); Quiroga, Marcial*

Sobre este pie de marcha, la posibilidad de privar de libertad a un descendiente, no se llamará privación de la libertad calificada, ni estará prevista en el art. 142 del Código Penal, sino que su nombre será, facultad de corrección y se encontrará en el artículo 278 del Código Civil. Nótese que culmina siendo una actividad fomentada por el Estado ya que "… *los padres tienen la facultad… y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes* "[104]. No sólo tiene la posibilidad de encerrarlo como actividad reglada de la patria potestad y del derecho de corrección, sino que a su vez, tiene la posibilidad de requerirle a un Juez que lo prive de la libertad en un instituto correccional a los mismos fines.

En definitiva, el artículo 142 inc. 2 del Código Penal no establece a los descendientes como sujeto pasivo de la privación de la libertad, por ser una actividad impuesta por el Estado a través del Código Civil, una causa de justificación, el cumplimiento del deber, en el plano de la faz negativa de la antijuricidad.

V (San Juan); Raffo de la Reta, J.C. (Mendoza); Remonda Mingrand, Federico (Santa Fe); Repetto, Nicolás (Capital); Riú, Francisco A (Buenos Aires); Robín Castro, Napoleón (Catamarca); Rougés, León (Tucumán); Sánchez de Bustamante, Teófilo (Jujuy); Sánchez Sorondo, Matías G.(Buenos Aires); Tomborini, José P. (Capital); De Tomaso, Antonio (Capital); Vera, Octaviano S.(Tucumán); Vergara, Valentín (Buenos Aires) y Yolde, Lautaro (S. del Estero). Los ***Senadores Nacionales*** *Albarracín, Martín (San Juan); Caballero, Ricardo (Santa Fe); Castañeda Vega, F. (S. del Estero); Del Valle Iberlucena, E (Capital); Estevez, Manuel (Tucumán); García, Luis (Buenos Aires); Gallo, Vicente C. (Capital); Garro, Pedro A. (San Juan); González, Joaquín V. (La Rioja); Iturraspe, Ignacio (Santa Fe); Iturbe, Octavio (Jujuy); Larlús, Pedro (Córdoba); Linares, Luis (Salta); Luna, David (La Rioja); Llanos, Pedro (S. del Estero); Melo, Leopoldo (Entre Ríos); Patrón Costas, R. (Salta); Roca, Julio A.(Córdoba); Saguier, Fernando (Buenos Aires); Soto, Pedro N. (Corrientes); Torino, Martín M. (Entre Ríos); Vidal, Juan R.(Corrientes); Villanueva, Benito (Mendoza) y Zabala, Carlos (Jujuy).*

[104] *Es claro que tampoco se dará el supuesto del artículo 142 inciso 5° del Código Penal cuando prevé que: "…si la privación de la libertad durare más de un mes…"*

Tampoco podría darse la privación "*ilegal*" de la libertad del artículo 141 del Código Penal, puesto que los fundamentos civiles expuestos (léase patria potestad / facultad de corrección) transforman a la privación de la libertad en legal, no generando el requisito objetivo/normativo del tipo. [105]

En el año 1940[106], el Diputado Nacional y uno de los grandes penalistas del país José Peco[107], presentó su proyecto de reforma. En el capítulo sobre privación de la libertad establecía que [108] *"…a propósito de las circunstancias calificativas de agravación… en cuanto al sujeto pasivo…. colocamos al descendiente, como en el código penal italiano ya que a veces necesitan tanta o mayor tutela que los ascendientes, así también por quebrantar deberes familiares sagrados…"*

De esta manera, el proyecto de Peco se instituye como el pionero en incorporar a los descendientes en la privación de la libertad agravada.[109] Esta trascendental consideración fue acompañada por otros dos proyectos de

---

[105] *El legislador ha utilizado el elemento normativo también en los arts. 145 " Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero."Art. 234 "El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar." Art. 249 "Será reprimido con multa de $ 750 a $ 12.500 e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio", Art. 162 "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena."*

[106] *Durante la Presidencia de Roberto M. ORTIZ,(1938 – 1942) vicepresidente Ramón S CASTILLO.*

[107] *nació en Buenos Aires el 17 de agosto de 1895 y falleció en Viena,.sede de su representación diplomática, el 27 de febrero de 1966.*

[108] *Contempladas en el artículo 166 del Proyecto de Código Penal, su Exposición de Motivos, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941, página 317/318.*

[109] *Tómese nota que al momento de la preparación del Proyecto de José Peco (1939 en adelante) no estaba ni en vistas las Declaración de los Derechos del Niño de 1959, como hecho político internacional.*

reformas, del Poder ejecutivo del año 1951[110] y el redactado por Maldonado, Levene y Laplaza del año 1953. [111] Estas se imprimen dentro del nuevo constitucionalismo generado a partir de la reforma de 1949 y el reconocimiento de los derechos sociales e individuales.

En esta corriente Levene, uno de los redactores del Proyecto de 1953 fundamentó en su sentencia que:"*…El niño* (hijo) *es dueño y poseedor de su libertad que la ley debe proteger, sólo que no la ejercita en la forma que lo hace el hombre por no necesitar hacerlo todavía. Lo contrario implicaría considerar al niño una cosa…"*[112] El reconocimiento de derechos había comenzado.

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos es, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del niño.

---

[110] *Artículo 214 "se impondrá prisión de dos a seis años cuando el hecho fuere perpetrado…inc. 1° por ascendiente,* ***descendiente*** *o cónyuge…" pag. 93 en Dirección de Publicaciones, biblioteca y archivo.*

[111] *Artículo 165 "se impondrá prisión de dos a ocho años si el hecho se cometiere… inc. 3° por ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges…";Proyecto de código penal para la Nación Argentina de 1953.*

[112] *Sentencia de 2° INSTANCIA. Buenos Aires, febrero 5 de 1954. "Que la cuestión de competencia que se plantea entre los juzgados de instrucción nros. 5 y 6 consiste en dilucidar si la menor de 4 meses de edad, B.L.D., encerrada en un camarote del vapor "Rio Bermejo", puede ser sujeto pasivo del delito de privación ilegal de la libertad o no…El problema ha sido prolijamente analizado por el fiscal que entiende que "la libertad que la ley penal tutela aún cuando puede resultar afectada en su ejercicio por la minoridad, es la suma de todos los derechos, cuya violación sanciona la ley represiva, pero cuya tutelaridad no pierden los menores por la circunstancia de que para su goce requieran una representación" …Además, el art. 141. C.P.; incrimina uno de los delitos contra la libertad individual (cap.I del tít. V, que trata de los delitos contra la libertad). En este título el sujeto pasivo es la persona, sin distinción de edades, como lo es en el título I del mismo libro 2°(delitos contra las personal), en el que se tutela la vida, la salud, etc. Del ser humano, desde su nacimiento, o sea desde que se desprende del seno materno hasta su muerte…Por todo ello y lo dictaminado por el fiscal, y no estableciendo otros requisitos el art. 141 de la ley de fondo que la privación de la libertad personal, la ilegitimidad de esa privación y la violencia ("Fallos", t.2,p.258) se declara que corresponde intervenir en esta causa al juzgado de instrucción n° 6, a cuyo titular se hará saber lo sugerido en el otrosí digo del dictamen de f. 42.- Antonio L BBeruti.- Raúl Munilla Lacasa.- Ricardo Levene (h)".JA 1954. II. Pag 229*

A fines de 1989, y cumpliendo diez años en los trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la ***Convención Internacional sobre los Derechos del Niño***, no siendo casual que casi todos los países del mundo la hayan ratificado.

Esta Convención no es un tratado mas sobre Derechos Humanos, sino que marca una ruptura filosófica y jurídica trascendental con las tradiciones tutelares y paternalistas de la infancia, alterando el derecho interno de cada país y constituyendo la inflexión significativa, para el desarrollo del nuevo paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez.

No caben dudas que, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa y constituye un cambio fundamental en la percepción de la condición de la infancia.

Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que podría sintetizar sus transformaciones. La Convención constituye EL instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el menor abandonado delincuente previsto en la ley 10903, inspiradas en la doctrina de la situación irregular.

El país que ratifica o se adhiere a la Convención sobre los Derechos del Niño debe reexaminar su legislación para adecuarlas conforme al compromiso y a su vez, se declara obligada a sus disposiciones y es responsable comunidad internacionalmente.

El enfoque de los derechos humanos, es constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como *sujeto de derecho*, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.[113]

El impacto transformador de la Convención obliga a redefinir el modelo tradicional de Familia, Patria Potestad y la facultad de corrección; pero a su vez, dentro del espacio de las Políticas Criminales, observar a la privación de libertad de un descendiente, como hecho atípicamente obviado del art. 142 del Código Penal.

Parte de ese camino, viene a consolidarse en el año 2005 con la sanción de la ley 26.061 que deroga legislativamente la mirada sobre la infancia y adolescencia a través del Patronato de Menores, ley 10903 vigente desde el año 1919.

La ley vigente se caracteriza por ser el resorte legislativo interno de la Convención de los Derechos del Niño, ya que consagra a la familia como ámbito preferente de desarrollo y esencialmente lo transforma al objeto de custodia y compasión en sujetos de derechos.

[113] *En el art 2 apartado 2° se impone al Estado que debe garantizar la protección del niño de toda discriminación y castigo; en el art 3 dispone que se debe atender al interés superior del niño en todas las medidas que se toman por parte de instituciones públicas o privadas; en el art 5 consigna la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, deberes y derechos de los padres sobre los hijos según la costumbre legal, de impartirle dirección y orientación para que el niño pueda ejercer sus derechos. Los arts. 18 y 19 garantizan que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño. El art 37 apartado a) establece que los Estados deben velar porque el niño no sea sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes y que no sea privado ilegal o arbitrariamente de la libertad, siendo la detención conforme a ley y medida de último recurso.*

La ley 26061 y sus decretos reglamentarios configuran el piso mínimo para reflexionar sobre el sistema familiar, las relaciones internas y la conjugación de derechos.

JURISPRUDENCIA

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el caso N.[114] dio por cierto que los padres de un menor, como castigo, habían atado con una cadena del tobillo a un extremo de la cama, desatándolo para almorzar volviéndolo a sujetar a la tarde. Los llantos del menor hicieron que los vecinos llamaran a la policía. El caso se presenta ante segunda instancia, recurriendo la sentencia condenatoria por el delito de Abandono de persona previsto en el art. 106 del Código Penal[115]. Los jueces de segunda instancia estiman que no es de aplicación en el caso el artículo que tipifica la figura de abandono de persona ya que es un delito de peligro, en el cual se coloca al sujeto pasivo en una situación de desamparo material, que en el caso no ocurre porque el menor pudo recibir asistencia inmediata a través de sus llantos que llamaron la atención de los vecinos que denunciaron el hecho. La tipicidad es la del delito de privación ilegal de la libertad de artículo

[114] *Suprema Corte de justicia Mendoza, sala 2°, 19/4/74, Jurisprudencia Argentina, "Núñez Abelino y otra", tomo 22, año 1974, P: 854.*

[115] *Art. 106 Código Penal establece que:"El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años…La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima….Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión.- conforme ley Nº 24.410-."*

141, ya que si bien el art. 278 del Código Civil pueden corregir moderadamente a sus hijos; el ejercicio legítimo de este derecho es una causa de justificación comprendida en el art 34 Inc. 4 del CP pero quedan excluidos el exceso y el abuso.

El exceso se da cuando ese ejercicio va más allá de la necesidad que el caso supone (art 35 CP) siendo ilícito aunque sólo se sancione a titulo de culpa. El abuso existe si el autor obra extralimitándose en los términos de su derecho, tanto en relación al objeto de éste como a la forma de su ejercicio. Si el agente traspasa intencionalmente los límites que le impone la ley o la autoridad, no se encuentra en exceso sino que obra de manera totalmente injustificada porque su finalidad legítima se ha sustituido por un fin ilegítimo.

El caso queda resuelto por el artículo 141 Código Penal, porque el padre no sólo se ha excedido en el ejercicio de la facultad de corrección sino que también ha realizado abuso en el ejercicio del derecho establecido por el artículo 278 Código Civil. La conducta asumida no es un modo correctivo ni un mero exceso sino que debe imputarse a titulo de dolo (abuso). Los imputados privaron al menor de la libertad de locomoción y movimiento cometiendo el delito tipificado en el artículo 141 del Código Penal; la privación es injustificada, ilegal y dolosa por la voluntad y conciencia de realizar el acto abusivo excluyendo el propósito correctivo, y por el medio adoptado. Finalmente el fallo modifica la calificación del hecho imputado en primera instancia y condena a los padres a 6 meses de

prisión como autores del delito de privación ilegal de la libertad en suspenso.

La Cámara Nacional Criminal y Correccional[116] ha dicho que no se desconoce el poder disciplinario y correctivo de los padres sobre sus hijos, entre éste y el delito de privación ilegal de la libertad hay una notoria diferencia. En este caso los menores eran atados y golpeados por su padre mientras que su madrastra tomaba el recaudo de subir el volumen de la radio para que no se escucharan los llantos y pedidos de auxilio. Aquí se encuentra acreditada la existencia de exceso y abuso en el derecho de corrección, más allá del posterior sobreseimiento por parte del Tribunal Oral Criminal n° 13 por falta de acusación fiscal.[117] El delito por el cual venían acusados era el de privación ilegal de la libertad agravada por violencia según la previsión del artículo 142 inciso 1° del Código Penal.

El Tribunal Oral Criminal Criminal n° 9 del Poder Judicial de la Nación, integrado por los Doctores Luis M. García, Fernando R. Ramírez y Luis María Cabral, en causa n° 602, elevada a juicio por los delitos de privación ilegal de la libertad calificada reiterada en concurso real con lesiones leves calificadas, contra MP**,** y contra JLG**, i**nterviniendo en el proceso representando al Ministerio Público Fiscal, el Dr. Diego T. Nicholson y en la defensa de los procesados la Defensora Pública Dra. Stella Maris Martínez, calificó los hechos como constitutivos de los delitos

---

[116] *CNCyC, sala 5° 14/7/2004, "Britez, Silvina y otro" Jueces, Guillermo Rafael Navarro y Mario Filozof.*

[117] *Con fecha 14 de septiembre de 2006, los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 13, Dres. Diego L. Guardia, Adolfo Calvete y Enrique J. Gamboa, en la causa Nº 1854 seguida a Silvina Alejandra Britez y a Felipe Nery González ambos en orden al delito de privación ilegal de la libertad, agravada por violencia, cometida al menos, en dos oportunidades (artículos 45, 55 y 142, inciso 1° del Código Penal de la Nación)*

de privación ilegal de la libertad calificada por violencia según la previsión del artículo 142 inc. 1° del Código Penal, atribuyendo a sus padres ambos imputados la calidad de autores. La defensa destacó el legítimo derecho de corrección del que gozaban sus defendidos por ser los padres del menor, así como también el deber de cuidado que sobre ellos pesaba.

El Tribunal entendió que, el encierro, no sólo no puede ser considerado de modo alguno un modo legítimo del ejercicio del derecho de corrección paterno, sino que tampoco puede entenderse como un exceso inmoderado de tal derecho.

BIBLIOGRAFIA

- **BELLUSCIO,** Augusto César; “*Manual de Derecho de Familia*”, Ed. Depalma, 6° edición, Buenos aires 1996, T° II.

- **BELLUSCIO,** Augusto; “*La separación de bienes sin separación de cuerpos*”, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Famila Nº 4, Ed. Abeledo-Perrot.

- **BELLUSCIO,** Augusto, Manual de derecho de familia, T II Nro.533 pag. 304.

- **BELOFF,** Mary "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos" Publicado en García Méndez, Emilio, *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

- **BELOFF**, Mary y otros. "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño Publicado en "Justicia y Derechos del Niño" Número 9. UNICEF

- **BELOFF,** Mary, "Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar", en Justicia y Derechos del Niño, Unicef, 1999.

- **BERIZONCE,** Roberto, **BERMEJO,** S. Patricia, **AMENDOLARA**, Zulma; "*Tribunales y proceso de familia (Ley 11.453 modificada por ley 12.318)*", Librería Editora Platense, La Plata 2001.

- **BIDART CAMPOS,** Germán, Manual de la Constitución Reformada, T, I Ed. Ediar 1996.

- **BIDART CAMPOS,** Germán "*El derecho a la identidad sexual*", ED 104-1024.

- **BIDART CAMPOS,** Germán. "*La modificación registral del sexo y el cambio de documentación. El derecho a la verdad y a la identidad sexual*", LL, 2001-F, 216.

- **BIDART CAMPOS,** Germán; "*El derecho de familia desde el derecho de la constitución*", Revista Entre Abogados editada por el Foro de Abogados de San Juan, Año VI N° 2, San Juan 1998.

- **BREGLIA ARIAS Y GAUNA Oscar** En Código Penal Comentado y leyes complementarias Tomo II Año 2001 Pagina 1030 Editorial Astrea

- **BOKXER,** Mirta F. en "Derechos de niñas, niños y jóvenes, política de gestión territorial." 2005 Editorial Lumen Humanitas.

- **CABRAL,** *Mauro; "En estado de excepción: intersexualidad e intervenciones sociomédicas" en "Sexualidad, estigma y derechos humanos", Ed. Universidad Peruana Cayetano Heredia, Lima 2006.*

- **CABRAL,** *Mauro; "Persistencias" en "Cuerpos ineludibles. Un diálogo a partir de las sexualidades en América Latina" Ed. Ají de Pollo, Bs. As. 2004.*

- **CALOGERO,** Pizzolo, Constitución Nacional comentada, anotada y concordada. Estudio Preliminar Germán Bidart Campos, Ediciones Jurídicas de Cuyo 2004.

- **CASSAGNE,** Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires ,1998.
- **CHECHILE,** Ana María y **LOPES** Cecilia; "*El derecho humano del hijo a mantener contacto con ambos progenitores. La custodia y la autoridad parental compartida. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos*, Revista Lexis Nexis Buenos Aires Nº 2/2006, Buenos Aires.

- **CORBETTA,** Juan Carlos y **PIANA,** Ricardo Sebastián. "Constitución Política de la República Argentina. Dimensiones normativas y jurisprudenciales de la realidad política argentina". Editorial Scotti. Septiembre 2005

- **CORTÁZAR,** María Graciela "Niños y jóvenes en infracción a la ley penal. Bases del Nuevo Sistema, en "Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología." www.derechopenalonline.com .

- **COUSO,** Jaime "El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés *Superior* del Niño, Autonomía progresiva y

derecho a ser oído" Base de Datos Interamericana de Jurisprudencia sobre Derechos del Niño: http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl

- **CREUS, Carlos.** En Derecho Penal Parte Especial Actualizado por Jorge Eduardo Boumpadre tomo 2, séptima edición actualizada y compilada, Año 2007, Pag. 310, Ed. Astrea.

- **DAYENOFF, David.** Derecho Penal Parte Especial Editorial García Alonso

- **D ELIA,** Carlos Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 3ra Edición ampliada. Librería El Foro, Buenos Aires, 2001.
- **De MARÍA**, Viviana y Mg Figueroa Josè. En 10903: La Ley Maldita.

- **DEL CAMPO**, Hugo. LOS ORIGENES DEL MOVIMIENTO OBRERO ARGENTINO. En: Historia del Movimiento Obrero. Centro Editor de America. s/ más datos

- **DIAZ, E.** Código Penal para la República Argentina, tercera edición, página 288 Año 1942

- **DONNA, Edgardo.** En Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Año: 2001 Pag. 139, Editores: Rubinzal-Culzoni

- **ENRIQUE LÓPEZ,** Martín, **DÓLERA CARRILLO,** María A. "Ejecución de medidas no privativas de la libertad" en "Justicia de menores e intervención socioeducativa." Ley 5/2000, de 12 de enero del año 2000 Edita: Consejería de Trabajo y Política Social Secretaría Sectorial de Acción Social, Menor y Familia, Murcia España, 2001

- **ESTRELLA, Oscar y GODOY LEMOS, R.** Código Penal parte especial, tomo II, paginas 59/60, 2°edicion Editorial Hammurabi.

- **FLEITAS ORTIZ DE ROZAS**, Abel y **ROVEDA,** Eduardo G "*Régimen de bienes del matrimonio*", La Ley, Buenos Aires 2001.

- **FLEITAS ORTIZ DE ROZAS,** Abel y **ROVEDA,** Eduardo; "*Manual de Derecho de Familia*", Ed. Lexis Nexis, Avellaneda 2004.

- **GALANES,** Nélida Beatriz; "*Funcionamiento de los Tribunales de Familia*"; LLBA 2008 (marzo).
- **GALEANO,** Eduardo, el libro de los abrazos. Ed. Catálogos 1996

- **GARCIA MENDEZ Emilio y VITALE Gabriel** en infancia y Democracia en la provincia de Buenos Aires. Análisis crítico sobre las leyes 13298 y 13634. Editores del puerto. 2009.

- ***GARCÍA MÉNDEZ,*** *Emilio, "Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26061"). Fundación Sur Argentina. Ed. Editores del puerto. 2008*

- **GARCÍA MENDEZ,** Emilio, "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina",en,Garcia Mendez Emilio,"Infancia De los Derechos y de la Justicia",Ed. Del Puerto,2da edicion actualizada, Buenos Aires ,2004.pp.17-44.

- **GOICOCHEA,** Ignacio "*Aspectos prácticos de la sustracción internacional de Menores*", Rev. de Derecho de Familia. Rev. interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia nº 30, LexisNexis, Bs. As., 2005.

- **GOMEZ, Eusebio.** En Tratado de Derecho Penal Tomo III, pagina 346, 1940, Asociación Argentina de Editores.

- **GORDILLO,** Agustín y otros en "Derechos Humanos"; Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, 1999

- **GORDILLO,** Agustín, "*Tratado de Derecho Administrativo*" 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2006, Tomo 2, capítulo XIII.

- **GRANILLO FERNANDEZ,** Héctor y **HERBEL,** Gustavo; Código de Procedimiento Penal Comentado y anotado Editorial La Ley, año 2005.

- **GROSMAN,** Cecilia P., "*La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia*", en LL 1984-B-806

- **GUTNISKY,** *Daiana*, "La Prisión Preventiva Injustificada y el marco constitucional, con especial referencia a Corrientes" en su publicación: "Hacia la Abolición de la Prisión Preventiva"

- **IRISARRI,** Carlos Alberto "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado" Editorial Astrea, año 2005.

- **KIELMANOVICH,** Jorge Leonardo; "*La dimensión Procesal de la ley 26.061*" publicado en "*ProteCódigo Civilión Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*" Emilio García Méndez (compilador); Editores del Puerto, Bs. As. 2006.

- **KIELMANOVICH,** Jorge, "*La doble instancia en el proceso de familia*"; Revista Interdiciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Nº 28, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2004.

- **LAGEVIN,** J.H. Libro Delitos contra la libertad, páginas 88 a 90 Editorial AD HOC Buenos Aires

- **LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique.**En Notas al Código Penal Argentino, tomo II, Parte Especial. Página 219, Marcos Lerner Editora Córdoba.

- **LEDESMA**, Guillermo A. En Tratado de Derecho Penal Tercera edicio actualizada por, Tomo V Parte Especial, Año 1996 página 247, Editorial Abeledo- Perrot. En el mismo sentido la Decimo cuarta y Sexta Edición.

- **LEGUISAMON,** Hector Eduardo; "*Notas sobre el proceso de familia en la provincia de Buenos Aires y su situacion actual*", Revista Interdiciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Nº 28, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2004.

- **LLAMBÍAS,** Jorge Joaquín, "*Tratado de Derecho Civil. Parte General*", Tomo I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997.

- **MELOSSI** Darío y **PAVARINI** Massimo, "Cárcel y Fábrica", Siglo XXI, México, 1983.

- **MIGUEL,** Alejandro J.; Derecho Penal Juvenil: "De la Justicia internista a una Justicia Reparadora y Reincertadora" publicado en el dial.com.

- **MAFFIA,** *Diana y* **Cabral,** *Mauro; "Los sexos ¿Son o se hacen?" en "Sexualidades Migrantes. Género y transgénero" Ed. Feminaria, Bs. As. 2003.*

- **MAIER,** Julio B. J, Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2º Ed. Editores del Puerto S.R.L 1999.

- **MALACALZA**, Susana; LA AUTONOMÍA DEL SUJETO, DIALOGO DESDE EL TRABAJO SOCIAL; Ed Espacio, Argentina

- **MARIN, Jorge.** Derecho Penal, Parte Especial 2° edición actualizada página 298 Editorial Hammurabi.

- **MILL DE PEREYRA,** Rita; **ALEGRE,** Juan Ramón; **AROMÍ,** Gabriela; "Derecho Procesal Penal - Derechos Humanos" T. II, Ed. Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 2005
- **MILLAR SILVA,** Javier Eduardo. ALCANCE DEL CONTROL DE LEGALIDAD: Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2000.

- **MIZRAHI,** Mauricio Luis en “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061. Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061”, Emilio García Méndez (Compilador), Fundación Sur Argentina, 2006 Editores del Puerto.

- **MIZRAHI,** Mauricio, “*Familia Matrimonio y Divorcio*” Ed. Astrea, Buenos aires 2001 .

- **BERIZONCE,** Roberto O. “*Códigos Procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*” 2ª edición, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1994, tomo VI-A.

- **MORENO (h), Rodolfo** En el Código Penal y sus Antecedentes, tomo IV página 372, Tomáis Editor Buenos Aires, año 1923.

- **MYNYERSKI,** Nelly y **HERRERA,** Marisa “*Protección Integral de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”. Análisis de la Ley 26061. Emilio García Méndez. (comp). Fundación Sur Argentina. Ed. Editores del puerto.*

Niño, Luis F., Stella **Martínez**, “Delitos contra la libertad”, ed. Ad-hoc, Bs. As., año 2003, Cap: “*Privación ilegal de la libertad personal” y “Agravantes de la privación ilegal de la libertad”*

- **NUÑEZ, Ricardo.** Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner Editora Córdoba, Tomo cuarto paginas 40/41. año 1989.

- Manual de Derecho Penal Actualizado, por Victor Reinaldi pagina 150. Marcos Lerner Editora. Año 1999.

- **OLIVA,** *Mabel López, “Las políticas públicas en la ley 26.061: De la focalización a la Universalidad”. Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 2606, pag 129. Emilio Garcia Mendez (compilador) Buenos Aires, Editores Del Puerto. (2006)*

- **OSORIO,** Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Editorial Heliasta, 1996.

- **PARMA,** Carlos Código Penal de la Nación Argentina Comentado, Tomo 3 Año: 2005 Pag . 252 Editorial Mediterránea, Universidad Católica de Cuyo

- **PECO, José.** Exposición de Motivos, presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el 25 de septiembre de 1941, página 317/318.

- **PIETRA,** María Luciana "*Derechos del niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida*" Revista Interdiciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Nº 36, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

- **PLATT,** Anthony "Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia" Buenos Aires, Siglo XXI Editores S.A Cuarta Ed. Año 2001.

- **RAMOS, JUAN P.** En Curso de derecho Penal (segunda Parte) tomo quinto 2da edición corregida y aumentada, Año 1943 página 300 editado por la biblioteca Jurídica Argentina.

- **RAFFO BENEGAS,** P. y **SASSOT,** R. A., *"Régimen procesal de la inhabilitación*" J.A. Doct. 1969.

- **RAPOPORT,** Mario. Historia económica política y social de la Argentina (1880-2003). Editorial Ariel. 2005.

- **RÍOS,** Rosa Anguita, **GARCÍA LÓPEZ,** Petronila, y otros "La reparación y la responsabilidad civil ex delicto del menor de edad". Publicado en:www.meridianos.org

- **RODRIGUEZ SAIACH,** Luis "*Derecho Procesal Teórico Práctico de la Provincia de Buenos Aires*" Ed. Lexis Nexis, Buenos Ares, 2006, Tomo 2.

- **SCALTRITTI,** M. HISTORIA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA:

- Pasados y presentes de la política, la economía y el conflicto social. 1 a. Ed. Dialektik "Historia y Sociedad", 2008.

- **SCHNEIDER,** Mariel V "Corrección judicial del poder de corrección de los padres", Jurisprudencia Argentina, tomo I, año 2003, P: 428-441.

- **SCOBIE**, James R. BUENOS AIRES: DEL CENTRO A LOS BARRIOS 1870 – 1910. Solar/ Hachette. Sin más datos.

- **SOLARI,** Néstor; "*La prueba en el divorcio contradictorio ante la rebeldía del demandado*" L L 2008 A.

- **SOLARI,** Néstor; "*La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el artículo 1277 del Código Civil*", Revista Interdiciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Nº 29, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2004,

- **SOLARI,** Néstor; "*Sociedad de hecho entre convivientes*" LL Córdoba 2006.

- **TERÁN,** O. Positivismo y Nación. Ed. Punto Sur. 1987.

- **SOLER, Sebastian** En Derecho Penal Argentino, Tomo IV Parte Especial, Año 1992 página 42 Editorial TEA. Tratado Derecho Penal Argentino, pagina 54 Tomo IV Editorial La Ley Buenos Aires y en 1970, página 41 pero esta vez, editado por TEA Tipográfica Editora Argentina, 1946 Buenos Aires o y Nación. Ed. Punto Sur. 1987. s.l.

- **TIFFER,** Carlos y **LLOBET,** Javier; La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica : con jurisprudencia nacional – 1ª. Ed. – San José, UNICEF – ILANUD – CE.1999.

- **TINEDO,** Gladis, La Política Criminal en la ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Política Criminal de Menores. Volumen 33 Nº 2 Maracaibo abril 2005.

- **TORRADO,** Susana en *Aspectos teórico-Metodológicos de las estrategias Familiares de Vida.* Cuadernos del CEUR (Centro de Estudios Urbanos y Regionales). Buenos Aires 1983.

- **VELOSO,** Sandra F.; "*El proceso de alimentos en la Provincia de Buenos Aires*"; LLBA 2004.

- **VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos.** Código Penal Comentado tomo III, página 61. Editorial Plus Ultra

- **VILLAVERDE,** María Silvia. Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia en la Provincia de Buenos Aires. Parte I. Claves de interpretación de la reforma. LNBA 2007−11−1217

- **VITALE,** Gabriel M. A, **y otros** "Entre suspensiones y prórrogas. El sinuoso camino hacia el estado de derecho en materia de infancia y adolescencia en la Provincia de Buenos Aires" por publicado el 13 de febrero de 2008 por eldial.com Copyright © elDial.com - editorial albremática.-

- **VITALE,** Gabriel y otro, Ley 13634 "Consideraciones sobre los nuevos fueros de Familia y de Responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires". Un avance hacia el estado de Derecho y Justicia; publicado en Revista Rap. Provincia de Buenos Aires.

Actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense. Año IV nº 48. Marzo 2007.

- **VITALE,** Gabriel M A "Análisis Histórico Legislativo y Judicial en el tratamiento de la Infancia" en la sección jurisprudencia de la Revista Régimen de la Administración Pública Provincia de Buenos Aires actualidad Jurídica Provincial y Municipal Bonaerense(Constitucional , Administrativa, Ambiental y Tributaria, nº 23, año 2) Febrero de 2005.

- **VITALE,** Gabriel y **SALVO,** Marisa "Una pequeña dosis de victima en el proceso penal.Ficciones y realidades de las medidas cautelares sobre la libertad" ponencia presentada "a los 10 años de la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires", Colegio de Abogados, Unión de Magistrados y Facultad de Derechos de Lomas de Zamora septiembre de 2008.

- **WEINBERG,** Ines M., Convención sobre los Derechos del Niño, Ed Rubinzal –Culzoni año 2002.

- **ZAFFARONI,** Eugenio Raúl : * Artículo 279 del Código Tejedor. En Digesto de Codificación Penal Argentina, realizada por Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, AZ editora.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl en Código Penal Comentado y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial dirigido con David Baigún y coordinado por Marco A. Terragni. Específicamente el artículo comentado de Privación de la libertad calificada la realiza Gustavo E. Aboso. Pag. 207 Año 2008 Editorial: Hammurabi.

Delitos contra la Libertad

Por Silvina Paz/Silvana Paz

No presentación y desaparición de Menores

Art. 147: "*En la misma pena incurrirá el que , hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a sus padres o guardadores que lo solicitaren o no diera razón satisfactoria de su desaparición*".

1. Consideraciones iniciales sobre el bien jurídico protegido

La norma tutela, el respeto de los principios generales de las responsabilidades parentales dispuestas en el art. 638 y siguientes; 646 inc.a); 655, 674 entre otros, del Código Civil

1.1 Sujeto Activo

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona que este "encargado" de la persona de un menor de diez años., cualquiera sea el titulo por el cual lo tienen (niñera, profesor, etc.) Se excluye específicamente a ambos progenitores, quienes son los titulares y ejercen la responsabilidad parental, como así a los parientes cuando los progenitores han convenido que la responsabilidad parental este delegada en aquellos y se encuentre homologado judicialmente. De igual manera sucede cuando la delegación se realiza en el progenitor afín, requiriendo homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente

1.2 Sujeto Pasivo

Es el niño menor de diez años de edad. También lo es aquella persona ofendida, que teniendo la responsabilidad parental, la ha delegado en su ejercicio de manera total o parcial

1.3 Tipo Objetivo

Es requisito previo la entrega voluntaria y licita del menor de diez años a una tercera persona, quien abusando de la confianza no la presentara a los padres que lo solicitaren o no diera razón satisfactoria de su desaparición**.**

1.4 Tipo Subjetivo

El delito está concebido como un típico abuso de confianza por parte de quien recibió el encargo, frente al requerimiento de sus padres, la decisión sobre si las explicaciones son o no satisfactorias es facultad exclusiva del juez no de las partes[i]

La infracción es dolosa, de carácter permanente y no admite la tentativa. Como figura dolosa demanda el conocimiento de la condición en que se tienen al niño y del requerimiento de restitución que genera el mandato de obrar.

El tipo es de omisión propia, conformada por una simple inactividad que no exige un resultado material típico más allá de la lesión a los bienes jurídicos tutelados y se consuma cuando no se presenta al niño, o no se brindan razones satisfactorias de su desaparición.[ii]

1.5 Jurisprudencia

* Corresponde imponer la pena de cuatro años de prisión a la persona que, encargada de la guarda de una menor, no la presenta al juez y deduce articulaciones inoficiosas hasta que se presenta aduciendo que le ha sido raptada, sin corroborar en forma alguna su aseveración (CNCrim y Corr, 8/10/29 "Maestre Rodríguez y J", JA, 31-682

- La mera negativa de entregar la menor dejada en poder del acusado, el enfermarse la madre, esposa el querellante, manifestándose por este último haber visto en fecha reciente a su hija al reclamarla

Inducción a la Fuga de menores

Art. 148: ***"Sera reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona".***

1. Consideraciones iniciales sobre el bien jurídico protegido

La diferencia entre la penalidad de esta figura y el delito previstos por el art 147, evidencia que es solo atentatorio contra los deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona del hijo. (Art. 638 Código Civil). En concordancia, así el art. 639 del Código Civil en su inciso b) entre los principios generales de la responsabilidad parental, establece el principio de la "Autonomía Progresiva del hijo", conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Es decir la ley le confiere de manera progresiva a su voluntad y consentimiento, de manera parcial una relevancia atenuante.

El delito ya no está constituido por una sustracción o retención de la persona menor de edad, sino que éste, por su propio y voluntario accionar, se aleja del ejercicio de la responsabilidad parental, aunque su determinación haya sido inducida por otro agente.

1.2 Estructura típica

Inducir refiere a aconsejar seriamente a la persona menor de edad para que se fugue, dicha fuga es un alejamiento prolongado. Pero, debe tratarse de una inducción o un consejo con entidad suficiente para influir en la determinación de la persona menor de edad.

La acción desplegada por el agente será típica a la figura, cuando por la instigación se hace germinar en el menor una idea de fuga que no tenía, como así también, si se refuerza la idea de la fuga ya existente, persuadiéndolo del acierto y convivencia de su propósito.

Algunos autores opinan que la inducción debe propender a que el menor abandone la esfera del ejercicio de la responsabilidad parental, de un modo permanente, por lo que no constituiría delito si la inducción tiende a que tal abandono, aunque fuera por lapsos prolongados, persiga la intención de volver al lugar de origen, en la fuga debe concurrir la idea de no volver.

Sostenemos que esta posición se contrapone con la naturaleza del delito. Si se trata de un tipo de mera actividad, es suficiente con la fuga, aunque fuse transitoriamente o por poco tiempo. Tampoco, la idea de la fuga, debe ser entendida "fuga permanente", sin la intención de retornar al lugar de pertenencia. La fuga temporaria también es constitutiva de delito.

1.3 Sujeto activo

Puede ser cualquier persona.

1.4 Sujeto pasivo

En este caso, solo puede ser una persona, cualquiera sea su sexo, mayor de 10 y menor de 15 años.

1.5 Tipo subjetivo

Es un delito doloso, de dolo directo. El error invencible sobre a edad lo excluye.

1.6 Doctrina

Discute si, para que el tipo se perfeccione, la fuga del menor debe haber realmente ocurrido. Algunos autores comprenden que tal resultado no es exigible, basando solo la inducción a la fuga. El delito es de mera actividad, de manera que su consumación coincide con el acto de inducción, no siendo admisible, en consecuencia, la tentativa.

Otro sector doctrinal cree que el delito se consuma con la fuga del menor, no con la mera inducción, este resultado ha sido definido por los autores Soler y Fontan Balestra entre otros, estaríamos hablando de una infracción de resultado material, que admitiría la tentativa.

Adherimos al primer criterio doctrinal, la fuga es una consecuencia extra típica que habrá de tenerse en cuenta únicamente a los fines de la pena, es un delito de pura actividad que se consuma con la acción de inducir al menor a que se fugue de la esfera de la responsabilidad parental, sin que sea necesario resultado material alguno. El delito consiste en inducir a la fuga, no en fugarse, es un delito de comisión doloso y de peligro concreto.

No coincide la doctrina en cuanto al momento consumativo del delito, el término “casa”, no debe restringirse al lugar donde la persona menor de edad convive con sus padres o guardadores (art. 640 CC.) Es comprensible de cualquier otro lugar donde el menor se encuentre por disposición de aquellos, y donde pueden ejercer sus deberes y derechos.

No será típico si el menor abandona el lugar que por propia determinación, ha elegido para vivir.

Ocultación de Menor Sustraído

Art. 149: ***" Será reprimido con prisión de 1 mes a un año el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de 15 años que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido. La pena será de 6 meses a 2 años, si el menor no tuviera 10 años".***

1. Consideraciones iniciales sobre el bien jurídico protegido.

El delito tiene como bien jurídico la libertad entendida como la que tiene una persona menor de edad dentro de un contexto legal, pero sumada a la idea de ocultación de la justicia o de la policía, está en juego además la administración de justicia. (Donna)

1.1 Acción típica

El delito consiste en ocultar (esconder, tapar, cubrir a la vista de terceros) a una persona menor de 15 años que se ha sustraído por propia decisión de la esfera de poder o custodia a la que estaba legalmente sometido. Ocultar dice Donna, implica tanto esconder como cubrir a la vista de terceros.

Es preciso que dicha acción se lleve a cabo con un propósito para frustrar las investigaciones de la justicia o de la policía. El mero ocultamiento sin esta finalidad no configura el delito.

No hay acuerdo sobre el alcance de la acción típica. Una parte de nuestra doctrina sostiene que lo que se debe ocultar es la persona del menor, no las noticias acerca de su paradero. La acción

punible consiste en esconder al menor. Otros autores estiman suficiente con la negativa a dar cuenta del menor, desviando las investigaciones.

1.2 Tipo Objetivo

Sujeto activo

No requiere características especiales, por lo que puede ser cualquier persona, incluso en determinados casos los padres.

Sujeto Pasivo

La víctima es una persona menor de quince años y mayor de diez de uno u otro sexo.

1.3 Tipo subjetivo

Está abarcado por el dolo del autor, es admisible el dolo eventual, debido a que el autor puede dudar acerca de si existe realmente una investigación en curso para ubicar al paradero del menor, lo cual la duda equivaldría a conocimiento. El delito se agrava si la persona menor de edad no tiene los diez años cumplidos.

2. CONSUMACION Y TENTATIVA

El delito se consuma al ocultar a la persona menor edad, sin que se requiera que se logre ese objetivo. El delito admite tentativa.

3. AGRAVANTE

Hay coincidencia entre los diferentes autores, en cuanto a que el párrafo final del artículo agrava la pena si el menor no ha cumplido diez años.

[i] Conf Cuello Calon Eugenio Derecho Penal Parte Especial, Bosch, Barcelona, 1949, t 2 p 690
[ii] David BAigun Eugenio Zaffaroni, Código Penal y Normas Complementarias Ed. Hammurabi 2008

AMENAZAS Y COACCIONES

Por **Omar Breglia Arias**

Art. 149 bis: "*Será reprimido con prisión o reclusión de seis (6) meses a dos (2) años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión, si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.*

***Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a cuatro (4) años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad*"[1].**

1. **Delitos comprendidos***:* En la disposición presentada es posible distinguir dos partes: el delito básico de *amenazas*[2] y sus formas agravadas, en el primer párrafo; y en el segundo, el delito de *coacciones*. Se trata de ilícitos que tienen un bien jurídico protegido que es la libertad y más precisa y específica mente la intangibilidad de la voluntad de las personas sobre sus propias resoluciones y determinaciones de proceder. O sea, la normalidad en que el sujeto pasivo actúa fuera de presiones ajenas en las decisiones que adopta.

2. **Los antecedentes. Generalidades:** El código de 1886 presentaba las amenazas y la coacción, seguía en esto al Código Tejedor. Ocurre también así en el Proyecto de 1891. Pero después estas figuras desaparecen en el Proyecto de 1917, por un grave error de conceptualización: se cree que por la incorporación de la extorsión, delito contra el patrimonio, las amenazas y coacciones eran actos comprendidos en este último delito. Luego del Código de 1921, por ley 17.567, se incluye un art. 149 bis, se vuelven a incluir separadamente de la extorsión, las amenazas

---

[1] "…Toda norma jurídica y la norma contra el delito de coacciones no constituye una excepción, tiene como finalidad limitar la libertad –cuya concurrencia fáctica se presume- del autor potencial a favor de la potencial víctima. En lo que concierne a la norma contra las coacciones, la libertad real se ve parcialmente protegida (ausencia de coacciones a favor de la víctima) y parcialmente limitada (carencia de capacidad para coaccionar, lo cual grava al autor" (JAKOBS, Günther, "*Las coacciones por medio de amenazas como delitos contra la libertad*", en "*Estudios de Derecho Penal*", trad. De Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González y Carlos, Canció Meliá, Manuel, 1997, Ed. Civitas, Madrid, pág. 491.

[2] El concepto de amenaza es la manifestación de voluntad del agente de ocasionar o de concurrir a ocasionar al sujeto pasivo el daño futuro de que se trate (C. Apel. SFe, 10/6/1997, "Calabrese, Juan".). La acción consiste en anunciar a una persona y con el propósito de infundirle miedo, un daño futuro que recaerá sobre la victima o un tercero, dependiente de la voluntad del que lo anuncia (Cam. Apel. San Luis, 26/3/1997, "V.C.B.".

como género y la coacción, como especie. La primera es un delito en sí misma porque coarta la libertad como ilícito formal, y la coacción expresa un resultado material: la victima haga algo, deje de hacer algo o tolere algo. Es un logro mediante la conducta de "compeler". Pero no se trata de la coacción del art. 34, inc. 2do.: mandato delictual impuesto bajo la amenaza inminente de un grave mal, fuerza física irresistible que hace impune al coaccionado (poner un revolver en la cabeza del sujeto pasivo y ordenarle que mate a un tercero). Ahí efectivamente desaparece lo que hace el sujeto pasivo como conducta, desde el ángulo penal.

Ha señalado Carlos M. González Guerra[3] que en el campo de los delitos de amenazas y coacciones cabe recurrir para su mejor estudio a la distinción que hace Bacigalupo siguiendo a Schmidhäuser entre "tipo de texto" y "tipo de interpretación" (que ha utilizado entre nosotros Gladys Romero, de paso sea dicho, para el nombre de uno de sus libros sobre el delito de estafa). Es que se trata de una distinción en primer lugar vinculada al lenguaje corriente y jurídico ordinario, "tipo de texto", distinguida de una interpretación aplicada al supuesto de hecho, en el sentido de aplicación del derecho al hecho, denominada "tipo de interpretación". Más claro, es que en un número importante de casos el sentido general de determinada estructura típica exige mayores requisitos del precepto penal que los que surgen de la propia taxatividad del tipo. Ello es así, porque si nos limitásemos a una interpretación literal llevaríamos a desvirtuar por completo el objeto que el tipo penal está llamado a cumplir, incluyendo en la configuración típica una cantidad de conductas que exceden por completo los fines del Derecho Penal, la *última ratio,* y los intereses de política criminal de un Estado de Derecho. Unos ejemplos: las discusiones entre vecinos, las acusaciones y los repudios verbales en un incidente de tránsito, las advertencias y reproches que se producen en una reunión de consorcio entre los propietarios de un inmueble, son muchas veces en el contexto de una acalorada discusión, y las amenazas que sólo transitan estado de ira o ofuscación carecen de la entidad suficiente que requiere el tipo penal para configurar el tipo de amenazas o coacción, aunque cada de estas conductas parecieran encuadrar en la literalidad del tipo. Esto por un lado, pero del otro, es necesario ser prudentes a la hora de utilizar conceptos como el de "tipo de interpretación, que aquí es aplicable. Esto nos podría llevar a disminuir la intención del legislador y el reconocimiento de la gravedad de la violación del principio de legalidad, del art. 18 de la Constitución Nacional.

---

[3] *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2/2007, Directores Andrés D¨Alessio y Pedro J, Bertolino, pág. 213.

Se ha señalado, y lo he dicho más arriba, que la desaparición por una buena cantidad de de años, del catálogo penal, de los delitos de amenazas y coacciones se ha debido a la inclusión de la extorsión con límites diferentes en el Código Penal, y a suponer que esa nueva visión de la conducta extorsiva reemplazaba a las figuras de amenazas y coacciones. Este error puede ser cierto. Pero otra razón, está en la presencia distintiva de "tipo de texto" y "tipo de interpretación" que debe imponerse para buena aplicación de las mencionadas conductas residuales, que estuvieron ausentes entre 1921 y 1968, y volvieron a corregirse en su descripción en la ley 23.077, ya restablecida la democracia.

Hay que tener en cuenta que las amenazas y las coacciones aparecen en el robo, en la extorsión, y las violaciones, como una primera parte de estos delitos. Es que evidentemente el que viola, el que roba o el que extorsiona comienza por minar la voluntad negativa del otro, amenazando o coaccionando, es una situación coactiva y compulsiva. Después otro bien jurídico es atacado. Dicen CREUS-BUOMPADRE, "Tanto como el de amenazas, también el de coacciones es un medio represivo suplementario. Trátase de un delito subsidiario, cuyo presupuesto de aplicación es la no previsión del hecho por otros tipos particulares, en los cuales la coacción funcione instrumentalmente para la vulneración de distintos bienes jurídicos (incluso el de la libertad en otras manifestaciones); esos tipos absorben el de coacciones"[4].

En 1960, el Proyecto Soler, distingue las amenazas de las coacciones. En el delito de amenazas éstas son "injustas y graves"; en el delito de coacciones, las amenazas son "graves y violentas".

En nuestra legislación misma, y hasta donde el autor del comentario que señalamos alcanza a ver, precisamente los marcos penales o escalas de reproche penal dejan a ver que las amenazas del delito de amenazas son de distinta gravedad que del delito de coacciones, en el primer caso, con sanción de seis meses a dos años, y en el segundo con sanción de dos años a cuatro años, donde como ocurre en los abusos sexuales, el abuso simple tiene un máximo de cuatro años, y el ultrajante, va de un mínimo, que es el máximo del anterior, o sea, cuatro, hasta diez años. En el primer caso las amenazas son un mal en sí mismo. Y en el segundo caso, las coacciones, son un mal para un fin superior.

También el autor ya citado halla una diferencia y dice que es el núcleo de los delitos de comisión en que pueden éstos ser clasificados en dos grupos, a saber: aquellos en los que el sujeto

[4] CREUS, Carlos- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, Parte Especial,* 1, p. 359, Astrea, Buenos Aires, 2007, parágr. 806.

activo actúa "contra" el sujeto pasivo, y aquellos en los cuales, por el contrario, actúa "con" el sujeto pasivo. En otras palabras, las formas de la se dividen en tipificaciones de autoría inmediata o directa, cuando el actuar "contra la voluntad de la víctima" pertenece ya conceptualmente al tipo objetivo, y tipificaciones de autoría mediata o indirecta, cuando el tipo objetivo requiere actuar "con la voluntad de la víctima". Son de autoría inmediata el hurto, la violación de domicilio y el homicidio, mientras que constituyen ejemplos de tipificaciones de autoría mediata, la estafa, el chantaje y la extorsión. En las amenazas y en las coacciones, hay en las primeras, como delito, en actuar contra la víctima, y en las segundas, un ir con la víctima. En las coacciones al igual que en la estafa, el atente instrumentaliza al sujeto pasivo a través del miedo. En realidad, en las coacciones la determinación del sujeto pasivo no queda anulada, como ocurriría en el caso del art. 34, inc. 2do.. Por esto, GONZÁLEZ GUERRA, no coincide con DONNA, como lo hacemos nosotros, aprobando el pensamiento del primero. DONNA sostiene que "la libertad de determinación se anula, toda vez que únicamente le queda actuar como le es impuesto por el sujeto activo". Por el contrario, la amenaza en las coacciones sólo pone en evidencia que aquél con amenazas intimidad puede infligir a otro el daño que anuncia. Este, aparte de ser futuro, si bien no tiene que ser de gravedad extraordinaria, debe configurar un padecimiento o mal suficiente como para colocar al sujeto que lo padece ante la opción de salvar el bien amenazado o a aceptar la exigencia[5]. Es una "situación de necesidad", no una anulación.

AMENAZAS

3. **Figura Básica: La conducta punible**: El delito de amenazas consiste esencialmente, en haber querido infundir temor, y en haber realizado con ese fin algún acto que pueda infundirlo. Comete ese delito, efectivamente, quien con el fin de atemorizar *("alarmar o amedrentar"),* anuncia a otro un mal grave, posible y futuro, con idoneidad para intimidar , o sea, lograr el efecto de la amenaza, y que depende de la voluntad del agente causar, por acción u omisión. La definición más

[5] Pone el siguiente ejemplo, GONZÁLEZ GUERRA, "Aristóteles, "Ética a Nicómaco" trad. De Palli Bonet, julio 2000, Ed. Gredos, Madrid, III, 1; 111Oa-111Ob, p. 72 y ss. : "En cuanto a lo que se hace por temor a mayores males por alguna causa noble, si un tirano que es dueño de padres e hijos de alguien mandara a éste hacer algo vergonzoso, amenazándole a matarlos (si no lo hacía, pero salvarlos si lo hacía) es dudoso si este acto es voluntario o involuntario. Algo semejante ocurre cuando se arroja el cargamento al mar en tempestades, nadie más lo hace con agrado, sino que es por su propia salvación y la de los demás lo hacen todos los sensatos. *Tales acciones, son pues mixtas, `pero se parecen más a las voluntarias, ya que cuando se realizan son objeto de elección. Y el fin de la acción depende del momento".*

amplia es de CARRARA: "Cualquier acto con el cual alguien, sin razón legítima y sin trascendencia a otro delito por los modos o por el fin, deliberadamente afirma que quiere ocasionar a otro algún mal futuro". Lo que es de aplicación al concepto del Código Penal argentino.

Aunque no se exige el real amedrentamiento de la víctima, que puede no lograrse, sí se requiere el propósito específico de causarlo (dolo especializado: "para alarmar o amedrentar": la amenaza a título culposo no es reprochada por nuestra legislación penal. De igual manera, no se admite el dolo eventual, ni puede imaginarse el *dolus generalis.* Sin embargo, el error en el delito de coacciones en la conciencia de su ilegitimidad puede dar lugar a una causa putativa de exclusión de pena, o bien a una conducta culposa impune (RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal,* t. II, pág. 305).

El bien jurídico atacado es la libertad psíquica del individuo que encuentra su expresión en la intangibilidad de sus determinaciones. De este modo se pierde la seguridad y la tranquilidad.[6]

El delito de amenazas tiene una pena superior en nuestro derecho que el delito de lesiones leves, por lo que resulta necesario ser prudente en su apreciación. Porque lo contrario implicaría penar más severamente el anuncio de que se producirá un mal, que la propia realización de éste.[7]

4. **El mal amenazado:** Debe ser anunciado, pero no inferido. Lo que puede hacerse en forma velada, manifiesta o tácita, por gestos o ademanes simbólicos, palabras o signos (aunque más raramente los gestos si poseen actitud para crear un estado de incertidumbre (PECO); en forma verbal, escrita, postal, telefónica[8] o informática. En cuanto a su naturaleza, hay tres modalidades en

---

[6] Cám Crim Corr Mercedes, Sala 1ª, 26/9/1995, "Cabrera, Leticia"; Cám Nac.Casación Penal,Sala 3ª, 29/5/2000. "Niveyro, Eduardo"; Corte Just. Salta. 15/6/1998, "Luna, Reynaldo".

[7] Cám. Penal Venado Tuerto, 25/9/1991, "A.L.I."; ïdem, Cam.Crim.Corr. Pergamino, 13/7/1995, "Ochoa, Jorge O.- Boca, Luis R".;ídem Cám Nac. Crim Corr, Sala 6ª, 13/10/1981, "Lucca, C. A."; Ïdem Sup. Trib. Just. Neuquén, 16/12/1991, "A.H.W". .

[8] *HECHOS:* El fiscal interpuso recurso de apelación, contra la sentencia que dispuso el sobreseimiento de la imputada por el delito de amenazas. La Alzada revocó la decisión recurrida. 1015.855, CNCrim. y Corr. Sala VII, 2011/06/27, -B. G. I. 2da. Instancia. Buenos Aires, 27 de junio de 2011. *Considerando:* Convoca esta Sala el recurso de apelación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal contra el auto de fs. 130/134, en cuanto se dispuso el sobreseimiento de G. I. B. Conforme al planteo formulado por la recurrente, se habría corroborado en la encuesta que el día 9 de Julio de 2010, a través de la línea telefónica número…la imputada se comunicó con la perteneciente a la denunciante B. N. y le manifestó: "Te seguís haciendo la p. y te mando a c…a trompadas, vos te acostaste con mi marido". Conforme a la declaración testificar de I. G., se acreditó que las líneas telefónicas números---y ….fueron asignadas por la firma "Parexel Internacional S. A." (fs. 70). El carácter intimidatorio del llamado ha sido definido por esta Sala en la intervención luciente a fs. 112, y tal inteligencia no fue desvirtuada por las diligencias probatorias dispuestas a fs. 115, que no han aportado elementos de convicción alguno sobre el punto. Si se repara en que entre el 26 de junio de 2010 y el 13 de junio del mismo año, desde las líneas que "Parexel Internacional S. A." habilitó a nombre de la imputada bajo la modalidad "Hom Base", se registraron veintinueve llamados a la perteneciente a la damnificada (…) dable es concluir en que dentro de ese contexto de actuación, las manifestaciones atribuidas a B. tuvieron actitud para

el derecho comparado: la del Código penal alemán para el que solo se configura el hecho cuando se amenaza con la comisión de un crimen; la del Código español de 1822, seguido por el Proyecto Tejedor y por el Código de 1886, que determinan pena mayor para la amenaza de un mal que constituya delito; y la de los códigos italiano, suizo y brasileño, que castigan la amenaza en sí misma, con prescindencia de que se refiera o no a un delito. Este último sistema ha sido adoptado por la Ley de reformas 17.567 de 1968, lo que según FONTÁN BALESTRA representa la forma más evolucionada de esta figura[9]. Aunque la forma vigente no es la correspondiente a esa ley, la característica de "injustas" de las amenazas que allí se decía, sigue subsistiendo, pues la amenaza "justa" no está reprimida en Argentina- Tampoco es amenaza el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal. No es amenaza la advertencia de que se impedirá la violación de un derecho o la comisión de un delito.

Además, la amenaza debe ser "grave": la de negar el saludo no lo sería, por ejemplo. De forma no siempre concertante, la jurisprudencia va eliminando una serie de actitudes que, como amenazas, la vida social o comunitaria impone que no lo sean. Un autor, el citado Carlos GONZÁLEZ GUERRA, dice: En nuestro andar habitual nos enfrentamos con situaciones concretas que sentimos injustas y a simple vista podríamos encuadrar en la literalidad de los tipos penales de amenazas y coacciones. A saber, a modo de ejemplo:

(i) Cuando en una intersección de calles un avezado conductor de un Mercedes 1114 de pasajeros impone la soberbia parte delantera de su vehículo para lograr pasar en primer lugar la bocacalle, nos está obligando a tolerar que sea él quien pasa en primer lugar. Y nos está obligando mediante la amenaza concreta de sufrir algún daño, al menos material, incluso aunque hubiésemos sido nosotros quienes según la normativa de tránsito vigente tuviéramos derecho de paso.

---

comprometer la libertad psíquica de la denunciante (fs. 58/59). Por otra parte, el conflicto surgido entre las partes, a partir de la relación sentimental que habría mantenido N. con el cónyuge de la encartada, no conduce a sostener que el apuntado suceso del 9 de julio de 2010 se reduce a un exceso verbal producido por un estado de ira en el marco de una discusión, pues como se expusiera, B. concretó otros llamados a la damnificada, quien según la transcripción documentada a fs. 40/42, sólo pretendía conocer la identidad de su interlocutora. Por ello, desvirtuadas así las explicaciones vertidas en la declaración indagatoria pasada a fs, 95/96, corresponde agravar la situación procesal de la imputada en los términos de los artículos 306 del Código Procesal Penal. El hecho encuentra subordinación típica en el art. 149bis, primer párrafo, última parte, del Código Penal. En cuanto a la libertad de la imputada no se avistan razones que permitan apartarse de las disposiciones del artículo 310 del ceremonial, y tampoco la fiscalía propició su detención. Finalmente, en los términos del artículo 518 del digesto procesal. corresponde disponer un embargo sobre los bienes de la causante, por la suma de cinco mil pesos, destinada a satisfacer un eventual reclamo indemnizatorio y las costas del proceso, que incluyen el monto de la tasa de justicia y los emolumentos profesionales que surjan de la intervención de un letrado particular…"

[9] FONJTÁN BALRESTRA, Tratado, Tomo V, edición 1967, pág. 1967

(ii) Cuando debemos esperar horas o intentar miles de caminos alternativos para realizar para llegar a nuestros trabajos o nuestros hogares porque alguna movilización social, con una línea de sujetos armados con palos, al frente, corta por completo una importante avenida de la ciudad, estamos siendo obligados a actuar de ese modo contra nuestra voluntad.

(iii) Por su parte, cuando un profesor amenaza a sus estudiantes con tomarles un examen o ponerles una baja calificación, está realizando una conducta intimidante, para alarmar o amedrentar a ese grupo de chicos de los que pretende un mayor compromiso académico.

El derecho Penal como *última ratio*, los fines del Derecho Penal, el principio de legalidad y su exigencia de taxatividad de la ley, se disputan un espacio permanente en el ámbito de las conductas contra la libertad. Cabe preguntarse, pues, hasta dónde puede avanzar la intervención jurídico-penal limitando conductas y haciéndolas delito.

5. La amenaza tiene que ser hecha "para" alarmar o amedrentar: pero no es necesario que esto ocurra realmente, pues es un delito de pura actividad (MANZINI, Tratado, Tomo IV, pág. 662; CARRANCA y TRUJILLO, *Código Penal Anotado*, nota 919).[10] El delito se perfecciona con la amenaza misma, siempre que sea idónea. Pues se trata de un delito en el que la solución no pasa por determinar si la víctima es valiente o cobarde (CCrimCorr Morón, Sala 2da., 19/9/92, "González, Víctor A., JA, 1993-IV, síntesis).

6. El mal puede presentarse como una autolesión: La amenaza de un mal a recaer sobre la misma persona que formula la amenaza no constituye delito en tanto no pretenda coaccionar a la víctima (el hijo que amenaza con su suicidio al padre, pero en este caso se tratará no de amenaza sino del delito de coacción: se impone hacer algo, dejar de hacer algo o tolerar algo.

7."Gobernabilidad" del mal: El mal amenazado tiene que ser relativamente grave o grave, futuro, y estar en las posibilidades del amenazante, producirlo ("gobernabilidad" del mal, dicen los autores). FONTÁN BALESTRA da un ejemplo: "si alguien amenaza a otro diciéndole que las casas

[10] "El delito se perfecciona con la amenaza misma, siempre que sea idónea, pues se trata de un delito de pura actividad, en el que resulta innecesario que se haya causado un efecto, ya que el tipo alude al que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar, por lo que la solución no pasa por determinar si la víctima es valiente o cobarde" (Cám. Crim. Corr. Morón, Sala 2ª19/9/1992, "González, Víctor A., 1993-IV-síntesis).

que, como la él, no reúnen determinadas exigencias de salubridad, van a ser demolidas por la municipalidad, no estaría haciendo una amenaza", sino una advertencia.

8. La modalidad indirecta de la amenaza: Si las amenazas llegan a oídos de un tercero, sólo en el caso que se admita que, naturalmente y previsiblemente llegarían a oídos de la víctima pueden ser aceptadas como tales; "evidenciando una intencionalidad dirigida a que la víctima las recepcione y las tenga efectivamente como una amenaza" (CPen. SFe, Sala III, 22/5/81, *Juris,* 65-205, y *JA,* 1982-I-441).

9. Características de las amenazas: El mal puede anunciarse o recaer en la persona de un tercero, por vínculo social, o familiar o afectuoso. Pero siempre debe tenerse en cuenta que no puede referirse sino a un interés legítimo de la víctima (no es así, por ejemplo, si se trata de cesar en el "levantamiento" de juego prohibido).

10. La amenaza tiene que ser injusta o ilegítima: Se da el ejemplo de efectuar una denuncia a la que se tiene derecho, pero en esto hay que tener en cuenta que la sola denuncia penal, aún sin éxito puede significar un desdoro muy dañino, según su repercusión, y quien sea la persona denunciada, conforme aL estamento político o social de ese individuo. En el articulado del derecho penal español se dice que la amenaza puede ser injusta o justa.

11. **Además de la acción, la omisión puede significar una amenaza**. Un ejemplo, al que se recurre frecuentemente, es el de un enfermo diabético, que vive sólo en un lugar apartado, y al cual la enfermera que lo inyecta, según el tratamiento que rigurosamente debe seguir, amenaza, de un momento para otro, a no acudir a hacer su trabajo, con el peligro que ello significa para el paciente. También no abrir la puerta del domicilio conyugal a la esposa, durante una noche muy fría, para inducirla al divorcio o la negativa por parte del controlador aéreo a otorgar la autorización para el aterrizaje, aunque estas formas omisivas, son más propias del delito de coacción. En el caso último, más visible como protesta laboral.

12. Las amenazas omisivas son aceptadas por algunos autores: (LARRAURI PIJOAN, BUSTOS RAMÍREZ, LORENZO SALGADO, DÍAS MAROTTO y VILLAREJO. Otros rechazan su posibilidad (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

13. Las circunstancias de las amenazas: Las proferidas en circunstancias de un accidente o incidente de tránsito han tenido consideración especial. Es común que ante un accidente de este tipo surja de inmediato, inesperadamente, como es propio de la emergencia, un descontrol pasajero de la conducta ante el daño que produce el otro, en el vehículo o en las personas. En ese caso, es corriente que se digan cosas amenazantes. Estas no serían verdaderas amenazas desde el punto de vista jurídico-penal.

14. Las amenazas como delitos "mutilados de dos actos". Recuerda BUOMPADRE que, según POLAINO NAVARRETE, las amenazas son infracciones configurativas de delitos de intención, "mutilados de dos actos", en los que una acción (acción básica) es realizada por el sujeto activo como medio ejecutivo para una ulterior actuación del propio autor, que es el fin subjetivo que pretende alcanzar.

15. La tentativa y el delito consumado: La tentativa es admitida por NÚÑEZ, DI RENZI, LAJE ANAYA y CREUS. La niegan en cambio, URE, SOLER Y FONTÁN BALESTRA. Aquellos que niegan la tentativa ello lo es a partir de que el delito es de "pura actividad". El caso de la carta que se pierde es para algunos un caso de tentativa (GROIZARD. CARRARA y FLORIAN). Pero si la carta con la amenaza, llega, se puede decir, que el delito se encuentra consumado.

16. **El empleo de armas como agravante**: El art, 149bis, párrafo 1º, cláusula 2da., eleva la pena de prisión de uno a tres años. Debemos en este punto considerar que la ley 25.297, en el art, 41 bis, introdujo un a agravante genérica: El texto dice "*cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiere con violencia e intimidación contra las persona mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para que delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta puede exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda al respecto. Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate*". Queda

claro entonces que si la amenaza se comete mediante el empleo de un arma de fuego no corresponde la aplicación de la agravante genérica del art,. 41 bis, por cuanto el delito ya contiene el elemento en cuestión en el tipo agravado. Eso sí no alcanza con la simple portación del arma. Tiene que darse una característica amenazadora en la portación.

17. Amenazas anónimas como agravadas: Las amenazas como intimidación en la extorsión no se agravan por ser anónimas. Esto sí ocurre en el delito de amenazas. En forma telefónica, o por un disfraz, o ya sea por escrito no firmado, u por composición de letras tomadas de un diario o un libro, se puede hacer una amenaza anónima. En todas estas formas de proceder del sujeto activo, su consideración como agravantes viene de que el sujeto pasivo se siente desprotegido y con mayor inseguridad frente al daño futuro, pues no sabe de dónde va a venir.

18. Confluencia de figuras.- Las amenazas llegan a ser parte de otros delitos. Así ocurre, por ejemplo, en el robo con intimidación (que es la amenaza más su efecto) y en la extorsión, delito en el cual las amenazas constituyen un núcleo de la acción extorsiva, que va contra propiedad. La intimidación puede ser lisa y llana o por simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma. También ocurre esto en las exacciones ilegales agravadas, donde se habla de "intimidación". El delito de amenazas puede funcionar como un tipo de recogida, cuando el victimario no se presenta al lugar donde se había convenido recibir el logro de la intimidación, o sea, el provecho ilícito, y entonces, la conducta queda reducida a las amenazas.

COACCIONES

1. La amenaza consiste en anunciar un mal para que, en caso consecuente, la víctima haga algo, deje de hacer algo o tolere algo (conducta activa u omisiva). Se trata de amenazas calificadas. Es el llamado también delito de coacción, que consiste *en violentar* a una persona para determinarla bajo la amenaza y restringir su voluntad Pero lo que se castiga en la coacción *es el modo asocial de exigir, la prepotencia en el método de requerimiento*. Por eso, puede tratarse del cobro de una deuda realmente existente. Es que no se castiga nada ilícito en el fondo, pues existe en verdad una deuda, sino lo que se castiga es cómo se exige que se pague: *el método de requerimiento*.

El texto legal, art. 149bis, párr. 2do., dice: *se reprime con prisión o reclusión de dos a cuatro años al que "hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer, o tolerar contra su voluntad. El texto anterior, ley 17.567, de 1968, se refería al que "mediante amenazas o violencias compeliere a otro a hacer, no hacer, o tolerar a lo que no estaba obligado".*

2. Pueden encontrarse en el derecho comparado una de estas tres hipótesis: 1) que constituya un delito lo que se pretende haga el sujeto pasivo; 2) o que constituya un acto antijurídico no delictivo; 3) o es sea un acto lícito o permitido.

3. Si la violencia persigue "un hacer" es irrelevante, en principio, la índole de la conducta del sujeto pasivo. Pero si es un "omitir" no hay coacción cuando la acción omitida está permitida (no prohibida) por el ordenamiento jurídico[11].

4. En el delito de amenazas de la primera parte del art. 149 bis, las amenazas son un fin en sí mismas. En el delito de coacción, segunda parte, las amenazas son un medio para el logro de un fin trascendente a ellas mismas.

5. El art. 172 del Código Penal español dice que, "*el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencias hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea injusto o justo, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la acción o los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviere señalada mayor pena en otro precepto de este Código". En términos generales es el mismo concepto que tiene el Código argentino, pero en la letra del artículo español citado, se dice que sea injusto o justo lo que se cometiere a efectuar", la coacción queda efectuada.*

[11] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, pág. 253., citado por JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, en *El delito de coacciones,* Bosch, Casa Editorial, pág. 147.

6. También hay que advertir que en el derecho penal español existen las amenazas y las coacciones, pero también las *amenazas condicionadas,* por lo que no resultan aplicables en Argentina muchas consideraciones provenientes de España.

7. Consumación y Tentativa. En la fórmula de la ley 17.567, el daño amenazado depende de que el sujeto responda a no a la intimidación que se pretende imponer. Por tanto, la amenaza, como coacción, es subordinada a lo que resulte en la conducta del obligado. Sólo si éste responde a la amenaza se pasará a un segundo paso en la conducta del sujeto pasivo. De otro modo, toda quedará en una amenaza. Y responderá a lo que ya hemos dicho con respecto al primer párrafo del art. 149bis.Por eso, se dice que el contenido de la imposición deberá ser una conducta determinada, si no, es la conducta que sólo podrá caber en el delito de amenazas. Es evidente que el delito de coacciones es un delito que propende a un resultado (delito de resultado) en formulación de la ley 17.567, mientras que la amenaza es de pura actividad. En la actual configuración, la coacción, pero a partir de la ley 20.642, la coacción se convirtió en un delito formal. Porque se consuma con la mera utilización de la amenaza con la finalidad de obligar al amenazado, *independientemente del resultado obtenido por el procedimiento compulsivo*.

8. **No es cierto, como opina (DONNA) que en la coacción la voluntad del sujeto pasivo *se anule***, *toda vez que únicamente le queda actuar como le es impuesto por el sujeto activo*. La anulación de la voluntad y la decisión, más bien es propia del art. 34 inc. 2, del Código Penal, donde aparece el *mandato a delinquir impuesto bajo amenaza inmediata de un grave mal*, o sea: hay que distinguir la coacción del párr. 2do, art. 149bis, más propiamente delito de coacción, de la coacción como instituto del art. 34, inc. 2do. del Código Penal, (al que ya nos referimos) que se define como mandato a delinquir impuesto con la amenaza inmediata de un grave mal (clásico ejemplo del individuo que pone un revolver apuntando a la cabeza de un individuo, y le impone que dispare un arma contra un tercero). Se trata de una excluyente de culpabilidad. En este sentido téngase presente lo que dice BUOMPADRE, para que el tipo se perfeccione, *alcanza* con que la amenaza coarte, limite o restrinja o la libre voluntad terminación o decisión del sujeto pasivo. También la amenaza y su efecto la intimidación, están presentes, pero no amenazas de efecto inmediato –o sea con intervalo y discontinuidad- en el provecho económico, o sea en el logro de "*cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos*": estamos en el delito de extorsión del art. 168. Cuando se desiste de la

extorsión, la coacción puede quedar como delito remanente (tipo de recogida). Un ejemplo divergente sería el delito de corrupción sexual con respecto a los delitos de abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal. La corrupción depende, para ser hecha, de otros delitos, pero éstos no son figuras remanentes, porque tienen distinta conceptualización y distintos dolos. En definitiva, la coacción y la extorsión traducen una relación de absorción o consunción. Se trata de un ejemplo de delitos progresivos. El provecho económico se adiciona a la amenaza calificada (coacción) y constituye una extorsión (art. 168,. Código Penal).

9. Las expresiones "*cuidate porque el día que te encuentre no se lo que va a pasar; te juro que te rompo el alma*", y "*si Ud. se opone a que yo vea a su hija, el día menos pensado yo la rapto y no la ven nunca más*" dirigidas por el procesado, por escrito y en sendas misivas. a su ex novia y al padre de ésta, implican una amenaza penal, siendo irrelevante que se las considere dentro de la situación creada entre acusado y víctima y se contemple la circunstancia de no haber ocultado el autor, su identidad. Si bien a las locuciones como las mencionadas podría no atribuírseles la gravedad necesaria para que resulten penalmente irrelevantes, la particularidad de su inserción en una carta y la de su reiteración, les otorga el contenido necesario para su tipicidad, toda vez que revela una actitud tenaz e inmediata (CNacCrimCorr, Sala 1ª, , 21/4/1980, "Sánchez, Marcelo F.". En el primer caso, es dudoso que estemos en algo más que una amenaza. En el segundo caso, es un delito de coacción. "No son encuadrables en el art. 149bis del CPenal las meras expresiones enérgicas del imputado dirigidas a la defensora oficial y a una empleada judicial en el sentido de que "ya iban a saber quién era él"; no pasa de ser una bravata carente de idoneidad y real gravedad como para considerar que fueron víctima de una verdadera amenaza a su tranquilidad individual y por lo tanto no se ubican en el marco del art. 149 bis" (CámApelPenal Rosario, Sala 3ª, 6/8/2003, "M.R.R."). "El chofer del transporte público configura con su conducta el delito de amenazas cuando luego de protagonizar un incidente con otro conductor, expresó al damnificado, que le había llamado la atención con su conducta, que lo iba a "reventar", Infundiéndole temor para que cesara en sus injustas reclamaciones, alocución que posee un inocultable sentido atemorizante" (CNacCrimCorr, Sala 1ª, 31/3/1987, "Arias, Carlos).

10. **Obsérvese que la conducta del sujeto pasivo le viene impuesta por la amenaza de un grave mal**, pero si el proceder de este último no viene impuesto por esa amenaza porque,

previamente no se haya realizado lo que se le exigía, sino que *esto ha respondido a sus intereses*, y ha hecho *lo que deseaba hacer*, la conducta del agente queda al margen de la tipicidad.

11. El texto actual, como se ha visto, no incluye la violencia, como ocurría en la ley 17.567. Sin embargo se ha observado (CREUS) que en ciertas condiciones, puede ella operar en las coacciones, lo cual ocurre cuando se la ejerce más propiamente como medio compulsivo (como amenaza) que como vencimiento puramente físico, o sea cuando se obra por la intimidación que ocasiona, creando un estado de alarma o temor que lleva a la víctima hacer algo que no quiere o a dejar de hacer algo que quiere. Por lo tanto la *vis compulsiva* constituida por una acción física actual, demostrativa de una continuación, repetición o intensificación futura de ella, condicionada al acatamiento de la voluntad del agente por parte del sujeto pasivo, constituye una amenaza cuyo desarrollo queda comprendido en el tipo de coacciones. Lo mismo puede decirse de la violencia que se ejerce sobre terceros para influir sobre el sujeto pasivo.

12. Las características de las amenazas del art. 149bis, párrafo 1º, son propias para el art. 149 bis, párrafo, 2º, coacción Un aspecto diferente sólo se concreta en cuanto a la idoneidad de la amenaza. Ahí debe medirse su aptitud para constreñir al sujeto pasivo decida sobre su voluntad ante la del agente. El elemento subjetivo es la injusticia de la imposición (MANZINI). En derecho comparado se advierte que el *ejercicio arbitrario del propio derecho* aparece como un tipo autónomo: amenazar de muerte para cobrar una deuda. En nuestro derecho una conducta así está abarcada como coacciones. Entre los españoles la amenaza puede injusta o justa.

13. **La coacción será justa y por lo tanto atípica, en todas las circunstancias en que jurídicamente el sujeto pasivo no pueda hacer algo distinto de lo que trata de imponerle el agente (por ejemplo, que se abstenga de cometer un delito)**. Tampoco son serias e idóneas las amenazas que el agente activo no está en condiciones de cumplir, o sea está imposibilitado para hacerlas realmente. Pero si esto no es sabido por el sujeto pasivo, hay coacción (MANZINI, *Tratado*, Vol. IV, pág. 653; CARRARA, *Programa*, $ 1581: Otra cosa diferente es que el sujeto pasivo, haga lo que se le exige sin haber llegado a estar intimidado: o sea, que opere "por lástima": si es así, el hecho no habrá pasado de una tentativa.

14. Ya nos hemos referido, más arriba, y considerando el delito de amenazas, a las coacciones en las cuales el agente usa de la amenaza de autolesión (el suicidio, incluso) para obtener algo de la víctima. Puede tratarse de un hijo que usa la amenaza de matarse si el padre no paga una deuda de juego de aquél. (MANZINI dice que en ese caso se trata de un mal contra sí mismo, no contra otro, y por esto se trata de una simple exhortación). Sin embargo prosigue, no puede descartarse que en casos excepcionales exista una auténtica limitación (URE, *Once nuevos delitos,* da conformidad). No parece dudoso que la muerte del hijo es el anuncio de un mal futuro para el padre, aunque sea el hijo mismo quien se quite la vida. La solución admitida por URE es la correcta, y para llegar a ella basta con aplicar los conceptos que resultan de la naturaleza del bien jurídico protegido y de la definición de la amenaza. *Porque lo esencial es que el mal que se amaga contenga un daño para la víctima o para un tercero caro a él, de modo que pueda quedar coartada la libertad psíquica del amenazado. En este ejemplo, sujeto pasivo de la coacción es únicamente el padre, aunque el daño mayor lo sufre el hijo que no es coaccionado por nadie. El hecho de que el que amenaza sufra también un daño o el mismo daño que el amenazado, no lo torna víctima de la coacción, sino es objeto de la amenaza de otro, ni se le compele a hacer, o dejar de hacer*[12].

15. El tipo subjetivo de este delito debe estar presidido por la dirección intencional de amedrentar. Desde el aspecto subjetivo del tipo. La intención de amedrentar o atemorizar al sujeto pasivo debe comprobarse en cada caso particular, sin que se requiera un especial estado de ánimo en el autor al momento de proferirla (v. gr., frialdad, entusiasmo, ansiedad), pues lo que importa es la voluntad de alterar el ámbito de libertad individual de la víctima, y no el particular estado psíquico del sujeto activo en el momento del hecho (TribCasPenal Bs. Aires, Sala 2ª, 14/10/2003, “Almirón, Dionisio”). Los autores no se ponen de acuerdo en que una situación de ira o furor quita tipicidad a las amenazas proferidas en ese estado psíquico. CREUS lo cree. ESTRELLA y GODOY LEMOS, no.

16. Las amenazas agravadas, art. 149 ter, lo que vale tanto para el delito de amenaza como para el delito de coacciones, se agravan por el carácter de **anónimo** de del anuncio de el mal o por el **uso de un arma** (en la fórmula de la ley 17.567, el arma era de fuego). Aún cuando el arma

[12] FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado, Parte Especial,* tomo V, pág. 321, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

estuviere descargada se configura la calificante, pues la razón de ser de la más intensa punibilidad reside en el mayor poder intimidatorio de la acción ejecutada con el instrumento, siendo que sea suficiente que pueda aumentar la intimidación de la víctima por desconocer ésta la deficiencia del arma (CámNacCasPenal, Sala 1ª, 26/2/2003, "Aguirre, Horacio"). Se ha sostenido que no se advierte ningún motivo diferente al supuesto del art. 166, inc. 2do., considerándose así que el elemento arma simboliza un objeto apto, en el caso concreto y según el modo en que fuere utilizado para dañar, y que la ofensividad del arma consiste en su aptitud para funcionar de modo dañoso en el caso, cuya circunstancia debe acreditarse según las normas respectivas (SupCorte Bs. Aires, 10/12/1991, "Troncoso, Gustavo", JA, 19092-II-461; ídem CCivilComLab y Minería Trelew, Sala ProcesalPenal, 12/7/2000, "A.M.".

En cuanto al anonimato, el delito de coacción se agrava por el condición. y también las amenazas, calificación que funciona sin que sea necesario que esa circunstancia se prolongue cuando el intento criminal que las motivó se concreta materialmente. En estos dos casos, anonimato y empleo de un arma, la pena es de tres a seis años.

Otra forma agravada, pero aún más. es la de obtener alguna medida o concesión de un miembro de los poderes públicos. Se trata de cualquier resolución o disposición que importa el otorgamiento de algo. Puede ser un acto lícito o ilícito, a ellos se refiere la exigencia. Cuando el medio empleado constituye la forma coactiva de otros delitos, la coacción agravada queda desplazada, aún cuando la escala del otro delito sea menor (p. ej., el atentado del art. 237 del Cód. Penal). La pena es de cinco a diez años.

Finalmente, otra forma agravada, también con pena de cinco a diez años, lo que, a mi juicio, ataca en este caso el principio de proporcionalidad de las penas, es que la coacción se dirija a que la víctima, por las amenazas, se hallare compelida *a hacer abandono del país, de una provincia, de los lugares de residencia habitual o de trabajo*. Los autores coinciden en que cuando se habla de "país" la referencia es a Argentina, y se llama "extrañamiento" a ese abandono. Y que cuando se dice "de una `provincia" es cualquier provincia, aunque no sea la residencia habitual del sujeto pasivo. El abandono no puede ser "por horas", sino un alejamiento mas o menos prolongado, con apariencia de definitivo.

17. Con las amenazas y la inclusión de ellas en la figura de coacción, se han presentado problemas para establecer, en cada caso, cuál de las miles de situaciones producidas en la sociedad como verdaderas formas coactivas que a veces, incluso, exceden el campo de la tolerancia, son reprochables por el Derecho, particularmente por el Derecho Penal como *última ratio*. ROXIN en 1964 publicó un importante estudio en la revista "Justistiche Schulung[13] con la finalidad de lograr unos criterios generales bastante precisos para determinar lo injusto en el delito de coacción. Dijo en el delito de coacción, no se puede determinar previamente las situaciones delictivas, pero sí se pueden establecer unos principios o criterios generales, que se encuentran en el Ordenamiento Jurídico, emanan de él, y se pueden poner en relación con la idea de coacción:

Primero: *El principio de la antijuridicidad*. "Quien coacciona con violencia (en la descripción de la coacción como delito, en Alemania, se incluye "violencia) o amenaza a otra persona a un acto prohibido por la Ley, actúa siempre de una forma reprobable, ya que por la finalidad de actuación se perturba el equilibrio social".

Segundo: *El principio de la valoración o ponderación de bienes*: no existe coacción cuando la voluntad ajena atacada a través de la violencia o amenazas se opone o va en contra de la sociedad, ya que en este caso la coacción que se ejercita mantiene el estado prescripto en la sociedad, en lugar de hacerle perder el equilibrio o vigor.

Tercero: *El principio de la insignificancia*: "Aquellas coacciones con violencia o amenaza pero sin duración y sin consecuencias dignas detenerse en cuenta, no son perjudiciales o dañosas en sentido material"[14].

Cuarto: *El principio de la preferencia de los medios de coerción que utiliza el propio Estado*: "Por la infracción violenta de los límites del derecho de autoayuda o legítima defensa, se perjudica considerablemente el orden pacífico de la comunidad jurídica. En todos aquellos casos en que se emplea violencia, que no queda cubierta por causa de justificación, se cumplen los requisitos de la coacción".

Quinto: *El principio de la falta de relación: "* Siempre hay coacción cuando alguien, para cumplir un fin en sí legal o lícito – por ejemplo el logro de una indemnización- se sirve de la violencia como medio que no guarda ninguna relación interna con el fin".

---

[13] ROXIN, C., *Verwerflichkeit and Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale in Strafrecht, justistiche schulung, 1964, página 373 y ss.*

[14] MIR PUIG se adhiere de forma plena y total a ROXIN, al decir que es necesaria la aplicación de este principio de insignificancia, concretamente en el delito de coacciones.

Sexto: *El principio de autonomía: "No existe coacción cuando alguien amenaza con la omisión de un acto, cuya realización es puesta o deja el propio Ordenamiento Jurídico a la libre elección de cada uno".*

18. Los autores españoles y alemanes han encontrado distintas situaciones regulares de la vida en convivencia que, según la mirada que se les destine, pueden ser consideradas como coacción (como delito). En algunos subtemas hay puntos de vista distintos o muy distintos.

a) La violencia contra objetos. Según los autores españoles en mayoría la fuerza que se ejerce sobre las cosas puede tener el sentido de ser un medio de ataque a la voluntad. Esta consideración incluye solamente a aquellas acciones que recayendo directamente sobre objetos, están destinadas a limitar de alguna forma la libertad de formación o ejecución de la voluntad. Pero la violencia contra objetos en ningún caso puede ser considerada en sí misma como un medio de coacción. En el supuesto del arrendatario que rompe las cerraduras, puertas y ventanas para obligar al inquilino que se vaya, la acción material que recae sobre estos objetos, no constituyendo en sí el delito de coacción, sino más bien lo son las condiciones climatológicas a que se ve sometido el coaccionado.

Entre los autores alemanes, la violencia sobre objetos hay que tenerla en consideración cuando tiene un efecto de coacción corporal y ponen estos ejemplos: el descolgar las ventanas o quitar los muebles de una habitación para obligar al inquilino a que se vaya; los disparos al aire; y los disparos a los neumáticos de un automóvil para obligar al conductor a que se detenga, como la obstrucción en el tránsito automovilístico, como la obstrucción al que se quiere adelantar (WELZEL, SCHRÖDER y , en Suiza, STRATENWERTH).

Otra violencia es el hecho de desmontar la manilla de la puerta para impedir que el inquilino tenga acceso al piso hasta que pague determinados intereses. Mientras la explicación del Tribunal del Reich fue la del que el sujeto pasivo sufrió las inclemencias del tiempo, la jurisprudencia española consideró que el hecho consistió en pedir hacer a una persona lo que no quiere. Si los muebles son colocados en la calle, para la jurisprudencia española impide al inquilino el ejercicio del derecho a utilizar legítimamente el piso arrendado: es coacción. El Tribunal del Reich consideró en un caso idéntico que no constituye coacción, pero existiendo ésta cuando el sujeto pasivo, el inquilino, está presente.

b) **La violencia contra terceros**. Debe ser una persona relacionada con el coaccionado, de su afecto o de su simpatía. Pero se requiere que el perjuicio de lo que ocurre caiga sobre el coaccionado. FRANK afirma que para que exista violencia contra terceros esta persona, el tercero, esté tan estrechamente relacionada con el coaccionado que éste se deje influir por ella.

c) La violencia por anestesia, narcóticos, drogas de la verdad e hipnosis. Son elementos por los cuales se entorpece la decisión de la voluntad. También el alcohol.

La doctrina mayoritaria alemana es de la opinión de que en los casos en los que se deja a una persona en el exterior (olvido de la llave de entrada) o fuera de un edificio, por ejemplo, no son constitutivos de coacción. BINDING y NEUBECKER mantienen la tesis contraria. Si es coacción el encierro de una persona, también debe así considerarse el caso en que el esposo, después de una discusión -y que la esposa se haya retirado por horas de la casa- el primero no le permita entrar cuando ésta vuelva, se haya olvidado las llaves, y la deje en la calle, por la noche, sobre todo en la valoración de un clima muy frío. En este punto los autores discuten. Si el interés del esposo es que la esposa acceda al divorcio, por ejemplo. Otros casos son. el cerrar un piso o un taller a una persona que está ausente, quitar la llave del lavadero para impedir al inquilino que lo use, cerrar con ladrillos la única puerta de una habitación para impedir que entre en ella un inquilino no deseado (ejemplos que da MAURACH).

d) **Violencia por obstrucción**: Son varias las formas de obstruir un camino. Supongamos que en el campo, la llegada a la casa dentro de una estancia se concreta por un camino de tierra, que viene de una autopista a mil metros. El dejar un gran camión en ese camino estrecho de tierra sería una obstrucción y por tanto coacción, luego de una amenaza acerca de producir el inconveniente, insalvable, por las circunstancias de ese camino.. En la libertad de locomoción, un vecino que impide el uso de su medio de locomoción estaría en esa conducta. SCHÖNKE-SCHRÖDER pone el ejemplo de quien destruye una embarcación, y ésta es el único medio que se lleva a cabo en una isla para poder salir. Impedimentos en las carreteras, el "bloqueo de un vehículo que está parado, son otros casos de violentar la tranquilidad en el desplazamientos de las personas. Puede ocurrir, por ejemplo, y con malévola intención, que un vehículo es accionado de tal manera, que el conductor de otro, que viene detrás, no puede superar el inconveniente, por un largo trecho del camino.

e) Detenciones ilegales, las internaciones psiquiátricas de familiares sin tener legitimidad para ello, son casos frecuentemente presentes como coacciones. La jurisprudencia española y alemana sobre estos casos y muchos otros, es glosada en la obra de Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ, "*El*

delito de coacciones”, Bosch Editorial S. A., Barcelona, 1978. Obsérvese que en Alemania para el delito de coacción no se requiere la amenaza previa.

Situaciones de impunidad o justificación

Por Sergio F. Pepe[1].

Art. 152: "…*Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia…*".

En palabras claras y precisas del Profesor Jorge E. Buompadre, el artículo establece una autorización para el ingreso en un domicilio en contra de la voluntad de su titular y/o morador, en aquellos casos en que el autor persigue algunos de los fines específicamente determinados en la norma, esto es, evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero (por ejemplo: daños personales de importancia, contra la vida o la honestidad de un morador o de un tercero), para cumplir un deber de humanidad, vale decir, relacionado con actos de compasión de la desgracia ajena (por ejemplo:. enfermedades, infortunios particulares, accidentes) o, por último, para prestar auxilio a la justicia, es decir, a alguna autoridad que está ejerciendo en ese sitio actos relacionados con la administración de justicia. Se trata, en todas las hipótesis, de casos de justificación de naturaleza subjetiva, en los que es suficiente con que el autor actúe con el propósito específico indicado en la disposición. Dadas estas condiciones, el precepto resulta de aplicación obligatoria. [2]

Se trata de supuestos en los que queda declarada expresamente la licitud de la intrusión en un domicilio contra la voluntad expresa o presunta del titular, o cuando en ejercicio de la función pública, se lo hiciera sin observar las formalidades legales.

Para Omar Breglia Arias se establece la común naturaleza del estado de necesidad de la Parte General del Código Penal (art. 34, inc. 3º). La diferencia está dada en que aquí no se requiere la inminencia del mal y la ajenidad de éste. Además, basta con que el agente crea

[1] Abogado, docente en derecho Penal II actedra III en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, docente en la carrera de capacitación de la Policía Local de Lanus desempeñándose laboralmente en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

[2] Buompadre, Jorge E.. Tratado de derecho penal. Parte especial. 1, pags. 701/702 (a través de www.astreavirtual.com.ar).

hallarse en la situación que describe la ley. A semejanza de lo que ocurre con el error excusante de culpabilidad en la justificación putativa (por error). Para este autor la necesidad, en estos casos, aparece como justificante en situaciones en que no lo sería el estado de necesidad común o general; así, quien es perseguido por otro, luego de haberlo herido, si se refugia en una casa, no justifica su conducta por el estado de necesidad general, pues no es ajeno a la situación de persecución (él hirió antes), pero puede justificarse con este estado de necesidad especial, porque aquí la ajenidad no se requiere.[3]

La cuestión también fue tratada por Creuss y Buompadre, quienes explican que para gran parte de la doctrina, los casos del art. 152 constituyen situaciones de justificación, poniendo de resalto que no coinciden de manera exacta con las causales del art. 34 del Código Penal, pues existen aquí varias diferencias: faltaría el requerimiento de la inminencia del mal respecto del estado de necesidad y no es indispensable una estructura objetiva. Los hechos pueden convertirse en legales por el sólo impulso anímico del agente, aunque se equivocara sobre esa estructura (p.ej., quien penetró en la morada de la cual salen voces de auxilio, creyendo que se está produciendo un mal grave para los moradores, cuando en realidad ellos están ensayando un aria de ópera).[4]

En cita abierta a Gustavo Garibaldi y Leonardo Pitlevnik, debemos subrayar que la preposición “para”, permite concluír la necesidad decisiva del componente subjetivo, cuya ausencia excluye la justificación. Los autores profundizaron en la cuestión afirmando que la conducta de quien viola la intimidad de otro para salvar una vida o prestar auxilio, etcétera, movido por un error evitable es también la realización de una conducta permitida, autorizada, justificada, lícita. No se trata de la aplicación de las teorías del error, sino directamente de la irrelevancia de la evitabilidad o no del error, pues la sola finalidad autoriza.[5]

Cabe aquí traer a encuesta la visión opuesta del profesor Edgardo Alberto Donna, quien postula que si el autor ingresa al domicilio creyendo erróneamente que estaba cumpliendo un deber de humanidad o evitando un mal, sólo se eximirá de penalidad cuando tal error haya sido inevitable, esto es, cuando haya puesto toda la diligencia para no incurrir en dicha equivocación. No está de más traer también la aclaración del autor en punto a que lo dicho vale exclusivamente para las situaciones

---

[3] Breglia Arias, Omar. Código Penal *Comentado,* pag 271 (a través de www.astreavirtual.com.ar).

[4] Buompadre, Jorge E. - Creus, Carlos. Derecho penal. Parte especial. 1, pags. 379/381 (a través de www.astreavirtual.com.ar).

[5] Gustavo Garibaldi y Leonardo Pitlevnik. Código Penal y Normas Complementarias. Ed. Hammurabi, pags. 706/707.

que se rijan por las causas de justificación del artículo 152 del Código Penal, y no a los restantes casos que puedan ser resueltos a nivel del tipo penal. [6]

Las finalidades establecidas por el art. 152 son las siguientes: evitar un mal grave "a sí mismo, a los moradores o a un tercero"; "cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia".

Por último, luego de pasar revista por distintos autores a fin de desarrollar los aspectos objetivos detallados es que, por su claridad y precisión, tomaremos los parágrafos de los profesores Creus y Buompadre.

Los mencionados enseñan que el mal a que se refiere la norma es el daño de cualquier interés del agente o de terceros que ni aquél ni éstos están jurídicamente obligados a soportar; el peligro de daño puede provenir de un hecho del hombre o de un hecho de la naturaleza; en el primer caso es indiferente que el agente haya o no sido extraño a la producción, siempre que no se hubiese colocado en situación de tener que soportar de manera obligatoria el mal (p.ej., el agresor que, perseguido por el agredido, se refugia en un domicilio ajeno, quedará comprendido en el art. 152, pero no quien habiéndose constituido en prófugo se oculta de la autoridad que lo persigue en aquel domicilio); puede tratarse de un mal inminente o que no lo sea, pero la concreción del peligro en la producción del daño tiene que indicarse con proximidad suficiente para que su invocación no sea una mera excusa, y tiene que ser un peligro de mal grave, es decir, cualquiera que sea el interés amenazado (personales en sentido físico, patrimoniales, la libertad, la honestidad, etc.), tiene que tener importancia; pero no es indispensable una equivalencia o superación del eventual daño con relación al que se produce violando el domicilio.[7]

Siguiendo a ambos autores, el deber de humanidad se refiere a los actos de solidaridad humana en que el agente procura evitar el sufrimiento o salvar a un tercero de una situación conflictiva en que se encuentra (no quedan comprendidos los actos de piedad para con los animales, sin perjuicio de que en esos casos puedan producirse también situaciones de inculpabilidad).[8]

---

[6] Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II- A. Ed. Rubinzal Culzoni, pags. 339/340.
[7] Buompadre, Jorge E. - Creus, Carlos. Derecho penal. Parte especial. 1, pags. 379/381 (a través de www.astreavirtual.com.ar).
[8] Idem nota 5.

Sobre el mismo pie de marcha, presta auxilio a la autoridad el quien penetra en el domicilio ajeno para ayudar a la autoridad que en él actúa; no es el caso del allanamiento sin orden previsto por las leyes procesales(p.ej., introducción en el domicilio de un prófugo a quien se va persiguiendo, denuncia de penetración de personas extrañas en el domicilio del tercero con indicios manifiestos de que van a cometer delitos), dado que en esos casos la autorización legal justifica el hecho, enrolándolo en los carriles del art. 34 (ejercicio del derecho y cumplimiento del deber; contra, comprendiéndolos en el art. 152, Molinario y Fontán Balestra).[9]

[9] Idem notas 5 y 6.

Revelación de hechos, actuaciones, documentos y datos secretos

Por Marcelo A. Riquert*

Art. 157: *"Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos."*

La norma bajo análisis.

Nuevamente estamos frente a un tipo penal reformado por la Ley 26388[1], que realizó una masiva actualización de figuras en lo relativo a las modernas tecnologías de la información y comunicación. En el caso, plasmada con el sencillo recurso de incorporar dentro de los objetos secretos pasibles de ilegal revelación a los "datos". De tal suerte, el texto vigente es el siguiente:

> Artículo 157: *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial de uno a cuatro años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos*.

Antecedentes (genealogía del tipo)

La inicial tipificación de esta conducta responde al proyecto de 1906[2]. Alertaba Soler que lo hizo sin darse explicación alguna y guardando alguna similitud con el art. 177 del CP italiano de 1890, aunque con una ubicación sistemática distinta criticable en cuanto se insertó una lesión al interés público entre un conjunto que refiere al privado[3]. Era un tipo que también punía la "divulgación de actuaciones secretas", es decir, una conducta distinta que consistía básicamente en la propalación del secreto, luego excluida. Por eso, Breglia Arias y Gauna hablan de la eliminación de la violación del secreto oficial[4].

El texto original del Código decía: *"Será reprimido con multa de doscientos á mil pesos, é inhabilitación especial, en su caso, por seis meses á tres años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión ó arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa. En la misma pena incurrirá el que divulgare actuaciones o procedimientos, que por la ley deban quedar secretos"*[5].

La redacción actual, en lo medular, se debe a la reforma introducida por el art. 6 de la Ley 16648, tratándose de una propuesta formulada al PEN por Ricardo C. Núñez en 1964, quien

---

* Abogado y Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Master en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España. Profesor Titular Regular de Derecho Penal, UNMDP. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

[1] Pub. en el BO del 25/6/08.

[2] Cf. Estrella-Godoy Lemos, en su obra *"Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*", Hammurabi, Bs.As., 2° edición, Tomo 2, 2007, pág. 282.

[3] Sebastián Soler, en su obra *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo IV, ed. TEA, Bs.As., 2° edición, 1963, págs. 125 y 127.

[4] En su obra *"Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"*, Ed. Astrea, Bs.As., 4° edición, Tomo 2, 2001, pág. 50.

[5] Cf. Zaffaroni, E. Raúl-Arnedo, Miguel A.: *"Digesto de codificación penal argentina"*, AZ Editora, Bs.As., 1996, tomo III, pág. 355.

denominaba al tipo *"Revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos"* y perseguía se trasladara el tipo al título de los delitos contra la administración pública, capítulo del abuso de autoridad y violación de deberes de los funcionarios públicos, objetivo que fue rechazado en el trámite por la Cámara de Senadores[6]. En cambio, sí fue recibido favorablemente su segundo declarado objetivo, que era preservar la función pública mediante una acción de oficio contra los funcionarios y empleados infidentes o indiscretos, no sólo respecto de las actuaciones funcionales, sino también de los hechos y documentos cuyo secreto dispone la ley[7].

Concuerdan Estrella y Godoy Lemos en la defectuosa inserción sistemática del tipo teniendo en cuenta que los secretos de los particulares están excluidos como objeto de protección[8]. Recuerdan además que el Proyecto de Soler de 1960 había adoptado la correcta disposición entre los delitos que afectan la función pública[9].

En el interregno de vigencia de la reforma por Ley 21338 (derogada por Ley 23077), rigió asimismo la figura de violación de secreto oficial por un particular al agregarse una segunda parte al artículo con la siguiente redacción: *"El que divulgare actuaciones o procedimientos que por la ley deban quedar secretos, será reprimido con prisión de seis meses a dos años"*.

En cuanto a propuestas reformistas, el "Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal" elaborado por la Comisión designada por Res. 303 del 14/12/04 del Ministerio de Justicia de la Nación y presentado a la consideración pública en 2006, incluyó el tipo como el art. 145 con este texto: *"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por ley deban quedar secretos"*[10].

El más reciente "Anteproyecto de Código Penal de la Nación", concretado por la Comisión designada por Decreto del PEN N° 678/12, presidida por el Dr. E. Raúl Zaffaroni y que no lograra tomar tampoco estado parlamentario, incluyó el secreto profesional y funcional como sendos incisos del art. 122, fusionando los actuales arts. 156 y 157 (que corresponde al 2° inciso). Su redacción: *"I. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años o multa de diez a cien días e inhabilitación por doble tiempo del de la condena, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa. II. La misma pena se impondrá al funcionario público que revelare hechos, datos, actuaciones o documentos que por ley debieren quedar secretos"*[11].

En la "Exposición de Motivos", Zaffaroni justifica la inserción sistemática de la conducta apuntando que, si bien el sujeto pasivo sería la administración pública, no se trata de una regla pues, al menos en un buen número de casos, la conducta resulta pluriofensiva, ejemplificando con el caso del funcionario que revela los datos de la ficha de salud de una persona reservados en una oficina de personal, acción que no lesiona sólo a la administración[12].

[6] Cf. su obra *"Derecho Penal Argentino. Parte Especial – V"*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1967, pág. 133 y nota al pié 160.
[7] Ob.cit., pág. 134.
[8] Ob.cit., pág. 281.
[9] Ob.cit., pág. 282.
[10] Cf. texto completo publicado en "Revista Nova Tesis", dirigida por Chiara Díaz y Erbetta, Rosario, N° 1, Ene-Feb. 2007, sección "Actualidad", pág. 260.
[11] Cf. edición impresa realizada por Infojus, Bs.As., 2014, pág. 389.
[12] Texto citado, pág. 194.

Tipo Objetivo:

a) Bien jurídico

El objeto de tutela, nuevamente, como en otras figuras del mismo capítulo, es una faceta de la "intimidad", es el "secreto", pero no cualquiera sino el que tiene origen y debe mantenerse así dentro del ámbito de la administración pública[13]. El acceso por el funcionario es legítimo, no se trata de un caso de intrusión. Este es el rasgo diferencial[14].

b) Verbo típico

El núcleo del tipo es la conducta de "revelar" a quien no se encuentre comprendido por la obligación de reserva. Vale decir, descubrir o poner de manifiesto[15] a/ante alguien que no pertenece al círculo de habilitados a conocer hechos, actuaciones, documentos o datos que, por ley, deben ser secretos (media prohibición legal para su divulgación). Con relación a lo último, aclara Buompadre que se trata de secretos de la Administración que no abarcan a los de carácter político o militar[16]. En síntesis, se trata de una acción por la que el secreto trasciende del ámbito que le es propio[17].

La restricción del objeto se entiende a partir de concebirlo como un tipo subsidiario y, por lo tanto, desplazado por otras específicas previsiones de revelación de secretos como, por ejemplo, el art. 222 del digesto sustantivo respecto de los de naturaleza política, industrial, tecnológica o militares concernientes a la seguridad, los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación[18]. Navarro, Báez y Aguirre incluyen también a los arts. 72 y 73 de la Ley 13985, que se refieren a secretos políticos o militares[19].

La revelación no demanda que se difunda o divulgue, o que se concrete un perjuicio material determinado[20], bastando su sola posibilidad[21].

c) Otros elementos del tipo objetivo

La referencia a "hechos" comprende acontecimientos de cualquier naturaleza, tanto humanos como naturales.

Por "actuaciones" ha de entenderse o incluirse todo tipo de trámites, expedientes, resoluciones, diligencias o procedimientos que fueren emitidos por una autoridad y correspondan a cualquier fuero, sea judicial o administrativo o legislativo[22].

La noción de "documentos", resalta Fontán Balestra, no está tomada en sentido técnico estricto y se corresponde con toda suerte de informes escritos, despachos, comunicaciones,

---

[13] Cf. Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 284.

[14] Ccte.: Aboso, en su obra *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, ed. BdeF, Montevideo/Bs.As., 2012, pág. 778.

[15] Ccte.: Buompadre, en su *"Manual de derecho penal. Parte especial"*, Astrea, Bs.As., 1° reimpresión, 2013, pág. 377.

[16] Ob.cit., pág. 378.

[17] Cf. Gustavo E. Aboso, ya citado, pág. 778.

[18] Cf. Fontán Balestra, en su *"Derecho Penal. Parte Especial"*, 16° edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs.As., 2002, pág. 382.

[19] En su trabajo *"Artículo 155"*, pub. en AAVV *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Baigún-Zaffaroni directores, Hammurabi, Bs.As., Tomo 5, 2008, pág. 800.

[20] Cf. Fontán Balestra, ob.cit., pág. 382. Ccte.: Marco A. Terragni, en su obra "*Tratado de Derecho Penal*", ed. La Ley, Bs.As., 2012, pág. 550.

[21] Así, Estrella-Godoy Lemos, ya citados, pág. 282.

[22] Cctes.: Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 283.

esquemas o planes de organización aún cuando no lleven fecha ni firma[23]. Sin embargo, no debe soslayarse que la misma ley reformista del tipo en comentario modificó el art. 77 del CP y, en definitiva, el propio código provee en la actualidad un concepto ciertamente amplio de documento: *"comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión".*

Por último, la reciente inclusión de "datos" remite a la información contenida en un sistema informático[24]. Con más precisión, Navarro-Báez-Aguirre aluden a la información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por un ordenador, teniendo en cuenta que el art. 157 bis del CP se refiere a los bancos de datos, que son el acopio de datos referidos a una determinada materia, que puede ser utilizado por diversos usuarios[25].

d) Sujeto activo

Se trata de un delito especial propio[26]. Como resaltaba Núñez, sólo puede ser autor un funcionario público que, por su vinculación permanente o accidental, principal o secundaria, con el servicio o la función pública de que se trate, haya tenido conocimiento del hecho, la actuación o el documento cuyo secreto ordena la ley[27]. Son numerosas las normas que prevén el deber de reserva de los agentes y funcionarios públicos respecto de su ámbito de actuación. Entre otras, Aboso recuerda el art. 27 inc. d) de la Ley 22140 (Régimen Básico de la Función Pública), el art. 19 del decreto 41/99 (Código de Ética Pública), los arts. 10 y 13 de la Ley 17622 (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos), los arts. 4 y 17 de la Ley 255120 (Ley de Inteligencia Nacional), el art. 101 de la Ley 11683 (de Procedimiento Tributario), art. 35 inc. h) de la Ley 20416 (orgánica del Servicio Penitenciario Federal) o el art. 23, inc. a) de la Ley 22315 (orgánica de la Inspección General de Justicia)[28].

Conforme se anticipó, durante la vigencia de la Ley 21338 se incluyó también la punición del tercero que sin la calidad divulgaba actuaciones o procedimientos. Hoy la posibilidad de responsabilizar a quien no revista el carácter de funcionario público se limita a la participación admisible en virtud de las reglas generales de la materia pero, claramente, no podrá ser "autor" en sentido estricto[29].

Se discute si además de la calidad el conocimiento de lo revelado fue accedido en ejercicio funcional[30] o si basta la mera condición de funcionario obligado al secreto[31]. Aún cuando es altamente probable que, justamente, por la calidad se pueda conocer lo secreto, lo cierto es que la redacción típica no exige que el conocimiento inicial hubiera sido con ocasión o en ejercicio de sus funciones, por lo que me inclino hacia la segunda opción en esta divergencia.

---

[23] Ob.cit., pág. 382.
[24] Cf.: Buompadre, ya citado, pág. 377.
[25] Ob.cit., pág. 802.
[26] Ccte.: Aboso, ob.cit., pág. 780.
[27] Ob.cit., pág. 135.
[28] Ob.cit., pág. 779.
[29] Ccte.: Fontán Balestra, pág. 383.
[30] Así, Fontán Balestra, ob.cit., pág. 382; Edgardo A. Donna, en su obra *"Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II.-A"*, Rubinzal-Culzoni editores, Bs.As./Santa Fe, 2001, pág. 376.
[31] Por esta última tesitura, siguiendo a Creus, decantan: Buompadre, ya citado, pág. 378; Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 384; Breglia Arias-Gauna, ob.cit., pág. 51.

e) Sujeto pasivo

Es la administración pública en cuanto titular del secreto fijado por ley sobre hechos, documentos, actuaciones o datos[32]. Sin embargo, no puede descartarse que, en forma indirecta, la esfera de reserva de alguna persona pudiera resultar afectada[33]. Esta nota de pluriofensividad, como se vio, ha sido argumentada en el Anteproyecto 2014 para mantener la radicación del tipo entre las violaciones de las comunicaciones y la privacidad.

Tipo Subjetivo

La revelación debe ser dolosa, requiriendo el conocimiento del carácter secreto y la voluntad de revelarlo. Habida cuenta de que se trata de hacerlo con relación a documentos, actuaciones, hechos o datos secretos por ley, no puede descartarse casos de error sobre esto último.

Núñez admitía la posible concurrencia de dolo eventual[34]. Coinciden Estrella-Godoy Lemos[35] y Breglia Arias-Gauna[36]. Se pronuncian expresamente en contra Gustavo E. Aboso[37] y Navarro-Báez-Aguirre[38].

Iter críminis

La consumación se verifica cuando el secreto es comunicado a cualquiera que no sea una de las personas obligadas a guardarlo[39].

La tentativa es admisible[40]. Núñez, aún reconociéndolo como delito formal, ejemplificaba, como sucede con el oportuno secuestro de la carta reveladora del secreto, con el caso en que falta la consumación por no haberse logrado el conocimiento del tercero, que es compatible con actos ejecutivos del designio de lograrlo[41].

Concursalidad

El tipo puede ser desplazado por relación de especialidad por otros preceptos, ilustrando Núñez con el art. 2 de la Ley 13985 sobre Espionaje y Sabotaje, o con el art. 20 de la Ley 12906 sobre Represión de la Especulación y Monopolio[42]. También hemos individualizado "supra" al art. 222 del propio Código Penal.

Estrella y Godoy Lemos recuerdan la vinculación con el art. 157 de la prohibición de informar del art. 51 del mismo CP[43]. Donna, siguiendo a estos autores, enfatiza el desplazamiento de la figura del art. 157 por el art. 51 en función de la mayor especificidad de los documentos a que se

---

[32] Cctes.: Estrella-Godoy Lemos, ob.cit., pág. 282.
[33] Ccte.: AAVV "*Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*", Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011, pág. 543, citando a Creus.
[34] Ob.cit., pág. 135.
[35] Ob.cit., pág. 282.
[36] Ob.cit., pág. 52.
[37] Ob.cit., pág. 779.
[38] Ob.cit., pág. 802.
[39] Cf.: Buompadre, ya citado, pág. 378. Ccte.: Terragni, ob.cit., pág. 550.
[40] Cctes.: Donna, ob.cit., pág. 377; D'Alessio, ob.cit., pág. 545; Fontán Balestra, ob.cit., pág. 383; Breglia Arias-Gauna, ob.cit., pág. 52. En contra: Soler, ob.cit., pág. 128.
[41] Ob.cit., pág. 135, donde citaba en contra a Orgeira, Gómez y Soler.
[42] Ob.cit., pág. 137.
[43] Ob.cit., pág. 284. Cctes.: D'Alessio, ob.cit., pág. 545; Navarro, Báez y Aguirre, ob.cit., pág. 801.

refiere este último, así como del funcionario público posible autor, que sólo será el del ente oficial que lleve registros y tiene competencia para informar[44].

Acción penal

Es delito de acción pública. Se trata, junto al art. 154, en una de las dos excepciones del capítulo (cf. art. 73, inc. 2° del CP que, en esto, no ha sido modificado por la reciente Ley 27147).

[44] Ob.cit., pág. 378.

Bibliografía y material consultado

AAVV "Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal", pub. en *"Revista Nova Tesis. Derecho Penal y Procesal Penal"*, dirigida por Chiara Díaz-Erbetta, ed. Nova Tesis, Rosario, N° 1, enero-febrero 2007.

AAVV "Anteproyecto de Código Penal de la Nación", ed. INFOJUS, Bs.As., 2014.

AAVV *"Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"*, Andrés J. D'Alessio director, ed. La Ley, Bs.As., 2° edición, Tomo II, 2011.

Aboso, Gustavo Eduardo: *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, ed. BdeF, Montevideo/Bs.As., 2012.

Breglia Arias, Omar-Gauna, Omar R.: *"Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"*, Ed. Astrea, Bs.As., 4° edición, Tomo 2, 2001.

Buompadre, Jorge E.: *"Manual de derecho penal. Parte especial"*, Astrea, Bs.As., 1° reimpresión, 2013.

Donna, Edgardo Alberto: *"Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II.-A"*, Rubinzal-Culzoni editores, Bs.As./Santa Fe, 2001.

Estrella, Oscar Alberto-Godoy Lemos, Roberto: *"Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*", Hammurabi, Bs.As., 2° edición, Tomo 2, 2007.

Fontán Balestra, Carlos: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, 16° edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs.As., 2002.

Navarro, Guillermo R.-Báez, Julio C.-Aguirre, Guido J.: *"Artículo 155"*, pub. en AAVV *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Baigún-Zaffaroni directores, Hammurabi, Bs.As., Tomo 5, 2008.

Núñez, Ricardo C.: *"Derecho Penal Argentino. Parte Especial – V"*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1967.

Soler, Sebastián: *"Derecho Penal Argentino"*, Tomo IV, ed. TEA, Bs.As., 2° edición, 1963.

Terragni, Marco Antonio: *"Tratado de Derecho Penal"*, ed. La Ley, Bs.As., 2012.

Zaffaroni, E. Raúl-Arnedo, Miguel A.: *"Digesto de codificación penal argentina"*, AZ Editora, Bs.As., Tomo III, 1996.

Chantaje

Por **Santiago M. Irisarri**

Art. 169: "*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente*".

I. Antecedentes

La palabra "chantaje" proviene del francés "*chantage"*, que a la vez proviene de "*chanter"* que significa "cantar". Independientemente de su origen histórico, pues está discutido[1], la palabra se ha esparcido por todo el territorio de habla hispana.

Su nacimiento como figura delictiva autónoma surge del artículo 400 del Código Penal francés modificado en el año 1863[2]. En la legislación nacional nace con el Proyecto de 1891, que solo logró dictamen favorable en la Comisión de Diputados pero que sirvió de basamento para las reformas posteriores como la introducida por la Ley 4.189, de 1903, donde se incorporó "*El que con ayuda de amenazas, escrita o verbal, de revelaciones o imputaciones difamatorias, hubiere arrancado, o intentado arrancar a otro la firma o la entrega de un escrito, de un título o de una pieza cualquiera que*

[1] Breglia Arias, Omar "*Extorsión"*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2001, pg 289: "*En realidad, no existe acuerdo con respecto al origen de la palabra chantaje. Mellor, señala un número considerable de opiniones divergentes al respecto (Le chantaje p. 47 y ss.) y Manzini también desarrolla consideraciones acerca del origen de esta palabra (Trattato dei furto, vol 3, p. 521). En ingles la palabra chantaje encuentra su equivalente en la expresión blackmail (literalmente, correo negro). Pero antiguamente mail significaba "pago", por lo que aquí encontramos la relación con el chantaje y aun con toda extorsión: pago negro"*.

[2] Buompadre Jorge E.,*"Derecho penal. Parte especial"* Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 2000, T. 2, pg. 90: "*La disposición tipifica la clásica figura conocida como "chantaje", originaria del art. 400 del Código Penal francés 1863. El vocablo proviene del francés <chantage>, que en el lenguaje parisiense consiste en sonsacar dinero o <cantar> y quienes a tal actividad se dedican son denominados <maitres chanteurs>, vale decir, <<maestros cantores> .*

contuviere o produjere obligación, disposición o descargo, o la entrega de fondos o de valores, incurrirá en igual pena".

Los proyectos de 1906 y 1917 adoptan la figura legal pero con ciertas modificaciones en cuanto a sus precedentes. Con la sanción del Código Penal de 1921, con gran influencia de González Roura, se consagra el delito de chantaje, que incluso fue mantenido posteriormente por el Proyecto de 1937 –artículo 221- equiparando la pena a la extorsión simple. El Proyecto de Peco de 1941 y el de Soler de 1960[3] no reconocen la autonomía de la figura pues consideran que la extorsión –entendida genéricamente- es abarcativa de ésta[4]. El Proyecto de 1979 adoptó los postulados de sus anteriores, al igual que el contemporáneo Anteproyecto de Zaffaroni.[5]

II. La acción típica

El chantaje consiste en la conducta del sujeto activo que obliga a la víctima a realizar una disposición patrimonial, valiéndose de imputaciones contra el honor o de violación de secretos. Es una extorsión caracterizada por el medio comisivo.

En tal sentido, se coarta al sujeto pasivo a realizar los actos del delito de extorsión, preestablecidos por el artículo 168 del Código Penal: enviar, depositar, poner a disposición del autor o a

[3] Soler, Sebastian "*Derecho Penal Argentino*" , Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, T. IV, pg. 266: "*el agregado de esta figura, en vez de representar una mera pecificación ejemplificativa, produce más bien la necesidad de afirmar que dentro de la figura genérica del art. 168 solamente es posible incluir como medios de intimidación las amenazas referidas a bienes jurídicos más importante que el honor y la esfera de secretos".*

[4] Damianovich De Cerredo, Laura T.A. "*Delitos contra la propiedad*" Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aries, 1988, pg. 206: "*Dado que el concepto de intimidación, como medio comisivo de la extorsión, puede perfectamente encuadrar el despliegue de éste que específicamente prevé la figura, resulta muy opinable la necesidad de su estricta previsión en el ordenamiento. No precisándose cuál debe ser el objeto de la intimidación, en cuanto a la naturaleza del mal con que el autor amenaza a la víctima, el mal previsto en esta figura se convierte, así, sólo en una variante o supuesto específico".*

[5] Buompadre Jorge E., ob. cit., pg. 91: "*En la actualidad, la figura del chantaje ha desaparecido prácticamente como estructura autónoma de los códigos modernos, puesto que se entiende que resulta suficiente para su previsión, o una fórmula amplia relativa a la extorsión, por ejemplo, Italia, Alemania, etc., o bien contenido dentro de los tipos de las llamadas amenazas condicionales por fin de lucro (por ej., España)".*

la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos; o suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

La diferencia con el delito de extorsión deviene del medio por el que se comete el delito, requiriéndose la utilización de amenazas de imputaciones contra el *honor* o de *violación de secretos*. Ésta particularidad afecta las estadísticas criminales, debido a que el individuo que lo sufre prefiere pagarle al victimario antes que arriesgarse a que se violente su honor o se revele el secreto, omitiendo dar aviso a las autoridades.

La interrelación con el delito de extorsión conlleva a que el tipo penal de chantaje consagre numerosas figuras delictivas[6], mediante las cuales el sujeto activo puede cometer el delito:

1- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a entregar cosas

2- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a entregar dinero

3- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a entregar documentos que produzcan efectos jurídicos.

4- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a enviar cosas

5- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a enviar dinero

6- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a enviar documentos que produzcan efectos jurídicos

7- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a depositar cosas

8- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a depositar dinero

---

[6] Ouviña, Guillermo Julio, "*Introducción al estudio de la figura delictiva",* La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1978.

9- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a depositar documentos que produzcan efectos jurídicos

10- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a poner a disposición del autor cosas

11- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a poner a disposición del autor dinero

12- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a poner a disposición del autor documentos que produzcan efectos jurídicos

13- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a poner a disposición de un tercero cosas

14- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a poner a disposición de un tercero dinero

15- por amenaza de imputaciones contra el honor, obligando a otro a poner a disposición de un tercero, documentos que produzcan efectos jurídicos

16- por amenaza de violación se secretos, obligando a otro a entregar cosas

17- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a entregar dinero

18- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a entregar documentos que produzcan efectos jurídicos.

19- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a enviar cosas

20- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a enviar dinero

21- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a enviar documentos que produzcan efectos jurídicos

22- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a depositar cosas

23- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a depositar dinero

24- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a depositar documentos que produzcan efectos jurídicos

25- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a poner a disposición del autor cosas

26- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a poner a disposición del autor dinero

27- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a poner a disposición del autor documentos que produzcan efectos jurídicos

28- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a poner a disposición de un tercero cosas

29- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a poner a disposición de un tercero dinero

30- por amenaza de violación de secretos, obligando a otro a poner a disposición de un tercero, documentos que produzcan efectos jurídicos

31- por amenazas de imputaciones contra el honor, obligando a otro a suscribir documentos de obligaciones

32- por amenazas de imputaciones contra el honor, obligando a otro a suscribir documentos de crédito

33- por amenazas de imputaciones contra el honor, obligando a otro a destruir documentos de obligaciones

34- por amenazas de imputaciones contra el honor, obligando a otro a destruir documentos de crédito

35- por amenazas de violación de secretos, obligando a otro a suscribir documentos de obligaciones

36- por amenazas de violación de secretos, obligando a otro a suscribir documentos de crédito

37- por amenazas de violación de secretos, obligando a otro a destruir documentos de obligaciones

38- por amenazas de violación de secretos, obligando a otro a destruir documentos de crédito.

Las treinta y ocho figuras antedichas que integran el tipo penal son taxativas. La consumación –y/o tentativa- del delito de chantaje debe indefectiblemente corresponder con alguna de estas conductas, quedando excluida de punibilidad aquella actividad que no cumplimente las exigencias reconocidas por el artículo 169, en concordancia con el 168 del Código Penal, ya que de lo contario se violaría el principio de legalidad.

II. a) La imputación contra el honor

La imputación contra el honor puede ser de cualquier tipo, independientemente de su veracidad, pues lo importante es el constreñimiento psicológico generado sobre la víctima que lo obliga a perjudicarse patrimonialmente[7]. El honor, como tal, no solamente se verá manchado por la divulgación de imputaciones verdaderas, sino –y quizás incluso más aún- mediante la utilización de imputaciones falsas.

La amenaza puede ser verbal o escrita, expresa o táctica, consistente en la adjudicación de conductas, actividades, cualidades, capacidades, o cuestiones de índole social, cultural, religiosas,

---

[7] Nuñez, Ricardo C., "*Delitos contra la propiedad*", Editorial Bibliográfica Argentina SRL, Buenos Aires 1951, pg. 294: "*No es necesario que la imputación o la revelación sea enunciada ni precisada en la amenaza; basta que en ella se haga una alusión suficiente para que la víctima pueda temer una imputación o una revelación de las mencionadas en el artículo 169. Pero, tratándose de imputación, no bastará la simple ofensa genérica, sino que será necesario, como el propio término imputar lo dice, que se atribuya algo determinado, sea una culpa, un delito o una acción*".

profesionales, deportivas, o de cualquier otra índole, siempre que pueda violentar el honor de una persona determinada. [8]

La afectación al honor deviene de la eventual publicación que se haga de la amenaza, ya que el constreñimiento psicológico al sujeto pasivo se origina en la posible divulgación a terceros de dicha amenaza.

Consecuencia de lo antedicho es que no se admite la *exceptio veritatis*, propia de los delitos contra el honor, donde el autor tiene la potestad de probar la veracidad de sus manifestaciones injuriosas. El artículo 111 del Código Penal respecto a las calumnias y las injurias, contempla tal privilegio para el acusado de aquellas expresiones que no estén vinculadas con asuntos de interés público, siempre que el hecho injurioso hubiere dado lugar a un proceso penal o cuando el querellante lo peticionase.[9]

Es dable mencionar que el chantaje protege la "libertad" y el "honor" de las personas, pero principalmente la "propiedad", integrando el título "Delitos contra la propiedad"; a diferencia de las injurias que tutelan el honor de las personas dentro del título "Delitos contra el honor". El "honor" como bien jurídico del chantaje, hace al contenido de la amenaza utilizada para coaccionar a la víctima. [10]

---

[8] Creus, Carlos "*Derecho Penal. Parte especial". 2da edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, T. 2,pg.479: "*Las imputaciones contra el honor a que se refiere la ley pueden ser de cualquier especia, responder a circunstancia o hecho tanto verdaderos como falsos; de concretarse podría constituir calumnias o injurias difamatorias. No es indispensable que al anunciarla a la víctima la imputación contra el honor sea formulada circunstanciadamente, siempre que el sujeto pasivo pueda terminar que se tratará de un ataque contra dicho bien jurídico (p. ej., amenazarlo con "hacerlo quedar mal").Dándose ese carácter, no requiere la ley otras características específicas, ni que la amenaza contenga la promesa de la publicidad de la imputación que se vaya a formular, ni una particular configuración del futuro ataque contra el honor, aunque estos elementos pueden las pautas para determinar la idoneidad intimidatoria de la amenaza, cuando sea necesario".*

[9] Breglia Arias, Omar, Ob. cit., pg. 297: "*La distancia entre uno y otro delito consiste en que se tiene exclusivamente en cuenta la deshonr surgida de la formulación en todo caso engañosa y existe, más allá, una tensión de sacar por ello utilidad económica ilegítima (extorsionar). De allí que la ofensa a la propiedad y por eso la indiferencia de la ley en cuanto al carácter de cierta o no cierta de la imputación contra el honor".*

[10] Molinario, Alfredo J., "*Los Delitos"* texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, pg. 305: "*el honor o el secreto deben correr peligro; la libertad psíquica debe vulnerarse y, finalmente, también la propiedad".*

II. b) La violación de secretos

Si bien nuestro Código Penal en su Libro II, Título V, Capitulo 3 protege a las personas contra la "*Violación de secretos y de la privacidad*", en el chantaje se consagra una conceptualización notoriamente más amplia del "secreto".[11]

El secreto, objeto de la amenaza, puede ser de cualquier índole ya que lo relevante aquí es el efecto causado: *obligar* a la víctima; pero a diferencia de la imputación contra el honor, el secreto debe ser verdadero, dado que no hay secreto que no es "secreto", o dicho de otro modo, no existe el secreto que no es tal, sin perjuicio que el mismo pueda ser desplegado como una eventual amenaza tendiente a afectar el honor.

II. c) Nexo de causalidad

Es indispensable que entre la amenaza, contra el honor o violatoria de un secreto, y el perjuicio económico, exista una vinculación causal. La *obligación* para la víctima debe nacer de la *amenaza*.

Para obedecer a tal exigencia, la amenaza debe ser idónea, es decir, tener la aptitud suficiente para generar en la víctima el miedo que lo *obliga* a actuar según la voluntad del autor. La idoneidad se analiza según las particularidades del caso en concreto. Es cierto que si la víctima realiza en contra de su propia voluntad la conducta exigida por el sujeto activo, entonces la amenaza ha sido idónea para tal fin.[12]

El anuncio del mal futuro, como medio extorsivo, requiere que la víctima crea que existe la certera posibilidad de que se efectivice, y además, que con la disposición patrimonial evitará tal

---

[11] Fontán Balestra, Carlos, "*Tratado de Derecho Penal. Parte especial*", segunda edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pg. 596: " *Por secreto se entiende algoantenido en la esfera íntima, cuya divulgación pueda causar un perjuicio al sujeto pasivo. Es suficiente que la víctima tenga interés bastante en mantener el secreto, de modo que su temor de que el mismo sea violado, lo decida a hacer lo que ilegítimamente se le exige. Lo mismo que para las imputaciones contra el honor, el secreto puede pertenecer al amenazado o a un tercero*"

[12] Damianovich De Cerredo, Laura T.A., Ob. cit., pg. 207 "*la regla interpretativa para encuadrar el medio usado en el descripto por el tipo legal es que haya sido la razón determinante de la prestación de la víctima. Resulta intrascendente la valoración que pueda hacerse de su escasa entidad objetiva si para el sujeto pasivo tuvo tal importancia que lo determinó a otorgar el pecho ilícito al agente*".

resultado lesivo para su honor o resguardo del secreto. El prejuicio patrimonial debe ser efecto de la voluntad coaccionada.[13]

La idoneidad no debe ser confundida con la pérdida de la capacidad para comportarse de otra forma, sino que basta la limitación al normal desenvolvimiento de la voluntad.

III. Tipo subjetivo

Estamos ante un delito doloso, de dolo directo. La intención es atemorizar sabiendo que la víctima verá peligrar su honor o su secreto, y además, mediando una finalidad de obligarla a soportar ese mal o perjudicarse patrimonialmente[14]. Lógicamente, el sujeto activo debe conocer el significado agraviante para el honor de la otra persona, o la característica de "secreto" respecto a la circunstancia que se va a divulgar. En cuanto a las erróneas consideraciones que el victimario tuvo de las circunstancias fácticas, serán aplicables las reglas dogmáticas respecto al error de tipo. [15]

IV.- Consumación y tentativa

El chantaje se perfecciona al momento en que la víctima realiza la conducta descripta por el tipo delictivo de extorsión, según artículo 168 del Código Penal: entregar, enviar, depositar o poner a disposición; o suscribir o destruir documentos.

---

[13] Nuñez, Ricardo C. "*Tratado de Derecho Penal. Parte especial", 2da reimpresión,* Editora Cordoba Marcos Lerner, 1989, T. IV, Pg.271: "*Una persona moral puede ser ofendida patrimonialmente por la extorsión y ser titular del honor (crédito) o del secreto en peligro, pero únicamente sus miembros o representantes pueden ser los sujetos pasivos de la amenaza, pues sólo ellos pueden experimentar sus efectos sociológicos".*

[14] Donna, Edgardo A. "*Derecho Penal. Parte Especial",* Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. II-B., pg. 230 "*La amenaza debe tener por objeto atemorizar sabiendo que la víctima verá peligrar su honor o se revelará el secreto. Además, debe tener en miras la obtención de un provecho patrimonial ilícito, lesionando la propiedad de la víctima, para lo cual persigue obligarla a decidirse entre afrontar el mal o efectuar la disposición patrimonial requerida, esto es, entregar, enviar, depositar o poner a disposición del extorsinista o de un tercero, cosas, dinero, o documentos que produzcan efectos jurídicos, así como a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".*

[15] Creus, Carlos, Ob. cit., pg. 480: "*El error sobre esos caracteres puede excluir el dolo; el error sobre su existencia (creer que existe cuando no es así), puede trasladarnos a la tentativa de un delito imposible (inidoneidad intimidatoria del medio).*

La “entrega” es una actividad entre no menos de dos sujetos, donde uno transmite y otro recibe, siendo la recepción el momento consumativo del chantaje; el “envío”, se perfecciona con el desapoderamiento sin ser necesario el consecuente apoderamiento por parte del autor; el “depósito”, es similar al envío ya que se coloca la cosa en un lugar determinado sin exigirse la apropiación del sujeto activo; la “puesta a disposición” implica que el objeto sea situado en condiciones de que el autor o un tercero puedan disponerlo libremente. Obsérvese que la consumación no requiere necesariamente el provecho del victimario, sino el perjuicio patrimonial de la víctima.[16]

El delito admite la tentativa, siempre que el autor haya comenzado su ejecución y, por cuestiones ajenas a su voluntad, no lo hubiera consumado. Se considera que la ejecución comienza a desenvolverse desde el momento en que el autor realiza, o envía –según las particularidades del caso-, la amenaza contra la víctima.

V. Jurisprudencia

V. a) Modalidad comisiva

1) “*El chantaje se diferencia de los demás tipos de extorsión del art. 168 del Cód. Penal, por la especificidad de la amenaza utilizada. La idoneidad de la intimidación no pasa por la responsabilidad, cobardía o coraje del amenazado, sino por circunstancias objetivas. No tiene nada que ver con la actitud profesional destinada a hacer valer los derechos de un cliente, la exigencia que hace un abogado, de una suma de dinero, para que aquél se calle la boca y no efectúe una denuncia. Supeditar una denuncia (aun ante alguien incompetente) a las resultas de una exigencia patrimonial ilegítima, constituye, por la modalidad comisiva, el delito de chantaje*” (CCrimCorr Morón, Sala II, 23/12/93, JPBA, 86-49).

[16]Nuñez, Ricardo C., “*Delitos contra la propiedad”*, Editorial Bibliográfica Argentina SRL, Buenos Aires 1951, Pg. 287: “*El carácter particular del medio empleado por el extorsionador no produce alteración de las reglas que rigen la consumación y la tentativa de la figura en general. El momento consumativo no mira la perpetración del acto difamatorio, sino las acciones requeridas de la víctima mencionadas en el artículo 168”.*

2) "El envío de una carta con la que se pretende un provecho patrimonial amenazando a su destinatario con informar a su esposa de las relaciones sexuales que mantenía, constituye el delito de extorsión por chantaje, careciendo de importancia la verdad de la relación sentimental, así como también que la suma exigida fuese debida justamente" (CNCrimCorr, Sala IV, 23/4/79, RepED, 10-1126).

V. b) Diferencia con delitos contra el honor

1) "Para la perfección del delito de extorsión, es indiferente que se trate de una imputación verdadera o falsa. Esto nada tiene que ver con la diferencia que se hace en materia de delitos contra el honor con respecto a la exceptio veritatis, porque es muy distinto el hecho de formular una imputación deshonrosa, pero verdadera, y el de amenazar con formularla haciéndose pagar el silencio. La diferencia con respecto a la verdad o falsedad de la imputación se deduce del hecho de que la ley coloque en el mismo nivel la amenaza de imputaciones contra el honor y la amenaza de revelación de secretos, los cuales pueden consistir en hechos reales, no deshonrosos, sino simplemente íntimos" (CNCrimCorr, Sala VI, 31/10/88, "C., G.P.").

V. c) Bien jurídico protegido

1) "Mientras que en el art. 168, ademàs de la propiedad, el otro bien jurídico protegido es la libertad de la persona, en el art. 169 del Cód. Penal también está en juego el honor y los secretos de las personas, tal como ocurre al tratarse la amenaza que habría proferido el incurso de una imputación pública y difamatoria que pudo provocar en la víctima el temor al escándalo" (CNCrim.Corr, Sala VI, 29/5/06, "Amarante, Ramiro M.", causa 29.619).

V. d) Divulgación de secretos

1) "En el chantaje (art. 169, Cód. Penal) no es relevante que las imputaciones contra el honor con que se amenaza sean verdaderas o falsas, siempre que sean suficientemente aptas para perjudicar la estima o crédito público de la víctima; en cambio, los hechos o circunstancias del secreto tienen que existir o

haber existido, perteneciendo a la esfera íntima de la víctima" (TOC nº 14, 5/9/97, RepJA, 2000-625, nº16),

V. e) Idoneidad

1) "El hecho de que la damnificada, al recibir la nota manuscrita en la cual se le exigía la entrega de dinero, a fin de no divulgar cuestiones relativas a su intimidad, haya decidido efectuar una denuncia, evidencia que la acción intimidatoria desplegada tuvo la idoneidad requerida. Con la exigencia dineraria comenzó la ejecución del delito y el medio idóneo (ya que efectivamente provocó intimidación en la víctima por el temor de verse afectada en su honra y en su crédito), resultando luego el accionar desplegado frustrado por un hecho ajeno a su voluntad" (CNCrimCorr, Sala VI, 29/5/06, "Amarante, Ramiro M.", causa 26.619).

2) "La idoneidad para atemorizar o intimidar, determinando a la víctima a hacer lo que se le indica con el objeto de evitar el mal, es lo que permite ubicar a una maniobra como extorsiva, admitiéndose que aun las falsas imputaciones contra el honor pueden constituir un medio idóneo, porque es el patrimonio protegido el que puede ser menoscabado en salvaguarda del honor objetivo y por temor a que frente a la maledicencia prometida, aunque no sea verdadera, se pierda el honor" (CCrimCorr Gualeguaym, 12/4/77, JA, 1978-II-472).

V. f) Tentativa

1) "Si el chantage quedó en grado de tentativa merced a la intervención oficial en el estudio donde estaba a punto de consumarse, el delito se subordina a los arts. 42, 44 y 169, con remisión al art. 168 del Cód. Penal, texto de la ley 11.179, que contiene una escala penal menor que la de la reforma del año 1968, rigiendo la primera, no obstante la fecha de comisión del delito, por el principio del art. 2 del Código citado, que confiere ultraactividad a la ley más benigna para el acusado en el caso". (CNCrimCorr, Sala I, 3/7/73, LL, 151-244).

2) "Corresponde considerar que el delito cometido de chantaje, contemplado en el art. 169 del Cód. Penal, ha quedado en grado de tentativa, si el imputado, mediante amenaza de violar un secreto –

en el caso, informar una deuda a todas las entidades financieras- intentó obligar a un cliente a saldar la deuda contraída con una firma que comercializa tarjetas de crédito, conducta que no llegó a consumarse debido a que aquél no depositó el mongo supuestamente adeudado" (CNCrimCorr, Sala I, 18/6/02, LL, 2002-F-943).

3) "Configura el delito de chantaje en grado de tentativa (arts. 42 y 169, Cód. Penal), la acción del procesado que mediante carta anónima y llamados telefónicos exigió a la víctima una suma de dinero a fin de silenciar supuestas maniobras ilícitas cometidas por aquél y por sus familiares, siendo aprehendido por personal policial luego de llevarse el dinero marcado en un automóvil" (CNCrimCorr, Sala VI, 1981/9/09, BJ 1981-10,213).

BIBLIOGRAFÍA

Bertolino, Pedro J., "*Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial*", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009

Breglia Arias, Omar, "*Extorsión"*, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

Buompadre, Jorge E., "*Derecho Penal. Parte especial"*, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 2000.

Creus, Carlos y **Boumpadre**, Jorge E., "*Derecho Penal. Parte especial*", Editorial Astrea, ciudad de Buenos Aires., 2010, 7ª edición actualizada y ampliada.

Creus, Carlos "*Derecho Penal. Parte especial".* 2da edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988

Damianovich De Cerredo, Laura T.A. "*Delitos contra la propiedad*" Segunda edición actualizada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aries, 1988

D'Alessio, Andrés José, Director, "*Código Penal. Comentado y anotado*", Parte Especial, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

Donna, Edgardo A. "*Derecho Penal. Parte Especial",* Rubinzal-Culzoni Editores, 2001

Fontán Balestra, Carlos, "*Derecho Penal. Parte Especial*.", actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16ª edición actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

Levene, Ricardo , "*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*.", Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976.

Molinario, Alfredo J., "*Los Delitos"* texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996.

Núñez, Ricardo, "*Tratado de derecho penal. Parte especial*.", Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1992.

Nuñez, Ricardo C., "*Delitos contra la propiedad"*, Editorial Bibliográfica Argentina SRL, Buenos Aires 1951

Soler, Sebastian "*Derecho Penal Argentino"* , Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963.

Soler, Sebastián, "*Derecho Penal argentino*", actualizador Bayala Basombrio, Manuel A.,1996.

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Por **Hernan Blanco**

Art. 304: *"Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:*

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.

2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.

5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4."

1) Antecedentes históricos y/o legislativos y/o proyectos:

Antes de la incorporación del artículo 304 en el Código Penal, mediante la sanción de la Ley 26.683[1], no existían en el Código de fondo antecedentes de normas que impusiesen sanciones de carácter penal a personas jurídicas, ya sea por la comisión del delito de lavado de activos (previamente reprimido en el art. 278.1 del C.P.), o por cualquier otro ilícito regulado en dicho compendio normativo.

De allí que, en cuanto atañe específicamente a la aplicación de sanciones de contenido penal a personas jurídicas por lavado de activos, el antecedente más cercano a lo previsto en el art. 304 puede encontrarse en el texto original de la Ley 25.246[2], puntualmente en los artículos 24 y 25 (cuyo texto fue modificado mediante la Ley 26.683). Estos eran los primeros dos artículos del Capítulo IV de la Ley 25.246, en el cual se estableció el "Régimen penal administrativo" de la ley de lavado de activos.

En su redacción original, el art. 23 disponía una sanción de multa de dos (2) a 10 (diez) veces del valor de los bienes objeto del delito, para la persona jurídica cuyo órgano o ejecutor hubiera aplicado bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito, en el sentido del artículo 278.1 del Código Penal (inc. 1°). En el mismo artículo se establecía que en el supuesto de que el "mismo" hecho "…*hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos o ejecutores suyos en el sentido del artículo 278, inc. 2) del Código Penal*", le correspondería a la persona jurídica abonar una multa del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito.

Entretanto, se preveía en el art. 24, inc. 2° que la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare una persona "…*que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica* [incumpliese] *alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera*" podía ser sancionada con pena de multa de una a diez veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho *no constituya un delito más grave*. En el inc. 3° se establecía que en caso de que no pudiese establecerse el valor real de los bienes, se impondría una multa de entre diez mil y cien mil pesos.

1 Sancionada el 1/6/2011, publicada en el BO el 21/6/2011.
2 Sancionada el 13/4/2000, publicada en el BO el 10/5/2000.

En cuanto a la naturaleza de las disposiciones reseñadas, entiendo que su carácter penal resulta evidente. Ello, por varios motivos, comenzando por el uso del término "penal" en el título del capítulo en estudio. Se trata de un dato que fue incluido por el legislador en el propio texto legal y que, por ende, compromete al intérprete. Lo mismo ocurre con la referencia que se hace en el art. 24 (la cual sobrevivió a los cambios introducidos por la Ley 26.683 y persiste en el texto actual del artículo) en orden a que la sanción de multa se aplica siempre y cuando el hecho no constituya "un delito" más grave. De lo que se sigue, sin mayor dificultad, que el propio legislador le asignó el carácter de "delito" al incumplimiento sancionado por la norma y –por ende- también el carácter de "pena" a la sanción aplicable. Dicho de otro modo: no se trata de simples sanciones disciplinarias o contravenciones menores, como las infracciones de tránsito, sino de *verdaderos delitos* sancionados en sede administrativa[3].

Analizando las sanciones previstas en los artículos 23 y 24 citados a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto establece que deben estimarse penales las multas aplicables a los infractores cuando ellas, en vez de poseer carácter retributivo del posible daño causado, tienden a prevenir la violación de las pertinentes disposiciones legales[4], se arriba a la misma conclusión. En efecto, basta con una lectura superficial del referido Capítulo IV de la Ley 25.246 para advertir que las sanciones previstas en el mismo revestían, a la vez, naturaleza preventiva y represiva (y en modo alguno retributiva o reparatoria), lo cual constituye un motivo adicional para asignarle a los artículos mencionados una indiscutible sustancia penal[5].

Si bien las normas mencionadas *supra* constituyen el único antecedente de la previsión de una sanción penal contra personas jurídicas por la comisión del delito de lavado de activos, la adopción de un enfoque más amplio –esto es: no limitando la búsqueda de antecedentes de aplicación de consecuencias penales a personas jurídicas al delito de lavado de activos, sino en conexión con cualquier delito- permite advertir una clara contradicción entre las decisiones del legislador nacional y lo que hasta hace no hace mucho era la postura dominante en la doctrina: la plena vigencia del principio '*societas delinquere non potest*'.

En dicho orden de ideas, puede apreciarse que desde los albores del siglo pasado se han ido dictando normas que pusieron en crisis el referido principio introduciendo de diversas maneras la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, ya sea por actos de personas físicas cometidos en su seno, o directamente por acciones u omisiones consideradas como *propias* de la sociedad. Algunas de estas normas aún se encuentran en vigencia, destacándose las leyes 12.906 (monopolios)[6], 14.878 (vinos)[7], 19.359 (Régimen Penal Cambiario)[8], 20.680 (abastecimiento)[9], 22.262 (defensa de la competencia)[10] y 22.415 (Código Aduanero)[11], entre otras[12].

En tal contexto, se advierte que existe una gran similitud entre el art. 304 del C.P. y la redacción del art. 2 inc. f) de la Ley 19.359 y de otras normas que también prevén la responsabilidad de los integrantes de los órganos de dirección de la sociedad por cualquier hecho "…*cumplido en su nombre,*

3 Cfr. BLANCO, Hernán: "La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva Ley de Lavado de Activos", en Revista de Derecho penal y procesal penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Nov. 2011, pág. 1876 (énfasis en el original).
4 Cfr. MALAMUD GOTI, Jaime E.: *Persona jurídica y penalidad. El estado actual del Derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de sus agentes*, Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 51 (citas omitidas).
5 Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso destacar que la pretensión de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo ha de considerarse, a estas alturas, totalmente fracasada, puesto que no existe entre ambos ilícitos más que una distinción formal, siendo que el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica (Cfr. BACIGALUPO, Silvina: "Relación entre las legislaciones administrativa y penal en materia de blanqueo de capitales: Límites entre infracción administrativa y delito", conferencia dictada en el IV Encuentro Nacional de Prevención del Lavado de Dinero y Financiación del Terrorismo" organizado por la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo -FAPLA-, Buenos Aires, 29/12/2007).
6 Sancionada el 11/6/1946, publicada en el BO el 22/2/1947.
7 Sancionada el 23/10/1959, publicada en el BO el 25/11/1959.
8 Sancionada el 9/12/1971, publicada en el BO el 10/12/1971.
9 Sancionada el 20/6/1974, publicada en el BO el 25/6/1974.
10 Sancionada el 1/8/1980, publicada en el BO el 6/8/1980.
11 Sancionada el 5/2/1981, publicada en el BO el 23/3/1981.
12 Cfr. PERRILLI DE COZZI, Karina Rosario: "Nociones sobre los entes ideales como sujetos de imputación criminal", en AAVV: *Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, pág. 597.

con la ayuda o en beneficio de la persona ideal". No obstante ello, también se verifican diferencias, siendo una de las más importantes la circunstancia del que el art. 304 del C.P. no establece sanciones para los integrantes de los órganos de dirección de la persona jurídica, sino para *la propia persona jurídica*[13].

Más importante aún es que en el art. 304 del C.P. resulta claro que el ente colectivo *es sancionado por actos que le son propios*. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el art, 2 inc. f) de la Ley 19.359 -respecto del cual podría llegar a afirmarse que la última circunstancia no se verifica, en tanto se alude en el texto legal a conductas realizadas "con ayuda" de la sociedad-, la mención del art. 304 del C.P. en orden a que se punen acciones llevadas a cabo "con la intervención" de la persona jurídica no admite razonablemente una interpretación contraria[14].

En efecto, se advierte que en el primer supuesto (Régimen Penal Cambiario) es posible interpretar que quienes realmente llevaron a cabo la conducta prohibida lo hicieron *sirviéndose* de la persona jurídica -como lo hace, por ejemplo, quien se sirve de un bastón para subir una cuesta "con la ayuda de" dicho objeto-, sin que ello implique *per se* que la sociedad haya *actuado* –esto es: desempeñado un rol activo- junto con aquellos en la comisión del delito, sino que se la utilizó, simplemente, como un instrumento para consumar el delito. Por el contrario, la referencia a la realización del hecho "con la intervención" de la sociedad contenida en el art. 304 del C.P. descarta la posibilidad de reducir el rol de la persona jurídica al de un mero instrumento en la realización de las conductas típicas descriptas en el art. 303 del C.P[15].

Otro supuesto relevante de imposición de sanciones de carácter penal a personas jurídicas puede encontrarse en el Código Aduanero puesto en vigor mediante la Ley 22.415, el cual - si bien no establece en forma expresa un criterio de imputación para las personas jurídicas- contiene un número importante de normas de cuyo texto puede extraerse la existencia de supuestos de responsabilidad penal de entes colectivos. Entre estas se encuentran, por ejemplo, los arts. 888, 876 inc. g), 94 inc. 2° d), 98, 58 inc. 3° d) y 62 inc. 1° d) y 1026[16].

Así, por ejemplo, el art. 888 del C.A. hace expresa referencia al supuesto de que una persona de existencia ideal "…*fuere* ***condenada por algún delito*** *aduanero*"[17]. La misma referencia puede encontrarse en los artículos 58, 62, 94 y 98 enumerados, mientras que el art. 1026, al dividir la sustanciación de causas a instruirse por delitos aduaneros, le reserva a la autoridad judicial la aplicación de las penas que únicamente corresponden a personas jurídicas, como el retiro de la personería jurídica[18]. Todavía más claro es el art. 876 del C.A., que directamente alude, en su inciso g), al caso de que "…*una persona de existencia ideal* ***fuere responsable del delito***" [19].

Por otra parte, en lo tocante a los proyectos de reforma del C.P., los antecedentes más cercanos evidencian posturas encontradas sobre la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En dicho orden de ideas, cabe recordar que la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización del Código Penal (Resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y 136/05)" adoptó, en el frustrado proyecto de reforma presentado en el año 2005, un criterio acorde con el principio '*societas delinquere non potest*'. En tal contexto, y en consonancia con la postura sostenida por el sector de la doctrina que niega que los antecedentes mencionados *supra* hayan incorporado supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se previó regular el sistema de sanciones a los entes colectivos calificándolas como "consecuencias accesorias del delito".

De tal manera, en el título XIII (artículos 67 y 68) del anteproyecto de marras se estableció un catálogo de consecuencias que –según entendían los proyectistas- apuntaban básicamente a la

---

13 Ver, al respecto, *Infra* § 4.
14 Cfr. BLANCO, Hernán: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos en el art. 304 del C.P.", en Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 18/12/2015, documento informático disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40472.pdf, pág. 10.
15 Ibídem. Al respecto, ver *Infra* § 4.
16 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2010, págs. 496 y 501.
17 Énfasis añadido.
18 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros*, cit., pág. 501.
19 Énfasis añadido.

prevención y reparación de los daños causados[20], cuya aplicación quedaba supeditada a la circunstancia de que la entidad o persona jurídica hubiese tenido oportunidad de ejercitar el derecho de defensa y, obviamente, a la comprobación de un delito. Se disponía, asimismo, que a esos efectos resultaba suficiente con la demostración del hecho típico y antijurídico[21].

En sentido opuesto, el anteproyecto de reforma del Código penal presentado en el Congreso de la Nación en 2014 se vuelca en forma decidida hacia la aceptación de la formula '*societas delinquere potest*'[22]. Al respecto, ABRALDES señala que una de las innovaciones más trascendentes de dicho anteproyecto es, precisamente, la admisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la sistemática global del Derecho penal argentino, concretamente en la Parte general de la codificación[23]. En efecto, se advierte que el concepto central que introduce el Anteproyecto es que la persona jurídica es *autora* de un delito y en función de ello se hace acreedora al mal anunciado por el legislador mediante la legislación penal: la pena[24].

Puntualmente, el Anteproyecto incorpora un título (el IX) denominado "Sanciones a las personas jurídicas", en cuyo articulado se establece que las personas jurídicas privadas son *responsables*, en los casos que la ley expresamente prevea[25], por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actuaren en beneficio o interés de ellas[26]. Se dispone, asimismo, que el juez puede imponer sanciones a las personas jurídicas aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado[27].

2) Bien jurídico:

En primer lugar, corresponde señalar que el bien jurídico protegido por el art. 304 del C.P. es el mismo del artículo 303 del código de fondo, toda vez que en la norma mencionada en primer término no se tipifica un delito autónomo, sino que se prevén las condiciones requeridas para la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas *por la comisión del delito de lavado de activos tipificado en el art. 303* del C.P.

La uniformidad en cuanto al bien jurídico protegido en ambas disposiciones se desprende, a su vez, de la denominación del Título XIII del C.P., incorporado en la Ley 26.683, del cual forman parte los arts. 303 y 304, el cual indica que lo que se resguarda es el "Orden económico y financiero" (de la Nación). Básicamente, lo que se ha decidido a partir de esta reforma es que el lavado de activos sea un delito independiente del encubrimiento y, por ende, deja de ser un delito que atenta contra la administración de justicia (como lo fuera desde su creación hasta el año 2011), sino contra el "orden socioeconómico"[28]. De esta forma, la legislación argentina pasa a enrolarse en una corriente doctrinaria

20 Estas consistían en: multa, cancelación de la personería jurídica, suspensión total o parcial de actividades que en ningún caso podrá exceder de tres años, clausura total o parcial del establecimiento que en ningún caso podrá exceder de tres años, pérdida o suspensión de beneficios estatales, publicación de la sentencia condenatoria a su costa, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, comiso, suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta TRES (3) años, y suspensión de hasta TRES (3) años en los registros de proveedores del Estado.

21 Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización del Código Penal (Resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y 136/05): "Fundamentos del anteproyecto de reforma y actualización integral del Código penal", año 2005, documento informático obtenido en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20111108_03.pdf, págs. 37/38 (énfasis añadido).

22 Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. Redactado por la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12)".

23 Cfr. ABRALDES, Sandro: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de 2014", en Revista de Derecho Penal. El anteproyecto de Código penal de 2013, Número Extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, pág. 533.

24 Ibídem (énfasis añadido).

25 El Anteproyecto adopta un *numerus clausus* de delitos que prevén la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica, entre los que se incluyen los Delitos contra la humanidad (Libro II, Título I), reducción a la servidumbre (art. 105), trata de personas (art. 111), contrataciones y condiciones laborales ilegales (art. 124), los Delitos contra el orden económico (Título VII), entre otros.

26 Art. 59, inc. 1° (énfasis añadido).

27 Art. 59, inc. 4°.

28 Cfr. TROVATO, Gustavo F.: "La conducta prohibida en el delito de blanqueo de capitales y la imputación de personas jurídicas por lavado", en Derecho Penal y Procesal Penal, N° 10, octubre 2014, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 2113.

que en los últimos veinte años ha ido ganando espacio[29], a punto tal que constituye la posición actualmente dominante, por ejemplo, en la doctrina española[30].

El contenido del concepto de "orden socioeconómico" se vincula, esencialmente, con la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios[31]. Lo que se protege no es, por consiguiente, la integridad "moral" del sistema (potencialmente afectada por el ingreso de dinero "sucio" o mal habido), sino la posible afectación de los mecanismos e instituciones mencionados como consecuencia de la *simulación* de operaciones por parte de los lavadores, por ejemplo haciendo pasar por rentable a una operatoria comercial esencialmente ruinosa o determinando el flujo de capitales a partir de consideraciones que poco y nada tienen que ver con el estado de la economía en un lugar y tiempo determinado[32].

Sobre el punto, RAGUÉS I VALLES cuestiona la capacidad del bien jurídico en cuestión para servir como parámetro para determinar la lesividad de la conducta del presunto autor. Destaca, al respecto, que quienes defienden este punto de vista se encuentran con el problema de que la afectación exigida al bien jurídico macrosocial que se entiende tutelado por la prohibición del lavado por lo general tampoco puede acreditarse de forma fehaciente en muchos de aquellos casos que se consideran sin duda merecedores de pena. Y afirma que para salvar este inconveniente sin renunciar al bien jurídico defendido puede recurrirse a dos vías: presumir la afectación a partir de la realización de determinadas conductas, o bien afirmar de forma más o menos implícita que, en realidad, lo que justifica el castigo de una conducta singular no es su concreta lesividad para el interés social tutelado, sino el peligro de que prolifere su realización, es decir, interpretar al delito de lavado como una modalidad de los denominados "delitos de acumulación"[33].

Con respecto a lo expresado por RAGUÉS I VALLES, cabe afirmar, sin duda alguna, que el lavado de activos es, en efecto, un "delito de acumulación", al igual que otros tantos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales vinculados a la economía. Ciertamente, se aprecia que el "orden socioeconómico" guarda estrecha relación con bienes jurídicos como la "fe pública", que de igual manera son puestos en peligro por las infracciones individuales, y afectados directamente por la proliferación de maniobras ilícitas similares.

---

29 Entre los autores que, en la actualidad, sostienen que el orden socioeconómico es el bien jurídico afectado por el delito del lavado de activos puede citarse a los siguientes: D'ALBORA, Francisco J. (h): "*Lavado de Dinero"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 18 y 72; PINTO, Ricardo M. / CHEVALIER, Ophelie: "El delito de lavado de activos como delito autónomo: normativa de la República Argentina e internacional: análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos", en Jurisprudencia Argentina, T. 2002-III, pág. 1350; TAZZA, Alejandro O: "El Encubrimiento y el Lavado de Activos: su modificación legal", en Anales de la Legislación Argentina, T. 2007-A, pág. 1368; CERVINI, Raúl: "Evolución de la legislación antilavado en el Uruguay: Propósitos e incongruencias", en AAVV: *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales,* Alveroni, Córdoba, 2008, pág. 94; DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis: "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español" en Actualidad Penal, Nº 32, 1994, pág. 609 y ss.; GÓMEZ INIESTA, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 34 y ss.; ZARAGOZA AGUADO, Javier: "El blanqueo de bienes de origen criminal", en AAVV: *Derecho Penal económico*, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág.374 y ss.; CAPARRÓS, Fabián: *El delito de blanqueo de capitales,* Kolex, Madrid, 1998, pág. 209 y ss.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio: *El blanqueo de capitales en el Derecho español,* Dykinson, Madrid, 1999, pág. 12 y ss.; PALMA HERRERA, José Manuel: *Los delitos de blanqueo de capitales,* Edersa, Madrid, 2000, pág. 277 y ss.; ARANGÜÉZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales,* cit., pág. 94 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 29 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal económico. Parte especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 296 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal,* Aranzadi/Thompson, Cizur Menor, 2002, pág. 969; y BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales,* Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 215 y ss.

30 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN MARTÍNEZ, Carlos / SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos / FARALDO CABANA, Patricia / BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel / PUENTE ABA, Luis María, *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 323.

31 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: *Derecho Penal Económico,* Ceura, Madrid, 2001, pág. 5 y ss.

32 Cfr. BLANCO, Hernán: "Luces y sombras en la nueva ley de lavado de activos", en Revista de Derecho penal y criminología, La Ley, Buenos Aires, septiembre 2011, Año 1, N° 1, pág. 237.

33 Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: "Lavado de activos y negocios standard", en AAVV, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin,* Marcos Lerner, Córdoba, 2001, Vol. 1, págs. 635/636 (citas omitidas).

Al respecto, cabe recordar que el concepto de "fe pública" fue entendido tradicionalmente como la confianza que terceros indeterminados depositan en la autenticidad, inmutabilidad y veracidad de determinados valores, signos o instrumentos, para relacionarse jurídicamente con él, en cuanto reúnen requisitos de forma y destino prescritos por una ley del Estado, y que permite a éstos circular, autenticar actos u objetos, o servir de prueba de un derecho. Tales funciones, que atañen a la vida económica, política y jurídica del Estado, no podrían cumplirse debidamente si quienes deben recibir moneda dudaran de su cuño, o quienes negociaran sobre un derecho dudaron del instrumento que lo justifica, en su forma o su contenido[34]. Sobre el punto, MUÑOZ CONDE explica que de lo que se trata no es de proteger la verdad en abstracto, sino la apariencia de verdad que determinados signos engendran, en cuanto son, al mismo tiempo, medios probatorios de ella en su sentido más amplio. Y añade que dentro de ese marco, que es el que genera la *seguridad en el tráfico jurídico fiduciario*, la acción falsaria objeto de imputación debe ser, además, *destinada a entrar en el tráfico jurídico*[35].

Por su parte, DONNA destaca que, precisamente, lo que la doctrina moderna sobre los "delitos contra la fe pública" ubica como el bien objeto de tutela es *la seguridad del tráfico jurídico*. En tal contexto, la confianza en el tráfico jurídico (fe pública) se presenta como el lado subjetivo del objeto jurídico protegido, mientras que la seguridad del tráfico jurídico representa, según parece, su parte objetiva. Dicho de otro modo: si hay confianza en el tráfico jurídico es porque se garantiza su seguridad[36]. Por consiguiente, el interés salvaguardado específicamente por la genuinidad y veracidad de los medios de prueba no es objeto de una tutela penal simplemente ocasional, sino inmediata y directa y para que la falsedad se consume no es necesario que llegue a lesionarse ese interés ulterior, sino que *basta su mera puesta en peligro*[37].

Lo expuesto evidencia, a mi entender, los puntos de contacto entre uno y otro bien jurídico. Es así que en lo atinente al orden socioeconómico, las maniobras de lavado de activos ponen en peligro los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela que el Estado debe ejercer respecto de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; lo que a su vez compromete la confianza de los particulares en dichas instituciones. Mientras que en lo tocante a la fe pública, los actos individuales de falsificación hacen peligrar la seguridad del tráfico jurídico que el Estado debe resguardar a partir de la regulación de los instrumentos de prueba que se utilizan en dicho tráfico; la proliferación de hechos de falsificación respecto de dichos instrumentos compromete la confianza que el público puede tener en la validez probatoria de los instrumentos y –correlativamente- la capacidad del Estado de otorgar esa seguridad.

Así pues, se advierte que en ambos supuestos, la puesta en peligro se concreta con cada hecho individual (sea de falsificación o de blanqueo), pero el daño real se produce sólo a través de la acumulación de conductas singulares, de modo tal que es imposible de medir con certeza respecto de cada delito en particular.

Frente a esto, RAGUÉS I VALLES objeta que si se considera que el lavado de activos es un ilícito cuya lesividad se presenta en términos cumulativos, resurge entonces la cuestión sobre la punibilidad de las conductas estándar, pues no puede descartarse que la acumulación de un elevado número de tales conductas, entre sí o con otras distintas, acabe afectando al interés colectivo cuya protección se pretende[38].

Al respecto, entiendo que si bien el autor citado acierta al señalar que cualquier conducta puntual de blanqueo que, en sí misma, no parezca apta (por su monto) para causar un perjuicio concreto al orden socioeconómico, puede obtener dicha entidad al acumularse a otras tantas conductas similares. No obstante ello, no considero que la referida circunstancia impida determinar la concreta lesividad de las acciones u omisiones objeto de análisis. Ocurre que el verdadero parámetro para evitar la punición de

34 Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (6ª edición actualizada y ampliada), Astrea, Buenos Aires, 2007, T. 2, págs. 895/896 (citas omitidas).
35 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte especial (15ª edición, revisada y puesta al día), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs.704/705 (énfasis en el original).
36 Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, T. IV, pág. 26 (citas omitidas).
37 Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 27 (citas omitidas – énfasis añadido).
38 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: "Lavado de activos y negocios standard", cit., pág. 636.

operaciones estándar debe buscarse en la *naturaleza* de la conducta. Así, sólo deben considerarse típicas aquellas que, por sus características, resulten idóneas para poner en peligro el "orden socioeconómico", toda vez que serán estas –y solo estas- las conductas que, en caso de acumularse, pueden generar un daño concreto a dicho bien jurídico.

En tal contexto, tendrán las características señaladas aquellas conductas que conlleven una "simulación", en cuyo marco se hace pasar por rentable a una operatoria comercial esencialmente ruinosa o determinando el flujo de capitales a partir de consideraciones que poco y nada tienen que ver con el estado de la economía en un lugar y tiempo determinado[39]. Son estas operaciones las que, de conformidad con lo expresado por varios estudios especializados, comprometen al orden económico o financiero, ya sea elevando artificialmente los costos de oportunidad de un determinado sector económico, poniendo en peligro la estabilidad del sistema financiero o desplazando capitales del sector productivo al especulativo.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que el legislador nacional parece haber optado por consagrar normativamente la presunción de afectación (o puesta en peligro) de la economía mencionada *supra* por RAGUÉS I VALLES como otra vía para salvar el problema de la imposibilidad de probar el daño efectivo al orden socioeconómico respecto de cada hecho concreto de blanqueo. Ello así, toda vez que del texto del art. 303 del C.P. (al cual remite el art. 304), se desprende que la lesividad de la conducta se presume (*iuris tantum*) cuando las operaciones superan el tope de $ 300.000, mientras que lo opuesto se presume (*iure et de iure*) cuando dicha circunstancia no se verifica.

3) Sujeto activo (¿Responsabilidad penal de la persona jurídica?)

Desde mi punto de vista, una correcta lectura del art. 304 del C.P. no permite albergar dudas en punto a que el legislador, mediante la incorporación dicho artículo al código de fondo, efectivamente persiguió (y logró) introducir en ese cuerpo legal la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas por la comisión del delito de lavado de activos.

Que esa fue la intención del Congreso de la Nación al sancionar la norma en estudio deviene evidente ni bien se analiza el contexto en el cual se dictó la Ley 26.683. Esto es: en los días posteriores a la tercera evaluación de nuestro país por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF), cuyos resultados negativos respecto del grado de cumplimiento de las "40 recomendaciones" emitidas por dicho organismo colocó en la Argentina ante la posibilidad cierta de perder su lugar como miembro pleno del GAFI, en caso de no proceder a efectuar una serie de drásticas modificaciones legales y operativas en el régimen de prevención y persecución del lavado de activos, de conformidad con las "sugerencias" de los evaluadores[40].

Habida cuenta que entre las recomendaciones impartidas por el GAFI se encontraba, precisamente, la de instituir -al menos para el delito de lavado de activos- la responsabilidad penal de las personas jurídicas[41], resulta evidente que con la sanción del art. 304 se pretendió -al igual que con el resto de las modificaciones legales concretadas mediante la Ley 26.683- adecuar el régimen antilavado de la Argentina a las recomendaciones del organismo de mención. Dicho de otro modo: se introdujo la responsabilidad penal de los entes colectivos en hechos de lavado, porque así lo exigió el GAFI.

De allí que, como señala TROVATO, no resulte posible establecer consecuencias dogmáticas para la interpretación de la reforma de 2011 a partir de la "voluntad del legislador", toda vez que ésta sólo estaba dirigida (en consonancia con lo requerido por el Poder Ejecutivo) a evitar la imposición de una sanción a nuestro país por parte del GAFI. En atención a ello, no tiene relevancia qué es lo que se dijo al

39 Cfr. BLANCO, Hernán: "Luces y sombras…", cit., pág. 237.
40 Cfr. BLANCO, Hernán: "La responsabilidad de las personas jurídicas…", cit., pág. 2.
41 Cfr. HAVA GARCÍA, Esther: "La influencia internacional en el blanqueo de capitales y el lavado de activos. Algunas reflexiones en torno a su regulación en España y Argentina", en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal de los negocios y de la empresa-II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T. 2014-I, pág. 61 (citas omitidas).

momento de sancionar la ley, sino sólo que ella debía cumplir con las dos exigencias del GAFI: punibilidad del autolavado y responsabilidad penal de las personas jurídicas[42].

Por consiguiente, el punto de partida para el análisis de las disposiciones del art. 304 del C.P., en especial a efectos de determinar si se ha consagrado realmente un supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica, debe ser la propia letra de la norma en estudio, a la cual –según ha establecido de antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación- no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos[43]. En la misma dirección, ROXIN explica, con relación a los límites que impone el principio de legalidad en orden a la interpretación del alcance de los tipos penales, que el legislador crea, con el tenor literal de un precepto, un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. A ese respecto el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, de modo tal que el juez efectúa *dentro de ese marco* la interpretación[44].

Es, por ende, de conformidad con dichos parámetros que debe interpretarse el primer párrafo del art. 304 del C.P., en cuanto establece la aplicabilidad de sanciones a las personas jurídicas *"Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente* [esto es, el tipo penal de lavado de activos del art. 303] *hubieren sido realizados en nombre, o* ***con la intervención****, o en beneficio de* [la] *persona de existencia ideal*". En tal contexto, la inclusión de la fórmula "con la intervención", no sólo permite inferir que el legislador ha introducido un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas sino que *impide, en forma definitiva, que la norma sea interpretada en sentido opuesto* sin rebasar el límite que impone el sentido literal posible de los textos empleados en el artículo[45].

Ello así, desde que la única, entre las múltiples acepciones que presenta el término "intervenir", que resulta aplicable a la situación descripta en el art. 304 del C.P. es aquella que lo define como "tomar parte en un asunto"[46], circunstancia que vincula en forma inescapable dicho concepto con el de la participación criminal, definido en el propio código de fondo como "tomar parte" en la ejecución de un hecho[47].

Lo expuesto no permite abrigar duda alguna de que la Ley 26.683 viene a tipificar una actividad delictiva *desarrollada por una persona jurídica*, y no una simple extensión de las sanciones a la sociedad *en razón de los delitos cometidos por los integrantes de su órgano de dirección*, como se preveía en el art. 23, inc. 1° (primer y segundo párrafo) de la Ley 25.246[48]. Esta interpretación es compartida, entre otros autores, por ABRALDES[49] y TROVATO[50]. Al respecto, éste último autor explica que el art. 304 del C.P. no traslada la responsabilidad de la persona jurídica a la física, ni la

42 TROVATO, Gustavo F.: "La conducta prohibida en el delito de blanqueo de capitales y la imputación de personas jurídicas por lavado", en Derecho Penal y Procesal Penal, N° 10, octubre 2014, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 2113 (notas omitidas).
43 Fallos: 313:1149; 327:769.
44 Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* -2ª edición actualizada-, Civitas, Madrid, 1997, págs. 148/149 (énfasis añadido).
45 Cfr. BLANCO, Hernán: "La responsabilidad de las personas jurídicas…", cit., pág. 4.
46 Las otras acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española son: Examinar y censurar las cuentas con autoridad suficiente para ello; Controlar o disponer de una cuenta bancaria por mandato o autorización legal; (dicho de una tercera persona): Ofrecer, aceptar o pagar por cuenta del librador o de quien efectúa una transmisión por endoso; (dicho de una autoridad): Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones; espiar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada; fiscalizar la administración de una aduana; (dicho del Gobierno de un país de régimen federal): Ejercer funciones propias de los Estados o provincias; (dicho de una o de varias potencias): En las relaciones internacionales, dirigir temporalmente algunos asuntos interiores de otra; Hacer una operación quirúrgica; (dicho de una persona): Interponer su autoridad; interceder o mediar por alguien; Interponerse entre dos o más que riñen; Sobrevenir, ocurrir, acontecer.
47 Bajo el título "Participación criminal", el art. 45 del C.P. establece que "***Los que tomasen parte en la ejecución de un hecho*** *o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a* cometerlo" (énfasis añadido).
48 Cfr. BLANCO, Hernán: "Luces y sombras…", cit., pág. 239.
49 Cfr. ABRALDES, Sandro: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas…", cit., pág. 533, el cual señala que el art. 304 introdujo un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas.
50 Cfr. TROVATO, Gustavo F.: "La conducta prohibida en el delito de blanqueo…", cit., pág. 2119, el cual afirma, con relación al art. 304 del C.P., que finalmente, la legislación argentina ha incorporado en su Código de fondo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

responsabilidad de ésta a aquélla. Cada uno de los sujetos responderá en virtud de su propia actuación, sin que su propio hecho sea trasladado, al momento de aplicar una sanción penal, al otro[51].

Frente a ello, ROBIGLIO señala que la referencia que se hace en el art. 304 del C.P. al concepto de "defecto de organización", con todo lo que ello involucra, podría dejar algunas dudas sobre si se pretende atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por el hecho propio –y por lo tanto independiente de la de las personas físicas- o sí se prevé una transferencia bajo ciertas circunstancias, o se limita a prever circunstancias accesorias. Por la ubicación de esta referencia en el aspecto del texto relacionado a la graduación de las penas, la autora citada se inclina por concluir que la figura instaurada en el art. 304 del C.P. instaura una responsabilidad transferida, por lo que en todos los casos será necesario para que procedan las sanciones a la persona jurídica, que se haya determinado la existencia del delito y la responsabilidad de personas físicas en el mismo[52].

Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto que –como apunta ROBIGLIO - al hacer el reenvío al art. 303 del C.P., la norma necesariamente parte de que hubo hechos ilícitos y que fueron realizados por personas físicas[53], ello no implica que para poder responsabilizar penalmente a la persona jurídica se deba, en primer término, haber responsabilizado a una persona física *determinada* por la comisión de una de las conductas reprimidas en el art. 303 del C.P. Lo que se requiere, cuanto menos en el marco del supuesto en el que se responsabiliza al ente colectivo por su "intervención" en un hecho de lavado de activos, es la previa acreditación de que se cometió dicho ilícito (lo que conlleva, necesariamente, la intervención de una persona física), pero no la concreta atribución de responsabilidad penal a una persona física en particular. Es decir que existe una relación de accesoriedad entre la responsabilidad de la persona jurídica y la existencia de un hecho (conducta u omisión) típico y antijurídico atribuible materialmente a una persona física, sin que haga falta que se *haya impuesto una pena al autor material* por dicho hecho[54].

De este modo, el art. 304 del C.P. se enrola (en cuanto atañe al supuesto en que se impone sanción a la persona jurídica por su "intervención" en un delito) en el modelo de "responsabilidad por el hecho propio", que no requiere una identificación de la persona física que actúa[55]. De lo contrario se verían diluidos los motivos político-criminales que alientan la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, fundamentalmente el de superar los obstáculos que presenta el reproche penal a personas físicas determinadas en el marco de la criminalidad de empresa (que incluyen factores tales como la influencia criminógena de una "actitud criminal de grupo", la difícil determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico penal, y los problemas que implica la determinación de quién es el verdadero responsable)[56].

4) Sujeto pasivo.

De conformidad con lo señalado en el acápite § 2, en cuanto a que el delito de lavado de activos -reconfigurado normativamente a partir de la reforma operada por la Ley 26.683-, vulnera en forma primordial el bien jurídico colectivo "orden socioeconómico", y de consumo con la definición de este último reseñada *Supra*[57], cabe concluir que el sujeto pasivo "directo" del lavado es el Estado. Ello así, toda vez que es el Estado quien establece los mecanismos "de intervención en la economía" y quien debe tutelar "las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios", que se ven afectados por la comisión de hechos de reciclaje.

Al respecto, cabe recordar que –según explica MIRANDA GALLINO- la economía es un hecho, un fenómeno cultural y social, que en su expresión primaria puede existir con escasa (o aún sin) protección

---

51 Cfr. TROVATO, Gustavo F.: "La conducta prohibida en el delito de blanqueo…", cit., pág. 2119.
52 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AAVV: *Tratado de lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, T. 1, pág. 507.
53 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 508.
54 Cfr. BLANCO, Hernán: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas…", cit., pág. 28 (énfasis en el original).
55 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 74. Ver, al respecto, *Infra* § 5.
56 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2001, pág. 18.
57 Ver nota § 31 y texto relacionado.

jurídica, abandonada al buen criterio de los hombres en sus operaciones de cambio y producción, en el seno de una sociedad ideal. Sin embargo, en nuestra sociedad actual, sin un cierto orden, esta economía no puede prosperar, no puede desarrollarse al punto de constituir un eficaz instrumento de plena satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Esto permite afirmar que el Derecho penal no protege o tutela la realización del fenómeno económico como hecho en sí, sino que protege la integridad del orden, que se estima necesario para el cumplimiento de ese hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos[58].

En el marco de un modelo de economía social de mercado, el Estado no sólo está obligado a *permitir* que el ciudadano se convierta en empresario y ofrezca al público sus productos, o que el consumidor opte por aquello que más le interese de cuanto se le presente; también debe intervenir para que pervivan los fundamentos del orden económico constitucional, promoviendo activamente las circunstancias que hagan posible el acceso del productor al mercado en igualdad de condiciones respecto del resto de los competidores, o que el consumidor no se vea desprotegido frente al abuso de los poderosos[59].

En tal contexto, la “reconversión de capitales” –como la denomina CAPARRÓS- requiere de una adecuada regulación jurídica[60], toda vez que este fenómeno delictivo afecta el marco normativo (constitucional y derivado) que regula el sistema de libre mercado y el objetivo social que debe cumplir, que requiere del aseguramiento del derecho a la competencia en el marco de la libre empresa y la protección de los legítimos intereses de los usuarios para garantizar el rendimiento económico general. De lo contrario, el ataque que supone el lavado de activos restringiría la libertad real de productores y consumidores, afectando su faculta de intervenir en condiciones de igualdad efectiva en los procesos económicos de participación social: ello –junto con la pérdida de confianza general en el funcionamiento del sistema- puede desencadenar efectos mediatos negativos sobre el rendimiento económico general[61].

En efecto, se ha señalado que el lavado de activos puede generar, en sus fases de colocación[62] y estratificación[63], repercusiones tales como el descrédito del tráfico mercantil y sus instrumentos; la pérdida de confianza en los agentes económicos; y la desestabilización del mercado de capitales. Mientras que en su fase de “integración” [64], puede provocar perjuicios al régimen de libre y leal competencia; una transición hacia procesos de monopolización; y la imposibilidad de implementar políticas económicas[65].

Siendo que –como se adelantara- es el Estado el que ejerce fiduciariamente el derecho de intervenir en el campo socioeconómico –para asegurar sus condiciones de realización, conforme la obligación que le cabe como Estado social de Derecho- se advierte que es éste el principal afectado por el fenómeno delictivo del lavado de activos, en tanto atenta especialmente contra la fijación, por parte de aquél, de determinados umbrales de competencia leal[66].

Ahora bien: aun cuando el orden socioeconómico, al centrarse en el aseguramiento de fines políticos de una comunidad dada, descarta ya entre sus supuestos cualquier clase de afectación

58 Cfr. MIRANDA GALLINO, Rafael, *Delitos contra el orden económico*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 26.
59 Cfr. CAPARRÓS, Fabián: “Tipologías y lógica del lavado de dinero” en AAVV, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ª edición, OEA-CICAD-BID, Washington, pág. 59.
60 Cfr. CAPARRÓS, Fabián: “Tipologías y lógica del lavado de dinero”, cit., pág. 59.
61 Cfr. ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 312/313 (citas omitidas).
62 Es la primera etapa en el proceso de lavado de activos, y consiste en deshacerse materialmente del dinero en metálico generado por el delito precedente, introduciéndolo en los sistemas financieros y no financieros legales.
63 Es la segunda etapa del proceso de lavado de activos. Las maniobras perpetradas en esta etapa se dirigen a cortar el vínculo entre las ganancias ilícitas y el delito que les dio origen.
64 Última etapa del proceso de reciclaje, es la fase que permite introducir los fondos blanqueados en la economía legal, haciéndolos aparecer como provenientes de un negocio lícito.
65 Cfr. CAPARRÓS, Fabián: “Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado” en Seminario “Combate al lavado de dinero en los sistemas judiciales”, OEA-CICAD-BID-SE.DRO.NAR., Buenos Aires, 2002 (cit. por ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, cit., pág. 313). Al respecto, ver FABRE, Guilhem: “Prospering on crime: Money laundering and financial crises”, Working paper N° 9, Centre for East and South-East Asian Studies, Lund University, Suiza, documento informático obtenido en: www.ace.lu.se.
66 Cfr. ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, cit., pág. 313 (citas omitidas).

económica directa, como supuesto relevante del delito[67], ello no significa que los restantes actores de la economía (en incluso la población general) no puedan verse indirectamente afectados por la comisión de hechos de blanqueo, en especial cuando estos proliferan o involucran grandes sumas de dinero. En este orden de ideas, vale tener presente que los efectos del lavado de activos se manifiestan, en primer término, en los sectores vinculados con el mercado en el cual incursiona el lavador –esto es, sobre competidores y usuarios-, cuyas caídas disparan otros tantos efectos concatenados: si la alteración es significativa, puede que el efecto alcance a la economía en general y con ello, a la ciudadanía en su conjunto[68].

5. Tipo objetivo:

La mayoría de los sistemas que establecen sanciones para las personas jurídicas optan por una atribución de responsabilidad directa y cumulativa a la persona jurídica y no subsidiaria (esto es, la que opera sólo cuando no puede establecerse una persona física responsable)[69]. Este es, también, el criterio adoptado por el legislador nacional al incorporar el artículo en estudio al Código Penal.

La atribución de responsabilidad a los entes colectivos en el artículo 304 del C.P. se funda en tres supuestos que habilitan la imposición de las sanciones previstas en la norma a la persona jurídica. Estos se vinculan a la realización de los hechos delictivos reprimidos en el art. 303 del código de fondo ya sea a) en nombre; b) con la intervención; o c) en beneficio de una persona de existencia ideal. La inclusión de estos requisitos permite asegurar que para sancionar penalmente a la persona jurídica debe existir vinculación entre la empresa y el delito, aspecto que resulta de suma relevancia para descartar toda eventual interpretación de que se trate de responsabilidad objetiva[70].

En cuanto al modo en que deben concurrir los requisitos establecidos en la norma, TROVATO asevera que de conformidad con las pautas fijadas en el art. 304 del C.P. para determinar la culpabilidad de la persona jurídica, no alcanza sólo con que el hecho la hubiere beneficiado, sino que el ente ideal debe haber participado en el hecho ilícito[71]. A partir de lo cual puede inferirse que –en opinión del autor citado- los supuestos mencionados *supra* son *acumulativos*, o cuanto menos, que la *intervención* del ente colectivo –supuesto b)- es condición *sine qua non* para que exista responsabilidad de la persona jurídica, debiendo concurrir con cualquiera de las otras dos condiciones alternativamente.

Entiendo, no obstante, que de la letra del art. 304 del C.P. se desprende que el punto de partida es que cualquier hecho cometido por una persona física integrante de un ente colectivo respecto del cual se cumpla *al menos uno* de los tres elementos requeridos comprometería a la persona jurídica[72]. En efecto, una recta interpretación del texto legal, en el cual el legislador incluyó el vocablo “o” entre cada uno de los supuestos mencionados (“en nombre”, “con la intervención”, “en beneficio”) deja en claro que los mismos se aplican en forma *alternativa*, no requiriéndose para la imposición de sanciones que concurra más de uno, aun cuando, desde luego, en la práctica dicha concurrencia no sólo es posible sino incluso probable.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que los distintos supuestos previstos en el art. 304 C.P. se vinculan con modelos distintos de responsabilidad de la persona jurídica. Como es sabido, existen dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas: el modelo vicarial y el modelo de culpabilidad. Los postulados del modelo vicarial pasan por la “transferencia” de la responsabilidad de la persona física que comete el hecho delictivo a la persona jurídica a la que se le atribuye, fruto de esa conexión, el delito. Por su parte, el modelo de culpabilidad, en todas sus variantes, se caracteriza *grosso modo* por no depender de la actuación de una persona física, de modo que la persona jurídica puede ser castigada penalmente sin necesidad de realizar ninguna

---

67 Cfr. ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, cit, pág. 390 (citas omitidas).
68 Cfr. ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, cit., pág. 388.
69 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos” en InDret, N° 2/2006, Barcelona, 2006, pág. 3.
70 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: “El art. 304 del Cód. Penal…”, cit., pág. 504.
71 Cfr. TROVATO, Gustavo F.: “La conducta prohibida en el delito de blanqueo…”, cit., pág. 2122.
72 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: “El art. 304 del Cód. Penal…”, cit., pág. 504 (énfasis añadido).

transferencia de responsabilidad[73]. Como explica ZISMAN QUIRÓS, lo que se considera en éste último modelo es la conducta de la propia persona de existencia ideal ante acciones de terceros responsables, tanto antes y durante la comisión del hecho como con anterioridad a aquélla[74]

En dicho orden de ideas, se aprecia que los casos a) y c) constituyen ejemplos del modelo de "responsabilidad vicaria o vicariante" (*'vicarious responsibility'*), propio del Derecho anglosajón. Ejemplos previos del uso de este modelo en la normativa Argentina son el art. 3° de la Ley 12.906 (Ley de Monopolios), el art. 2° inc. f) del Régimen Penal Cambiario, y el art. 14° de la Ley 24.769 (Régimen Penal Tributario)[75], que utilizan la fórmula de prever la responsabilidad de los representantes de la sociedad por hechos cumplidos en nombre, con la ayuda o *en beneficio* de la persona jurídica[76]. Mientras que en el modelo de la "culpabilidad de empresa" se enrolaría, a mi entender, el supuesto identificado como b) del artículo 304 del C.P., en cuanto alude al hecho de lavado de activos cometido "con la intervención" de la persona jurídica.

En cuanto al modo en que pueden configurarse en la práctica las condiciones previstas en el art. 304 para que puedan aplicarse sanciones a la persona jurídica, vale destacar que los tres supuestos reseñados precedentemente pueden considerarse aplicables, sin recurrir a interpretaciones forzadas, en el marco de la fenomenología delictiva del lavado de activos.

Así, en lo que atañe a la realización de acciones típicas de reciclaje de bienes de origen ilícito "en nombre" de la persona jurídica, es menester tener presente que en materia de lavado de activos es habitual que un sinnúmero de transacciones comerciales que configuran maniobras de lavado se realicen "en nombre" de una persona jurídica, como por ejemplo transferencias internacionales de fondos, importaciones o exportaciones de bienes, suscripción de pólizas de seguros, contratos de futuros, etc[77].

El ente colectivo en cuyo nombre se llevan a cabo estas operaciones puede ser una sociedad de cualquier tipo. Ello así, toda vez que el art. 304 del C.P. utiliza, indistintamente, las expresiones "persona de existencia ideal", "entidad" y "persona jurídica", lo que implica suficiente amplitud en la definición como para entender alcanzados todos los entes de existencia ideal, de la naturaleza que ellos fueren[78]. Se observa una redacción inclusiva de todos los entes, sean sociedades de capital, personales, mixtas o cooperativas, previstas en el Código Civil, en la ley de sociedades o en la ley de entidades cooperativas[79].

Cabe destacar, a su vez, que la persona jurídica utilizada puede ser tanto una sociedad con giro comercial real como una sociedad de las denominadas "pantalla" o "cáscara", creada al sólo efecto de ocultar la verdadera titularidad de los bienes a reciclar. Esto es: en vez de utilizar como testaferro a una persona física, se usa para dichos menesteres a una persona jurídica, toda vez que las sociedades comerciales presentan un mayor atractivo para ello en razón de que la propiedad oculta de las participaciones sociales (partes de interés, cuotas o acciones) permite una doble titularidad indirecta que dificulta la investigación sobre la titularidad real[80]. La posibilidad del uso abusivo de este tipo de

---

73 Cfr. DÍAZ GÓMEZ, Andrés: "El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 13-08, pág. 20. En cuanto a las características esenciales de ambas propuestas, el autor remite al estudio de Adán NIETO MARTÍN: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 85 y ss.

74 Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego: "Responsabilidad y castigo de las personas jurídicas. Tendencias actuales del Derecho penal comparado en torno a la autorregulación empresarial", en AAVV: *Derecho Penal Económico,* Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, pág. 646. El autor señala que el modelo de la culpabilidad de empresa es sustentado actualmente por importantes propuestas doctrinales como las de HEINE, LAMPE, FISSE y BRAITHWAITE y GÓMEZ JARA. También menciona, en nuestro medio, a la propuesta de BAIGÚN (en su clásico libro *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico),* Depalma, Buenos Aires, 2000) como enrolada, hasta cierto punto, en esta corriente.

75 Sancionada el 19/12/1996, publicada en el BO el 15/1/1997.

76 Cfr. BLANCO, Hernán: "La responsabilidad de las personas jurídicas…", cit., pág. 9.

77 Con relación al uso de estas operaciones para el lavado de activos, ver BLANCO, Hernán, *Técnicas de investigación del lavado de activos*. *Persecución del lavado de activos desde el poder judicial y el Ministerio Público Fiscal,* La Ley, Buenos Aires, 2013, págs. 174 y ss., 380 y ss., 293 y ss., y 281 y ss.

78 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 502.

79 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., págs. 502/503.

80 Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M./ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h): "La actuación de 'testaferros' en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto", en ERREPAR, DSE, nro. 254, Enero 2008, tomo XXI, documento

sociedades se encuentra expresamente contemplada en el inc. 4° del art. 304 del C.P., en cuanto prevé la cancelación de la personería cuando la empresa hubiese sido "…*creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad*"[81].

En muchos esquemas de lavado de activos, el uso de una sociedad a fin de que "preste el nombre" para la realización de las distintas transacciones que los componen resulta fundamental, desde que permite mantener oculta la identidad tanto de la persona que planifica y dirige la operatoria de blanqueo (el denominado "lavador/organizador"[82]), como del verdadero titular de los fondos sometidos al proceso de reciclaje, el cual sólo puede darse a conocer una vez que dicho proceso haya llegado a término. Cabe recordar, en tal sentido, que la persona autorizada a actuar "en nombre" de la sociedad no siempre es, también, el dueño de la misma. Estos son los socios de esa sociedad, cuya identidad, en algunos casos (como ocurre con las sociedades con acciones al portador o en las sociedades *offshore* constituidas en territorios en los que se permite el uso de "socios nominales" u otras variantes dirigidas a resguardar el anonimato del verdadero titular) puede permanecer en reserva.

Si se da el supuesto que se viene analizando, y sin perjuicio de si se logra o no identificar a los verdaderos titulares de la sociedad, resulta evidente que la aplicación de las sanciones previstas en el art. 304 del C.P. requerirá, como *mínimo*, que el mandato o título del representante legal de la sociedad haya sido apto para habilitarlo a llevar adelante las transacciones utilizadas para el lavado de activos "en nombre" del ente colectivo en cabeza del cual habrán de recaer las consecuencias legales.

Al respecto, ROBIGLIO destaca que si bien una parte de la doctrina sostiene que la actuación "en nombre" de una empresa refiere únicamente a actos realizados en función de una representación regular, el concepto tiene alcances más amplios, en función de la posibilidad legal de los administradores de hecho, factores y otros subordinados de obligar válidamente a la persona jurídica en ciertas circunstancias, lo cual deberá ser objeto de prueba en cada caso[83]. Sobre el punto, explica que en el caso de las sociedades regulares, existen previsiones en la ley de sociedades que atribuyen facultades, deberes y responsabilidades a las personas físicas que actúan por la empresa, y también las hay en el estatuto de la sociedad. De tal manera, para determinar quién puede actuar válidamente por una sociedad obligándola, representando su voluntad social, en primer lugar hay que determinar si es una sociedad regular o no. En caso de tratarse de una sociedad regular, se impone recurrir en un primer momento a la normativa que regula la vida del ente, tanto legal como estatutaria; de lo contrario, el reparto de funciones y su efectivo ejercicio deberán ser objeto de indagación en cada caso[84].

A su vez, los actos de los gerentes y dependientes autorizados a regir una operación de comercio (o alguna parte del giro o tráfico de sus principales) comprometen la responsabilidad de éstos, aunque habrá que ver luego si ese accionar tiene entidad para generar la aplicación de penas al ente de acuerdo con los parámetros de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas que se adopten[85]. Al respecto, entiende TIEDEMANN que para delitos cometidos por un empleado de menor jerarquía talla la responsabilidad del ente cuando los órganos y personal directivo y de control violen su deber de vigilancia[86], aspecto que se vincula directamente con la discusión sobre la atribución de "culpabilidad" al ente colectivo[87].

---

informático obtenido en: http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/TESTAFERROS_EN_EL_DERECHO_SOCIETARIO.pdf. Pág. 2. Sobre el uso de sociedades para el lavado de activos, ver: BLANCO, Hernán, *Técnicas de investigación del lavado de activos*…, cit., pág. 220 y ss.

81 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 503 (énfasis añadido).

82 El término "lavador/organizador" alude a los lavadores profesionales, encargados de diseñar y supervisar la operación de lavado en su totalidad, así como de escoger a quiénes deben ejecutar sus distintas fases, diferenciándolos de los "lavadores/ejecutores", que son quienes llevan a cabo materialmente las diferentes transacciones que integran un esquema de reciclaje (Cfr. BLANCO, Hernán, *Técnicas de investigación del lavado de activos*…, cit., pág. 13).

83 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 504 (con cita a GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, B de F, Buenos Aires, 2010, pág. 485 (nota § 30).

84 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 476.

85 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 476 (notas omitidas).

86 Cfr. TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal económico*, pág. 237, citado por ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 476.

87 Ver *Infra*, § 6.

Por otra parte, en cuanto atañe al supuesto referido a la "intervención" de la persona jurídica en una maniobra concreta de blanqueo, es preciso señalar que la intervención de sociedades "pantalla" en carácter de testaferros resulta habitual en la etapa de "integración" del proceso de reciclaje. Ello así, desde que la mayoría de las tipologías vinculadas a esta fase del lavado involucra la simulación de transacciones comerciales en las que uno o varios testaferros (que pueden ser personas físicas o entes colectivos) se posicionan como contrapartes del beneficiario del esquema de lavado, y operan utilizando los fondos de origen ilícito que aquél les ha provisto a través del lavador/ejecutor, de modo tal que los activos que los testaferros "pierden" como resultado de la operación de apariencia lícita son "ganados" por el beneficiario y se "integran", así blanqueados, en su patrimonio.

Es así que en la medida en que la persona jurídica *toma parte* en una transacción comercial "simulada" (en el sentido de que se la lleva a cabo, no por su rentabilidad comercial, sino para poder justificar el ingreso de fondos de origen ilícito en el patrimonio de su verdadero titular, que hasta entonces permanecía desvinculado de los mismos), haciendo las veces de contraparte del beneficiario de la maniobra de lavado de activos y permitiendo, de ese modo, la consumación del delito en trato, queda claro que ha *intervenido* en la comisión de la conducta prohibida en el tipo penal del art. 303 del C.P. Circunstancia que habilita, a su vez, la imposición a su respecto de las sanciones establecidas en el art. 304 del código de fondo.

En este orden de ideas, ROBIGLIO advierte sobre la necesidad de efectuar una prudente interpretación del concepto "con la intervención de", de modo que no se vea responsabilizada penalmente una empresa real y con actividad legítima que haya sido utilizada sin connivencia ni decisión empresaria de prestarse al blanqueo[88]. Al respecto, la autora apunta que para desentrañar correctamente si el hecho ha sido cometido "en nombre" o "con la intervención" de la empresa, en algunos casos será necesario investigar si ha habido una decisión societaria de ésta de involucrarse en el ilícito, si ha habido controles internos suficientes para detectar los hechos, en definitiva, si ha habido un defecto de organización o una conducta criminal del propio ente societario[89].

De lo que se trata es, puntualmente, es de analizar las operaciones en las que "intervino" la persona jurídica para determinar si corresponde, o no, dirigirle un reproche penal por el delito de lavado de activos. Ello así, toda vez que la forma en la que se encuentra redactado el art. 303 del C.P. –al cual remite el art. 304 a la hora de identificar el hecho típico por el cual puede llegar a sancionarse al ente colectivo- exige por parte del intérprete un esfuerzo dogmático destinado a excluir del ámbito de punición a las denominadas "conductas neutrales"[90], esto es: a aquellas acciones inocuas o intercambiables, que se ejecutan cumpliendo un rol, un estándar o estereotipo[91]; y que, *en sí mismas*, resultan lícitas o inocuas, es decir, tienen por base la creación de un estado conforme a Derecho[92].

Esta distinción debe hacerse en el plano objetivo, sin ingresar en el análisis de la subjetividad del autor o partícipe (en el supuesto en análisis, la persona jurídica), y a través de la aplicación de los institutos propios de la imputación objetiva. Ello, a fin de reducir, mediante el uso de dichos institutos, la intervención de la pena sólo a aquéllos supuestos en los que, utilizando una terminología tradicional, es realmente merecida y necesaria, excluyendo así una responsabilidad penal excesivamente formal. Ello así, desde que la teoría de la imputación objetiva nos permite "reconocer" y construir mediante un juicio retrospectivo puramente normativo los "injustos específicamente penales"[93].

En lo que atañe al blanqueo de capitales, resulta necesario efectuar –incluso antes de utilizar los institutos de la imputación objetiva- una primera distinción entre aquellas personas (físicas o jurídicas)

88 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 506.
89 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 506.
90 Sobre la reforma operada en el art. 303 del C.P. y la problemática derivada de la introducción de un tipo de lavado de activos "puro", ver: BLANCO, Hernán: "El nuevo art. 301 del Código Penal y la represión de conductas neutrales" en Revista de Derecho penal y procesal penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Diciembre 2012, N° 12, págs. 2045 y ss.
91 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 39.
92 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: *La participación en el delito*, cit., pág. 34 (énfasis en el original).
93 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos", en InDret, Barcelona, Nº 2/2009, Mayo de 2009, pág. 7.

que han sido designadas como “sujetos obligados” y las que no lo son (los ‘*extranei*’). En el primer grupo se encuentran los sujetos expresamente mencionados en el art. 20 de la Ley 25.246, en el que se consigna el *numerus clausus* de los “sujetos obligados” a asistir al Estado en la prevención del lavado de activos (caracterización que incluye tanto a personas físicas como a jurídicas, desde que la normativa administrativa de prevención del lavado de activos le asigna dicho carácter, indistintamente, a ambos). En el segundo se encuentran todas las personas (de nuevo, tanto físicas como jurídicas) que no entran en la primera categoría.

La importancia de distinguir entre las categorías de sujetos obligados y ‘*extranei*’ reside en que –en materia de blanqueo- es menester que la atribución de responsabilidad penal se lleve a cabo de conformidad con dos juegos de reglas distintas, uno para cada una de ellas[94]. Así, la imputación del delito de lavado de activos a quienes integran la primera categoría debe concretarse aplicando las reglas propias de los delitos de infracción de deber[95], mientras que la vinculada al accionar de los *extranei* debe efectuarse recurriendo a las reglas del dominio del hecho. O dicho de otro modo –según la caracterización desarrollada por JAKOBS- dependiendo de si existe *responsabilidad en virtud de organización* (responsabilidad basada en deberes generales de evitar un daño) o *responsabilidad en virtud de competencia institucional* (responsabilidad fundamentada en deberes especiales positivos)[96].

La diferencia entre ambas clases de sujetos surge de la propia normativa de prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo (PLA-CFT) vigente en la Argentina (compuesta por la Ley 25.246, sus modificatorias y las normas reglamentarias dictadas por la Unidad de Información Financiera y otros organismos del Estado), toda vez que allí se consagra el vínculo entre los sujetos obligados y la institución positiva estatal “política de prevención del lavado de activos”, el cual determina que la imputación de eventuales hechos de blanqueo de capitales a dichos sujetos se derive (siempre) de la infracción de los deberes positivos que les impone la referida normativa (responsabilidad por competencia institucional); diferenciándola de la de los sujetos que no entran en dicha categoría (los *extranei*), que sólo responden por una organización defectuosa (dominio del hecho).

La sujeción de los “sujetos obligados” a la referida institución positiva y a los deberes positivos que de ella se derivan (previstos en la normativa de PLA-CFT) implica que en lo que respecta a los sujetos obligados (con independencia de si se trata de personas físicas o jurídicas), la “neutralidad” de su conducta debe evaluarse (¡exclusivamente!) a partir del grado de cumplimiento de los deberes positivos establecidos en la referida normativa. Por ende, el cumplimiento estricto y de buena fe de dicha legislación deriva en que la conducta del agente sea (siempre) neutral, incluso cuando la transacción que contribuye a realizar forma parte de una maniobra de blanqueo[97].

Sin embargo, los parámetros mencionados precedentemente no resultan de aplicación para evaluar el accionar de los ‘*extranei’*, desde que la citada normativa no rige a su respecto[98]. Por tal

---

94 Cfr. BLANCO, Hernán: *Lavado de activos por sujetos obligados*. *Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, págs. 43 y 264.

95 A mi juicio, según la concepción de esa categoría desarrollada por JAKOBS y SÁNCHEZ –VERA GÓMEZ- TRELLES. Ver, al respecto: BLANCO, Hernán: *Lavado de activos por sujetos obligados*, cit., pág. 50 y ss..

96 Cfr. JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* -2ª edición-, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 11, 266 y cc.

97 Cfr. BLANCO, Hernán: *Lavado de activos por sujetos obligados*, cit., págs. 167/168. Coincide con esta postura RUSCONI, quien señala que “*La normativa profesional es posible que funcione, de este modo, de forma similar a una ley penal en blanco: algo parecido con lo que sucede con la remisión en la imprudencia antirreglamentaria a la legislación que regula, por ejemplo, el tráfico automotor*” (aut. cit.: “Límites de la participación punible: Las llamadas conductas neutrales en el Derecho Penal” en Nueva Doctrina Penal, Del Puerto, Buenos Aires, Vol. 2008-A, pág. 173). En igual sentido: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en AAVV: *Política criminal y blanqueo de capitales,* Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 19; y PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales” en *Política criminal y blanqueo de capitales*, cit., pág. 174.

98 A su vez, PÉREZ MANZANO (“Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales…”, cit., pág. 176 -citas omitidas) distingue los supuestos en los que la neutralidad de las conductas es determinada a partir de parámetros legales o convencionales. Explica, sobre el punto, que cuando el legislador ha tomado partido, no cabe sino cumplir la regla de conducta y cualquier actuación que se desvíe del estándar de conducta previsto corre el riesgo de ser considerada conducta típica. Sin embargo, cuando sólo existen normas de autorregulación, éstas no deben considerarse definitivas sobre los límites del riesgo permitido, porque sólo valoran la actividad desde la perspectiva de lo necesario o satisfactorio para una parte de los intervinientes en la actividad,

motivo, se torna necesario buscar otros criterios que sirvan de guía para efectuar la delimitación planteada con relación a estos sujetos.

En tal contexto, resulta de interés la postura de JAKOBS, quien únicamente acepta la existencia de responsabilidad en el supuesto en el que la conducta desarrollada por el sujeto objeto de análisis sea de tal naturaleza, que su *única finalidad concebible* consista en el favorecimiento de un delito[99]. Y explica que tienen tal carácter las que no pueden distanciarse del plan delictivo porque son el resultado de una organización especialmente diseñada en el estadio anterior para que quepa en un contexto delictivo; de modo tal que en tal situación la organización y la realización van juntas objetivamente y *per definitionen*: se diseñaron para eso[100]. Ejemplo emblemático de este supuesto, en cuanto atañe al lavado de activos, es la intervención de "sociedades pantalla" creadas con la única finalidad de ocultar la identidad de los verdaderos responsables de la operatoria de reciclaje.

Un tanto más complicada parece ser la aplicación del último supuesto previsto en el artículo en análisis (esto es, la comisión del hecho de lavado de activos "en beneficio" de la persona jurídica). Sobre el punto, es fundamental aclarar que el *beneficiario directo* del blanqueo de capitales es (¡siempre!) el responsable de la comisión de el/los delito/s que produjo/eron las ganancias que se busca reciclar, toda vez que se trata del "dueño" de los fondos y quien se enfrenta al riesgo de una investigación criminal, contra el cual se asegura lavándolos. Cabe añadir, además, que este sujeto –dependiendo de la fase del proceso de lavado en la que se concrete la maniobra por la que se busca responsabilizar a la persona jurídica- bien puede no intervenir en la transacción objeto de análisis.

Con relación a ello, debe tenerse presente que si bien las conductas a través de las cuales se configura este delito tienen, por definición, gran semejanza con las operaciones comerciales que habitualmente se llevan a cabo en cualquier sector de la economía lícita, aquellas son, sin embargo, esencialmente disímiles. La diferencia entre una transacción verdadera y la que se lleva a cabo en el marco de un proceso de reciclaje reside en que la primera de estas tiene por finalidad obtener un beneficio económico, mientras que la operación de lavado obedece al propósito de *legitimar un beneficio económico ya obtenido* (ilícitamente). Por consiguiente, la transacción efectuada a efectos de blanquear fondos *no debe necesariamente ser rentable*. Dicho de otro modo: el lavado de activos no genera ingresos, sino que legitima ingresos *ya existentes*, lo que en general implica la realización de operaciones comerciales "a perdida"[101].

De lo expuesto se sigue que el *beneficio directo* que se extrae del delito de lavado de activos no es patrimonial en sí mismo, no constituye un lucro (más bien lo contrario), sino que se traduce en el *aseguramiento* de un lucro ya obtenido. Por consiguiente, un hecho de lavado de activos no puede concretarse, en puridad, "en beneficio" de una persona jurídica a menos que dicho ente colectivo *sea también responsable del delito precedente*; es decir, del delito que originó los bienes a reciclar. Habida

---

quienes realizan la actividad profesional, pero no valoran los costes que dicha actividad puede tener para la sociedad en su conjunto o para la protección de intereses o bienes jurídicos determinados.

99 Cfr. GUZMÁN, Nicolás: "Conductas neutrales y participación en el delito: Apuntes sobre el estado actual de la discusión" en AAVV: *Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010: Apuntes sobre el estado actual de la discusión" en AAVV: *Problemas actuales de la Parte General del Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 304 (citas omitidas).

100 Cfr. JAKOBS, Günther: "Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común" en JAKOBS, Günther, *Moderna dogmática penal,* Porrua, México D.F., 2002, pág. 754. Otros autores sostienen posturas similares. Así, FEIJOO SÁNCHEZ afirma que es preciso que el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva que agote su sentido objetivo en favorecer un delito. Por ello, si la conducta tiene un sentido externo distinto que el de favorecer un delito, un sentido social propio, no estaremos ante una conducta desvalorada por el Derecho Penal. La conducta del partícipe no debe tener nunca otro sentido objetivo que cooperar con un delito, con independencia de su intención, dolo o falta de cuidado (Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Limites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho Penal?,* Comares, Granada, 1999, págs. 59/60).

101 Cfr. BLANCO, Hernán, *Técnicas de investigación del lavado de activos*…, cit., pág. 10. El lavado de activos funciona, en los hechos, como un contrato de seguro. Este contrato opera de la siguiente manera: el autor del delito generador de ganancias (asegurado) recurre al lavador de dinero (asegurador) para que proteja a esas ganancias frente a la posibilidad de una investigación respecto de su origen (siniestro). A cambio de esa protección, el titular afronta el costo de las maniobras de reciclaje, lo que equivale al pago de la prima. La evaluación sobre la conveniencia o inconveniencia del esquema de lavado se hace comparando el monto a reciclar con los costos totales del proceso, que incluyen comisiones, tributos y otros gastos operativos junto con los honorarios del lavador y los pagos efectuados a todos los intervinientes en las distintas etapas del proceso de lavado.

cuenta que en la normativa penal vigente en nuestro país, las personas jurídicas solo podrían ser responsables de unos pocos delitos (contrabando, evasión impositiva, infracciones al régimen penal cambiario), podría inferirse que el margen de aplicación de este último supuesto se encuentra restringido a casos de autolavado vinculados a ganancias obtenidas por la persona jurídica mediante la comisión de los delitos mencionados precedentemente.

Dicha conclusión debe, sin embargo, descartarse. Ello así, toda vez que en la práctica, los entes colectivos también pueden resultar beneficiados (en este caso si económicamente) como consecuencia de hechos de blanqueo realizados en su seno a favor de terceras personas. Los ejemplos más notorios de esta posibilidad son los numerosos casos detectados (particularmente en los Estados Unidos, pero también en otros países) de bancos internacionales que han fomentado o cuanto menos tolerado -mediante la aplicación de políticas internas tendientes a eludir el cumplimiento de la normativa de prevención del lavado de activos- la comisión de múltiples operaciones de lavado por parte de sus clientes a través de dichas entidades, obteniendo de ese modo pingües ganancias.

En estos supuestos, resulta claro que el ente colectivo (la institución bancaria) participa de una maniobra de lavado concretada por uno de sus clientes aprovechando las herramientas provistas por el banco (cuentas de corresponsalía bancaria, servicios de giro de divisas, etc.). En este contexto, se advierte que si bien el beneficiario *directo* (en el sentido de aseguramiento) de la operatoria de blanqueo es el titular de los fondos de origen ilícito, la entidad bancaria aparece como un beneficiario *indirecto* de la misma, toda vez que obtiene un rédito económico como consecuencia de haber permitido que se cometiese el delito. De allí que pueda afirmarse que estas operaciones se llevaron a cabo "en beneficio" de la persona jurídica (el banco) a fin de habilitar la aplicación de las sanciones previstas en el art. 304 del C.P.

En cuanto a las sanciones que pueden aplicarse a las personas jurídicas, el art. 304 establece que pueden imponerse (conjunta o alternativamente) las siguientes:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.

2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.

5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Como primera observación, surge del texto que la imposición de las penas referenciadas *supra* no es optativa para los jueces, sino obligatoria. Sin embargo, de su redacción, al señalar que se impondrán "…conjunta o alternativamente", se sigue que resulta factible aplicar sólo alguna de ellas, según las características de cada caso lo tornen más conveniente. La decisión acerca de cuáles deberán imponerse en el caso concreto, se relaciona con la tarea de graduación de las penas que los jueces penales realizan al dictar sentencia de condena[102].

En lo tocante a la naturaleza de las sanciones, apunta ROBIGLIO que podría dudarse de si se trata, o no, de sanciones penales, ya que a pesar de estar insertas en el C.P., el texto de la norma se refiere a ellas como "sanciones". A lo que viene a sumarse que el catálogo de penas establecido en el art. 5° del código de fondo (que no incluye a ninguna de las sanciones previstas en el art. 304, salvo la de multa) no fue modificado por la ley 26.783, que incorporó éste último artículo. Aunque la propia autora reconoce que este no parece ser un argumento decisivo para descalificar estas sanciones como penas[103].

102 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 509.
103 Ibídem.

Al respecto, considero que el carácter penal que revisten estas sanciones es indudable, en especial tomando en consideración lo expresado de manera uniforme por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que deben estimarse penales las multas aplicables a los infractores cuando ellas, en vez de poseer carácter retributivo del posible daño causado, tienden a prevenir la violación de las pertinentes disposiciones legales[104].

En tal contexto, se advierte que la multa prevista en el inciso primero del art. 304 del C.P., que va "*de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito",* trasciende en forma ostensible el propósito de reparar el daño causado (el cual, por otra parte, es casi imposible de estimar cuando se trata de lavado de activos) y se convierte en un verdadero castigo. Tanto más en cuanto atañe al resto de las sanciones, que incluyen la suspensión (total o parcial) de las actividades de la sociedad o de la actividad vinculada con el Estado por hasta *diez* años, la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere e incluso la cancelación de la personería, que equivale a una virtual condena a muerte de la persona jurídica[105].

Analizando individualmente las penas previstas en el art. 304 del C.P., se advierte que la publicación de un extracto de la sentencia a costa del ente colectivo infractor aparece como la sanción más leve, aunque -siguiendo el criterio de la Corte enunciado en el párrafo precedente- reviste de todos modos carácter penal, toda vez que no apunta a reparar un daño sino a prevenir la futura violación de disposiciones penales a través de la acusación de una suerte de "daño reputacional" a la persona jurídica, obligándole a publicitar la circunstancia de haber sido condenada por la comisión de un delito. En opinión de MARCONI, esta sanción tiene una marcada finalidad preventivo general y cierto resabio de pena difamante[106].

En sentido opuesto, la multa "de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito" constituye, sin dudas, la pena principal dentro del catálogo de sanciones previsto en el art. 304 del C.P. Existe consenso en la doctrina respecto a que la multa es la pena por excelencia en los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no solamente porque los costos estatales relativos a su ejecución son los menores, sino además porque las empresas prestan mucha atención al balance entre sus gastos y beneficios, y por tal motivo las multas correctamente graduadas pueden tener un alto poder disuasorio[107].

Por otra parte, la multa es considerada como la sanción más adecuada para aquellas personas jurídicas de economía legal, por la infracción que se ha cometido de un modo ocasional y no muestran indicios de peligrosidad, de lo que se sigue que, *a contrario sensu*, no resulta de aplicación en caso de que haya intervenido en el hecho una sociedad "pantalla", supuesto para el cual la norma en estudio prevé en forma expresa la pena de "cancelación de la personería" (inc. 4°). En este último supuesto, la cancelación de la personería es la única sanción posible, ya que por sus propias características, la sociedad "pantalla" no tendrá patrimonio para afrontar la multa y el pago de la publicación de la sentencia, ni actividad real que pudiera ser suspendida, o beneficios para perder[108].

En cuanto al poder disuasorio de la multa, ROBIGLIO advierte que no debe perderse de vista que en determinadas circunstancias puede ser tomada como costo por la empresa, prevista y previsionada de antemano, y de esa manera su efecto punitivo podría quedar diluido. Por importantes que las multas sean, carecerán de efectos disuasorios en términos punitivos en caso de que el producto del delito aún sea económicamente conveniente, por lo que esta pena debería ser de una magnitud muy cuidadosamente graduada para ser eficaz[109].

---

104 Cfr. MALAMUD GOTI, Jaime E.: *Persona jurídica y penalidad…*, cit., pág. 51 (citas omitidas).

105 Por otra parte, debe tenerse presente que atribuirles calidad de pena a las sanciones en cuestión, es una interpretación que contribuye en mejor medida a asegurar que no sean aplicadas sin respeto del debido proceso y de las garantías de la persona jurídica (Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 509).

106 Cfr. MARCONI, Ana C.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AAVV: *Tratado de lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, T. 1, pág. 538 (énfasis eliminado).

107 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 490 (citas omitidas).

108 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 510.

109 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 490.

Las restantes sanciones importan restricciones penales de diversa envergadura en lo atinente a la libertad económica y personería jurídica de la persona de existencia ideal, con la consiguiente merma en el uso y goce de su libertad económica, lo cual constituye una variante de la pena de inhabilitación consistente en la privación del ejercicio de un derecho[110].

El art. 304 del C.P. también establece una serie de pautas para que los jueces tengan en cuenta a la hora de optar entre las sanciones establecidas en la norma, que vienen a ser el equivalente para las personas jurídicas de las que se encuentra previstas en los artículos 40 y 41 del C.P. respecto de las personas físicas. Sobre el punto, se hace mención en el artículo al "*…incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica*".

Analizando las pautas antes mencionadas, se advierte que pueden ser agrupadas en tres categorías: a) referidas al *comportamiento* de la persona jurídica y sus directivos (cuando alude al incumplimiento de reglas y procedimientos internos o a la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes); b) vinculadas al impacto sobre el bien jurídico "orden socioeconómico" (cuando menciona la extensión del daño causado y el monto de dinero involucrado en la comisión del delito); y c) atinentes al impacto que la sanción puede tener sobre la propia persona jurídica (desde que hace mención al tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica).

Sin duda, este último aspecto reviste especial importancia, en atención a las consecuencias que puede acarrear la aplicación de una sanción excesivamente rigurosa en orden al funcionamiento de la empresa afectada, y su posible afectación ya sea a sus trabajadores como al sector de la economía en el cual desarrolla su actividad. Lo que se encuentra en juego es, como se advierte, la posibilidad de que una medida contra la empresa tenga efectos perjudiciales sobre otras personas pese a su falta de culpabilidad, y tal vez a su falta total de intervención en el hecho[111]. Se trata de una objeción que suele levantarse desde el sector que aún sostiene el principio '*societas delinquere non potest'*, apuntándose, al respecto, que la imposición de sanciones a las personas jurídicas necesariamente importa sancionar a inocentes, como los socios que no participaron del acto ilícito, a quienes se estaría aplicando sanción sin culpabilidad alguna[112].

En respuesta a estos cuestionamientos, RUSCONI apunta, por un lado, que la posibilidad de sufrir sanciones como las previstas en el art. 304 del C.P. constituye uno de los riesgos esencialmente vinculados a la actividad empresaria, los cuales se manifiestan solo a través de "los efectos mediatos de la punición de la corporación"; y –por el otro- que la organización empresaria ofrece infinidad de variantes para reducir ese tipo de riesgos: elección de órganos confiables, sistemas de control de gestión transparentes, desarrollo de modelos respetuosos de la ética en los negocios, evaluación permanente de los posibles costos jurídicos del logro de objetivos, etc. El mismo autor aclara, sin embargo, que de todas maneras resulta indudable que la intervención del Derecho penal en el control de la actividad ilícita generará algún daño allí donde no es deseable político-criminalmente, siendo esta una cuestión respecto de la cual poco se ha podido hacer desde el mismo nacimiento del poder penal del Estado. Sobre el punto, RUSCONI destaca que los mismos efectos secundarios –por su lejanía con el conflicto penal inicial- son conocidos también en el Derecho penal tradicional, en cuyo ámbito la punición de un integrante del grupo familiar produce daños tangibles al resto: económicos, espirituales, de planificación, de reputación, etc[113].

Sin perjuicio de coincidir con la respuesta ofrecida por RUSCONI a quienes sostienen que la posibilidad de que la pena impacte en personas inocentes constituye una violación al principio de

110 Cfr. ABRALDES, Sandro: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas…", cit., pág. 539 (el autor se refiere a las sanciones previstas para las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal de 2013, muy similares a las establecidas en el art. 304 del código vigente).
111 Cfr. ROBIGLIO, Carolina: "El art. 304 del Cód. Penal…", cit., pág. 491.
112 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en La Ley, T. 48, págs. 1041 y ss.
113 Cfr. RUSCONI, Maximiliano A.: "Comentario a Título VII del C.P.", en AAVV: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial,* Hammurabi, Buenos Aires, 2002, T. 2 (arts. 35/78 Parte General), págs. 290/291.

personalidad de las penas y ratifica –por ende- la vigencia del principio '*societas delinquere non potest'*, lo cierto es que la cuestión del impacto de las sanciones aplicadas a los entes colectivos respecto de terceros parece ser una de las más acuciantes, a punto tal que se ha erigido como un obstáculo para la efectiva persecución de personas jurídicas, incluso en países en los que la discusión sobre si corresponde o no aplicarles penas se encuentra superada.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos[114], se ha puesto de relieve la reticencia demostrada durante la última década por las autoridades de ese país a perseguir penalmente a corporaciones involucradas en gravísimos delitos, en especial fraudes o hechos de lavado de activos[115]. De igual manera, SILVA SÁNCHEZ destaca, en referencia a la situación en España, que si bien el legislador de ese país se enroló, al sancionar el Código Penal vigente, en la tesis según la cual la imposición de sanciones aflictivas sobre las personas jurídicas en el marco del proceso penal constituye una auténtica necesidad para hacer frente a la criminalidad de empresa[116], si se analiza la aplicación práctica del art. 129.1 del Código Penal español, "…*la conclusión no puede ser sino que las consecuencias accesorias deben considerarse casi inexistentes*" en el sistema judicial penal de ese país[117].

Por otra parte, la preocupación del legislador nacional respecto de la cuestión queda de manifiesto en lo establecido en el párrafo final del art. 304 del C.P. Ello así, en cuanto establece que "*Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4*". Esto es: la suspensión de la actividad o la cancelación de la personería[118].

---

114 En el derecho estadounidense, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por hechos delictivos cometidos en su nombre se encuentra firmemente establecida bajo la doctrina de '*respondeat superior*'. La idea básica de esta doctrina es que aunque las corporaciones sean ficciones legales, pueden ser tratadas como "personas" bajo la ley y, por ende, consideradas capaces de cometer actos delictivos con intencionalidad criminal ("*criminal intent"*) (cfr. BRICKEY, Kathleen F.: "*Perspectives on Corporate Criminal Liability*", Washington University in St. Louis School of Law – Legal Studies Research Paper Series, Paper No 12-01-02, 2012, pág. 2). La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció la validez de la doctrina de '*respondeat superior'* para habilitar la persecución de entes colectivos en el precedente *New York Central and Hudson River Company v. United States* (212 U.S. 481 -1909).

115 Ver, al respecto, ELIASON, Randall D.: "*We Need to Indict Them*", en Legal Times, Vol. XXXI, No. 38, septiembre 2008, documento electrónico obtenido en: http://www.wcl.american.edu/faculty/eliason/LegalTimes_9_22_08.pdf). La reticencia de las autoridades norteamericanas en orden a la persecución penal de grandes corporaciones podría tener relación con la desaparición de la firma Arthur Andersen como consecuencia del procesamiento ("*indictment*") dispuesto en su contra en 2002 por su participación en el fraude perpetrado por la firma Enron, la cual ocasionó la pérdida de miles de empleos. En lugar de demostrar el compromiso del gobierno de Estados Unidos en la punición de hechos graves de criminalidad empresaria, la caída de Arthur Andersen generó una fuerte reacción que derivó en la prohibición tácita de perseguir penalmente a grandes compañías, al menos en el sector financiero. Un importante sector de la doctrina de ese país señaló, por entonces, que el solo hecho del procesamiento podía destruir hasta a las compañías más importantes (ver, al respecto, MARKOFF, Gabriel: "*Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Convictions in the Twenty-First Century*", University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 15, N° 3, 2013, pág. 82 y sus citas), afirmando que equivalía a la "pena de muerte corporativa".

116 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", en InDret, N° 2/2006, pág. 3. Sobre el punto, el autor citado expresa que la referida tesis ha ido adquiriendo, en el último medio siglo, "carta de naturaleza en la doctrina continental europea", a punto tal que la doctrina que la acoge es hoy ampliamente mayoritaria (ibídem).

117 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias…", cit., pág. 11.

118 En otras jurisdicciones se han incluido resguardos similares, aunque en normas de menor nivel. Así, por ejemplo en los Estados Unidos, el Departamento de Justicia ha emitido distintos documentos reseñando los parámetros que deben tener en cuenta los fiscales a la hora de perseguir penalmente a corporaciones, en los que la cuestión del impacto sobre terceros "inocentes" tiene especial preponderancia. Entre estos documentos se encuentra el memorándum dictado por el –por entonces- Viceprocurador General ("Deputy Attorney General") de ese país, Eric Holder, denominado simplemente como "Holder memo", en el cual se destacaba que la persecución de corporaciones "…*permite que el gobierno atienda y se convierta en una fuerza para el cambio positivo de la cultura corporativa, modifique la conducta de las corporaciones, y prevenga, descubra y castigue el delito de cuello blanco*" (Memorandum from the Deputy Attorney General to the Component Heads & U.S. Attorneys, Bringing Criminal Charges Against Corporations", signed June 16, 1999, obtenido en; http://federalevidence.com/corporate-prosecution-principles). Este "principio general" fue ratificado en memorándums emitidos en 2003 y 2008 por los sucesores de Holder, conocidos respectivamente como el "Thompson memo" y el "Mc Nulty memo" ("Memorandum from the Deputy Attorney General to the Heads of Department Components & U.S. Attorneys, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", signed January 20, 2003, obtenido en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf ("Thompson Memo"); y "Memorandum from the Deputy Attorney General to the Heads of Department Components & U.S. Attorneys, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", 2008, obtenido en: http://www.justice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf ("McNulty Memo"). Los memorandums citados consignaban, entre los factores a tener en cuenta para determinar la procedencia de perseguir a una corporación, "*La naturaleza y seriedad*

Finalmente, corresponde señalar que el reenvío expreso a las conductas previstas en el art. 303 del C.P. impide, por imperio del principio de legalidad –en cuanto veda la aplicación analógica de la ley penal- hacer extensivas las sanciones previstas en el art. 304 a casos similares como los delitos de financiamiento de actos o de asociaciones terroristas, que se encuentran contemplados en otro título[119]. Por consiguiente, cabe concluir que las sanciones previstas en la norma en estudio solo pueden aplicarse a personas jurídicas que hayan intervenido de alguna manera en la comisión del delito de lavado de activos previsto en el art. 303 del código de fondo.

6) Tipo Subjetivo:

Del análisis del texto del art. 304 se desprende que –cuanto menos en lo que atañe al supuesto en que el ente colectivo es sancionado por su “intervención” en el hecho delictivo- el artículo en cuestión se enrola en el modelo de la responsabilidad propia u originaria de la persona jurídica, según el cual no se atribuye a la persona jurídica lo realizado por su representante (responsabilidad por hecho ajeno), sino que se fundamenta su responsabilidad a partir de la infracción de deberes propios, que le incumben exclusivamente a ésta[120].

Ahora bien, como ocurre en toda atribución de responsabilidad por hechos propios, la que se dirige contra las personas de existencia ideal también se encuentra supeditada a una doble condición: por un lado, la constatación de determinados requisitos que vinculan al sujeto de la imputación con el hecho imputado (en términos jurídico-penales clásicos: culpabilidad); por otro, a que el propio hecho al que está vinculado el sujeto de la imputación merezca la consideración de relevante para el sistema normativo penal (en términos jurídico-penales clásicos: injusto)[121].

Es aquí donde entran a jugar las principales objeciones que desde el punto de vista del Derecho Penal “clásico” se dirigen a la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas, alimentando la vigencia del principio ‘*societas delinquere non potest*’. De hecho, la mayoría de las críticas provenientes de la doctrina penalista a las posturas que buscan responsabilizar penalmente a las personas jurídicas se centra en señalar que las personas de existencia ideal no tienen capacidad de acción, ni capacidad de *culpabilidad*, ni tampoco se cumple con el principio de personalidad de las penas al aplicarles una sanción de carácter penal a los entes de existencia ideal[122].

Se trata de una cuestión que se sigue discutiendo tanto en la doctrina nacional[123] como en la extranjera[124], y que en los últimos 20 o 30 años ha sido muy fructuosa, sobre todo, en Alemania, en

---

de la infracción, incluyendo el riesgo de daño para el público” y la “*…persistencia de las infracciones dentro de la compañía, incluyendo la complicidad o anuencia por parte de los directivos*”, aspectos que guardan relación con los mencionados en el art. 304 del C.P. Finalmente, los memorándums recomiendan a los fiscales tomar en consideración las “*Consecuencias colaterales, incluyendo el daño desproporcionado a los accionistas y empleados no culpables*”.

119 Cfr. MARCONI, Ana C.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., pág. 539 (citas omitidas).

120 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: “¿Delitos de personas jurídicas?...”, cit., pág. 6 (énfasis eliminado).

121 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: “¿Delitos de personas jurídicas?...”, cit., págs. 6/7 (notas omitidas).

122 Cfr. HERNÁNDEZ GALARZA, F. R.: “Breves consideraciones acerca de los aportes del funcionalismo sistémico al problema de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en AAVV: *Derecho Penal Económico,* Marcial Pons, Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, T. 1, págs. 621/639. Pág. 623 (énfasis añadido).

123 Ver, al respecto: BAIGÚN, David: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas…,* cit.; LUGONES, Narciso J.: “Conclusiones inductivas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal especial argentina. Un tema de interés para el derecho Penal en materia ambiental.”, en Jurisprudencia Argentina, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, volumen: 2002-II, págs. 968 a 979; TISCORNIA, Guillermo J.: “El delito económico y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.”, En La Ley, Revista Jurídica Argentina, La Ley, Buenos Aires, volumen: 2006-D, págs. 522 a 526; LASCANO, Carlos Julio (h): “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sí mismas”, en: AAVV: *Reforma penal y política criminal: La codificación en el estado de derecho*, Ediar, Buenos Aires, 2007, págs. 343 a 376; y SPOLANSKY, Norberto Eduardo: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: AAVV: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*., Edisofer, Madrid, 2008, Volumen: 2, págs. 1631 a 1646; entre muchos otros.

124 Ver, al respecto: BACIGALUPO, Silvina: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en La Ley, La Ley, T. 48, Buenos Aires, 1947, págs. 1041-50; TIEDEMANN, Klaus: “Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas”, en: AAVV: *Dogmática Penal del Tercer Milenio : Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, ARA, Lima, 2008, págs. 397 a

donde se han efectuado distintos intentos dogmáticos para superar los problemas antes mencionados. Los caminos emprendidos en este sentido se vinculan, fundamentalmente, con una reelaboración de los conceptos de acción y culpabilidad tradicionales para su adaptación a las personas jurídicas[125]. En cuanto atañe a este último concepto, los intentos han apuntado a relativizar el obstáculo de la culpabilidad, ya sea modificando el concepto de culpabilidad jurídico penal o construyendo un concepto de culpabilidad *ad hoc* para las personas jurídicas[126].

En tal contexto, probablemente el principal problema a resolver sea cuál de los distintos desarrollos doctrinarios corresponde aplicar en el ordenamiento penal argentino para fundar la posibilidad de sancionar a personas jurídicas por su intervención en delitos de lavado de activos. Ello así, toda vez que asiste razón a RUSCONI cuando destaca que en las reglas de autoría y de participación vigentes en el Código Penal argentino lo que brilla por su ausencia es un sistema de imputación dual que permita, sobre la base de un conjunto de criterios jurídicos y normativos, hacer responsable –ya en la Parte general- a un ente ideal por la comisión de un ilícito, más allá de su ejecución material por personas físicas (y de la propia imputación al ámbito de responsabilidad de este último tipo de autores)[127].

Para una gran parte de la doctrina que apoya el concepto de la responsabilidad penal de los entes colectivos, el concepto de "culpa por la organización (defectuosa)" constituye la base de legitimación para admitir la punibilidad de las empresas[128]. Sobre el punto, ROBLES PLANAS explica que la tendencia parece ser la de predicar la responsabilidad del ente colectivo cuando no haya tomado las precauciones debidas (medios materiales, personales, etc.) para impedir que (la propia empresa) se convierta en un "estado peligroso" a partir del cual se cometerán delitos[129]. No obstante ello, el mismo autor se pregunta si la infracción de un deber de organización que le incumbe como propio a la persona jurídica puede considerarse una conducta típica –estructuralmente similar a lo que sucede en la participación- del delito finalmente cometido por la persona física; afirmando a continuación que la respuesta debe ser negativa, toda vez que –en su opinión- no existe un nexo jurídico-penalmente suficiente entre la infracción del deber de organización de la persona jurídica y la lesión producida por la persona física[130].

Frente a ello, cabe apuntar que en la medida en que no se descarte, de plano, la posibilidad de que exista un nexo entre la infracción al deber de organizar la persona jurídica para reducir los riesgos (de comisión de delitos) y la posibilidad de que de dicha infracción se derive la efectiva comisión de los delitos por las personas físicas vinculadas al ente colectivo, la cuestión de si dicho nexo tiene entidad suficiente para justificar la imposición de sanciones penales a la persona jurídica pasa a ser una cuestión de *ponderación*. Y esta ponderación debe hacerse tomando como referencia variables como el nivel de tolerancia a los riesgos de la sociedad y la consecuente intensidad de la necesidad de política criminal de adoptar medidas efectivas para controlar los riesgos que la sociedad considera intolerables. Por ende, si existe un razonable consenso en el ámbito de la política criminal en punto a que debe exigirse a las empresas que se organicen internamente de modo tal de controlar ciertos riesgos (entre ellos, el de la comisión de hechos de lavado de activos), y a que, a tal efecto, resulta necesario responsabilizarlas penalmente cuando esa exigencia no sea satisfecha, la ponderación respecto de la capacidad del nexo

---

417; SCHÜNEMANN, Bernd: "Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas", en AAVV: *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*, Ed. Mave, Corrientes, 2009, págs. 301 a 335; CANCIO MELIÁ, Manuel: "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa", en: AAVV: *Nuevas tendencias en política criminal: Una auditoría al Código Penal español de 1995*, B de F, Montevideo, 2006, págs. 3 a 16; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero derecho penal empresarial", en: Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional, Ed. Legis, Bogotá, Volumen: 15, págs. 5 a 34; entre otros.

125 Cfr. BACIGALUPO, Silvina: "La responsabilidad penal…", cit., pág. 218.

126 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: "¿Delitos de personas jurídicas?...", cit., pág. 18. Sobre el particular, el autor hace alusión a intentos en tal sentido por parte de autores como TIEDEMANN, HIRSCH, VOLK, SCHÜNEMANN, HEINE, DANNECKER, ZUGALDÍA ESPINAR, ZUÑIGA RODRÍGUEZ y GÓMEZ JARA; además del trabajo de Silvina BACIGALUPO (citado *supra*, nota § 125).

127 Cfr. RUSCONI, Maximiliano A.: "Comentario a Título VII del C.P.", cit., pág. 179.

128 Cfr. TIEDEMANN, Klaus: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", documento digital obtenido en: www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/pdf/KLAUS.pdf; punto 13. En igual sentido: BACIGALUPO, Enrique: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Derecho penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 77/78.

129 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: "¿Delitos de personas jurídicas?...", cit., págs. 7/8.

130 Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: "¿Delitos de personas jurídicas?...", cit., págs. 15.

jurídico entre infracción de deber (del ente colectivo) y lesión (producida por la persona física) para fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas habrá de inclinarse hacia una respuesta afirmativa.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso tener presente que en lo tocante a la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión del delito previsto en el art. 303 del C.P. puede añadirse un factor adicional: el eventual encuadramiento de la persona jurídica dentro de la categoría de los "sujetos obligados" (a colaborar en la prevención del lavado de activos). Ello así, desde que en este supuesto, pesan sobre el ente colectivo una serie de deberes positivos extrapenales que *lo obligan legalmente a organizarse para prevenir el blanqueo*. Esto es: no existe ya un deber genérico de organizarse para no dañar bienes jurídicos en el contexto de actuación de la empresa (deber negativo *naeminen laede*), sino una serie de deberes positivos que obligan a la persona jurídica a colaborar en forma efectiva con el Estado para el fomento de una institución positiva (la prevención del blanqueo de capitales), con el fin de evitar que incluso otras personas (físicas o jurídicas) vulneren el bien jurídico "orden socioeconómico" mediante la comisión de hechos de lavado de activos.

Por consiguiente, el propósito de colaborar con la prevención del blanqueo de capitales mediante el cumplimiento de buena fe de la normativa administrativa sancionada a tal efecto debe ser incluido en las políticas globales de cada empresa e inserto como un valor cultural para generar desde la pirámide misma de la conducción[131]. Cada persona jurídica que haya sido designada como "sujeto obligado" se encuentra ante el deber de desarrollar un programa de detección y manejo de los riesgos de blanqueo que sea el reflejo de una "cultura de prevención", que permita mantener capacidad de respuesta frente a la posible comisión de dicho delito[132].

Lo que se propicia es, en consecuencia, que la estructura corporativa fomente la atribución clara de obligaciones y responsabilidades (lo que en la tradición anglosajona se denomina "accountability"), en contraposición a la organización tendiente a "blindar" a las esferas superiores de una empresa de posibles consecuencias penales a partir del bloqueo de conocimientos incriminatorios (lo que en el mundo anglosajón se denomina "deniability", aludiendo a la posibilidad de negación plausible del conocimiento de hechos comprometedores). La última década ha arrojado notorios ejemplos en cuanto a la proliferación de estructuras corporativas organizadas para garantizar "deniability", y a sus efectos en cuanto a la comisión de hechos de lavado de activos en gran escala en el ámbito empresarial[133], llevando a autores como SCHÜNEMANN a advertir que la "organización de la responsabilidad" dentro de la empresa amenaza con convertirse en una "organizada irresponsabilidad", transformación que se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia los miembros de la organización que están *más abajo*, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo[134].

En tal contexto, la comprobación de la existencia de una estructura de "deniability" en el ámbito de una persona jurídica incluida en la categoría de "sujeto obligado" no sólo es apta para fundar la responsabilidad de sus directivos, sino también –en la medida en que se haya acreditado la efectiva comisión de un hecho de blanqueo (realizado en nombre, con la intervención o en beneficio del ente colectivo), la de la propia sociedad, a partir de su organización defectuosa.

---

131 Cfr. PÉREZ LAMELA, Héctor D. / REARTES, Roberto O., *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 65.
132 Cfr. RODRÍGUEZ VILLAR, Pacífico / BERMEJO, Mateo G., *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 129 (citas omitidas).
133 Recientemente, una de las entidades bancarias más importantes a nivel internacional admitió en un acuerdo suscripto con las autoridades de los Estados Unidos de América haber ignorado los riesgos de blanqueo asociados a sus operaciones en México, infracciones que derivaron en el lavado de (al menos) 881 millones de dólares provenientes del narcotráfico a través de dicha entidad. Esta institución bancaria diseñó una política interna que bloqueo el conocimiento respecto del origen de los fondos operados mediante las cuentas de su filial en México, echando mano al recurso de catalogar a este último país como de "bajo riesgo" de blanqueo (a pesar de las reiteradas advertencias de las instituciones gubernamentales en orden a la situación del narcotráfico en México y los riesgos de reciclaje que se derivaban de aquella), lo cual redundó en la omisión de monitorear transferencias de dinero por más de 200 billones de dólares (ver: Deferred Prosecution Agreement between the United States Attorney's Office for the Eastern District of New York and the United States Attorney's Office for the Northern District of West Virginia and HSBC Bank USA, N.A., Case 1:12-cr-00763-ILG, Anexo "A": "Statement of Facts").
134 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial*, cit., pág. 25 (citas omitidas – énfasis añadido).

La decisión corporativa de organizarse de un modo que desdeña el control de los riesgos de lavado de activos asociados a su actividad económica, evitando la adquisición de conocimientos sobre la posible comisión de hechos *puntuales* de blanqueo (permitiendo de ese modo que los directivos permanezcan en la "ignorancia" respecto de los hechos puntuales, a la vez que habilitan su concreción y se benefician con ella), importa una admisión de que la persona jurídica *estaba al tanto de la existencia de dichos riesgos*. Ello queda en evidencia a partir de la circunstancia de que se adopten medidas para intentar evitar que los integrantes de la esfera superior de la corporación puedan ser responsabilizados penalmente cuando el resultado delictivo *irremediablemente* se produzca.

Esto es: la corporación *sabe* que el riesgo de lavado de activos es inherente a la actividad económica que desarrolla, y que para evitarlos debe adoptar ciertas medidas. Sin embargo, por algún motivo (por ejemplo, para lograr una mayor rentabilidad) decide no adoptar dichas medidas, y a efectos de resguardarse, se organiza para que sus esferas superiores puedan mantenerse en la ignorancia respecto *de los hechos puntuales de blanqueo* que se producen como consecuencia de la infracción a sus deberes. Dicho de otro modo: la corporación conoce el riesgo general, pero bloquea el conocimiento de los riesgos particulares.

La elección deliberada de esta forma de organización ("deniability" en lugar de "accountability") implica una decisión (dolosa) de la persona jurídica de infringir los deberes que la normativa le impone en su carácter de sujeto obligado, circunstancia que funda su responsabilidad penal y habilita la imposición de las sanciones previstas en el art. 304 del C.P. Cabe recordar, en tal sentido, que según BAIGÚN, la persona jurídica cuenta con la posibilidad de gobernar los acontecimientos, manejar los hilos, las riendas o 'tener en sus manos' el desarrollo causal mediante la voluntad dolosa que planifica los medios y traza los objetivos. Es en el momento de la decisión institucional donde aparece la centralidad de la persona jurídica como motor del suceso delictivo, tanto en los casos de acción directa (exteriorización de una voluntad social dolosa limitada) como en los ejemplos en los cuales la actividad se desata a partir del acuerdo conformado (acción realizada por intermediaros)[135].

Esta "voluntad social dolosa" a la que alude BAIGÚN, es un concepto cualitativamente diferente del dolo "a secas", toda vez que, según explica el autor citado, éste último concepto requiere, para ser trasladado al ámbito de la acción institucional (esto es, la de la persona jurídica) una significación de sus dos elementos que permita posibilitar su adecuación a la naturaleza de la acción institucional[136]. En tal contexto, el conocimiento requerido para que la acción institucional sea "dolosa" no es la acumulación o suma de los conocimientos individuales, ni tampoco requiere que cada miembro del órgano aporte necesariamente su conocimiento; el producto de la decisión, en su proceso de elaboración, puede recurrir a una o varias individualidades, escoger una u otra de sus manifestaciones, pero el resultado se obtiene en un nivel diferente; al cual denomina "información construida". A modo de ejemplo, menciona la votación en un directorio, donde sólo algunos de los miembros tienen conocimiento de las circunstancias del tipo o ese conocimiento proviene de un tercero ajeno al órgano y, no obstante ello, la resultante se convierte en la voluntad social dolosa[137].

7) Consumación y tentativa:

---

135 Cfr. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* cit., pág. 191 (notas omitidas).

136 Cfr. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* cit., pág. 80. En cuanto al concepto del dolo, BAIGÚN parte de la postura clásica que lo define como conocimiento y voluntad de realización del tipo. Al respecto, RAGUES I VALLES afirma que (en Europa) esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) *sólo* como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, *el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento* (cfr. aut cit., "Consideraciones sobre la prueba del dolo" en Revista de Estudios sobre la Justicia, N° 2, 2004, pág. 13 –énfasis en el original-). Sobre el punto, RAGUES I VALLES –quien comparte este giro doctrinario- explica que la negativa a prescindir del elemento volitivo obliga a encontrar tal elemento en sucesos en que muy difícilmente lo hallaría cualquier ciudadano medio empleando el vocabulario cotidiano y, así, se acaba afirmando que quien simplemente *acepta, se conforma* o *se resigna* con la realización del tipo jurídicamente quiere dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente. En la práctica estos requisitos pseudovolitivos, como el "aceptar", "conformarse" o "resignarse", se deducen, sobre todo, de la circunstancia de que un sujeto no haya desistido de su conducta *pese a ser consciente* del riesgo de realización típica que conllevaba (ibídem, págs. 14/15 –citas omitidas; énfasis en el original-).

137 Cfr. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* cit., pág. 81.

El art. 304 del C.P. no admite un supuesto de consumación o tentativa propios, toda vez que del propio texto de la norma se desprende que la aplicación de las sanciones allí establecidas se encuentra supeditada a la "realización" de "los hechos delictivos previstos en el artículo precedente". Esto es: en el art. 303 del C.P.

Ello así, desde que la imputación de la persona jurídica tiene, por la propia naturaleza de la persona imputada, un carácter accesorio respecto de la comprobación de la realización de un hecho de blanqueo por parte de las personas físicas a través de las cuales actúa la sociedad, puesto que sólo estas pueden ser autores materiales de las conductas prohibidas, en las que la persona jurídica, según el caso, "interviene" junto con aquellos. Al respecto, se ha dicho incluso que el delito cometido por parte de la persona física constituye una suerte de condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, que es el defecto de organización[138].

En efecto, habida cuenta de que el art. 304 del C.P. hace responsable a la persona jurídica por haber *tomado parte* en un hecho realizado materialmente por una persona física (ya sea beneficiándose con él, prestando su nombre o *interviniendo* en su comisión), resulta aplicable la regla de la accesoriedad en la participación, según la cual el hecho de los partícipes (en este supuesto, la persona jurídica) depende del hecho del autor o de los autores[139]. Así, la regla de la accesoriedad externa remite a la exigencia de cierto grado de realización en el autor del hecho punible para habilitar las compuertas de la ilicitud –o, quizá mejor, las de la punibilidad- del hecho del partícipe: se requiere que el autor haya dado comienzo a la ejecución[140]. De lo contrario, los partícipes quedan, en principio, impunes (accesoriedad cuantitativa), ya que su responsabilidad está ligada a la de los autores[141].

En tal contexto, la imposición de las sanciones previstas en el art. 304 del C.P. tiene carácter accesorio respecto de la efectiva comisión (o tentativa) *del hecho típico* por parte de la/las persona/s físicas que la integran. Por consiguiente, lo que habrá de exigirse para imputar a la persona jurídica y eventualmente imponer las sanciones contempladas en la norma es que se acredite la existencia de un hecho (conducta u omisión) típico y antijurídico por parte de uno de sus integrantes, en el cual la propia sociedad haya "tomado parte"[142] también, sin que haga falta que se *haya impuesto una pena al autor material* por dicho hecho.

8. Autoría y participación:

En la mayoría de los ordenamientos legales del mundo (incluyendo a la Argentina) las conductas tipificadas en las figuras que reprimen el lavado de activos son, en esencia, acciones de participación elevadas al rango de autoría. En efecto, analizando la forma en que se desarrollan habitualmente las maniobras de blanqueo, se advierte que –en realidad- el autor propiamente dicho de dichas conductas sería el lavador/organizador, que es quien conoce el esquema completo de reciclaje y dirige a los distintos ejecutores en la realización de las maniobras individuales que integran el proceso, a través de las tres fases (colocación/estratificación/integración) y hasta arribar al resultado final: la legitimación de los bienes sometidos al blanqueo. De igual manera, parece claro que en realidad, lo que hacen los lavadores/ejecutores es *colaborar* con el lavador/organizador, en la medida en que hacen un aporte al proceso global mediante la concreción de las diferentes transacciones que les toca llevar a cabo.

Sin embargo –como se adelantó- la forma en que ha sido redactado el art. 303 del C.P. redunda en que cada uno de estos aportes configura un hecho de lavado de activos, respecto del cual cada lavador/ejecutor debe responder en carácter de autor. Esto es doblemente cierto cuando el interviniente (sea éste una persona física o jurídica) reviste el carácter de "sujeto obligado", toda vez que –de conformidad con las reglas propias de los delitos de infracción de deber- el obligado responde siempre y en todos los casos como autor, incluso en aquellos supuestos en los que no haya tenido dominio del hecho respecto de la transacción puntual en la que le tocó participar.

---

138 Cfr. NIETO MARTÍN, Adán: Cfr. NIETO MARTÍN, Adán: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras LO 5/2010" en Revista Xurídica Galega, nº. 63, 2009, pág. 61.
139 Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 519.
140 Cfr. RUSCONI, Maximiliano A.: "Comentario a Título VII del C.P.", cit., pág. 165.
141 Cfr. CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general*, B de F, 2008, pág. 950.
142 O se haya beneficiado, o haya prestado su nombre para la realización ("en nombre de").

Tal como se encuentra redactado el art. 304 del C.P., queda claro que la imposición de las sanciones previstas en dicha norma a las personas jurídicas depende de la efectiva realización de alguno de los hechos contemplados en el art. 303 del código de fondo. En *ese* sentido, la responsabilidad de los entes colectivos es accesoria, ya que si no se concretó una maniobra puntual de blanqueo (lo cual implica, necesariamente, el concurso de al menos una persona física), no pueden imponerse las sanciones. Sin embargo, ello no significa que las consecuencias establecidas en el art. 304 del C.P. sean accesorias de las penas impuestas a las personas físicas, como así tampoco que los entes colectivos sean siempre sólo meros partícipes de los delitos cometidos por esas personas físicas.

Por el contrario, si la persona jurídica es un sujeto obligado y dentro de su ámbito se concreta un hecho de blanqueo propiciado por su defectuosa organización, entonces será penalmente responsable en carácter de autora, en paralelo con las personas físicas que también sean objeto de reproche, las que (si son sujetos obligados) también responderán como autoras. En cambio, si la persona jurídica no se encuentra comprendida en el catálogo de sujetos obligados del art. 20 de la Ley 25.246, sólo podrá ser responsabilizada (como partícipe) cuando se haya organizado internamente de modo tal que su actuación sólo pueda interpretarse en el sentido de propiciar la comisión del delito por parte del autor (como ocurre, por ejemplo, con las "sociedades pantalla" creadas al solo efecto de servir como testaferros de los lavadores o del titular de los bienes de origen ilícito).

9) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Históricamente, las disposiciones relativas al lavado de activos introducidas en el Código Penal y en las leyes especiales no han tenido tratamiento en la jurisprudencia hasta muchos años después de haber sido sancionadas, en parte debido a la perenne ineficacia demostrada por los operadores del sistema para investigar y perseguir este fenómeno delictivo. En tal contexto, la incorporación del art. 304 al C.P. (en junio de 2011) podría ser considerada relativamente "reciente", circunstancia que puede llegar a explicar la ausencia de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y de cualquier otro tribunal, para el caso) referidos a la disposición penal en estudio.

No obstante ello, si existe en la jurisprudencia nacional una cantidad bastante importante de fallos vinculados a la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en su mayoría referidos a cuestiones de Derecho penal aduanero[143]. El más importante de estos precedentes es el que dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Fly Machine"[144], en el cual se confirmó (a través de la denegatoria del recurso de queja por la denegación del recurso extraordinario) el decisorio de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal[145] que afirmó la irresponsabilidad penal de la persona jurídica y la consecuente imposibilidad de imponerle sanciones de esa índole en sede penal[146].

Si bien la mayoría del tribunal se limitó a declarar inadmisible el recurso extraordinario sin pronunciarse sobre el fondo, el doctor Eugenio ZAFFARONI sintetizó, en su voto en disidencia, los principales argumentos de la postura que sostiene el principio '*societas delinquere non potest*' a la hora de interpretar las distintas disposiciones legales en las que –contrariando dicho principio- el legislador nacional pretendió regular la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas.

En efecto, en el voto de referencia, ZAFFARONI llevó a cabo una aproximación "teleológica" a la interpretación de las normas en juego, partiendo de la premisa de que la pretensión de reprimir penalmente a los entes colectivos contraviene la Constitución Nacional y pone en jaque principios

143 Ver, al respecto: Cfr. BLANCO, Hernán: "La responsabilidad de las personas jurídicas…", cit., pág. 12.
144 Cfr. sentencia N° F.572. XL de la CSJN, en autos caratulados: "Fly Machine S.R.L. s/rec. extraordinario", resuelta el 30/5/2006.
145 Actualmente, Cámara Federal de Casación Penal.
146 C.N.C.P., Sala I, causa N° 4951 "Fly Machine s/recurso de casación", Reg. N° 6368, rta. el 28/11/2003. Posteriormente, la referida sala (con otra integración) ratificó su postura respecto de la vigencia del principio '*societas delinquere non potest'* al fallar en las causas Nros. 11.832 "Zen, Desio Michele s/recurso de casación" (Reg. N° 15.256, rta. el 5/2/2010) y 13.309 "Turnes, Oscar Laureano s/recurso de casación" (Reg. N° 19.359, rta. el 4/4/2012), en ambos casos declarando la nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio contra una sociedad, por el delito de contrabando. En sentido opuesto, la Sala III de dicho tribunal sostuvo la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas al resolver en el marco de la causa N° 2984 "Peugeot Citröen Argentina S.A. s/recurso de casación" (Reg. N° 715/01, rta. el 16/11/2001).

básicos del Derecho Penal "liberal". Por ende, intentó acomodar el texto legal para eludir el conflicto, aunque –en mi opinión- a costa de tergiversar la letra de las normas al punto de hacerlas decir lo que *claramente no dicen*.

En los considerandos 5° a 8° de su voto en minoría, y luego en el 11°, el doctor ZAFFARONI desarrolló los motivos por los que entiende que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contravendría la Constitución Nacional, a la vez que hizo mención a la circunstancia "…*de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso*" [147].

lanteado así el conflicto, ZAFFARONI intentó sortearlo afirmando que la doctrina que sostiene la plena vigencia del principio '*societas delinquere non potest*' armoniza plenamente con la fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 321:2926 y 323:637, oportunidades en la cuales se sostuvo que del ordenamiento aduanero (art. 1026) surge que las sanciones del art. 876, ap. 1, son accesorias de la pena privativa de la libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo[148].

De igual manera, respecto de las normas aduaneras mencionadas supra, ZAFFARONI aseveró en el Considerando 10° de su voto en "Fly Machine" que "…*el art. 887 del ordenamiento jurídico aduanero se limita a establecer una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con sus dependientes por las penas pecuniarias; mientras que el artículo siguiente, si bien refiere al supuesto en que un ente ideal resulte condenado por algún delito aduanero, ello no implica per se el reconocimiento legal de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos. Ello es así porque la norma admite una exégesis diferente que de acuerdo a las apreciaciones efectuadas sería respetuosa del texto constitucional que consiste en relacionar la expresión 'fuere condenada' con la condena impuesta en sede administrativa donde se aplican las penas pecuniarias -interpretación ésta que resulta extensible a la norma del art. 94, ap. 1, inc. d, 1°, según la remisión que surge del ap. 2°, inc. 'd', del citado precepto legal*".

Las soluciones que propone ZAFFARONI para el conflicto constitucional que, en su opinión, se deriva de la aceptación de que una norma penal efectivamente reprime a una persona jurídica por la comisión de un delito, son las que habitualmente se postulan desde este sector de la doctrina a la hora de interpretar "teleológicamente" las disposiciones con las que el legislador controvierte el principio '*societas delinquere non potest'*. Esto es: catalogar a las sanciones dirigidas a las personas jurídicas como meras "consecuencias accesorias" de las penas impuestas a las personas de existencia real y/o considerarlas como sanciones "administrativas", derivando de ello que no están sujetas a los principios del Derecho Penal.

Tal es la postura que se adoptó con relación a los arts. 876 y 888 del Código Aduanero, la que en la actualidad se reproduce en la interpretación de D'ALBORA[149] en orden a lo establecido en el art. 304 del C.P. Cabe destacar, sin embargo, que en cuanto atañe, puntualmente, al fallo "Fly Machine", la lectura ensayada por ZAFFARONI respecto de las normas del Código Aduanero que introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dicho ámbito, como así también la afirmación de que la misma encuentra sustento en la jurisprudencia de la Corte, han sido cuestionados por la doctrina especializada en Derecho penal aduanero.

147 "Fly Machine", Considerando 12°.
148 "Fly Machine", Considerando 14°.
149 Éste autor afirma que "[e]*l nuevo artículo 304 contempla la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a personas jurídicas, cuando el delito de lavado de dinero hubiere sido realizado en su nombre, con su intervención o en su beneficio*"; y añade que a su entender, la naturaleza administrativa de las sanciones establecidas en dicho artículo "no admite discusión" y que su imposición "…*presupone que en el proceso penal se hubiere sustanciado el juicio y que, al menos una de las personas físicas imputadas, hubiese sido condenada, circunstancia vicariante, a nuestro modo de ver, con las suscitadas en torno a las previsiones del Código Aduanero*" (Cfr. D'ALBORA, Francisco J. (h): "La nueva ley de lavado de dinero", en ElDial.com, Editorial Albremática, Junio 2011 -documento informático-).

En particular, VIDAL ALBARRACÍN rechaza la idea de que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación autorice a extraer que las penas del art. 876 del Código Aduanero son administrativas, y afirma que la postura de ZAFFARONI se basa en una "particular interpretación" del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "De la Rosa Vallejos". Al respecto, explica que el precedente de mención sólo dice que aquellas son accesorias de las penas privativas de la libertad. Así, los delitos aduaneros están castigados con penas compuestas y, en virtud de la doble jurisdicción y para evitar un escándalo jurídico, la Corte ha establecido la distinción entre principal y accesorias, correspondiendo la aplicación de la primera al juez y, supeditadamente, la imposición de las segundas a la Aduana[150].

En tal contexto, entiendo que las soluciones ensayadas por ZAFFARONI en "Fly machine" resultan igualmente insatisfactorias en una hipotética traspolación a lo dispuesto en el art. 304 del C.P. Así, por ejemplo, se advierte que el intento de eludir los conflictos constitucionales que se derivarían de la presunta incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas -la cual, según entienden quienes sostienen dicha postura, redundaría en que la eventual imposición de una sanción vulnere el principio de culpabilidad- mediante el recurso de caracterizar a las sanciones previstas en el art. 304 como meramente "administrativas" no puede prosperar. Ello, toda vez que –como ya he señalado en un trabajo anterior[151]- la circunstancia de que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial respecto del principio de culpabilidad provenga del Derecho Penal no es óbice para que dicho principio, al igual que el resto de los principios fundamentales del ámbito penal, resulte de aplicación en la esfera del denominado "Derecho Penal administrativo" o "Derecho administrativo sancionador".

Lo expuesto resulta evidente ni bien se repara en que esta última rama del Derecho no configura una disciplina autónoma[152] respecto del Derecho Penal, sino que -por el contrario, y habida cuenta de la naturaleza represiva de las sanciones- se advierte que las contravenciones, por menos graves que sean, contienen idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración, sino del Estado[153].

Es claro entonces que debe aceptarse, como regla general en nuestro país, que son de aplicación al Derecho administrativo sancionador los principios del Derecho penal que se hallan expresamente previstos en los arts. 18° y 75°, inc. 22) de nuestra Constitución Nacional[154], así como de las reglas y principios que prescribe el Código Penal[155], los que comprenden a los principios capitales de la ciencia penal: legalidad, tipicidad, imputabilidad y *culpabilidad*, proporcionalidad, *ne bis in idem*, etc.[156].

Así lo entiende, incluso, el propio ZAFFARONI, quien ratifica en su Tratado que *el derecho contravencional es Derecho Penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste*[157], no pudiendo desconocerse en su ámbito ninguno de los principios a los que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución Nacional y al derecho internacional de los derechos humanos[158]. De igual manera lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reconoció de modo expreso la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo en el fallo "Cristalux"[159] y, especialmente, en "Losicer"[160].

---

150 Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo: *Delitos aduaneros,* cit., pág. 497. Sobre el punto, el autor citado explica también que el juzgamiento judicial debe determinar quién o quiénes son los responsables, ya sean personas físicas o ideales, pues el servicio aduanero no tiene facultades para ampliar ese espectro. Si el imputado (en este caso, la persona jurídica) no está condenado judicialmente, la Aduana no puede aplicarle las penas accesorias.

151 Ver: BLANCO, Hernán: "La relación entre el Estado y los sujetos obligados…", cit., pág. 1873 y ss.

152 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho penal", en El Derecho, tomo 143 A, 1992. Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, pág. 940.

153 Ibídem (citas omitidas).

154 Cfr. MALJAR, Daniel E.: *Derecho administrativo sancionador,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 72 (citas omitidas).

155 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: "En torno de las sanciones administrativas…", cit., pág. 940.

156 Cfr. MALJAR, Daniel E.: *Derecho administrativo sancionador,* cit., pág. 75 (énfasis agregado).

157 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.), Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 177 (énfasis en el original).

158 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal…,* cit., pág. 179.

159 Fallos: 329:1053, Dictado el 11/4/2006.

160 L. 216. XLV. "Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 70BI)", rta. el 26/6/2012.

De ello se desprende, a mi entender, que objeciones como las que postula ZAFFARONI al señalar que "…*conforme a la incorporación del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que sólo pueden configurar delitos las acciones u omisiones*"[161]; o en orden a la "…*imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche*"; no pueden ser sorteadas con el recurso de calificar a las sanciones del art. 304 del C.P. como meramente "administrativas", ya que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador también rigen los institutos que dan sustento a dichas objeciones. Ocurre que -tal como apunta RIGHI-, frente a la diferencia no esencial entre delitos e infracciones, resulta contradictorio admitir que una persona jurídica puede cometer infracciones administrativas y ser sancionada por ellas y negarlo respecto de los delitos[162].

Comparto, pues, lo expresado por TROVATO en orden a la necesidad de despertar conciencia acerca de que es político-criminalmente más eficiente aplicar penas a las personas jurídicos por los delitos que estas cometan (y permitirles con ello que ejerzan plenamente sus derechos en el proceso) que incorporar reglas incorrectas como la prevista en el art. 14 de la Ley Penal Tributaria o, directamente, aplicarles penas y sostener al mismo tiempo la imposibilidad de responsabilizar a la empresa criminalmente[163].

10) Conclusiones finales:

Más allá del paulatino retroceso en la doctrina del otrora indiscutido dogma '*societas delinquere non potest*', así como de la creciente incorporación de la empresa en todos los ámbitos de la realidad social, que determina que aquélla máxima, reflejada en el criterio sentado en el voto minoritario en "Fly Machine", prolongue una restricción doctrinaria que ya no se ajustaría al funcionamiento social[164], lo cierto es que –tal como apunta Silva Sánchez con respecto a la situación en España- es bastante evidente que la cultura de los jueces penales que se hallan en activo se ha conformado sobre la idea de que las sanciones se imponen a las personas físicas y sólo a propósito de la responsabilidad civil derivada de delito se plantea la "intervención" de la persona jurídica en el hecho delictivo[165].

En dicho marco, la incorporación del art. 304 en el Código Penal parece trasuntar la intención del legislador de introducir un cambio cultural sobre este punto, uno que viene resistiéndose a pesar de los numerosos intentos anteriores[166]. Pero de ser así, debe convenirse que era (y es) bastante ingenuo pensar que un cambio cultural así puede producirse sobre la menguada base de un artículo del Código penal. En realidad, la capacidad de las leyes para producir cambios en la cultura jurídica de quienes han de aplicarlas debe considerarse limitada, a corto y medio plazo. Pero la incapacidad resulta manifiesta cuando, además, sucede que el legislador parece pretender que la "ley" que ha de provocar un cambio cultual de dimensiones históricas sea un mero artículo del Código penal, de redacción escueta en cuanto a sus presupuestos[167].

En tal sentido, resulta notoria la ausencia de reglas respecto al modo en que se debe imputar a la persona jurídica de conformidad con lo establecido en el art. 304 del C.P., lo cual determina que dicha cuestión quede librada exclusivamente al arbitrio de los jueces, los que en el caso concreto deben resolver, según su propio criterio –toda vez que no existen parámetros legales en los que puedan apoyarse-los distintos interrogantes que se vayan planteando. Aspecto que, sin duda, habrá de

161 Considerando 6°). ZAFFARONI cita el art. 11, 2° párrafo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 15, párrafo 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 40, párrafo 2°, ap. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño.
162 Cfr. RIGHI, Esteban: *Derecho penal económico comparado,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 260.
163 Cfr. TROVATO, Gustavo F.: "La conducta prohibida en el delito de blanqueo…", cit., pág. 2119.
164 Cfr. RODRÍGUEZ FONTELA, Ximena M. / MEIROVICH, Gustavo D.: "Estado de discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas…", cit., pág. 682.
165 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias…", cit., pág. 11 (citas omitidas).
166 Ver, al respecto, lo expresado *Supra* § 1.
167 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias…", cit., pág. 11 (citas omitidas).

incrementar la renuencia de los magistrados a aplicar estas normas, tal como ha ocurrido en España según explica SILVA SÁNCHEZ.

De igual manera resulta aplicable la crítica dirigida por dicho autor al sistema procesal español, en el sentido de que en el mismo no existe hasta el momento disposición alguna sobre cuál ha de ser exactamente el papel de las personas jurídicas a las que se pretende imponer una consecuencia accesoria. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ destaca que una ley que obvia la dimensión procesal de la imposición de consecuencias sancionatorias a las personas jurídicas en la jurisdicción penal no puede, desde luego, producir un cambio cultural como el supuestamente pretendido[168]. En este orden de ideas, se advierte que es notoria en nuestro ordenamiento legal la inexistencia de reglas procesales específicas para el juzgamiento de las personas jurídicas es manifiesta tanto en el plano penal como en el administrativo sancionador. Ello así, desde que el Código Procesal Penal no contiene ninguna alusión a los entes colectivos, y lo mismo ocurre con Res. UIF 111/2012, en la que se regula el proceso sancionatorio ante la UIF, más allá de una alusión genérica a que los sumariados deben identificarse con su nombre o con su "razón social".

Es cierto que las falencias apuntadas precedentemente también existen en lo atinente al derecho penal aduanero (ámbito en el cual la imputación a personas jurídicas ha alcanzado su mayor desarrollo), lo que no ha impedido que –como apuntan RODRÍGUEZ FONTELA y MEIROVICH- en la experiencia diaria del fuero Penal Económico se observe que en ejercicio de su defensa, los representantes de las personas jurídicas sometidas a proceso no cuestionan la interpretación de las normas aduaneras o procesales, sino que generan verdaderas defensas, volcadas en planteos, excepciones, etc., que hacen valer a favor de sus representadas. O incluso que en muchas de las investigaciones, se aprecie que las empresas designan directamente sus abogados para la defensa directa de sus intereses, sin que –en muchos casos- sean compartidos por las personas físicas que hayan tenido intervención en su carácter de presidentes, etc[169].

Sin embargo, parece claro que si lo que se pretende es avanzar decididamente en el camino de la punición de personas jurídicas (sea por el delito de lavado de activos, o por cualquier otro ilícito), deviene imprescindible que se establezcan reglas de fondo y de forma que hagan posible la aplicación de sanciones penales a entes colectivos de un modo que resulte respetuoso de los derechos y garantías de todos los involucrados, incluyendo a las propias empresas.

168 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias…", cit., págs. 11/12 (citas omitidas).
169 Cfr. RODRÍGUEZ FONTELA, Ximena M. / MEIROVICH, Gustavo D.: "Estado de discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas…", cit., pág. 672.

Abuso de información privilegiada. El insider trading

Por: Néstor A. Oroño

Art. 307: ***"Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables."***

I. El bien jurídico tutelado

La información es un elemento de vital importancia en la dinámica y funcionamiento de los mercados, a la que no todos tienen acceso en los mismos caudales y calidad.

No es posible en tales ámbitos hablar de igualdad de información, por cuanto existen quienes se especializan en el manejo de la misma. Pueden diferenciarse distintas categorías, derechos y obligaciones. Dentro de estas categorías hay personas que tienen acceso a información privilegiada (*insiders*), otras no (*outsiders*), otros actúan según sus propias necesidades de liquidez (*liquid traders*), otras según sus análisis, estudios e investigaciones *(specialist).*

Romero Villanueva[1], desdobla el objeto de protección; por una parte, nos habla de un bien jurídico mediato, indispensable, que es la economía y un bien jurídico inmediato –que puede superponerse o no con el otro-, dado por la protección que merece el universo de oferentes que concurre al mercado de capitales y que debe ser tratado desde un prisma de igualdad, siendo que ese acceso regular a la información y al mercado mismo es lo que sostiene o da apoyo a la protección.

Martin E. Paolantonio afirma que el bien jurídico tutelado es el funcionamiento regular o la

[1] Romero Villanueva, Horacio, "La urgente necesidad de reprimir el insider trading en nuestra legislación penal", R.D.O.C, Nº 235, Lexis Nexis

integralidad del mercado de valores, considerando que la regulación jurídica de dichos mercados se estructura fundamentalmente sobre dos principios: la eficiencia y la protección al ahorrista. Que el cumplimiento de la función básica del mercado de valores, requiere la existencia de información suficiente –transparente- sin espacio para conductas fraudulentas o engañosas, y un precio de los activos, formado sobre la base de e esa información. En ese orden, el suministro o la información privilegiada, son conductas que importan un ataque directo a las funciones básicas del mercado de valores[2].

Entiendo que es esa la interpretación correcta, y que siguiendo el modelo europeo, nuestro legislador ha tutelado la transparencia, lealtad y buena fe como elementos que deben caracterizar el funcionamiento del mercado de valores. A lo que inequívocamente también se orienta la normativa extrapenal (arts. 102 y 117 de la Ley 26.831; RG CNV 622/13 –Título XII-, entre otras), dando coherencia al ordenamiento jurídico entendido como un todo armónico y sistematizado.

Lo que se corrobora además, si tenemos en cuenta que entre las previsiones agravadas contenidas en el art. 308 inc "c", se establece *"cuando el uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores"*. El agravante, encuentra razón en el mayor resultado lesivo al bien jurídico "mercado de valores".

Una interpretación intrasistemática también tributa a tal conclusión, por cuanto el tipo analizado se encuentra entre los delitos contra el "orden económico y financiero", lo que presupone que las conductas allí tipificadas deben tener entidad para amenazar o lesionar ese bien jurídico suprapersonal. En ese orden, el Mensaje del Poder Ejecutivo nº 1644, de remisión del proyecto luego sancionado, especifica que se pretende incorporar *"figuras penales con el fin de dotar de mayor transparencia a la actividad bursátil, a la actividad de los mercados"*.

II. Tipo objetivo

II.1. Información privilegiada

La información privilegiada es aquella "relevante o material" y "no publicada" relacionada con una sociedad sometida al régimen de la oferta pública, por parte de aquél que compra o vende valores de dicha emisora en el mercado de capitales.

---

[2] Paolantonio, Martín E., "Derecho Penal y Mercado Financiero Ley 26.733", Editorial Abeledo Perrot, pgs. 98/99

Por “relevante” o “material”, quiere decir que se trata de información que, si fuera dada a conocer al público, afectaría el precio de los valores, o al menos, sería un factor importante a considerar por parte de los inversores.

Para la Comisión Nacional de Valores, la información privilegiada debe poseer tres características:

-concreta: esto es, la referida a un hecho o situación determinada, no basta que se trate de circunstancias generales o hechos inciertos.

-aún no publicada: se trata de información destinada a ser pública, pero que al momento de su utilización por el *insider* no ha sido divulgada.

-susceptible de modificar la cotización de valores negociables, ya sea por referencia a ellos, a la emisora o a circunstancias ajenas a ambos con incidencia directa.

Ahora bien, dadas las características operativas de las bolsas de comercio y de los mercados de valores donde, por lo general, la información que precede a los menesteres propios de la cotización se gesta en las entrañas mismas de la empresa, fácil es colegir que el *insider* debe ser, por vía de principios, un gerente, director o accionista controlante de la sociedad o bien una persona que se ha munido de esta información en razón de la inmediatez con el centro de decisiones de la corporación cotizante o bien que se nutrió de un informante o *tipper.*

Las estructuras accionarias y el sistema de gobierno de las sociedades públicas, donde existe una fuerte atomización del paquete accionariado, hace que el verdadero poder resida en el núcleo de *managers* que maneja y dirige la compañía, reforzando esa situación de asimetría informativa entre los *insiders* y el resto de los inversores minoritarios y el público en general. Situación que se mantiene idéntica en el modelo de los grupos de control, con la posibilidad del accionista controlante de hacer uso de la información privilegiada en desmedro de los accionistas minoritarios.

La ley 26.733 (BO 28/12/2011) ha introducido en el art. 77 del Código Penal el concepto de información privilegiada *“El término información privilegiada comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores”*.

Con acertado criterio, Paolantonio duda sobre la necesidad de incluir tal concepto en el

Código Penal y considera inadecuado en varios aspectos tal concepto.

Entre otras razones, en citado autor considera inapropiada la exigencia que la información tenga significativa influencia en el "mercado de valores". Por cuanto lo que normalmente puede esperarse de la divulgación de la información privilegiada es un efecto particular sobre el valor negociable, no necesariamente sobre la generalidad de los precios en el mercado de valores. En tal entendimiento, una interpretación literal podría generar un seguro escenario de impunidad.

La afectación en la situación individual del título, no necesariamente de su influencia en el mercado, también surge con claridad de la RG 622, cuando regula el deber de reserva y refiere a *"un hecho no divulgado públicamente y que por su importancia sea apto para afectar la colocación de valores negociables, o el curso de su negociación en los mercados, deberá guardar estricta reserva al respecto y abstenerse de negociar …"* (el subrayado me pertenece).

Considero además que la introducción de la definición de "información privilegiada" en el Código Penal, genera un inútil e innecesario antagonismo interpretativo entre el concepto acuñado en el ámbito específico (*vid* criterio de la CNV precedentemente reseñado), como en la Ley 26.831 (BO 28/12/2012) de Mercado de Capitales (art. 102), en cuanto refiere "*a un hecho aún no divulgado públicamente y que por su importancia sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables"*.

Igualmente, el ya citado autor es crítico con el término "significativa influencia" dada su equivocidad[3]. Sobre este aspecto, entiendo hubiese sido acertado –siempre recurriendo a un elemento de carácter valorativo- optar por la condición de que dicha información tenga entidad para modificar la cotización de los valores negociables por sí misma, esto es, con independencia de los demás factores que en la esfera del mercado inciden en la cotización del papel.

Señalo para finalizar sobre este punto, que "información privilegiada" es un elemento normativo del tipo, que presupone la existencia de un deber de reserva regulado en las normas extrapenales anteriormente individualizadas. Lo que tiene importancia al momento de tratar la problemática del error.

II.2. Objeto sobre el que puede recaer la acción. Valores negociables

[3] Paolantonio, Martín E., op. cit., pgs. 100, 104

El decreto 677/01, en su art. 2, definía *"Valores negociables: A los títulos valores mencionados en el artículo 17 de la Ley N° 17.811 y sus modificatorias, emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, a los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, a las acciones, a las cuotapartes de fondos comunes de inversión, a los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, a cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores, que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Son aplicables a los valores negociables todas las disposiciones de la Ley Nº 17.811 y sus modificaciones relativas a los títulos valores".*

La ley 26.831 regulatoria del Mercado de Capitales, derogó dicho decreto y en su art. 2 los define de la siguiente manera*: "Valores negociables: Títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general que se registren en mercados autorizados, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y warrants, pagarés, letras de cambio y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados".*

Es una enumeración meramente ejemplificativa, resultando definitorio que se trate de cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores.

El art. 3 de la citada ley establece que cualquier persona jurídica puede crear y emitir valores negociables para su negociación en mercados de los tipos y en las condiciones que elija, incluyendo los derechos conferidos a sus titulares y demás condiciones que se establezcan en el acto de emisión,

siempre que no exista confusión con el tipo, denominación y condiciones de los valores negociables previstos especialmente en la legislación vigente.

II.3. Acciones típicas

Son dos, *suministrar*: dar, proveer, prestar, comunicar; o *utilizar*: valerse de la información usándola para sí.

Estas acciones no tienen entidad típica aisladamente concebidas, sino cuando son aprovechadas en miras a la obtención de ventajas en el mercado.

En tal sentido, Boumpadre apoyando en su interpretación en la normativa del art. 33 del ahora derogado Decreto 677/01 dice que *"En rigor, el delito no consiste en el hecho mismo de suministrar o utilizar cierta información que un círculo específico de personas debe mantener en reserva (el delito no consiste en mantener reservada una determinada información), sino –aún cuando el texto no lo diga en forma expresa- en "aprovecharse" de tal información "para" obtener ventajas en el mercado de valores, en el marco de una negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables. Vale decir, que la conducta típica podría ser reconducida a un uso abusivo o aprovechamiento de la información conocida o capturada debido a una especial relación del agente con la entidad, para obtener determinados beneficios en el mercado de capitales"*[4].

Es posible la comisión por omisión cuando el sujeto al que la normativa señala en carácter de obligado a mantener reserva de la información privilegiada, dolosamente omita realizar las acciones tendientes al cumplimiento de tal deber, a fin de posibilitar que esa información sea conocida por otro para la negociación de los valores en cuestión.

III. Autoría

Pueden ser autores de este delito: director, miembro del órgano de fiscalización, accionista, representante del accionista y todo aquel que por su trabajo, profesión o función dentro de la sociedad emisora, haya tenido acceso a información privilegiada en ocasión de su actividad.

No basta pues, la calidad indicada en el tipo penal, sino que debe tratarse de personas que ostentado la misma, en razón de su función dentro de una sociedad emisora de valores negociables tienen la posibilidad de acceso a información privilegiada.

---

[4] Boumpadre, Jorge E., "Algunas reflexiones sobre el delito de abuso de información privilegiada en la reciente reforma penal argentina", en www.ciidpe.com.ar

Especial consideración merece la condición de accionista entre los sujetos indicados en calidad de autores. Sobre lo que, cabe distinguir entre la simple condición de accionista y la de "accionista controlante".

El deber de reserva impuesto por el art. 102 de la Ley 26831 y por la RG CNV 622, solo es para los "*accionistas controlantes",* sobre quienes además recae la carga legal de salvaguardar la información.

De ahí que, en el caso del accionista controlante aún cuando hubiere conocido la información de manera fortuita –vgr. mediante un correo electrónico que erróneamente se le dirija-, o accidental –vgr. escuchar una conversación de modo ocasional-, conserva el deber de reserva. No así el mero accionista, quien solamente podrá ser autor del delito cuando acceda a la información en razón de dicha calidad.

Como rasgo distintivo en el plano de la autoría puede calificarse como un delito de infracción de deber, por cuanto los autores tienen el deber de reserva de datos, técnicamente "información privilegiada".

Este tipo de delitos ha sido conceptualizado por María Inés Restón, siguiendo a Jakobs, como aquellos en los que *"a la par de no dañar a otro inherente a todo ciudadano y presente en la enorme mayoría de los delitos de dominio, aparece otra, a causa de la lesión de deberes de cuidado de determinados bienes, que recaen sobre ciertos individuos en particular. El deber de cuidado propio de este segundo tipo de responsabilidad es especial, solidario y sobre todo, se encuentra institucionalmente asegurado. Esta clase de deberes es la que da lugar a los delitos de infracción de deber, en los que, con independencia del hecho, existe un vínculo entre el autor y el bien que es previo a la norma penal. Aquí el deber se limita a asegurar penalmente una relación ya existente entre el autor y el objeto"* [5].

Para Donna, *"Es un delito especial propio ya que solo puede ser cometido por el director, el miembro del órgano de fiscalización, el accionista, el representante de un accionista y todo aquel que por su trabajo, profesión o función pueda realizar ese tipo de acciones. Quien deba obligación de silencio, de modo que será punible el insider y no así el outsider. Esto es, el deber se concreta en salvaguardar la información privilegiada. También será sujeto activo el que realice alguna de las*

[5] Reston, María Inés, "Los delitos de infracción de deber", Editorial BdeF, p. 36

acciones típicas estudiadas a través de una persona interpuesta. Esta última, resultando extraneus, por carecer de las cualidades que exige la norma al autor, deberá responder a título de partícipe"[6].

En este caso, los deberes previos extrapenales por remisión del art. 77 del Código Penal surgen del art. 102 de la ley 26.831; de la normativa emitida por la Comisión Nacional de Valores, entre ellas las RG 190-219, RG 227, 622, que imponen el aludido deber de reserva.

En definitiva además del elemento cualificante dado por las diversas categorías enunciadas en el art. 307 del Código Penal, es preciso verificar la relación entre el sujeto y la sociedad, la que le permite acceder al objeto protegido, que es la información privilegiada.

Señala Buompadre que quedan fuera de la previsión típica los "iniciados secundarios", esto es, quienes adquieren dicha información por comunicación, directa o indirecta, de los iniciados primarios, y da el ejemplo del empleado de limpieza que escucha una conversación por medio de la cual obtiene la información y la utiliza en su propio provecho o el de un tercero. La excepción estaría dada en aquellos casos en los que el que utiliza la información, haya accedido a ella mediante la comunicación directa de quien la conoció de primera mano con motivo o en ocasión de sus funciones o actividad profesional o empresarial, en cuyo caso quedaría comprendido en la figura de la "persona interpuesta", hombre de paja, testaferro o fiduciario (quien es la persona que da la cara o figura en los papeles). En estos supuestos, el *extraneus* puede ser castigado a título de partícipe[7].

IV. Tipo subjetivo

Entiendo, coincidente con la posición de Donna, que el delito solo se admite el dolo directo[8]. Se requiere que el autor suministre o utilice la información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad y además que ella sirva para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables. En consecuencia se debe saber el carácter de la información y su voluntad de darla a terceros.

[6] Donna, Edgardo; "Derecho Penal Parte Especial" Rubinzal Culzoni Editores, Tomo IV, tercera edición actualizada", p. 537
[7] Buompadre, Jorge E., op. cit.
[8] Donna, op cit, p. 536

En similar sentido Boumpadre, para quien no resultaría compatible con el dolo eventual en razón de la necesidad de que la información se suministre o utilice para obtener ventajas en la negociación en el mercado[9].

Para Donna, no es requisito del tipo sujeto la ultrafinalidad de obtener rédito económico[10].

Si bien es verdad que no requiere la ultrafinalidad señalada, si en cambio, requiere como elemento distinto del dolo -el que se integra con el conocimiento del carácter reservado de la información y la voluntad de suministrarla o utilizarla-, la ultrafinalidad o intención que lo trasciende, de realizar estas acciones *"para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables"*. Acciones que naturalmente llevan implícita la finalidad de obtener una ventaja económica.

El tipo analizado no admite la modalidad imprudente.

V. Consumación y tentativa

Buompadre[11] lo caracteriza como un delito de pura actividad, de peligro abstracto, que se consuma con el uso o el suministro de la información privilegiada. Se trata de un tipo mixto alternativo en el que la concurrencia de cualquiera de las acciones típicas producen la consumación del delito.

Para Donna, quien también lo caracteriza como un delito de deber, el delito se consuma con el mero incumplimiento del deber de reserva, sin necesidad de beneficio económico para el autor o para terceros[12]

No es posible la tentativa.

VI. Error

Cobra especial importancia la problemática del error, toda vez que la normativa sobre el deber de reserva consagrado en el art. 77 -último párrafo- del Código Penal al definir "información privilegiada", se encuentra regulada en las normas extrapenales reseñadas previamente.

De ahí entonces, que resultan aplicables a esa cuestión las reglas sobre error de tipo. Tratándose de un delito doloso, el error invencible cancela la tipicidad dolosa; en tanto, si se tratara

[9] Buompadre, Jorge E., op. cit.
[10] Donna, Edgardo, op. cit., p. 534
[11] Buompadre, Jorge E., op. cit.
[12] Donna, Edgardo, op. cit., p. 537

de error vencible, tampoco resulta posible atribuir la modalidad imprudente, al no estar contemplada la misma para el delito analizado.

VII. Otras consideraciones

VII.2. Terminología

La expresión *insider trading* es de origen anglosajón. *Insider* es el individuo que pertenece a una determinada organización o sociedad, en una forma bastante cercana como para ser considerado parte integrante de la misma. *Trading* o *dealing* significa "actividad de negociar"[13].

Puede conceptualizarse la figura del *insider trading* como la negociación de valores mobiliarios, y sobre todo de acciones de una sociedad, realizada por quien posee información reservada, relativa al emitente de los valores mobiliarios negociados o al mercado de estos valores[14]; en otros términos, *"tipifica el complejo de operaciones realizadas por determinado sujeto, provisto de información reservada concerniente al funcionamiento de los títulos en el mercado, obtenida en virtud de una posición privilegiada"*[15]. Dicho sintéticamente, consiste en *"negociar títulos accionarios con un desequilibrio ilegítimo de información"*[16].

El *insider*, en cuanto poseedor de información todavía no divulgada, anticipa el efecto que la sucesiva divulgación tendrá en el mercado; operando en la certeza de obtener un beneficio.

La figura se vincula pues a información susceptible de generar beneficio económico a quien se reprocha el aprovechamiento de una situación de superioridad en el plano informativo, que otorga la posibilidad de adquirir noticias anticipadamente respecto del resto de los inversores.

El *insider trading* como se explicara, se vincula con la práctica de realizar operaciones sobre valores del mercado, valiéndose de información relevante no publicada y susceptible de modificar la cotización del valor negociable transado -*insider information*- lo cual permite, a quien lo lleva a cabo, obtener ganancias o evitar pérdidas a expensas de los restantes inversores que no cuentan con la misma información.

Sin embargo, hay quienes sostienen que si bien casi todos los ordenamientos del mundo

[13] Dasso, Ariel Gustavo, "El aprovechamiento de la información reservada (apuntes sobre el "Insider Trading")", en Doctrina Juciial 1987-2-209.

[14] Galgano, Francesco, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Un caso de fraude en el mercado de valores: el llamado insider trading", Revista de derecho privado y comunitario; Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

[15] Carriero, Giuseppe, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit.

[16] Idem nota 1.

prohíben la práctica aludida, unos en forma más flexible que otros, la razón es sólo de orden ético, *"ya que si se analizara con pautas económicas y no jurídicas, se podrían encontrar amplios argumentos en contra de la prohibición del insider trading. De hecho el insider trading no arroja perjuicios al inversor a largo plazo, si en cambio al trader o especulador a corto plazo. Por otra parte no viola normas de de decir la verdad porque no engaña, ni miente, solo utiliza información privilegiada; ni `no apropiarse de lo ajeno; el profit obtenido no pertenece a nadie, no es apropiación. No es asimilable al fraude. La ganancia de los insiders no se hace a expensas de nadie, no hay enriquecimiento en perjuicio de terceros"*[17].

Se trata en definitiva, de ciertas personas que se presume cuentan con información privilegiada, que tienen prohibido utilizar para realizar operaciones sobre los valores negociables y transmitirla a terceras personas, durante aquellos períodos en que se estén gestando en la sociedad de decisiones que llevan a la comunicación de un hecho relevante.

López Barja de Quiroga dice que el *insider trading* es aquel que, debido a su profesión, conoce información relativa a la persona o sociedad para la que trabaja. Se exige pues, vinculación entre el sujeto y la sociedad o empresa a la que refiere la información[18].

Siguiendo el modelo de la legislación francesa, no cualquier persona puede ser "iniciado" o *insider*, sino sólo aquellas que, además de poseer información privilegiada, sean profesionales y la hayan obtenido en función de su desempeño. Así, lo que define tal figura es el aprovechamiento de la información reservada o privilegiada con el fin de obtener para sí o para otros ventajas de cualquier tipo, derivadas de la compra o venta de títulos valores o de cualquier otra operación relacionada con la oferta pública de esos títulos.

Sistematizando las ideas expuestas, podemos distinguir:

1) Los *insiders* propiamente dichos (*insiders* institucionales, *corporate insiders*), aquellos que tienen participación en el capital de una sociedad o son miembros de los órganos de administración, de dirección o de control de la sociedad emitente.

2) Se denomina quasi-insiders (o *temporary insiders*) a aquellas personas que obtienen la información confidencial en razón del ejercicio de una profesión, empleo o función con vínculos

[17] Moffat, María Pía, "Insider trading", en www.espaciosjuridicos.com
[18] Lopez Barja de Quiroga, Jacobo, "El abuso de la información privilegiada", en Bacigaupo, Enrique "Derecho Penal Económico", p. 439, Hammurabi.

interempresarios (por ej., abogados, consultores financieros, etc.).

3) Los insiders ocasionales (*tippees*), categoría amplísima, dilatada y diluida, cuyo único límite está dado por la exigencia legal de haber tenido conocimiento del carácter reservado de la información.

Consecuentemente, insider no sólo es aquel que está inserto en la estructura orgánica del emitente (*insiders* internos o institucionalizados, *corporate insiders*, administrador, síndico, director general, dirigente, liquidador, etc.), sino también aquel que tiene con la sociedad un vínculo contractual (por ejemplo, el dependiente, el abogado que participa en las tratativas secretas de adquisición de un paquete accionario; el técnico que prepara la petición de patentabilidad de una invención; la sociedad consultora; la sociedad de intermediación mobiliaria, etc.) y las personas que reciben información de éstos (*tipees*). Se incluyen, en consecuencia, las personas que están o han estado, en un pasado relativamente próximo, conectadas en forma ostensible con una compañía que cotiza en bolsa; los individuos que intentan o han intentado hacer una oferta de toma de control (*take over*) para una compañía, con facultades especiales, etc..-

VII.2. Marco regulatorio extrapenal

En nuestro país hasta la sanción de la ley 26.733 (BO 28/12/2011) no existían normas penales sobre la figura analizada, sino, se encontraba regulada en la legislación comercial mediante normas de carácter reglamentario: resoluciones de la Comisión Nacional de Valores y por el Decreto 677/01.

Remarco el importante poder que en materia de reglamentación se delega legalmente a dicho organismo, extremo avalado por la CSJN en el precedente “Terrabussi”, del cual me ocuparé más adelante.

A finales del año 2012 mediante la Ley 26.831 se estableció un nuevo régimen regulatorio para el Mercado de Capitales, que derogó la Ley 17.811 y el Decreto 677/01. Esta nueva norma contiene importantes referencias a la figura del *insider trading*.

Las compañías que realizan la oferta pública de Títulos Valores (acciones – obligaciones negociables) se encuentran sometidas a un control especial por parte de organismos del Estado -Comisión Nacional de Valores- y por los Mercados de Valores.

Estos organismos dictan normas específicas que regulan la actividad de las empresas en todo

lo correspondiente a la cotización de sus acciones o bonos; tienen por objeto principal la protección del mercado y de los inversores, basado en la transparencia de la información y de las transacciones que se realizan.

El cumplimiento de estas normas permite colocar al inversor en una situación análoga a la que tiene el accionista de control cuando toma sus decisiones de inversión en la venta o compra de títulos valores.

Tal lo expusiera previamente, el *insider trading* fue regulado principalmente en el Decreto 677/01 “Régimen de transparencia de la oferta pública”, luego, derogado por ley 26.831 y en normas de la CNV (RG 190-219, RG 227, RG 622, entre otras).

El art. 7 del aludido decreto establecía el deber de reserva: “*Deber de guardar reserva. Los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables o persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública y agentes e intermediarios en la oferta pública, incluidos los fiduciarios financieros y los gerentes y depositarios de fondos comunes de inversión y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o actividad, tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente y que, por su importancia, sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables con oferta pública autorizada o con contratos a término, de futuros y opciones, deberán guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público. Igual reserva deberán guardar los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de las sociedades calificadoras de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la COMISION NACIONAL DE VALORES, entidades autorreguladas y cajas de valores y cualquier otra persona que, en razón de sus tareas, tenga acceso a similar información.El deber de reserva se extiende a todas aquellas personas que, por relación temporaria o accidental con la sociedad o con los sujetos precedentemente mencionados, pudieran haber accedido a la información allí descripta y, asimismo, a los subordinados y terceros que, por la naturaleza de sus funciones, hubieren tenido acceso a la información*”.

A su vez, el art. 33 establecía la prohibición de uso de la información de información

reservada en beneficio propio o de terceros y regula la acción de recupero del precio positivo: "P*rohibición de utilizar información privilegiada en beneficio propio o de terceros. Acción de recupero. Las personas mencionadas en el artículo 7° del presente Decreto no podrán valerse de la información reservada allí referida a fin de obtener, para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública. Lo aquí dispuesto se aplica también a las personas mencionadas en el artículo 35 de la Ley Nº 24.083 y sus modificaciones. En los casos en que se infrinja la prohibición establecida en el primer párrafo, el diferencial de precio positivo obtenido por las personas comprendidas en el párrafo anterior proveniente de cualquier compra y venta o de cualquier venta y compra efectuadas dentro de un período de SEIS (6) meses, respecto de cualquier valor negociable de los emisores a que se hallaren vinculados, corresponderán al emisor y serán recuperables por él, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder al infractor. Si el emisor omitiera incoar la acción correspondiente o no lo hiciera dentro de los SESENTA (60) días de ser intimado a ello, o no la impulsara diligentemente después de la intimación, dichos actos podrán ser realizados por cualquier accionista. La acción de recupero prescribirá a los TRES (3) años contados a partir del momento en el que fue efectuada la operación, y podrá acumularse a la acción prevista en el artículo 276 de la Ley Nº 19.550 y sus modificaciones, sin que resulte necesario para ello la previa resolución asamblearia"*.

La ley 26.831 en su art. 154 derogó el mencionado decreto. En primer lugar, en el art. 102 de la citada ley se establece el deber de reserva: *"Los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables o persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública y los agentes, según la categoría que corresponda y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o actividad tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente y que por su importancia sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables con oferta pública autorizada deberán guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público. Igual reserva deberán guardar los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de los agentes de calificación de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la*

Comisión Nacional de Valores, mercados y agentes de depósito colectivo y cualquier otra persona que en razón de sus tareas tenga acceso a similar información.

El deber de reserva se extiende a todas aquellas personas que por relación temporaria o accidental con la sociedad o con los sujetos precedentemente mencionados pudieran haber accedido a la información allí descripta y, asimismo, a los subordinados y terceros que por la naturaleza de sus funciones hubieren tenido acceso a la información".

La figura específica del *insider trading* se encuentra consagrada en el Art. 117 inc. "a":

"a) Abuso de información privilegiada. Los directores, miembros del órgano de fiscalización, accionistas, representantes de accionistas y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora o entidad registrada, por sí o por persona interpuesta, así como los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de los agentes de calificación de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la Comisión Nacional de Valores, mercados y agentes de depósito y cualquier otra persona que, en razón de sus tareas tenga acceso a similar información, no podrán valerse de la información reservada o privilegiada a fin de obtener, para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública. Lo aquí dispuesto se aplica también a las personas mencionadas en el artículo 35 de la ley 24.083 y sus modificaciones. En estos casos, el diferencial de precio positivo obtenido por quienes hubieren hecho uso indebido de información privilegiada proveniente de cualquier operación efectuada dentro de un período de seis (6) meses, respecto de cualquier valor negociable de los emisores a que se hallaren vinculados, corresponderá al emisor y será recuperable por él, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder al infractor. Si el emisor omitiera incoar la acción correspondiente o no lo hiciera dentro de los sesenta (60) días de ser intimado a ello, o no lo impulsara diligentemente después de la intimación, dichos actos podrán ser realizados por cualquier accionista;

b) Manipulación y engaño. Los emisores, agentes registrados, inversores o cualquier otro interviniente o participante en los mercados autorizados, deberán abstenerse de realizar, por sí o por interpósita persona, en ofertas iniciales o mercados secundarios, prácticas o conductas que pretendan o permitan la manipulación de precios o volúmenes de los valores negociables, alterando el normal desenvolvimiento de la oferta y la demanda. Asimismo, dichas personas deberán

abstenerse de incurrir en prácticas o conductas engañosas que puedan inducir a error a cualquier participante en dichos mercados, en relación con la compra o venta de cualquier valor negociable en la oferta pública, ya sea mediante la utilización de artificios, declaraciones falsas o inexactas o en las que se omitan hechos esenciales o bien a través de cualquier acto, práctica o curso de acción que pueda tener efectos engañosos y perjudiciales sobre cualquier persona en el mercado.

A los efectos de la determinación de la sanción de aquellas conductas descriptas, la Comisión Nacional de Valores considerará como agravante si la conducta sancionada fuere realizada por el accionista de control, los administradores, gerentes, síndicos de todas las personas sujetas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores o funcionarios de los órganos de control;

c) Prohibición de intervenir u ofrecer en la oferta pública en forma no autorizada. Toda persona física o jurídica que intervenga, se ofrezca u ofrezca servicios en la oferta pública de valores negociables sin contar con la autorización pertinente de la Comisión Nacional de Valores, será pasible de sanciones administrativas sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan".

El art. 118, en tanto, regula la acción de recupero: *"La acción de recupero prescribirá a los tres (3) años, podrá promoverla cualquier accionista con sujeción a las normas que regulan la acción subrogatoria y será acumulable a la de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1.984) y sus modificaciones, sin que sea necesario previa resolución asamblearia".*

La Resolución General 190 (t.o. Res. 227 del 21/01/93) de la Comisión Nacional de Valores en su primer párrafo contempla las diversas figuras relacionadas al *insider*, en cuanto dispone: *"Los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes, profesionales intervinientes y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo, actividad, posición o relación tenga información respecto al desenvolvimiento o negocios de una sociedad con oferta pública autorizada que aún no haya sido divulgada públicamente y que por su importancia pueda afectar la colocación de títulos valores o el curso de su negociación en los mercados, deberán guardar estricta reserva".*

El artículo 12 continúa: *"El deber impuesto en el artículo anterior se extiende, igualmente, a todas aquellas personas que por relación temporaria o accidental con la sociedad o sujetos*

mencionados en él, pudieran haber accedido a la información allí descripta. Corresponde a los sujetos allí mencionados adoptar las medidas necesarias para que sus subordinados o terceros no accedan a la información reservada, así como denunciar de inmediato ante la Comisión Nacional de Valores cualquier hecho o circunstancia que hubiera llegado a su conocimiento y de los cuales pudiera presumirse una violación al deber de guardar reserva o a la prohibición de utilizar la información privilegiada aquí establecidos". La regulación se completa con el artículo 21 que dispone: *"Las personas mencionadas en los artículos 11 y 12 no podrán valerse de la información reservada allí referida a fin de obtener para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de títulos valores o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública"*.

El artículo 11, segundo párrafo, de la Resolución General 227, establece: *"Igual reserva deberán guardar aquellos directivos, funcionarios y empleados de las sociedades calificadoras de riesgo y de los organismos públicos y privados de control, incluidos la Comisión Nacional de Valores, entidades autorreguladas y cajas de valores que en razón de sus tareas tengan acceso a similar información". Por una u otra razón, la doctrina nacional admite que están dentro del concepto los "funcionarios gubernamentales que tienen acceso a determinada información"*.

La Resolución General 622 (05/09/2013), dictada de acuerdo a lo prescripto por el art. 155 de la Ley 26.831, en lo referente al tema analizado dispone:

*"**TÍTULO XII - TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO DE LA OFERTA PÚBLICA -***

Capitulo II, sección I: Deber de reserva

Art. 1 - En el marco de las obligaciones impuestas en el artículo 102 de la Ley N° 26.831, quien en razón de su cargo o actividad tenga información acerca de un hecho no divulgado públicamente y que por su importancia sea apto para afectar la colocación de valores negociables, o el curso de su negociación en los mercados, deberá guardar estricta reserva al respecto y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público.

Quedan comprendidos en el deber mencionado:

a) Los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables, incluidos los Mercados.

b) Cualquier persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública.

c) Directivos, funcionarios y empleados de los agentes de calificación de riesgos.

d) Directivos, funcionarios y empleados de los agentes de depósito colectivo.

e) Directivos, funcionarios y empleados de cámaras compensadoras y demás categorías de agentes registrados en la Comisión.

f) Funcionarios públicos y directivos, funcionarios y empleados de los organismos de control públicos o privados, incluida la Comisión.

g) Cualquier persona que, en razón de su cargo, actividad, posición o relación tenga acceso a tal información.

h) Cualquier persona que por relación temporaria o accidental con la emisora o con cualquiera de los demás sujetos mencionados, o relación social o familiar con accionistas integrantes del grupo de control o con los sujetos antes mencionados, pueda acceder a la información citada. Asimismo, se extiende a los subordinados y terceros que por la naturaleza de sus funciones hubieren tenido acceso a la información.

OTROS SUJETOS ALCANZADOS.

Art. 2 - Las personas físicas o jurídicas mencionadas en el artículo anterior que por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones, posean datos o información reservada, deberán adoptar las medidas necesarias para que sus subordinados o terceros no accedan a la información reservada, salvaguardando dichos datos e información.

En particular, deberán:

a) Impedir que la información reservada pueda ser objeto de utilización abusiva o desleal y tomar de inmediato las medidas necesarias para prevenir y, en su caso, corregir las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

b) Denunciar de inmediato ante la Comisión cualquier hecho o circunstancia que hubiera llegado a su conocimiento y de los cuales pudiera presumirse una violación al deber de guardar reserva o a la prohibición de utilizar la información privilegiada.

Las obligaciones anteriores no alcanzan al deber de comunicación y colaboración que las personas mencionadas tienen respecto de los tribunales judiciales y de las agencias administrativas de control.

Capítulo III, sección I: Abuso de información privilegiada.
Prohibiciones generales.

Art. 1 - En el marco de las obligaciones impuestas por el inciso a) del artículo 117 de la Ley N° 26.831, las personas mencionadas en el artículo 1° del Capítulo II del presente Título, no podrán:

a) Utilizar la información reservada allí referida a fin de obtener para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables, o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública.

b) Realizar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, las siguientes acciones:

b.1) Preparar, facilitar, tener participación o realizar cualquier tipo de operación en el mercado, sobre los valores negociables a que la información se refiera.

b.2) Comunicar dicha información a terceros, salvo en el ejercicio normal de su trabajo, profesión, cargo o función.

b.3) Recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores negociables o que haga que otros los adquieran o cedan, basándose en dicha información.

En caso de incurrir en las conductas descriptas, el diferencial de precio positivo obtenido por quienes hubieren hecho uso indebido de información privilegiada proveniente de cualquier operación efectuada dentro de un período de SEIS (6) meses, respecto de cualquier valor negociable de los emisores a que se hallaren vinculados, corresponderá al emisor y será recuperable por él, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder al infractor. Si el emisor omitiera incoar la acción correspondiente o no lo hiciera dentro de los SESENTA (60) días de ser intimado a ello, o no lo impulsara diligentemente después de la intimación, dichos actos podrán ser realizados por cualquier accionista".

Las normas relevadas establecen el deber de reserva y la prohibición de utilizar la información privilegiada, indicando respecto de los sujetos sobre los cuales recae el aludido deber, no podrán:

a. Utilizar la información privilegiada a fin de obtener para sí o para otros ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables (acciones, bonos), futuros, opciones o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de oferta pública.

b. Realizar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente: (1) preparar, facilitar o tener participación en cualquier operación del mercado que involucre los valores negociables cuya información privilegiada conocen; (2) comunicar dicha información privilegiada a terceros, salvo en el ejercicio normal de su trabajo; y (3) recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores negociables, futuros u opciones.

Bajo estas directrices se desarrolla la idea del *insider trading*: aquella persona que, por razones de su trabajo o profesión vinculada a una compañía emisora, se encuentra en conocimiento de información privilegiada que aún no ha sido divulgada en forma pública, y utiliza dicha información: (i) en beneficio propio; (ii) en beneficio de un tercero; (iii) en perjuicio del mercado.

La figura del *insider trading* no se centra entonces, en la capacidad negocial del sujeto que la realiza, sino en la utilización o aprovechamiento de información confidencial o reservada con posibilidad de incidencia en el precio de los valores, elemento este que, obviamente, no posee la otra parte.

En algunos supuestos es la posición o rol preponderante en la sociedad, lo que le facilita acceder a ciertas circunstancias determinantes del negocio a realizar. En otros, en razón del cargo, actividad, posición o relación tenga acceso a tal información. O bien, por cualquier relación

temporaria o accidental con la emisora o con cualquiera de los demás sujetos mencionados, o relación social o familiar con accionistas integrantes del grupo de control o con los sujetos antes mencionados, pueda acceder a la información citada. Deber de reserva que se extiende a los subordinados y terceros que por la naturaleza de sus funciones hubieren tenido acceso a la información.

Destaco asimismo, que la normativa reseñada no sólo impone el deber de reserva, sino que además para el caso de haberse conculcado el mismo, requiere de los sujetos obligados adoptar de inmediato las medidas necesarias para prevenir y, en su caso, corregir las consecuencias que de ello pudieran derivarse; denunciar de inmediato ante la CNV cualquier hecho o circunstancia que hubiera llegado a su conocimiento y de los cuales pudiera presumirse una violación al deber de guardar reserva o a la prohibición de utilizar la información privilegiada.

VIII. Jurisprudencia

El leading case "Terrabussi" (CSJN, 24/04/007)

En dicho precedente –luego de interesantes avatares procedimentales detalladamente expuestos por Ricado W. Beller- la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la interpretación de la figura del "insider trading" realizada por la Comisión Nacional de Valores en el sumario iniciado contra ciertos directivos y accionistas integrantes del grupo de control de Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.[19].

Según expone el mencionado autor la cuestión versaba con motivo de las tratativas para la venta del paquete accionario mayoritario de la empresa Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. ("Terrabusi") a Nabisco. En el marco de las negociaciones se firmó en noviembre de 1993 un Acuerdo de Entendimiento en el que se estipulaba el precio por acción al cual se realizaría la operación. Se informó al público la firma del Acuerdo de Entendimiento, aunque en la comunicación pertinente se omitió informar el precio acordado. En negociaciones posteriores los accionistas vendedores y Nabisco acordaron elevar el precio original, lo cual tampoco fue informado al público.

Durante los primeros meses de 1994 miembros del directorio y determinados accionistas que conformaban el grupo de control de Terrabusi concretaron numerosas operaciones de compra venta de las acciones de Terrabusi en el mercado.

[19] Beller, Ricardo W, "Caso Terrabussi: leading case sobre insider trading" en www.marval.com.ar

Estos *insiders* presumiblemente conocían el precio de venta de las acciones acordado con Nabisco que no había sido revelado al público en general. Por tal motivo la Comisión Nacional de Valores inició un sumario contra ciertos directivos y accionistas de Terrabusi aplicando sanciones de multas por haber operado en el mercado con conocimiento del precio que Nabisco había ofrecido por las acciones de Terrabusi que a su vez era desconocido por el público en general, determinando que estos directivos y accionistas incurrieron en *insider trading* según el artículo 21 de la Resolución General Nº 277/1993 que prohibía "valerse de la información reservada…a fin de obtener para sí o para otros ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de títulos valores o de cualquier operación relacionada con el régimen de la oferta pública"; que los imputados compraron acciones cuando el precio de cotización era inferior y vendieron cuando era superior al precio acordado con Nabisco. Estos *insiders* utilizaron información a la cual habían tenido acceso por sus cargos en la sociedad y por ser negociadores de la venta de acciones a Nabisco. También que, aunque la celebración del Acuerdo de Entendimiento con Nabisco fue informado al público, el precio por acción acordado con Nabisco nunca fue comunicado públicamente. Esa información tenía aptitud suficiente para afectar sustancialmente la colocación de títulos valores o el curso de la negociación en los mercados. Al operar conociendo ésta información privilegiada los *insiders*aprovecharon la desigualdad de condiciones respecto de los restantes inversores.

Asimismo, que la finalidad de la norma es lograr la transparencia en el mercado, fundamental para generar confianza en el inversor, lo cual necesariamente requiere garantizar el acceso a información confiable y suficiente. Aplicando el "*abstain or disclose rule"* del derecho norteamericano, la CNV consideró que los sumariados debieron abstenerse de operar en el mercado si contaban con información privilegiada, o debieron informarla al público previo a realizar cualquier operación en el mercado. La CNV consideró que la configuración del ilícito no requiere de dolo específico pues lo exigido por la norma es sólo no operar valiéndose de información privilegiada y no pública.

Luego de algunos avatares procesales expuestos detalladamente por Beller en el citado trabajo[20], en el fallo de fecha 24 de abril de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló lo resuelto por la CNV, destacándose entre otras conclusiones la naturaleza administrativa de la sanción impuesta por la CNV; como asimismo sus facultades reglamentarias cuya competencia era atribuida por ley sobre todos los participantes de la oferta pública y, consecuentemente, era competente para

[20] Beller, Ricardo W., op. cit.

aplicar las sanciones al detectar infracciones a sus resoluciones generales. Que, los sumariados conocían el precio por acción acordado con Nabisco en todo momento debido al curso seguido por la negociación y su calidad de *insiders;* que la buena fe invocada es desvirtuada por el gran volumen negociado por los sumariados durante el período de negociaciones con Nabisco y la compra de acciones aun cuando el precio subía, lo cual demuestra el objetivo de obtener ventajas.

Caso "Alpargatas S.A." (CNCom., Sala "F")

Mediante sentencia de fecha 07/09/2011, dictada en la causa 065726/09 - *COMISIÓN NACIONAL DE VALORES c/ ALPARGATAS SA s/ Organismos externos",* la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la Resolución de la Comisión Nacional de Valores mediante la que se impuso a la sociedad Alpargatas S.A., multa por la infracción constatada a los arts. 59 y 281 incs. a) y g) de la Ley de Sociedades Comerciales, 77 de la Ley 17.811, a hacerse efectiva en la persona de los Directores Titulares a la época de los hechos examinados, miembros del Comité de Auditoría y miembros del Consejo de Vigilancia y absolvió al resto de las sociedades involucradas.

En dicha resolución, entre otras consideraciones de importancia se destaca que *"La misma Comisión Nacional de Valores ha establecido la necesidad de brindar amplia publicidad de los datos económicos y financieros de las empresas como de la actuación de todos los intervinientes en el comercio de valores negociables para asegurar la veracidad y eficacia de la información suministrada. Así, precisa que constituyen hechos relevantes todos aquellos con aptitud para incidir en decisiones de inversión o desinversión y/o en el precio de cotización de los valores negociables. (Resolución Nº 14.128, Expte. Nº 674/99)".*

"El régimen de información sobre hechos relevantes del Dec. 677/01 pretende erigirse en un adecuado mecanismo de control, para cuya finalidad se impone como correlato el deber frente a todo hecho o situación que, por su importancia, sea apto para afectar en forma sustancial la colocación de valores negociables o el curso de su negociación (art. 5 inciso a) del Decreto citado). En el sub- examine no se ha controvertido que las tratativas preliminares vinculadas con venta del paquete de control de Alpargatas SA, como el avenimiento de una oferta pública de adquisición de títulos, pudieran ser enmarcados fuera del género descripto por la norma citada (v. gr. listado ejemplificativo del art. 3 Cap. XXI Normas CNV-NT 2001 y modif. Res Gral 368 hasta Res. Gral 589, especialmente acápite 21); como tampoco se ha cuestionado que los administradores de las sociedades y los integrantes de los órganos de fiscalización están obligados a informar su acaecimiento de forma inmediata a la CNV".

"…Tanto por parte del Directorio cuando de los órganos que deben vigilar la actuación de éstos, un proceder falto de diligencia en el desempeño de sus cargos, al haberse limitado a informar los hechos relevantes que le fueron comunicados, sin formular mayores pesquisas aún a expensas del requerimiento de la BCRA, lo que constituye una infracción al art. 77 de la Ley Nº 17.811 y art. 8 inc. a) del Dec. 677/01".

"Alpargatas SA, en la persona de sus Directores y de forma deliberada, mantuvo un estado de incertidumbre sobre las condiciones de la venta del paquete accionario; desde que la confidencialidad de la información benefició a la compradora (SPASA) y a los accionistas vendedores, entre los que se encontraban tres integrantes del Directorio y sus cónyuges; con afectación para el resto de los accionistas y en infracción a las reglas de transparencia que impone el mercado bursátil".

"… cuando el Mercado recibe una noticia que trasciende e influye notoriamente en sus operaciones –lo cual significa que le atribuyó credibilidad– los partícipes en el sistema y en particular, quienes están directamente relacionados con la noticia, deben extremar los recaudos a fin de confirmar de inmediato su veracidad y alcances, o bien desautorizarla con debido sustento…. Los artículos periodísticos daban cuenta de un hecho relevante, y los involucrados en la noticia – en la medida que no solicitaron la dispensa prevista por el art. 6 in fine Anexo del Dec. 677/01 -estaban obligados a brindar explicaciones precisas y veraces a su respecto, con todas las aclaraciones o rectificaciones necesarias y que estuvieran a su alcance para evitar que lo divulgado pudiera resultar confuso, engañoso o incompleto y a fin de colocar a todos los inversores en igualdad de condiciones en relación a su inversión (arg. arts 1, 2, 23 y 24 del Cap. XXI de las Normas NT 2001 y modif.)".

"Nuestra Corte Federal admitió que la demostración del conocimiento por parte de los sumariados de información relevante y no compartirla al público impone recurrir a la prueba de presunciones pues, a diferencia de otras infracciones, el insider trading no se caracteriza por una evidencia obvia, ya que por lo general tal infracción se origina en comunicaciones verbales de una persona a otra, máxime cuando quienes han intervenido están ligados por vínculos familiares y comunidad de intereses. De allí que la prueba indirecta sea admitida y las presunciones adquieran singular importancia (CSJN, Fallos 324: 3083; "Establecimiento Modelo Terrabusi SA" del 27/09/01, disidencia Dres. Boggiano y Nazareno)".

"La acreditación del incumplimiento de las obligaciones de los administradores necesariamente importa la acreditación de su culpa, toda vez que su principal obligación es la de administrar la sociedad con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios. La diligencia de un buen hombre de negocios implica experiencia y por tanto requiere conocimiento de las actividades configurativas del objeto social de la sociedad administrada (LSC: 11-3º; 63-1º-c; 64-I-a y 66),importando la carencia de tal conocimiento un elemento configurativo de responsabilidad. Asimismo, en la medida que administra bienes que no son suyos, el deber dediligencia debe complementarse con el de lealtad (LSC: 59) cuyo antecedente es la fidelidad prescripta para el mandatario (CCiv. : 1908), consistente en que no debe dar preferencia a sus intereses en oposición con los del mandante "."El comportamiento antijurídico aquí se ve plasmado en la falta de diligencia adoptada para ahondar en la información que las buenas prácticas en el mercado bursátil exigían para con el público inversor, hecho que es directamente atribuíble al órgano de conducción de la empresa y a través de él, imputable directamente a la emisora".*

"El beneficio que para los Directores- accionistas deparó la no divulgación al público inversor del alcance de las tratativas, radicó en el mayor precio que obtuvieron, del que luego fue ofrecido a los demás accionistas minoritarios a través de la OPA, quebrantándose así el tratamiento paritario e infringiendo el art. 27 del Cap. XXI de las Normas de la CNV cuando proscribe a los directores " Utilizar la información reservada a fin de obtener para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública".

"Si bien es gravosa la conducta de los directores- accionistas, también es predicable el reproche al resto de los directores, por cuanto su conducta debe ser juzgada en función de la actividad o inactividad obrada por el órgano; pues no es pasible de dispensar de responsabilidad por la falta de ejercicio efectivo de las facultades inherentes a la calidad de integrante del plantel de conducción de una sociedad".

"De haber aplicado la vigilancia y el celo exigido a todo buen hombre de negocios, bien pudieron no haber cohonestado las inconductas de aquellos directores directamente implicados en la negociación".

"El Consejo de Vigilancia tiene por función el control de mérito de la gestión del Directorio, lo que necesariamente conlleva ejercer la vigilancia de la prudencia de los actos del órgano de administración, la orientación comercial, su política de precios y adquisiciones, del gobierno del personal, etc. que incluye, obviamente, el control de sujeción de tales actos a las disposiciones legales y estatutarias".-

ABUSOS SEXUALES

Por **Jorge Buompadre**

Art. 119: "*Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

a) ***Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;***

b) ***El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;***

c) ***El autor tuviere conocimiento de ser portador de una*** **enfermedad de transmisión sexual grave,** ***y hubiere existido peligro de contagio;***

d) ***El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas*;**

e) ***El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;***

f) ***El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.***

En el supuesto del primer párrafo la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. **a, b, d, e *o* f".**

Abuso Sexual Simple:

El delito de abuso sexual simple o básico, está previsto en el párr. 1º del art. 119 y se corresponde con el delito de abuso deshonesto previsto en el viejo texto del derogado art. 127 del Cód. Penal (Capítulo III, "Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor").

El antiguo delito de *abuso deshonesto* tuvo su fuente inmediata en el Proyecto de 1891, pero sólo fue introducido al derecho positivo a través de la ley 4189, de 1903. El Proyecto de 1906 mantuvo el criterio anterior, pero sustituyó la expresión "sin que haya cópula" por la de "sin que haya acceso carnal". Las leyes de reformas 17.567 y 21.338 sólo innovaron en la denominación del Capítulo, sustituyendo la rúbrica original "Violación y estupro" por la de "Violación, estupro y abuso deshonesto". La ley 20.509 volvió a la fórmula original del Capítulo y la ley 23.077 al texto y número original del art. 127. Posteriormente, la ley 23.487 de 1987 modificó la rúbrica original por la de "Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor". Por último, la ley 25.087 introdujo una nueva configuración al delito, que es la que vamos a estudiar a continuación.

Bien Jurídico.

El bien jurídico protegido en este tipo de abuso sexual es la libertad sexual de las personas, que se ve agredida en el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo con su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales. El atentado sexual violento o abusivo afecta este derecho individual, en la faz específica de la sexualidad. Cuando el abuso sexual recae sobre un menor de trece años, el atentado afecta la sexualidad del menor en su desarrollo potencial, en su futuro desarrollo personal en el ámbito de la sexualidad.

Definición.

El abuso sexual es una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada sobre una persona, contra su propio querer consciente.

De la definición propuesta, se pueden determinar los elementos que caracterizan a los abusos sexuales: *1*) una conducta abusiva de contenido sexual; *2*) contacto corporal directo entre el agresor y la víctima; *3*) que este contacto corporal afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima; no es suficiente la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual, sino

que debe mediar un contacto físico, y *4*) ausencia de consentimiento en la víctima respecto del acto sexual en que se ve involucrada por la conducta del autor.

Elementos del delito.

El abuso sexual del párr. 1º del art. 119 abarca comportamientos bien diferenciados: 1) la agresión sexual cometida contra un menor de trece años, aun con su consentimiento, y 2) la agresión sexual perpetrada contra otra persona de cualquier edad, mediando violencia o intimidación, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción.

Tipo objetivo.

1. La Acción.

La acción típica en ambos supuestos es la misma: *abusar sexualmente* de otra persona.

Pero, ¿cómo debemos entender esta expresión abuso sexual"?; se trata de una expresión compleja que implica, por un lado, una conducta de contenido sexual ejecutada sobre el cuerpo de otra persona, vale decir, sobre sus partes sexuales, y, por otro lado, un aprovechamiento, un exceso, una cosificación, de la víctima. Sólo una conducta con tales características puede ser abusiva.

O sea, que una conducta es sexualmente abusiva, cuando el autor no sólo tiene conocimiento de la situación de incapacidad del sujeto pasivo, sino cuando, además, se aprovecha de ella, instrumentalizando a la víctima a los efectos de un trato sexual que no se hubiera producido en condiciones normales[1].

Existen, sin embargo, casos o situaciones (casos límite) que son objetivamente indiferentes con relación al sexo o que pueden tener más de un significado (p.ej., el beso, el abrazo, las caricias, el examen médico-ginecológico) y que resultan muchas veces difíciles de resolver. Para alguna doctrina, la solución requiere que se recurra a la subjetividad del autor, es decir, a la intención que ha guiado su conducta; de manera que, si el sujeto ha perseguido, por ejemplo un propósito impúdico, un deseo lúbrico o lujurioso, un ánimo de satisfacer su deseo sexual, etc., entonces se estaría en el ámbito del

[1] MORALES PRATS-GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios, p. 248.El abuso implica, como subraya ORTS BERENGUER, el uso "objetual" (la cosificación) del sujeto pasivo (ver VIVES ANTÓN y otros, Derecho penal.Parte especial, p. 237).

abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima usada por el autor.

De acuerdo con este criterio, entonces, no serían propiamente acciones sexuales aquellas que –aún cuando recaigan sobre las partes sexuales del cuerpo de la víctima- estuvieren guiadas por motivos terapéuticos, científicos o simplemente jocosos, vengativos o vejatorios[2].

En nuestra opinión, nos parece que en ciertas hipótesis, como el examen médico-ginecológico (uretral, rectal, vaginal, etc.), nunca podría configurarse un abuso sexual, al menos como principio general.

No debemos olvidar que en casos como el del examen médico deben concurrir al menos dos presupuestos bien concretos y diferenciados: uno, el consentimiento del paciente, y el otro, la ausencia de alguno de los medios específicamente previstos en el párr. 1º del art. 119 del Cód. Penal, todo lo cual –a nuestro juicio– obsta a la configuración del delito. Si se dan en el caso particular estos dos extremos, cabe preguntarnos qué importancia puede tener, para el tipo penal, que el médico obtenga, además del examen objetivo del paciente, un placer sexual con ello. Claro está que si, además de la necesaria exploración profesional, el médico toca o palpa otras zonas sexuales del cuerpo del paciente (p.ej., los senos), y lo hace sorpresivamente, sin el consentimiento de éste o a través de medios violentos o compulsivos, entonces sí podríamos afirmar que estamos dentro del marco de criminalidad de esta clase de abuso sexual, pero no por la concurrencia de un ánimo o propósito especial que guía la conducta del autor, sino porque el acto ha sido objetivamente impúdico.

La nueva regulación no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito (tampoco la anterior), pero sí que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico o de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima, sin propósito lascivo, incluso guiado por otra intención (p.ej., burla, humillación, venganza, ira), configura un abuso sexual típico. Por el contrario, el contacto físico con otras partes del cuerpo, aun con un móvil sexual, no tipifica el delito. La solución para estos casos límite o dudosos debería buscarse –insistimos–, no en el marco de un elemento subjetivo no exigible típicamente, sino en los propios antecedentes del caso concreto, cuyas características nos darán una aproximación al verdadero contexto delictivo[3].

---

[2] MAQUEDA ABREU, La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, "El nuevo Código Penal y la ley del jurado", Sevilla, nov. 1996, p. 81.

[3] Conf. POLAINO-ORTS, Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (especial referencia a la ley orgánica 11/1999, del 30 de abril), "Cuadernos de Política Criminal", nº 67, p. 166, nota 43, en el que afirma que lo que distingue la

Actos materiales de tocamiento.

Un sector de la doctrina exige, para la configuración del delito, un contacto corporal directo entre el agresor y la víctima (MUÑOZ CONDE, DÍEZ RIPOLLÉS, GONZÁLEZ RUS y –entre nosotros– REINALDI, PARMA, FÍGARI y GAVIER[4]), mientras que otro sector de la doctrina, por el contrario, entiende que el tipo puede consumarse incluso sin la concurrencia de ese contacto corporal directo, pues en cualquiera de ambos supuestos puede verse vulnerada la libertad sexual de la víctima (ORTS BERENGUER, CARMONA SALGADO, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, SUÁREZ RODRÍGUEZ, y –entre nosotros– CREUS, VILLADA, ESTRELLA, CLEMENTE y otros, con distintas matizaciones). Para este último grupo de autores, entonces, el abuso sexual admite comportamientos tales como obligar a la víctima a desnudarse y llevar a cabo actos de exhibición obscena, a masturbarse u obligarla a efectuar esta clase de actos en la persona de un tercero, siempre en presencia del sujeto activo. En nuestra opinión, por el contrario, si bien este tipo de conductas implican un ataque a la libertad sexual de la víctima, no encajan en el tipo del abuso sexual simple, que exige –como dijimos– actos físicos de tocamiento y no la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual. Estos supuestos configuran, según nos parece, un tipo de coacción (art. 149 bis, Cód. Penal) como delito contra la libertad individual.

El abuso sexual se configura sólo si se afecta físicamente el cuerpo de la víctima, sea que la acción recaiga directamente sobre ella o que, por obra del autor, la víctima actúe sobre el cuerpo de

---

acción típica de la exploración médica, a la luz de nuestro derecho positivo vigente, no es el ánimo lúbrico o tendencia voluptuosa, que nuestra ley no exige, sino el ataque lesivo al bien jurídico protegido, la libertad sexual.

[4] En opinión de CREUS y de GAVIER, son suficientes los actos de acercamiento o de aproximación. Sobre la opinión de estos autores debe hacerse una matización. CREUS opina que el abuso sexual abarca los actos de acercamiento, con contenido sexual, aun en los casos en que no media el acercamiento con órganos del autor sino la mediación de instrumentos (p.ej., introducción de objetos en orificios de la víctima).Según nuestro parecer, el ejemplo de CREUS encuadra más bien en el delito del párr. 2º del art. 119 y no en el de abuso sexual simple, pues en rigor de verdad no se trataría de una hipótesis de acercamiento, sino de contacto directo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, además de configurar un supuesto de sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La opinión de GAVIER, a su vez, nos parece contradictoria, pues mientras, por un lado, sostiene que, en lo que hace a su materialidad, el delito sigue consistiendo en una irrupción indebida en el ámbito de intimidad corporal de las personas, "mediante actos de aproximación", luego expresa que "siempre será necesario que se realicen actos materiales que impliquen un contacto del cuerpo del autor con la víctima, porque el delito según se muestra de acuerdo la doctrina, no puede cometerse a distancia" (Delitos contra la integridad sexual, p. 26 y 27).Ver, con abundante cita de doctrina por una u otra posición, SUÁREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 73 y siguientes.

éste. No son suficientes las palabras obscenas, los gestos, la simple contemplación, las proposiciones deshonestas[5], los actos de aproximación[6], etcétera. El abuso sexual exige actos corporales directos de tocamiento; no puede cometerse a distancia.

El delito de abuso sexual simple excluye la realización de acceso carnal con la víctima, o la intención de llevarlo a cabo, en cuyo caso estaríamos en el ámbito de la consumación o de la tentativa del delito previsto en el párr. 3º del art. 119 o en el del art. 120.

Circunstancias de criminalidad. Son circunstancias de criminalidad del abuso sexual las siguientes: a) que la víctima sea menor de trece años y b) que el delito se haya cometido (contra mayores o menores de edad) mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción.

1) *Edad de la víctima.* Con arreglo al texto legal, el abuso sexual es punible si la víctima es menor de trece años, límite de edad impuesto por la reforma, que aumentó el de doce años de la redacción anterior[7]. Menor de trece años es aquel que, al momento del hecho, no ha cumplido aún los trece años de edad. Se trata de la edad cronológica, no de la edad mental o psiquiátrica, y su prueba puede realizarse mediante la partida de nacimiento o, en su caso, con la prueba supletoria (p.ej., pericial médica). En esta situación, la ley le niega al menor de trece años de edad la capacidad suficiente para comprender el significado sociocultural del acto sexual que protagoniza. No se trata de una

---

[5] Por todos, ver LÓPEZ BOLADO (dir.), Violación, estupro y abuso deshonesto, p. 168.

[6] En contra, LÓPEZ BOLADO (dir.), Violación, estupro y abuso deshonesto, p. 169; GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 26 y siguientes; ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 37 y siguientes; CREUS, El nuevo Código Penal argentino, p. 38.De acuerdo con el texto, REINALDI, actualizador de NÚÑEZ, Manual de derecho penal, parte especial, p. 104, y Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, p. 38 y ss., quien sostiene que no puede cometerse a distancia ni de palabra; PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 30; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal.Parte especial”, t. I, p. 256.

[7] Es acertada la crítica que ESTRELLA formula al incremento de la edad a trece años (De los delitos sexuales, p. 43). En verdad, no se entiende muy bien cuál ha sido el fundamento para aumentar la edad de la víctima a trece años, más aún en la época actual en la que, precisamente, la sexualidad de los menores tiene comienzo en edades más tempranas. Por otra parte –tomando prestadas algunas expresiones de este autor– hay que convenir en que carece de toda lógica el razonamiento que conduce a pensar que el menor de trece años tenía libertad sexual en 1921 (época de sanción del Código Penal), porque así lo había decidido el legislador y no la tiene en la actualidad, porque así lo ha decidido nuevamente el legislador, sin mencionar criterio científico alguno que justifique tal decisión.

ineptitud para entender el alcance fisiológico de la relación sexual, pues bien puede el menor haber tenido conocimiento anterior de él, ya sea por aprendizaje teórico o por relaciones sexuales pasadas.

El legislador ha considerado que una persona menor de trece años está incapacitada para comprender el sentido del acceso carnal, por lo cual no puede prestar válidamente su consentimiento para él. Es una incapacidad presunta *iuris et de iure* (no admite prueba en contrario), por lo cual no hay que reconocerla en cada caso concreto; para acreditar la tipicidad es suficiente con la prueba de la edad real[8].

De aquí que el consentimiento prestado por el menor para la realización del contacto sexual no tenga eficacia desincriminante. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al tratar, en forma específica, el consentimiento del sujeto pasivo.

El error acerca de la edad de la víctima impide la tipificación del delito, pues elimina la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad criminal, pero no producen ese efecto la duda o la ignorancia, que no benefician al autor.

2) *Violencia y Amenaza.* La dinámica comisiva del abuso sexual a través de estos medios típicos debe entenderse en el mismo sentido y alcance que refirió la doctrina y jurisprudencia sobre los conceptos de fuerza e intimidación con respecto al antiguo delito de violación.

La *violencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra índole, llevada a cabo por el autor o un partícipe, que recae sobre la persona de la víctima o se dirige directamente hacia ella, con el propósito de lograr el contacto sexual.

"Violencia" equivale a fuerza física, a medios de acción material, que actúan sobre el cuerpo de la otra persona o se proyectan hacia ella. Se trata de un supuesto de *vis absoluta*, aun cuando su empleo no demande una resistencia continuada o persistente (hasta el cansancio) opuesta por la víctima; basta con que la voluntad de ésta haya sido quebrada por el abuso violento del autor. El consentimiento libremente prestado por la víctima mayor de trece años hace desaparecer el delito, con excepción de aquellos supuestos en que se acordó un tipo de contacto sexual y, posteriormente, por la fuerza, se logra otro distinto (p.ej., manipular el ano u otras partes sexuales no permitidas).

Al concepto de "violencia" quedan equiparados el uso de hipnóticos o narcóticos (art. 78, Cód. Penal).

---

[8] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 185 y siguientes.

La *amenaza* es la intimidación o anuncio de un mal para infundir temor en la víctima, y así lograr el contacto sexual. Es la *vis compulsiva*, que puede ser empleada por el autor o por un tercero, pero, en cualquier caso, debe constreñir psicológicamente al sujeto pasivo y determinarlo a someterse a los deseos del autor.

La amenaza es un medio para provocar miedo o temor en la víctima, pero para que sea típica, debe reunir ciertas características: debe ser grave, seria, inminente, injusta, determinada o determinable por las circunstancias, futura, posible y dependiente de la voluntad del autor.

La amenaza es la contrapartida de la acción libre y autónoma de una persona. Su empleo implica un acto compulsivo que afecta la libertad de decisión del sujeto pasivo con respecto a su libre actividad sexual.

3) *Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.* El abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder es una nueva modalidad de abuso sexual introducida por la Ley 25.087 y consiste en el empleo de medios compulsivos que tienen su causa en una situación de superioridad de la que se prevalece el sujeto activo. Esta situación de superioridad tiene su correlato en una condición de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, que demanda obediencia o acatamiento funcional o laboral por parte de éste a aquél. Es de esta situación de prevalencia funcional, laboral o de otro tipo de la que se aprovecha el autor para el logro de sus objetivos sexuales.

Esta modalidad supone la obtención de un consentimiento viciado, por cuanto el tipo requiere que la conducta sea abusiva sexualmente, esto es, que el autor use indebidamente el cuerpo de la víctima como consecuencia del aprovechamiento de una relación de dependencia, autoridad o poder.

La nueva regulación no ha significado la incriminación del **acoso sexual** como figura autónoma en el marco de esta modalidad delictiva. La dinámica comisiva de ambas hipótesis es estructuralmente diferente. En todo caso, podría configurar un supuesto de tentativa de abuso sexual o una amenaza coaccionante prevista en el párr. 2º del art. 149 del Cód. Penal[9].

[9] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 192.En contra, GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 24; REINALDI, en NÚÑEZ, Manual de derecho penal.Parte especial, p. 106, y Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, p. 60 y ss.; PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 46.Conforme con el texto, MORALES PRATS-GARCÍA ALBERO, Delitos contra la libertad sexual, en QUINTERO OLIVARES y otros, "Comentarios", p. 249 y 258; EDWARDS, Delitos contra la integridad sexual, p. 17; PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 69 y ss.; DONNA,

El acoso sexual consiste, en general, en la solicitud o requerimiento de favores de naturaleza sexual, prevaliéndose el autor de una situación de superioridad, docente, laboral o de prestación de servicios y anunciándole a la víctima males relacionados con sus legítimas expectativas en el ámbito relacional, funcional o de trabajo que la une al agente, si no accede a sus pretensiones sexuales (p.ej., "si no accedes a tener relación sexual serás despedida del trabajo"). Los supuestos de acoso sexual –al contrario de lo que sucede con el delito de abuso sexual– excluyen los contactos corporales entre el autor y la víctima. Se trataría, más bien, de actos no consumados de abuso sexual o de una coacción especializada por el propósito sexual perseguido por el autor. El abuso sexual, en cambio –tal como lo venimos sosteniendo–, exige para su perfeccionamiento actos directos de tocamiento de las partes sexuales de la víctima. El límite mínimo de intervención penal en un atentado sexual viene marcado por la exigencia de un contacto corporal[10]. En todo caso, si el sujeto pasivo accediera a las propuestas del acosador y mantuviera el contacto sexual, será de aplicación el delito de abuso sexual en la modalidad que estamos analizando. Como puede apreciarse, el acoso sexual no fue tipificado como delito autónomo en nuestro ordenamiento penal.

4) *Aprovechamiento de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.* Este supuesto de aprovechamiento (en el que la víctima no puede consentir libremente la acción) hace referencia a una especial situación de debilidad en que se encuentran ciertas personas por hallarse afectadas de enfermedades o padecimientos, o por encontrarse en determinadas situaciones que las colocan en una condición de inferioridad ante el autor, y que le reportan mayor dificultad (o una imposibilidad) para oponerse a los designios sexuales del agresor.

En estos casos, se presume *iuris tantum* (admite prueba en contrario) que la víctima carece de la capacidad suficiente para consentir o rechazar libremente la relación sexual. Por la propia naturaleza que tiene tal presunción, desaparecerá la razón de la incriminación si el sujeto pasivo tenía capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual. Se trata, en definitiva, de una cuestión que necesariamente deberá ser sometida a comprobación en el proceso judicial.

Esta nueva modalidad introducida en el párr. 1º del art. 119 abarca las hipótesis contempladas

---

Delitos contra la integridad sexual, p. 30; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal. Parte especial", t. I, p. 258 y siguientes.

[10] MAQUEDA ABREU, La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, "El nuevo Código Penal y la ley del jurado", Sevilla, nov. 1996, p. 81.

expresamente en el texto derogado; a saber, víctima privada de razón o de sentido o que por enfermedad o cualquier otra causa no haya podido resistirse al acto sexual.

Se exige, además, una especial referencia subjetiva en el obrar del autor, cuyo alcance abarca distintos aspectos: uno, que se aproveche de la situación de incapacidad o de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima para comprender el sentido y alcance del acto sexual que realiza; otro, el conocimiento de tal incapacidad en el sujeto pasivo.

Con arreglo al nuevo texto, entonces, no toda relación sexual con un enfermo mental o con un incapaz resulta punible, sino que lo será sólo aquella que implica un abuso (aprovechamiento) de la incapacidad del sujeto pasivo.

Una víctima *privada de razón* supone la falta de la capacidad para comprender el significado ético-social del acto que realiza. Hay ausencia de aptitud valorativa o, lo que es lo mismo, la víctima se encuentra imposibilitada de poder efectuar un juicio crítico acerca del acto que ha consentido. Es un caso, como dijimos, en el que la capacidad de intelección del sujeto se determina a través de un juicio presuntivo *iuris tantum*, pues, tratándose de un acto sexual voluntario –vale decir, con consentimiento de la víctima[11]–, podría suceder que la incapacidad sobrevenga al acto sexual o, por el contrario, que el contacto sexual se haya producido durante un intervalo de lucidez de la víctima.

Existen diferentes estados que pueden quedar abarcados por el tipo penal, por ejemplo ciertas enfermedades mentales (congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, etc.) como la locura epiléptica, erótica, la demencia senil y ciertos niveles de oligofrenias (p.ej., la idiotez –que es el grado más grave de retraso mental–, la imbecilidad –que representa un grado más moderado–), entre otras.

Una víctima está *privada de sentido* cuando se encuentra ante la imposibilidad de comprender el acto que realiza, sea por padecer un estado de inconsciencia o por estar con la conciencia gravemente perturbada, por ejemplo el sueño, el sonambulismo, el desmayo, el sopor, la epilepsia y la ebriedad en su máximo grado, entre otros.

La nueva fórmula abarca distintos tipos de incapacidades de orden físico, congénitas o

[11] Ponen el acento en el consentimiento, SANDRO, Violación (víctima privada de razón), "Doctrina Penal", 1983-513; LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal.Parte especial, vol. II, p. 351.

provocadas por el autor[12], así como cualquier dolencia transitoria o permanente, física o mental, pero condicionada a que impida a la víctima consentir libremente la acción. Quedan comprendidas, por lo tanto, las secuelas dejadas por la enfermedad (p.ej., la parálisis, la amputación de los miembros), pero siempre que la causa opere impidiendo a la víctima su libre autodeterminación sexual.

5) *Consentimiento de la víctima*. El consentimiento no plantea ningún problema cuando se trata de una víctima mayor de 13 años o no sea de aquellas especialmente vulnerables (incapaces, trastornados mentales, etc.). Pero, en situaciones de menores de esa edad o de personas especialmente vulnerables, la cosa es diferente. En estos últimos casos, la doctrina entiende que el consentimiento carece de eficacia desincriminante, por cuanto el derecho no les reconoce capacidad suficiente para consentir libremente un acto de naturaleza sexual. Vale decir, que la prestación del consentimiento es indiferente para el derecho penal: la falta de reconocimiento legal encierra una verdadera presunción de que la persona que se encuentra en tales condiciones carece de capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual. De acuerdo con este razonamiento, entonces, la conclusión es que, si se dan en el caso particular las condiciones de minoridad o incapacidad, la presunción se torna absoluta (*iuris et de iure*), importando la aplicación automática del art. 119.

Sin embargo, nosotros creemos que en ciertas hipótesis, el consentimiento del sujeto pasivo (menores e incapaces) tiene relevancia desincriminante. Nosotros creemos que no es suficiente con la existencia de la menor edad o de la incapacidad para la aparición del delito, sino que hace falta algo más: que se "abuse" de ellas.

En tales supuestos, el consentimiento que han prestado el menor o el incapaz es no sólo posible sino válido, pues, de lo contrario, no tendría explicación la exigencia nromativa del "abuso" para considerar cometido el delito.

Si el legislador ha exigido como condición típica que el autor "abuse sexualmente" del sujeto pasivo, es porque le ha reconocido el derecho a ejercer su sexualidad libremente, tanto que, de no mediar una conducta abusiva, la relación sexual con el menor o con el incapaz no constituye delito. Y, si esto es así, entonces hay que concluir que el menor o el enfermo mental pueden válidamente otorgar el

[12] Ejemplo de incapacidad física provocada podría ser el caso de un sadomasoquista que se somete a una sesión atado de pies y manos, en una posición que permite fácilmente el acceso, y el autor lo penetra no obstante la voluntad contraria de aquél.

consentimiento para el acto sexual. De lo contrario, si se debiera entender que la presunción de invalidez del consentimiento es absoluta, entonces todo comportamiento de contenido sexual con personas comprendidas en tales categorías (aun las conductas no abusivas) debería considerarse delictivo.

Si la libertad sexual comporta una manifestación concreta de un bien jurídico más general: la libertad individual, resulta obligado concluir que tanto los menores como los incapaces son titulares del derecho a la libertad; lo contrario, implicaría reconocer la existencia de personas sin derechos, algo que no parece concebible en el estado actual de nuestro derecho. De aquí que, para que la conducta sexual sea típica, debe haber sido una "conducta abusiva"[13].

La exigencia de una "conducta abusiva" implica –según nos parece– el reconocimiento legislativo de que la mera relación sexual con menores de trece años o con personas con capacidades diferentes carece de incidencia negativa alguna en el desarrollo de su vida sexual. Por lo tanto, la presunción de invalidez del consentimiento no es absoluta sino relativa, de manera que, si en el caso particular se comprueba que el menor o el incapaz prestaron su acuerdo para la realización del acto sexual, y la conducta del autor no fue abusiva de la situación padecida por estas personas, el hecho no puede considerarse delictivo. La inexistencia de abuso implica la inexistencia de delito.

Una interpretación que otorgue valor absoluto a la presunción legal sólo podía haber tenido cabida durante la vigencia del texto derogado, según el cual para que la conducta sea ilícita era suficiente con que se la llevara a cabo con un "menor de doce años", pero no frente a un texto como el actual en el que, además de la edad o la situación de vulnerabilidad de la víctima, la dinámica del tipo penal exige que el autor abuse sexualmente de la otra persona. De lo contrario, deberíamos admitir que carece de todo sentido que el legislador haya exigido en el tipo objetivo el elemento del "abuso" de la situación en que se encuentra la víctima, pues, por imperio de la presunción legal, era suficiente para la consumación típica con la realización de la conducta sexual, aun cuando no se concrete bajo la modalidad abusiva.

Como conclusión, entonces, se puede afirmar que la conducta sexual realizada por el sujeto activo sólo será típica cuando ella tenga verdadera incidencia negativa en la formación y desarrollo de la vida sexual del sujeto pasivo, circunstancia que se dará únicamente cuando se demuestre que el menor o el

[13] Ver GARCÍA PÉREZ, La regulación del derecho penal sexual en España, en REYNA ALFARO (dir.), "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual", p. 237.

enajenado han sido instrumentalizados por el autor, vale decir, cuando éste se ha aprovechado de las limitaciones cognoscitivas y volitivas de la víctima para obtener de ella su consentimiento e involucrarla en un contexto sexual determinado, lo cual justificaría la intervención penal[14].

7*) Sujetos.* Sujetos activo y pasivo del delito puede ser cualquier persona, sin que se exija la concurrencia de ninguna cualidad especial que no sean aquellas que agravan el hecho (art. 119, párr. 5º). Se trata de un delito común, de autor y víctima indiferenciadas, hetero u homosexual.

8) *Consumación y Tentativa*. El delito es de pura actividad y se consuma cuando se ejecuta el acto de contenido sexual sobre el cuerpo de la víctima[15]. La posibilidad de la tentativa ha dividido a la doctrina. La rechazan GÓMEZ, PECO, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, MOLINARIO, etc., mientras que la admiten SOLER, NÚÑEZ, CREUS, LAJE ANAYA, AROCENA, FONTÁN BALESTRA[16], REINALDI, GAVIER y DONNA, entre otros. En verdad, si bien pueden ser imaginables formas imperfectas de ejecución, en la praxis puede resultar muy confuso el deslinde entre los actos preparatorios y la tentativa punible, en la que la intención del sujeto juega un rol preponderante.

8) *Tipo Subjetivo. Cuestiones al respecto.* Con relación a la culpabilidad en este delito, la

---

[14] SÁNCHEZ TOMAS, Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 59, p. 121 y ss., quien explica que resulta necesario reconducir a sus justos términos la exigencia del abuso, evitando que su concurrencia quede condicionada a la mera presencia de una persona con trastorno mental. Ello supondría despreciar la existencia de la exigencia típica de que el comportamiento del sujeto pasivo quede condicionada por la conducta abusiva del sujeto activo. La exigencia del abuso, aunque presupone el elemento cognoscitivo-intelectivo del dolo, no debe confundirse con él. Sólo estaremos en presencia del abuso cuando el sujeto sea consciente del trastorno mental del sujeto pasivo. Pero ésta es una comprobación del dolo, y si nos refiriéramos únicamente a él se haría innecesaria la nueva previsión del elemento subjetivo. Por ello, la conciencia del trastorno mental es requisito necesario pero no suficiente para afirmar su abuso. El ámbito propio del abuso radica en el aprovechamiento del trastorno mental para involucrar insidiosamente al sujeto en una relación sexual.

[15] LEDESMA, Abuso deshonesto o tentativa de violación, “Doctrina Penal”, 1982-541.AROCENA, por su lado, entiende que el delito es de lesión y se consuma con el tocamiento, contacto o aproximación corporal; sin embargo, afirma –contrariamente– que el abuso sexual no puede cometerse a distancia ni de palabra, sino que la conducta típica exige tocamientos o contactos corporales entre el autor y la víctima, salvo –al parecer– cuando se trate de objetos con connotación sexual que se aproximan a partes del cuerpo ajeno [Delitos contra la actividad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal.Parte especial”, t. I, p. 256 y 260].

[16] FONTÁN BALESTRA, Tratado de derecho penal, t. V, p. 124, acepta la tentativa conceptualmente, pero manifiesta sus dudas en la práctica.

doctrina plantea distintas propuestas. Una, llamada "subjetivista", exige para la consumación típica la concurrencia de un elemento subjetivo especial en el autor, esto es, que se proponga con el acto deshonesto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito[17]. El dolo, para esta doctrina, se define por la dirección intelectual dada al acto: el propósito de excitar la propia lascivia, quedando caracterizado como un elemento subjetivo del tipo de injusto. La opinión ha sido defendida por un importante sector de la doctrina italiana (MAGGIORE, MANZINI, RANIERI, etc.) y buena parte de nuestros autores (PECO, ODERIGO, GÓMEZ, MALAGARRIGA, MORENO, MOLINARIO, entre otros).

La otra propuesta, denominada "objetivista", considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda el pudor sexual de la víctima, esto es, que sea objetivamente impúdico. De modo que, para esta opinión, cualquiera sea el propósito del autor (satisfacción sexual, venganza, broma, etc.), el delito se consuma con el acto objetivamente impúdico. Sostienen esta postura, entre otros, NÚÑEZ, SOLER, FONTÁN BALESTRA, LÓPEZ BOLADO, LAJE ANAYA, CREUS, REINALDI y AROCENA.

El abuso sexual es un delito doloso, pero de dolo común. La ley no exige ningún elemento subjetivo del tipo de injusto. Basta –como se tiene dicho– con el dolo común, esto es, con la conciencia de que el acto es impúdico y con la voluntad de realizarlo, con exclusión del acceso carnal. Las conductas torpes o culposas no están incriminadas.

Cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso sexual, aunque de manera subjetiva el autor hubiese agregado miras distintas de las del ultraje sexual. Pero cuando de modo objetivo el acto es sexualmente indiferente o puede resultar equívoca su referencia a esa esfera de la personalidad, será el contenido sexual que de manera subjetiva el agente le otorgue lo que lo convierta en abuso sexual[18].

d) *AGRAVANTES.* Las circunstancias agravantes para el simple abuso sexual están previstas en el párr. 5º del art. 119 del Cód. Penal, las cuales, salvo la excepción hecha de la contemplada en el inc. *c* –

[17] FONTÁN BALESTRA, Tratado de derecho penal, t. V, p. 121.

[18] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 185.

que "*el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio*"–, son las mismas que las previstas para los supuestos de los párrs. 2º y 3º.

La pena, para estos supuestos, es de tres a diez años de prisión o reclusión.

Este nuevo esquema de agravantes podemos sintetizarlo de la siguiente manera:

1) *POR EL RESULTADO.* Comprende el grave daño en la salud (art. 119) y la muerte de la persona ofendida (art. 124).

a) **Grave daño**. La nueva disposición, salvo el agregado de la expresión "salud mental", es la misma que la del anterior art. 122. Lamentablemente, el legislador no reparó en que el problema que se había suscitado en la doctrina no residía en si el concepto de salud física abarcaba o no el de salud mental (algo sobre lo que todos estaban de acuerdo), sino en el alcance de la expresión "grave daño"; vale decir, si la redacción comprendía sólo las lesiones graves y gravísimas de los arts. 90 y 91 del Cód. Penal o si, por el contrario, el concepto se hacía extensible también a otros daños graves determinables judicialmente.

Respecto de esta cuestión, algunos autores entienden que grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Se trata más bien de una expresión genérica que le permite al juez apreciar libremente la gravedad del daño. Son esta opinión SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, GARONA, GAVIER, REINALDI, ESTRELLA, CLEMENTE, VILLADA y AROCENA.

Otros, en cambio, sostienen una posición restringida, según la cual la expresión "grave daño" equivale a las lesiones de los arts. 90 y 91 del Cód. Penal. Siguen esta postura GÓMEZ, ODERIGO y MORAS MOM.

En nuestra opinión, *grave daño* no es una expresión genérica que permita una libre interpretación judicial, sino una expresión jurídica con contenido propio, cuya única posible determinación sólo puede hacerse a partir de una interpretación legal. La expresión "grave daño" es un concepto normativo y, por lo tanto, es siempre una lesión grave y, con mayor razón aún, si la lesión es gravísima.

Una interpretación que deje librado al arbitrio judicial –más aún si tenemos presente que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez– la determinación del grado de la lesión constituye, a nuestro modo de ver, no sólo un peligroso criterio de interpretación, sino que se convierte

en una verdadera fuente de inseguridad jurídica.

Desde el punto de vista subjetivo, la agravante es de naturaleza preterintencional, vale decir, que el resultado más grave (culposo) no debe haber sido querido ni buscado por el autor. Por lo tanto, "grave daño en la salud" debe ser entendido, de un lado, como un daño fisiológicamente importante, esto es, de mayor entidad que las lesiones leves (por lo tanto, siempre será una lesión grave o gravísima) y, de otro, que debe afectar el cuerpo de la víctima (daño anatómico) o su salud mental (daño funcional).

b) **Muerte de la víctima.** El art. 124 establece: "*Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida"* (texto según Ley 25.893/04).

Se trata de un resultado preterintencional no conectado subjetivamente al autor. La muerte de la víctima es un acontecer culposo que no estuvo en los designios del agente, ni siquiera como resultado probable. La muerte de la persona ofendida –dice la norma– debe "resultar" de algunas de las conductas previstas en los arts. 119 y 120, esto es, que debe ser una consecuencia del propio abuso sexual, del sometimiento sexual gravemente ultrajante o del acceso carnal, y en todas estas hipótesis no debe haber estado prevista por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada al art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal[19].

Cabe poner de relieve que la agravante sigue suscitando opiniones encontradas. Para Arocena, con cuya postura coincidimos, se trata de un tipo cualificado por el resultado. De Luca y López Casariego, por el contrario, entienden que, por la escala penal prevista en el tipo penal, se trata de un resultado equiparado a los del art. 80 del cód. penal, de modo que la muerte de la víctima debería estar abarcada, cuanto menos, por el dolo eventual del autor. Nosotros seguimos creyendo, no obstante la fundada

[19] En contra, NÚÑEZ, Derecho penal argentino, t. IV, p. 270, para quien también queda comprendida en la agravante la muerte producida con dolo eventual. En opinión de DONNA, sólo integran la agravante los resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo con el homicidio culposo en los casos que así suceda (Delitos contra la integridad sexual, p. 82).AROCENA comparte la postura que sostenemos en el texto, aunque categoriza a la agravante como un tipo cualificado por el resultado [Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal.Parte especial", t. I, p. 271 y siguientes]. En igual sentido, Klappenbach Fernando y Giúdice Bravo Juan F., en Código penal comentado y anotado (Dir.; Andrés D'alessio), cit., pag.188) opinión compartida por Breglia Arias y Gauna, conf. Código penal comentado, pags. 1071 y sig.. Para De Luca y López Casariego, teniendo en cuenta la escala penal prevista por el art.124, se trata de una muerte equiparable a las del art. 80 CP, por lo tanto, dolosa, cuanto menos –dicen- abarcada por el dolo eventual (conf. Delitos contra la integridad sexual, cit., pags. 130 y sig.).

opinión de estos autores, que se trata de una agravante, cuyo resultado escapa a los designios del autor; la muerte no es querida, ni siquiera prevista como probable; la remisión al delito del art. 120 constituye un punto apoyo a la tesis del resultado preterintencional que sustentamos, por cuanto la muerte de la víctima no parece ser un resultado compatible con la estructura típica del estupro, cuya dinámica comisiva requiere el consentimiento del sujeto pasivo. Con respecto a las penas, eso sí, entendemos que la escala penal contenida en el art. 124 no respeta el principio de proporcionalidad [20].

2) *POR EL PARENTESCO CON LA VÍCTIMA.* La agravante exige para su aplicación no sólo la existencia del vínculo parental entre víctima y victimario que deriva del propio art. 119, sino también la concurrencia de la situación de abuso prevista en el primer párrafo del mismo artículo. Fuera de estos casos, la simple relación carnal consentida entre personas unidas parentalmente (incesto) no configura delito en nuestro régimen penal.

3) *POR LA CALIDAD DEL AUTOR.* La nueva legislación ha reemplazado la vieja expresión "sacerdote" por la de "*ministro de algún culto reconocido o no*", en la pretensión de acabar con la polémica acerca de si la voz *sacerdote* hacía referencia únicamente a aquella persona vinculada a un culto que estaba reconocido oficialmente en el país. Con la nueva frase incorporada por la reforma, queda comprendida en la agravante cualquier actividad ministerial religiosa, de cualquier jerarquía, careciendo de relevancia el que haya sido o no reconocida como tal por el Estado.

Lo que fundamenta el mayor castigo en este supuesto, a nuestro modo de ver, es la simple calidad del sujeto activo, esto es, su condición sacerdotal. Basta con que el autor, al momento del hecho, ostente la calidad exigida por la norma. Por ello, con la regulación anterior la agravante concurría aun cuando la víctima ignorase la calidad de sacerdote que revestía el autor. Sin embargo, de acuerdo con la actual estructura que presenta la agravante, debe tratarse de una conducta abusiva, vale decir que el autor se prevalezca o aproveche de su condición de sacerdote. Por lo tanto, la víctima debe conocer su

[20] Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado, cit., pags. 403 y sig..

calidad de tal[21].

La nueva expresión que trae la ley es comprensiva de cualquier ministro de una religión y de la jerarquía que sea, reconocido o no por el Estado. Por consiguiente, el término abarca al sacerdote del culto católico, al rabino, al pastor protestante, al guía espiritual de un grupo religioso, al gurú de una secta, etcétera[22].

En cuanto a la agravante de haber sido el hecho cometido por personal perteneciente a las *fuerzas policiales o de seguridad*, se trata de una circunstancia calificante novedosa que no estaba prevista en la legislación derogada. El fundamento de la mayor penalidad reside en la posición de poder o de dominio que representa la autoridad policial ante los terceros, que ven debilitadas sus defensas frente al ataque sexual de que son objeto.

Con arreglo al texto legal, la agravante sólo resulta aplicable si el abuso sexual se lleva a cabo por la autoridad pública, "*en ocasión de sus funciones*". De modo que no resulta suficiente con la mera condición de personal policial o de seguridad que revistan formalmente al momento del hecho (p.ej., un agente de la policía que comete el hecho estando en franco de servicio), sino que el abuso sexual debe haberse cometido en oportunidad de estar desarrollando o ejecutando una actividad en el marco de su competencia funcional y territorial.

La expresión "*fuerzas policiales o de seguridad*" comprende a las policías provinciales, Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía de Seguridad Aeroportuaria.

4) *POR LA EXISTENCIA DE CIERTOS DEBERES ESPECIALES.* La nueva fórmula, a diferencia de la anterior, ha incluido expresamente al tutor (art. 377 CC) y al curador (art. 468 CC) al lado de los dos supuestos ya previstos y que según la doctrina se encontraban comprendidos en ellos: el encargado de la educación y el encargado de la guarda.

En todos estos casos, el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor.

---

[21] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 198.En contra, requiriendo sólo la cualificación del autor para la aplicación de la agravante, circunstancia que lleva a que la víctima no debe conocer la condición de aquél, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal. Parte especial", t. I, p. 269.

[22] En contra (sólo al sacerdote católico), PEÑA GUZMÁN, citado en LÓPEZ BOLADO (dir.), en Violación, estupro y abuso deshonesto, cit., p. 201.

a) *Encargado de la* educación. Es aquel a cuyo cargo está la tarea de enseñar, instruir, educar, corregir, impartir lecciones, etc., a otra persona.

Puede tratarse de una relación jurídica o una de hecho y el ejercicio del cargo o el mantenimiento de la situación fáctica puede ser permanente (o de cierta estabilidad o permanencia) o meramente transitoria o circunstancial.

Son ejemplos de este supuesto el profesor universitario, el secundario, el maestro de escuela, el preceptor de un colegio, la institutriz, el maestro de algún arte u oficio, el maestro particular, etcétera.

b) *Encargado de la guarda*. Es aquel a cuyo cargo está el cuidado del sujeto pasivo, sea que la relación provenga de un acto jurídico o de una mera situación de hecho.

Esta relación, al igual que en la hipótesis anterior, puede ser transitoria o permanente, pero no meramente circunstancial, como sería el caso, por ejemplo, del amante estable de la madre de la víctima. Se requiere, al menos, entre el autor y la víctima, que exista la relación a que hace referencia la ley cuando alude a encargo (o encargado) de la guarda (cuidado) del sujeto pasivo. El encargo significa tener a cargo o bajo el propio dominio o poder el cuidado (guarda) de la víctima.

5) *POR LA PATOLOGÍA DEL AUTOR.* Esta nueva agravante solamente tiene relación con los párrs. 2º y 3º del art. 119 (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual agravado por el acceso carnal) y no con el abuso sexual simple del párr. 1º. La exclusión de la agravante para los casos de abuso sexual simple se explica, seguramente, por la dificultad de contraer el peligro de contagio de la enfermedad si no existe penetración sexual, pero es harto sabido que este tipo de enfermedades también pueden transmitirse por otras vías distintas del contacto sexual.

El autor debe tener conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave contagiosa y que se encuentra en actividad, es decir, en período de contagio. Además, la conducta sexual tuvo que haber creado concretamente el peligro de contagio en la otra persona. Se trata de una figura de peligro concreto.

Son enfermedades de transmisión sexual grave, entre otras, la sífilis, el chancro blando, blenorragia, hepatitis B y el sida.

6) *POR EL NÚMERO DE AUTORES.* La nueva redacción incrementa la pena del abuso sexual cuando ha sido cometido por dos o más personas. De esta manera, las modificaciones introducidas en el texto han venido a solucionar el viejo problema planteado en la doctrina sobre el número mínimo de

personas requerido por la agravante derogada, que hacía referencia al concurso de dos o más personas.

Para que resulte aplicable el tipo agravado, en el hecho deben haber intervenido como mínimo dos personas, sin límites en su máximo[23].

El fundamento de la agravante debe buscarse en la menor posibilidad de defensa que experimenta la víctima frente a un hecho de plural participación y en la mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico que importa el ataque de un grupo de personas.

La agravante se configura aun cuando uno o más de los autores sean inimputables. Lo que importa es el número, no la capacidad penal de los intervinientes. Es suficiente con que sólo uno de ellos haya cometido la agresión sexual. La participación se rige por las reglas comunes. La pluralidad de agravantes no multiplica el delito, sólo tiene incidencia en la ponderación de la pena. La intervención pasiva igualmente da lugar a la agravante[24].

7) *POR EL MEDIO EMPLEADO.* El art. 119, inc. *d*, párr. 4º, agrava la pena cuando el abuso sexual haya sido cometido "*con armas*".

El fundamento de la mayor penalidad reside en el incremento del peligro corrido por la víctima del ataque sexual, no sólo en relación con el bien jurídico específicamente protegido, sino con otros bienes cuya integridad también corre peligro (p.ej., la vida o la integridad corporal del sujeto pasivo). El uso de un arma, además de mejorar la posición del agresor sexual, disminuye los mecanismos de defensa de la víctima.

La agravante comprende las armas propias e impropias, de fuego o de disparo. Pero, en cualquier caso, el abuso sexual debe haber sido cometido con armas, es decir, mediando el empleo de ellas, no siendo suficiente la mera portación del arma[25], que únicamente podrá ponderarse como un acto de intimidación. Pese a que el sustantivo "armas" está empleado en plural, es suficiente con el uso de una sola arma, en singular.

---

[23] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 201 y siguientes.En una misma dirección, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal.Parte especial", t. I, p. 269 y siguientes.

[24] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 201 y ss.; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal.Parte especial", t. I, p. 269 y siguientes.

[25] En contra, PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 92 y siguientes.En el sentido del texto, DONNA, Delitos contra la integridad sexual, p. 89.

8) *POR LA EDAD Y SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA.* El inc. *f* del párr. 4º del art. 119 introduce una nueva modalidad agravatoria de los abusos sexuales: haber cometido el hecho contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con él.

Esta modalidad de abuso sexual agravado requiere para su configuración de los siguientes elementos: un menor de dieciocho años, varón o mujer; una situación de convivencia con el sujeto pasivo que sea preexistente al hecho mismo, y el aprovechamiento de tal situación por parte del autor.

La situación de convivencia puede ser transitoria o permanente, ya que la ley nada indica al respecto, pero seguramente habrá que tener especial cuidado con aquellas situaciones de cohabitaciones pasajeras, esporádicas, de muy corta duración y que revelan la inexistencia de una verdadera convivencia entre el autor y la víctima, que supone una vida en común compartida.

La convivencia implica algo más que el "estar o permanecer en el mismo lugar que el autor"; no se trata de una situación meramente material o física, sino de una situación que tiene como presupuesto una comunidad de intereses, de afectos y de situaciones compartidas que son similares a las de una familia, que puede estar formalmente constituida o conformar simplemente una unión de hecho (concubinato). De aquí que no resulta suficiente con solo "vivir bajo el mismo techo", como piensa alguna doctrina. De cualquier modo, la agravante sólo resulta aplicable en la medida en que el autor se aproveche de la situación de convivencia, vale decir, se prevalezca o utilice las ventajas que tal situación le brinda para consumar el abuso sexual. Se trata de un elemento subjetivo que acompaña el obrar del autor, sin el cual la figura resulta excluida.

Abuso Sexual Gravemente Ultrajante

Art. 119, párrafo segundo: ***"La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".***

Se trata de un subtipo agravado del abuso sexual simple previsto en el art. 119, párr. 1º, de forma que su aplicabilidad dependerá, además de la concurrencia de los elementos propios que contiene el tipo, de los requisitos exigidos para la figura básica.

El tipo requiere un comportamiento sexual abusivo que, ya sea por su duración (elemento temporal

indeterminado), o por ciertas circunstancias de tiempo, modo, lugar, medio empleado, etc., (elemento circunstancial), haya significado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima.

El abuso puede ser temporalmente variable, pero en cualquier caso deberá tratarse de una conducta sexual abusiva que se prolongue de manera excesiva en el tiempo, por un lapso cuya duración –por no estar prevista en la ley– sólo podrá determinarse sobre la base de criterios ponderables por vía judicial.

Un sometimiento sexual es gravemente ultrajante para la víctima cuando afecta su dignidad como persona humana o cuando tiene un particular signo degradante y envilecedor. Lo que caracteriza a conductas de esta clase es la humillación que causa en sus víctimas. Son ejemplos de abusos que producen en la víctima esta sensación de envilecimiento, los actos sexuales realizados en público, o ante la propia familia, empleándose objetos o instrumentos mecánicos o de cualquier naturaleza, pero de connotación sexual; introducción de los dedos o la lengua en la vagina o el ano de la víctima, y la *fellatio in ore*, entre otros. Con referencia a los objetos, deben ser corpóreos e inanimados, debiendo actuar como sucedáneos del pene, vale decir, que deben tener una significación sexual[26].

En cuanto a la vía de introducción deben ser la vaginal o la anal, excluyéndose otros orificios del cuerpo humano, entre ellos la boca, salvo que la introducción se produzca mediante la penetración del órgano genital masculino por vía oral (*fellatio in ore*), en cuyo caso estaremos dentro de la tipicidad de esta conducta agravada.

Por tratarse de un subtipo derivado (agravado) de la figura básica del párr. 1º del art. 119, los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, siendo irrelevante que sean o no del mismo sexo. El abuso puede perpetrarse tanto contra un menor de trece años como contra cualquier otra persona mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o aprovechando la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. Pero, en cualquier caso, la conducta típica deberá plasmarse en un contacto corporal

[26] La jurisprudencia ha puesto de relieve las notas características de este tipo de abuso sexual.En este sentido, ha dicho el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba que "el art. 119, párr. 2º, Cód. Penal, es un tipo abierto por medio del cual el legislador ha delegado al juez la prudente ponderación sobre la extensión del tipo, exigiéndole que compruebe la existencia de un abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima y que ello derive de su duración o de las circunstancias de su realización.Los actos sexuales 'gravemente ultrajantes' son los que objetivamente considerados tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Incurre en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, el accionar del acusado que llevó a su habitación por la fuerza a una menor de quince años, con la que convivía en calidad de guardador, y con quien procedió a mantener sexo oral (en el caso, el imputado abusó sexualmente de la joven, en contra de su voluntad, le subió el camisón, le bajó la bombacha y le succionó la vagina)" (ST Córdoba, Sala Penal, 9/9/04, "González", "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", nº 6, p. 163).

de inequívoca significación sexual, sin que se llegue al acceso carnal.

Abuso Sexual Agravado por Acceso Carnal

Art. 119 párrafo tercero, se corresponde con el viejo delito de violación del anterior art. 119, que ha desaparecido como tipología autónoma para pasar a configurar un subtipo agravado del abuso sexual simple previsto en el primer párrafo del mismo artículo. La conducta típica, no obstante, ha quedado centrada, como antes, en el acceso carnal.

a) *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* El bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual de las personas, entendida como la facultad del individuo de autodeterminarse respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual.

Esto implica reconocer, en principio, que la actividad sexual entre las personas, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser objeto de reproche punitivo. La sexualidad de los individuos debe mantenerse libre de toda injerencia del derecho penal. La intervención penal sólo puede justificarse frente al disenso del otro o ante situaciones especiales del sujeto pasivo.

La violación no es punible por la actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro. Si el derecho penal ha de intervenir, ha de ser para poner de manifiesto que tal conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin la opresión de ninguno de ellos. Por eso, lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el prevalerse de determinadas circunstancias en que se encuentra el otro sujeto[27].

b) *ELEMENTOS DEL DELITO.* El núcleo rector del tipo es el ***acceso carnal***, que puede ser definido como la *penetración del miembro viril del actor en cavidad receptiva de naturaleza orgánico-funcional, o en el conducto rectal de la víctima, con el propósito de lograr el coito*[28].

1) *ACCESO CARNAL.* La noción abarca el acceso carnal vaginal y el anal (coito *per anus*), heterosexual y homosexual, quedando excluidos la *fellatio in ore* (*immissio membri in os*) y otras

[27] BUSTOS RAMÍREZ, Manual, p. 134.

[28] Así lo decíamos en BUOMPADRE, La "fellatio in ore" no es violación, LL, 1984-A-861, y en nuestro Tratado de derecho penal, cit., T.1, p. …...

prácticas antinaturales (p.ej., coito *inter femora*, cunnilingus, actos de bestialismo). Sin embargo, la cuestión no es pacífica, ni en doctrina ni en jurisprudencia[29].

La expresión "acceso carnal" no tiene precedentes en nuestra historia legislativa. El Proyecto Tejedor empleó la fórmula "aproximación sexual", en tanto que el Código de 1886 le agregó "aunque el acto no llegue a consumarse". La ley de reformas de 1903 sustituyó esta expresión por la de "tener concúbito", fórmula proveniente del Proyecto de 1891. Lo cierto es que, en el proceso legislativo posterior, la exigencia del acceso carnal aparece por primera vez, y sin ninguna explicación, en el Proyecto de 1906, trasladándose luego a los proyectos posteriores y al Código Penal de 1921. De manera que, al no haberse dado ninguna explicación sobre cómo debía entenderse esta expresión, su sentido y alcance quedó librado a la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

En verdad, la fórmula había dado mucho que hablar a nuestra doctrina, no sólo con respecto al propio concepto de "acceso carnal" sino en todo lo atinente a determinar sus verdaderos límites, esto es, si toda práctica sexual violenta o abusiva podía constituir o no acceso carnal a los fines del antiguo delito de violación.

Con relación a esto, se expusieron en doctrina dos criterios bien definidos sobre acceso carnal: uno biológico y otro jurídico.

a) *Criterio biológico*. Esta concepción, cuyos orígenes se remontan a la legislación española, apunta a dar una solución de carácter fisiológico al problema, otorgando prevalencia sólo al acoplamiento por vía natural. De esta manera, se hace consistir el acceso carnal en la penetración del órgano sexual masculino, por vías naturales, normales o anormales, en el cuerpo de la víctima[30].

b) *Criterio jurídico*. Según este criterio, de mayor amplitud que el anterior, se entiende por acceso carnal toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe penetración del órgano genital del actor que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste (PECO,

---

[29] Para mayores detalles sobre el tema en nuestra doctrina, ver CHIAPPINI, La "fellatio in ore", ¿violación?, en "Cuestiones de derecho penal", p. 67, y La "fellatio in ore": una réplica, JA, 1993-I-766; GARONA, El delito de violación, en LÓPEZ BOLADO (dir.), "Violación, estupro y abuso deshonesto", p. 28 y ss.; MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 15 y ss.; BUOMPADRE, La "fellatio in ore" no es violación, LL, 1984-A-861.

[30] Puede verse con mayor amplitud ambos criterios en MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 15 y siguientes. El criterio fue seguido por un importante sector de nuestra doctrina, pudiéndose citar, entre otros, a URE, FRÍAS CABALLERO, GARONA y FONTÁN BALESTRA.

MORAS MOM, GOLDSZTERN, MANIGOT, ODERIGO y, al parecer, también CHIAPPINI, aunque no expresamente)[31].

Otros autores, como NÚÑEZ, SOLER, MOLINARIO, CARRERA y LAJE ANAYA, aun sin pronunciarse expresamente en favor de uno u otro criterio, estiman que tener acceso carnal significa introducción, aun en forma imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (NÚÑEZ), o bien que acceso carnal significa penetración sexual del órgano genital en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal (SOLER).

c) *Nuestra opinión*. En nuestra opinión, tanto el criterio biológico como el jurídico merecen objeciones. El primero resulta demasiado estricto frente al texto de nuestra ley, ya que, al hacerse referencia en el párr. 1º del art. 119 a “persona de uno u otro sexo”, se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal, de donde se concluye que sujeto pasivo del delito también puede ser un varón. El segundo criterio, por el contrario, es excesivo. Su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18, Const. nacional) que prohíbe, precisamente, la aplicación analógica *in malam partem* de la ley penal. Es lo que sucede, según nuestro parecer, con la *fellatio in ore* y otras prácticas sexuales antinaturales, las cuales, de ser incriminadas a título de abuso sexual agravado por el acceso carnal, significarían una aplicación extensiva del art. 119 del Cód. Penal.

Descartado el criterio biológico por insuficiente, el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, del que pueda inferirse que también quedan abarcados en la fórmula el coito oral u otras prácticas sexuales equivalentes.

Identificar acceso carnal con prácticas sexuales que puedan representar el coito o formas degeneradas o equivalentes de éste, o considerarlo como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (algunos autores hacen referencia a cavidad natural), es decir más de lo que el propio concepto dice. Es, sin más, pecar por exceso, pues sabemos que el cuerpo de una persona posee cavidades naturales (que no son la vagina o el ano) que no resultan aptas ciertamente para configurar el coito (p.ej., las fosas nasales y auditivas)[32]. Por idénticas razones quedan también fuera del tipo penal

---

[31] CHIAPPINI, El acceso carnal en el estupro, JA, 1985-III-663, y La “fellatio in ore”: una réplica, JA, 1993-III-742.

[32] En contra, MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 23 y 24.

que estamos analizando la penetración en orificios o cavidades artificiales (p.ej., heridas)[33], o en cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales en sujetos transexuales[34], etcétera.

La penetración, para configurar el acceso carnal requerido como conducta típica, debe realizarse en cavidad que represente una receptividad sexual funcional en la víctima[35] y no en cualquier orificio, natural o artificial, del cuerpo humano. Tal cavidad no es otra que la vagina de la mujer, pero, como es la propia ley la que posibilita que también el hombre pueda ser sujeto pasivo del delito, necesariamente la penetración anal violenta o abusiva (en ambos sexos) configura el delito.

Con respecto a la *fellatio in ore*, los criterios de interpretación tampoco han sido coincidentes –ni lo son con la ley vigente– entre nuestros autores. Un sector doctrinal sostiene que la felación es una de las formas anormales de la violación, pues implica penetración del órgano sexual masculino en cavidad natural de la víctima. Siguen esta opinión URE, FONTÁN BALESTRA, GARONA, TIEGUI, GOLSZTERN, MORAS MOM, CHIAPPINI y VÁZQUEZ IRUZUBIETA. Otros, en cambio, no se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, aun cuando se han ocupado de analizar el concepto de acceso carnal. Entre éstos, puede citarse a ODERIGO, PECO, MANIGOT, PAGANO (H.), RODRÍGUEZ GRONDONE, GONZÁLEZ ROURA y SOLER, aunque, con respecto a este último, pareciera tener razón LAJE ANAYA al ubicarlo entre aquellos autores que descartan la felación como constitutiva de violación[36], pues –sabemos– SOLER ha escrito que no se pueden considerar como violación los actos de molicie, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o anormal[37]. Con distinto parecer pueden mencionarse, entre otros, a JOFRÉ, GÓMEZ, NÚÑEZ, MOLINARIO, LAJE ANAYA, ACHÁVAL, CREUS, CLEMENTE, TENCA y

---

33 URE, Los delitos de violación y estupro, p. 15.

34 GARONA, El delito de violación, en LÓPEZ BOLADO (dir.), “Violación, estupro y abuso deshonesto”, p. 30; MORAS MOM, en cambio, acepta como violación la penetración en el cuerpo del sujeto operado por cambio de sexo (Los delitos de violación y corrupción, p. 24 y ss.); en este último sentido, también CHIAPPINI, La “fellatio in ore”: una réplica, JA, 1993-III-742.

35 ACHÁVAL, Manual de medicina legal y práctica forense, p. 403.

36 LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal.Parte especial, vol. II, p. 341. Sin embargo, ver la opinión contraria de CHIAPPINI, respecto del pensamiento de SOLER, en Cuestiones de derecho penal, p. 68, nota 3.

37 SOLER, Derecho penal argentino, t. 3, p. 282.

PANDOLFI[38], para quienes la felación configuraba, en la versión anterior, una hipótesis de abuso deshonesto.

La reforma que ha experimentado el art. 119 mediante la ley 25.087 ciertamente que no ha contribuido a mejorar el estado de cosas. Muy por el contrario, la ambigua como equívoca frase "acceso carnal por cualquier vía" ha traído mayor confusión y oscuridad al problema que el que en su día originara el texto derogado.

Dos son, fundamentalmente, las observaciones que pueden hacerse al nuevo precepto, y que justifican, al mismo tiempo, el rechazo de la tesis amplia que pretende castigar la *fellatio in ore* a título de violación.

De un lado, si abrevamos en los antecedentes parlamentarios podremos verificar que la idea del legislador ha sido equiparar la felación al tipo de abuso sexual agravado por el acceso carnal previsto en el art. 119, párr. 3º. En el marco de un consenso parlamentario como éste y frente a una clara intención de castigar la felación a título de violación, nos surge obligadamente esta pregunta: ¿por qué, entonces, no se introdujo expresamente la figura (como su antecedente español) en vez de recurrir a una frase tan imprecisa como equívoca que iba –sin duda– a reeditar viejas discusiones?, pues no hay que agudizar mucho el ingenio para percibir que la expresión "por cualquier vía" puede ser interpretada en el marco de una visión tan amplia que la penetración del pene por cualquier vía del cuerpo humano, sea natural (orificios nasales y auditivos) o artificial (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.), conduzca a la aplicación de la agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, debemos interpretar (porque así lo permite el texto de la norma) que ha optado por dejar la figura al margen de la tipicidad del delito que analizamos (se trata de una hipótesis en la que la voluntad de la ley excede a la del legislador)[39]. De otro lado,

[38] Ver, por todos, PANDOLFI, "Fellatio in ore": ¿violación o abuso deshonesto?, JA, 1993-I-766, y con mayor desarrollo, Delitos contra la integridad sexual, p. 31 y siguientes.Igualmente, para una detallada información sobre el estado actual de la doctrina argentina, ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 99 y ss., y CLEMENTE, Abusos sexuales, p. 94 y siguientes.

[39] En favor de la tesis restrictiva, vale decir, que la fellatio in ore no encuadra en la figura prevista en el art. 119, párr. 3º, sino en la del párr. 2º, GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 34, y PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 53.Manifiesta sus dudas CREUS, El nuevo Código Penal argentino, p. 4 y 5, nota 3, pero nos da toda la impresión de que participa de la opinión que sostenemos en el texto, al referirse a "lo irreemplazable de la precisión terminológica en la confección de las leyes, porque la ley dice lo que dice, no lo que los legisladores quieren que diga, principio de interpretación harto conocido". En CREUS y BUOMPADRE, contrariamente, se afirma de manera categórica que el acceso carnal típico en la violación y el estupro es la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o rectal únicamente

consecuentes con el concepto de acceso carnal que hemos propuesto, nos parece que la boca no resulta un conducto apto para generar el coito, aun cuando –como lo hace notar NÚÑEZ[40]– sirva para producir el desfogue sexual del autor.

La *fellatio in ore*, entonces, no constituye una modalidad del concepto de acceso carnal. De modo que, frente a la nueva regulación, la *fellatio in ore* configura un caso de abuso sexual agravado por el sometimiento gravemente ultrajante previsto en el art. 119, párr. 2º, cuya escala penal de cuatro a diez años de prisión o reclusión resulta a todas luces proporcionada con la gravedad del hecho.

En lo que parece haber acuerdo es en que, a los fines consumativos del delito, no interesa que la penetración sexual sea perfecta, esto es, que haya habido eyaculación (*inmissio seminis* o *seminatio intra vas*: eyaculación en el cuerpo de la víctima). Es suficiente con la *inmissio penis* (penetración), aunque haya sido incompleta o parcial. El *coitus interruptus* (retiro del pene de la vagina antes de la eyaculación) supone ya la consumación delictiva. Tampoco importa que haya habido desfloración o goce genésico. Quedan excluidos, por tanto, del tipo de abuso sexual agravado por el acceso carnal, el denominado coito perineal o *inter femora*, el coito *per os* (coito oral o *fellatio in ore*), el cunnilingus (succión vaginal, frecuente en el campo de la homosexualidad femenina) y la introducción de objetos, comportamientos que quedan encuadrados en el delito de abuso sexual agravado por el sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima previsto en el párr. 2º del art. 119.

2) *SUJETO ACTIVO.* Con respecto al antiguo delito de violación, la doctrina más extendida venía sosteniendo que se trataba de un delito de propia mano, es decir, que sólo un varón

---

(Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 209).También con muchas dudas y muy poca claridad, EDWARDS, Delitos contra la integridad sexual, p. 30, que no se pronuncia expresamente sobre la cuestión, pero podría ser incluido entre los partidarios de la tesis restrictiva en atención a estas palabras: "Más allá de esta opinión [hace referencia al debate parlamentario], el objeto de interpretación siempre es la ley, y no la voluntad o finalidad del legislador, motivo por el cual lo que los jueces deberán dilucidar es el alcance de la expresión 'por cualquier vía'". Tampoco es tan claro REINALDI, pero al parecer se pronuncia por la tesis amplia, en el sentido de que la expresión "por cualquier vía" resulta abarcadora de las vías vaginal, anal y bucal (Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, p. 108).Más categórico es PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 74, cuando afirma: "Aquí lo que movió los hilos de la reforma fue el poder introducir la fellatio in ore al cuerpo legal positivo vigente, solucionando de esta manera un viejo anhelo victimológico, pues la figura equipara la citada fellatio in ore a la violación, dando seguridad jurisprudencial a esta discusión sine díe"; en una misma dirección, VILLADA-SARAVIA TOLEDO, Curso de derecho penal, p. 175; con igual criterio, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal.Parte especial", t. I, p. 263 y siguientes. DONNA, por su parte, en áspera crítica al legislador, sostiene que la felación no entra en el concepto de acceso carnal, ya que éste corresponde únicamente al coito vaginal y al anal (Delitos contra la integridad sexual, p. 59).

[40] NÚÑEZ, Derecho penal argentino, t. III, p. 291.

fisiológicamente dotado para realizar el acceso carnal podía ser, en principio, sujeto activo del delito de violación.

El tenor de la nueva formulación legal, en nuestra opinión, ha introducido cambios que requieren de ciertas matizaciones.

El nuevo texto punitivo incrementa la pena del delito de abuso sexual cuando "*mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*". Independientemente de la ambigüedad de la fórmula, cuya crítica ya hicimos en otro lugar[41], creemos que el nuevo imperativo legal permite sostener que sujeto activo del delito puede ser tanto un hombre como una mujer, conclusión a la que arribamos por diferentes razones.

a) La propia normativa no hace ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos (activo y pasivo) indiferenciados.

b) El término "acceso carnal", si bien en su sentido literal y semántico equivale a *penetración*, no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que no es éste ni su significado gramatical ni el legal[42].

c) Al haberse trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad (el abuso sexual agravado por el acceso carnal es un subtipo agravado del abuso sexual simple del párr. 1º, art. 119), sería un contrasentido admitir la indiferenciación de sujetos en la figura básica y no hacerlo en la figura agravada. Por otra parte, entendemos que la *ratio* legis de la reforma ha residido, fundamentalmente, en una razonable voluntad de ampliar el círculo de posibles sujetos, por lo cual pareciera ser en principio irrelevante que, tratándose de un comportamiento abusivo, sea un hombre o una mujer el sujeto activo, u hombre o mujer la víctima[43].

d) La expresión "acceso carnal" debe traducirse como equivalente a cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc., en el que intervienen dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente un

---

[41] BUOMPADRE, Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer).Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, "Revista de Ciencias Penales", 1992-2-55 y siguientes.

[42] ORTS BERENGUER, El delito de violación, en COBO DEL ROSAL y otros, "Comentarios", t. XIV, p. 432 y ss., y Delitos contra la libertad sexual, en Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, Universidad del País Vasco, nov. 1996.

[43] Son expresiones de MAQUEDA ABREU, referidas al Código Penal español de 1995 (La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, "El nuevo Código Penal y la ley del jurado", Sevilla, nov. 1996, p. 81).

varón, de manera que se produzca la penetración de su órgano genital en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. Si acceso carnal quiere decir cópula, ayuntamiento, coito, yacimiento, etc., no puede dudarse de que estos comportamientos pueden realizarlos tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitalmente entre sí (es suficiente, entonces, que el órgano sexual masculino resulte introducido en las dos cavidades señaladas, quedando abarcados por el tipo únicamente el coito hétero u homosexual; no así las prácticas homosexuales femeninas)[44].

e) La conclusión precedente se relaciona muy estrechamente con la sustitución del núcleo del tipo penal que efectuó la reforma. En efecto, el reemplazo del verbo típico "tuviere" del anterior art. 119 por "hubiere" en el nuevo texto deriva en una interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado. El verbo "tener" no posee el mismo significado que el verbo "haber". Frente al texto derogado, la doctrina dominante había considerado al acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima y casi unánimemente se había sostenido que sólo el hombre podía ser sujeto activo, porque era el único que podía "tener" acceso carnal. Con la nueva redacción, en cambio, ya no se requiere que el autor "tenga" acceso carnal, sino que en el abuso sexual "hubiere" acceso carnal, vale decir, que lo que actualmente la nueva modalidad exige es que, en el marco del contexto sexual, haya habido acceso carnal, esto es, penetración del órgano sexual masculino en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. De forma que serán típicos tanto la penetración de un hombre contra una mujer u otro hombre como cuando el hombre o la mujer se hacen penetrar por el otro sujeto[45].

f) Por último, creemos que el bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona tanto se ve afectada cuando la conducta es llevada a cabo por un hombre cuanto por una mujer, puesto que de lo que se trata, en definitiva, es que el comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de trece años, sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinados en la

[44] BOIX REIG-ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley orgánica 11/1999, "Actualidad Penal", nº 35, p. 676.

[45] Participa de este argumento, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal.Parte especial", t. I, p. 264, al expresar que conviene recordar que el tipo legal exige que haya acceso carnal (penetración total o parcial del pene en el cuerpo de otra persona, por las vías admitidas por la ley), y no que el sujeto activo acceda carnalmente a la víctima. La ley se conforma, pues, con que exista un acceso carnal.

norma o, en fin, porque se trata de una víctima especialmente vulnerable[46]. Entendemos que la *ratio legis* de la reforma, según lo que dijimos anteriormente, ha residido en una razonable voluntad del legislador de ampliar el círculo de posibles sujetos. El acceso carnal, en esta modalidad, sólo cumple el rol de ser la razón determinante del incremento de la pena, pues lo que caracteriza el tipo penal vertebralmente es la conducta sexual abusiva.

3) *SUJETO PASIVO.* Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier persona viva, sin que importen la edad o el sexo. Ciertas perversiones sexuales, como la necrofilia (acceso carnal a un cadáver) o los actos de bestialismo (actos sexuales con animales) no están abarcados por el tipo penal.

En este tema, dos problemas preocupan desde antiguo a la doctrina: la violación de la prostituta y la de la propia esposa.

a) *Violación de la prostituta*. Hemos dicho en su lugar que lo que está en juego en este delito no es la condición moral de la víctima ("honestidad", en la vieja expresión de la ley), sino su libertad individual de practicar el acto sexual con quien mejor le plazca y en la forma y condiciones bajo las cuales ha sido consentido.

El derecho de disposición sexual es idéntico tanto para la meretriz como para la mujer que no lo es. De ello se infiere claramente que la prostituta puede ser accedida carnalmente con violencia, como cualquier otra mujer.

La prostituta, sea que ejerza el meretricio en un prostíbulo –habilitado o no– o fuera de él (en la vía pública o en habitación particular), merece la protección de la ley penal. Todo acceso carnal violento, tendiente a hacer cumplir la negativa de prestarse al acto, haya o no habido pago de un precio, configura el delito que estamos estudiando[47].

---

[46] PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 58 y ss., aunque reduciendo el campo del abuso a sólo dos situaciones: haciéndose penetrar por un menor de trece años o por una persona privada de razón. También PARMA entiende que la mujer puede ser sujeto activo en esta modalidad de abuso sexual (Delitos contra la integridad sexual, p. 76 y 81).Son partidarios de la tesis amplia, entre otros, ESTRELLA, CLEMENTE, REINALDI, TENCA, etc., mientras que por la tesis restringida se han pronunciado FÍGARI, GAVIER, DONNA, CREUS y otros. EDWARDS, siguiendo la vieja doctrina, y sin comprender el alcance de la reforma, se pronuncia también por la tesis restrictiva, es decir, que sólo el varón puede ser sujeto activo, ya que es el único que puede penetrar sexualmente (Delitos contra la integridad sexual, p. 33).

[47] En contra, NÚÑEZ, Derecho penal argentino, t. IV, p. 251 y ss., cuando el acceso carnal violento o abusivo se logra en un prostíbulo oficializado, luego del pago del precio por parte del cliente. La mujer –dice este autor– no tiene derecho a negarse al acceso y el cliente incurre en un ejercicio arbitrario del propio derecho, no punible como delito en el país. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, ver GONZÁLEZ RUS, El bien jurídico protegido en el delito de violación, en GONZÁLEZ RUS y otros, "Estudios penales", p. 302 y ss.; SUÁREZ RO- DRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 278 y siguientes.

b) *Violación entre cónyuges*. Los actos sexuales violentos o abusivos seguidos de acceso carnal, en el ámbito del matrimonio, configuran el delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal. Esta opinión, sin embargo, no es pacífica y ha sido matizada de diversas maneras.

Están quienes piensan que no puede haber violación entre cónyuges, porque el autor (por lo general, el marido) tiene derecho a exigir el acto sexual, salvo que se trate de acceso carnal contranatura (SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, CREUS, RAMOS, ORGEIRA, ODERIGO, etcétera), o por razón de enfermedad contagiosa, motivos profilácticos, ebriedad del marido, durante el período menstrual, amamantamiento, cópula frente a terceros, etc. (ODERIGO, URE, SOLER, CREUS, FONTÁN BALESTRA, PECO). Otros opinan, por el contrario, que cuando el marido accede carnalmente a la esposa, en contra de su voluntad y mediante el uso de violencia, comete violación en todos los casos, cualquiera que sea la razón del disenso (GÓMEZ, JOFRÉ, MORAS MOM, DONNA, GARONA, LAJE ANAYA, REINALDI, CLEMENTE, ESTRELLA y AROCENA).

En nuestra opinión, el deber de fidelidad que deriva del art. 198 del Cód. Civil (importante en el plano civil) no tiene ninguna incidencia en el ámbito del derecho penal. El disenso opuesto al sometimiento compulsivo del débito conyugal sólo puede generar una sanción de carácter civil (p.ej., divorcio, cesación de la obligación alimentaria), pero nunca puede convertirse en un castigo para la mujer, cuya pena deba ser la de soportar una relación carnal violenta no deseada.

Tiene razón MORAS MOM cuando afirma que la mujer, por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no pasa a ser un instrumento de satisfacciones sexuales de su marido[48]. La institución matrimonial no implica la sumisión de un cónyuge hacia el otro, por lo que nunca podría legitimarse el uso del débito conyugal mediante la violencia o la amenaza. Sostener lo contrario importaría un verdadero contrasentido con el contenido del bien jurídico que se tutela en el ámbito de estos delitos, más aún en el marco de un derecho penal moderno y pluralista que rechaza todo tipo de discriminación en razón de la calidad, condición o sexo del sujeto pasivo.

El abuso sexual del cónyuge es posible, así como es posible el abuso sexual de cualquier persona. Una opinión contraria colocaría a la esposa en peor situación que la de cualquier mujer soltera (incluso, la que vive en concubinato) o que la de la propia prostituta[49]. El derecho al acceso

[48] MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 67.

[49] MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 69.

carnal en el matrimonio sólo es legítimo en tanto medie el consentimiento de la otra parte. Sólo cabe hablar de derechos si se ejercen legítimamente, con consentimiento y con respeto a la dignidad y libertad de la persona[50].

A la misma conclusión debe arribarse en aquellos casos en que el cónyuge ha prestado el consentimiento para una especie de actividad sexual y el consorte le impone mediante violencia o amenaza un trato sexual diferente. El consentimiento elimina la tipicidad de la conducta, pero debe ser mantenido en todo momento: si el titular manifiesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el derecho penal; un previo acuerdo no supone la pérdida de libertad para actuar de otra manera, manifestación de la voluntad tan atendible por el ordenamiento como si la negativa se hubiera producido desde el inicio[51]. El consentimiento dado para un acto no se extiende indiscriminadamente a otros de similar naturaleza, sino que la persona conserva respecto de ellos una total disponibilidad. Esto quiere decir, no sólo que la autorización a realizar algunos hechos inscribibles en el sustrato típico de las agresiones sexuales (besos, abrazos, caricias íntimas, etc.) inhabilita al agente para acometer el acceso carnal, sino que también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder (cunnilingus, heteromasturbación, etcétera)[52].

Circunstancias de criminalidad.

Las circunstancias de criminalidad de este delito, son las mismas que ya analizamos en oportunidad de realizar el comentario del abuso sexual del párr. 1º del art. 119, por lo que hacemos allí la remisión.

Consumación. Tentativa. Concurso. Culpabilidad. La Acción Penal.

El delito se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración, aunque no fuera perfecta o

---

[50] BOIX REIG, El delito de estrupo fraudulento, p. 13.Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, ver GONZÁLEZ RUS, La violación en el Código Penal español, p. 416 y ss.; SUÁREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 282 y siguientes.

[51] GÓMEZ PAVÓN, El delito de violación: algunas cuestiones.El Código Penal del 23 de noviembre de 1995, "Revista de Derecho Penal y Criminología", nº 5, p. 315.

[52] SUÁREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 315.

completa (haya o no haya habido eyaculación). Es suficiente con que el acceso carnal sea parcial[53].

No es suficiente el coito *inter femora*, esto es, cuando el miembro viril permanece entre los muslos en contacto con los labios mayores o externos, pero sin penetrar en el interior de la vulva. Esta situación, sin embargo, puede configurar un signo inequívoco del propósito del autor de lograr el coito, lo cual implicaría el comienzo de ejecución del delito en los términos de una tentativa punible.

Este tipo de abuso sexual es un delito de acción, que se realiza a través de una conducta activa (la cópula), con exclusión de todo comportamiento omisivo. Es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima). Es, en suma, un delito instantáneo, pues se consuma con el acceso carnal y, al mismo tiempo, se agota y desaparece. No requiere de resultado material alguno (la eyaculación del actor o el ulterior embarazo de la mujer). La tentativa es admisible[54] y la participación se rige por las reglas comunes.

El delito es doloso y el dolo consiste en la voluntad de tener acceso carnal con la víctima, con conocimiento de la situación en que se encuentra.

Con respecto a la edad de la víctima por debajo del límite legal, es suficiente el dolo eventual[55].

En lo referente a las relaciones concursales, este abuso sexual puede concursar con otros delitos, tales como las lesiones, la privación ilegítima de la libertad, el homicidio, el rapto, la corrupción, la violación de domicilio, etc., para lo cual habrá que estar, en la generalidad de los casos, a las circunstancias particulares en que ellos se han llevado a cabo[56].

La acción penal es pública de instancia privada, esto es, que su ejercicio depende de la voluntad de la persona ofendida, su tutor, guardador o representante legal, salvo que resultase la muerte de la víctima o lesiones gravísimas de las tipificadas en el art. 91 (art. 72, Cód. Penal), en cuyos casos la acción sigue

---

[53] BREGLIA ARIAS-GAUNA, Código Penal, t. 1, comentario al art. 119, § 14, p. 1056.

[54] La doctrina coincide con este criterio.Ver CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 213; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal.Parte especial", t. I, p. 266.

[55] SOLER, Derecho penal argentino, t. 3, p. 286; CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 216.

[56] Para consulta de la jurisprudencia, ver GALLEGOS-YÁÑEZ, El delito de violación, JA, reseñas 1971-64; LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal.Parte especial, vol. II, p. 355 y siguientes.

siendo pública pero su ejercicio puede ser instado (denunciado) por cualquier persona o por el órgano público de la acusación (Ministerio Fiscal). Según el art. 72 mencionado, también se debe proceder de oficio cuando el delito fuese cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

La ley 25.087 introdujo un nuevo párrafo en el art. 72 del Cód. Penal, según el cual, "*cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos* [representantes legales] *y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél*".

Abuso Sexual por Aprovechamiento de la inmadurez Sexual

Art 120: "*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sex*ual, *en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado*.

***La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna* de *las circunstancias previstas en los incs*. a, b*,* c, e *o* f *del cuarto párrafo del art. 119*".**

Consideraciones Generales sobre la Figura.

Como puede verse con el nuevo literal del artículo 120 [57], la ley 25.087 sustituyó el viejo delito estupro por una novedosa fórmula, en la que se describe dos modalidades típicas diferentes: el abuso sexual constitutivo de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y el abuso sexual con acceso carnal, exigiendo –para ambos supuestos- que el agente se aproveche de la inmadurez sexual de una persona menor de 16 años, en las condiciones previstas por el tipo penal. Los elementos de la nueva figura serán analizados a continuación.

[57] El art.120 derogado reprimía con pena de 3 a 6 años de prisión a quien tuviera acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 años y menos de 15, con su consentimiento.

Elementos comunes de las nuevas Estructuras Típicas

Estos dos nuevos delitos tienen en común varios elementos típicos, que serán analizados a continuación.

a) *SUJETOS.* A diferencia del texto derogado, en el que sujeto activo sólo podía ser un varón y sujeto pasivo únicamente una mujer honesta, con arreglo a la nueva disposición legal los sujetos activo y pasivo son indiferenciados; tanto pueden ser un hombre como una mujer[58] (sobre el punto ya nos hemos referido al tratar el art. 119, y allí hacemos la remisión).

b) *CONDUCTAS TÍPICAS.* Con arreglo a la nueva legislación, se castiga a quien realizara algunas de las acciones previstas en el art. 119, párrs. 2º o 3º, de forma que las conductas tipificadas para las dos nuevas figuras se caracterizan por constituir un abuso sexual, pero con la diferencia de que en el tipo previsto en el párr. 3º la acción incriminada es el acceso carnal.

c) *ELEMENTO CRONOLÓGICO.* Debe tratarse de una persona menor de dieciséis años. Luego de la reforma, el límite mínimo surge del párr. 1º del art. 119 que hace referencia a un menor de trece años. De modo que la escala temporal mínima y máxima está dada por una persona de trece años cumplidos, pero menor de dieciséis. Si la víctima es menor de trece años, la figura se desplaza al segundo o tercer párrafo del art. 119, pero si tiene dieciséis o es mayor a esta edad y no concurren algunas de las circunstancias del primero o segundo párrafo del art. 119, la conducta es atípica.

La edad a que hace referencia el tipo legal es la edad cronológica, no la edad mental de la víctima, aunque esta última, en ciertos casos, pueda tener incidencia en términos de adecuación típica (p.ej., el acceso carnal con una demente de quince años puede desplazar el hecho hacia el delito del art. 119, párr. 3º).

La edad del sujeto pasivo es un elemento objetivo del tipo, por lo que debe ser motivo de comprobación en el caso judicial, de acuerdo con las prescripciones legales (p.ej., partida de nacimiento, pericial médica). El término, que es de carácter absoluto, se debe contar según las previsiones de los

---

[58] De la misma opinión, PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 79, "porque el verbo típico es abusar"; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal. Parte especial", t. I, p. 274; de otra opinión, GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 58 y ss.; EDWARDS, Delitos contra la integridad sexual, p. 54, y DONNA, Delitos contra la integridad sexual, p. 106, quienes admiten que la mujer puede ser sujeto activo únicamente en el supuesto previsto en el art. 119, párr. 2º; no así en el 3º, ya que sólo el hombre se encuentra apto físicamente para realizar la acción típica.

arts. 24 y 25 del Cód. Civil (art. 77, Cód. Penal).

d) *INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA.* La antigua fórmula de la honestidad como elemento del tipo de estupro en la versión anterior del art. 120 fue suprimida por la reforma y reemplazada por una no más afortunada ni menos imprecisa: la inmadurez sexual de la víctima.

La expresión *inmadurez sexual* debe ser entendida como "inexperiencia, desconocimiento, falta de hábito, en las relaciones sexuales". La fórmula empleada por la ley presupone un menor no iniciado en la sexualidad, esto es, una persona sexualmente inexperta, de cuya condición debe aprovecharse el autor.

El consentimiento sólo perderá eficacia desincriminante ante conductas violentas o abusivas, de lo que se deduce que una relación sexual normal entre una persona menor o mayor de edad con otra menor de dieciséis años, aunque el consentimiento haya provenido tanto del proceso seductor del agente como de la autoseducción de la víctima -según NÚÑEZ, "por la propia naturaleza del acto sexual"- (curiosidad, deseos despertados por sus propios mecanismos mentales y fisiológicos), no es típica para nuestra ley. De más está decir que la inmadurez sexual del sujeto pasivo, como elemento del tipo, tiene que ser probada en el proceso judicial. La ley no la presume, así como no presume la existencia de seducción en la conducta del autor[59].

e) *APROVECHAMIENTO DE LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA.* El nuevo artículo contiene una referencia subjetiva relacionada con el obrar del autor: el sujeto activo, para ser punible, debe aprovecharse de la inmadurez sexual del menor.

Se trata de una situación de prevalencia o de obtención de ventajas derivadas de una condición de inferioridad o de especial vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo por su falta de madurez sexual, condición que le facilita al sujeto activo el logro de sus objetivos sexuales. El aprovechamiento de la condición de inmadurez sexual configura un elemento del tipo objetivo que no debe ser presumido por el intérprete, ya que la ley no lo presume (ni siquiera con carácter aleatorio), sino que lo requiere expresamente; por lo tanto, se convierte en un elemento del tipo que debe ser probado en cada caso en concreto[60].

---

[59] CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 219 y siguientes. En un mismo sentido, De Luca y López casariego, Delitos contra la integridad sexual, cit., pag. 123.

[60] En el mismo sentido, CNCrimCorr, Sala V, 26/9/06, "D., A. M.", c. 30.407.

El Sujeto Activo Mayor de Edad. La mayoría de edad del sujeto activo, su relación de preeminencia sobre la víctima o cualquier otra circunstancia equivalente no son más que puntos de referencia que deberán ser apreciados prudencialmente por el juez en el caso concreto, de modo de evitar la penalización de las simples relaciones sexuales entre los jóvenes[61].

Con arreglo al precepto legal, el autor se debe aprovechar de la inmadurez sexual de la víctima, en razón de su mayoría de edad, su relación de preeminencia con respecto a ella u otra circuntancia equivalente. La fórmula legal, como se podrá suponer (por su muy escasa claridad), ha dado lugar a distintas opiniones doctrinales sobre su interpretación.

Con anterioridad a la reforma de la Ley 26.579 –que estableció la mayoría de edad a los 18 años-, un sector doctrinal entendió que el sujeto activo debía ser una persona "mayor de edad", es decir que, al momento del hecho, debía tener 21 años cumplidos (Parma, Fígari, Gavier, Reinaldi, Tenca, Villada, De Luca y López Casariego, entre otros). En su oportunidad, prestamos adhesión a esta interpretación doctrinal [62]. Otros autores, sin embargo (por ej. Pandolfi), entendieron que la mayoría de edad a que hace referencia el precepto legal debe apreciarse con relación a la edad de la víctima, vale decir, que es suficiente con que el autor sea "mayor que la víctima", resultando indiferente que, al momento del hecho, hubiera tenido o no 21 años [63].

La Ley 26.579 introdujo sustanciales reformas al código civil, estableciendo que el límite por el cual se alcanza la mayoría de edad son los 18 años, de manera que, hoy por hoy, si bien la interpretación del art. 120 CP en este punto seguramente habrá de ser la misma que se sostuvo con anterioridad a esa ley ("mayoría de edad" debe entenderse como "18 años cumplidos"), la reforma legal generará situaciones que, con la fórmula de la ley 25.087, el legislador quiso evitar: el castigo de las relaciones sexuales entre adolescentes.

[61] Ver las reflexiones que sobre esta temática hicimos en BUOMPADRE, Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer).Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, "Revista de Ciencias Penales", 1992-2-62 y siguientes.

[62] conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado, cit., pag. 440 y sig.; idem Creus-Buompadre, op.cit., T.1, pag. 219.

[63] Conf. PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 81.

Con arreglo al nuevo panorama que presenta la Ley 26.579, se podría llegar a castigar penalmente por estupro la relación sexual llevada a cabo entre una persona con 18 años cumplidos (porque "ya es mayor de edad") y un menor de 16 años (porque, según el legislador, es un inmaduro sexualmente), lo cual estaría en contradicción con lo que se pensó al sancionarse la ley 25.087.

Antes de la reforma de la Ley 26.579, la persona de 18 años cumplidos tenía libertad sexual plena y podía mantener relaciones sexuales con su pareja de 16 (o menos), sin correr el riesgo de ser incriminado penalmente, porque así lo decidió el legislador; actualmente, las cosas han cambiado, aquella misma persona de 18 años deberá abstenerse de mantener relaciones sexuales con su pareja de 16 (o menos), porque corre el riesgo de ser perseguido penalmente por estupro, porque así lo decidió nuevamente el legislador.

Esta inconcebible situación a la que conduce la Ley 26.579, implica un obstáculo a la libre determinación sexual de los jóvenes, poniendo, por un lado, una traba a la libertad sexual de las personas con 18 años cumplidos y, por otro lado, al presumir la inmadurez sexual de las personas menores de 16 años (aunque presunción *iuris tantum*), resultando contradictorio con lo establecido en el art. 119, cuyo texto establece los 13 años como edad mínima de iniciación sexual de las personas.

Repárese en esto: una persona menor de 16 años es calificada por la ley como "inmadura sexualmente", aun cuando nada suceda si tiene relaciones sexuales con otro menor de 16 años o más (pero siempre menos de 18 años), aunque el sujeto activo se haya "aprovechado" de tal inmadurez sexual. Pero si éste cumplió los 18, entonces puede estar en problemas, porque ya es mayor de edad, que es uno de los elementos que tuvo en cuenta el legislador para incriminar esta conducta. Ahora bien, si este mismo menor de 18 años cumplidos tiene una relación sexual con otro menor pero mayor de 13 años, con su consentimiento, entonces el hecho es atípico, porque así también lo ha decidido el legislador en el art. 119. Se escapa de la violación pero puede caer en el estupro. Un verdadero disparate.

Tampoco la Ley 26.449 ha contribuido a mejorar las cosas. Según esta normativa, la edad legal para contraer matrimonio, tanto para el hombre como para la mujer, es la de 18 años. Con lo que se presenta la siguiente situación: tanto el hombre como la mujer pueden tener relaciones sexuales a partir de los 13 años de edad (art. 119 CP) pero, por decisión del legislador, recién adquieren su plena madurez

sexual a partir de los 16 (art. 120 CP), pero (otro pero), también por decisión del legislador, no pueden contraer matrimonio hasta los 18 años (art. 166.5 CC). Otro verdadero disparate.

La Seducción.

El tipo penal ¿exige la concurrencia de la denominada "*seducción real*" (empleo de maniobras, artificios, engaños, etc.) por parte del autor para concretar sus objetivos sexuales?. Un sector de la doctrina entiende que el delito requiere la llamada "seducción real", en el sentido de que el autor debe realizar ciertas maniobras o utilizar ciertos medios (promesa de matrimonio, excitación del instinto, regalos, engaños, halagos, etc.) para lograr el consentimiento de la víctima y así conseguir sus objetivos sexuales. En esta dirección puede mencionarse a DONNA, ESTRELLA, LEDESMA, TENCA, etcétera. Otros autores, en cambio, sostienen un criterio contrario (que nosotros compartimos), en el sentido de que el tipo penal no requiere la comprobación de maniobra o artificio alguno para lograr el consentimiento de la víctima, sino que es suficiente con acreditar en el proceso judicial la concurrencia del aprovechamiento de su inmadurez sexual para lograr los cometidos impuestos. Defienden esta idea REINALDI, CLEMENTE, FÍGARI y AROCENA.

En efecto, el delito del art. 120 no requiere la concurrencia de la seducción real (ni de ninguna otra) de la víctima, en el sentido de que el autor debe emplear ciertos y determinados mecanismos tendientes a lograr el acceso carnal con el sujeto pasivo, pues es perfectamente factible que la relación sexual se lleve a cabo como consecuencia de actos de seducción provenientes de la propia víctima. Aun cuando la tesis sea más rigurosa, con menos beneficios para el sujeto activo, hay que reconocer que la seducción de la víctima no constituye una exigencia del tipo penal; por lo tanto, no hay nada que probar en torno a este extremo en el caso judicial. La circunstancia de aprovecharse de la inmadurez sexual del menor de dieciséis años no implica, necesariamente, que el autor haya empleado algún tipo de seducción o maniobra para lograr sus objetivos sexuales. Puede haber existido "aprovechamiento" sin seducción de la víctima [64].

Veamos este ejemplo: imaginemos una pareja en solitario (él, 18 años; ella, 15), mirando una película que contiene fuertes escenas eróticas, lo que determina que, al cabo de un cierto tiempo, la

[64] Para quienes exigen la seducción real, se trata de un elemento del tipo que debe ser verificado y probado en el proceso judicial, en el sentido de que el sujeto pasivo cedió ante la conducta seductora desplegada por el agente (conf. Tenca, op.cit., pag. 134).

mujer manifieste alguna excitación que es advertida por el varón; ante esta circunstancia, éste "aprovecha" (pues sabe que la mujer nunca tuvo relaciones sexuales) la situación que ella atraviesa, comienza con algunos juegos amorosos y termina yaciendo con ella. En este caso, hubo aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la menor (vale decir, existió el delito), pero, sin embargo, no puede afirmarse que haya habido seducción real, pues el autor no realizó ningún artificio, ninguna trama para lograr el consentimiento de su pareja (el consentimiento para el acto sexual sobrevino como consecuencia de un deseo irrefrenable de la mujer), salvo que se interprete que los juegos amorosos constituyan un ejemplo de seducción real, algo que nos parece inaceptable.

Este ejemplo demuestra la "peligrosidad" de esta novedosa y poco afortunada figura incorporada al Código Penal, pues, en los hechos, importará la punición de conductas que, precisamente, han querido ser evitadas por el legislador. Con arreglo al texto actual, quien entregue "regalos" o efectúe "halagos" (ejemplos doctrinales de seducción real) [65]con el fin de captar la voluntad del sujeto pasivo, y obtener con él una relación sexual, incurrirá en el delito que estamos analizando. Tal vez una política criminal –como sostiene ESTRELLA– coherente con la evolución cultural que desde la sanción del Código Penal ha experimentado nuestra sociedad, en materia de conductas sexuales[66], aconseje la derogación de esta figura y su reemplazo por otra que respete mínimamente la libertad sexual de los menores.

f) *CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.* Se trata de un requisito que no está expresamente establecido en la ley, pero de su interpretación sistemática y armónica surge que el menor de dieciséis años debe haber prestado el consentimiento para la realización del acto sexual, de modo que su disenso o negativa desplaza el hecho a algunos de los tipos previstos en el art. 119, párrs. 2º o 3º.

El consentimiento libremente prestado por el menor, vale decir, sin que haya sido obtenido por el sujeto activo aprovechándose de su situación (o condición) de especial vulnerabilidad, elimina la tipicidad de la conducta.

Si los hechos de la causa demuestran que el consentimiento fue libremente prestado, porque no hubo tal inmadurez sexual o aprovechamiento por parte del sujeto activo, la conducta sexual será

[65] Son ejemplos de seducción real aportados por DONNA y ESTRELLA.

[66] ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 143.

atípica[67].

Culpabilidad. Consumación. Tentativa. Acción Penal.

Los tipos delictivos previstos en el art. 120 sólo pueden imputarse a título doloso. La referencia subjetiva "aprovechándose" de la inmadurez sexual de la víctima presupone el dolo directo. El dolo supone el conocimiento de la edad requerida por la ley, la inmadurez sexual del menor y la voluntad de realizar el abuso sexual. Vale decir que la acción de aprovecharse integra el dolo propio del delito. El error excluye ese conocimiento[68]. No resultan admisibles ni el dolo eventual ni las formas culposas.

El delito se consuma de acuerdo con la dinámica comisiva de cada tipo penal; en la modalidad del art. 119, párr. 2º, la consumación coincide con el contacto corporal, mientras que en la modalidad prevista en el párr. 3º el delito se consuma con el acceso carnal. La tentativa resulta admisible en todos los casos. Estas figuras pueden concursar con otros delitos, para lo cual serán de aplicación las reglas generales.

La acción penal por el delito de estupro es pública pero de instancia privada, esto es, que la apertura de la instancia requiere de la denuncia o acusación de la persona agraviada, tutor, guardador o representantes legales. Excepcionalmente, se procederá de oficio cuando el menor carezca de representantes legales o el delito fuese cometido por el ascendiente, tutor o guardador. Para el caso de existencia de intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes legales, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultase más conveniente para el interés superior de aquél (art. 72, Cód. Penal).

Agravantes.

Las circunstancias que califican cualquiera de las modalidades del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima se encuentran previstas en el art. 120, párr. 2º, por el que se conmina con una pena de seis a diez años de prisión o reclusión cuando resultase un grave daño en la salud física o mental de la víctima; si el hecho fuese cometido por ascendiente, descendiente, afín

[67] PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 80.En el mismo sentido, ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 146; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, p. 276.

[68] Para los casos de error y las soluciones dadas por la jurisprudencia, remitimos a lo dicho respecto del abuso sexual simple (ver § 146).Puede confrontarse, además, la reseña de jurisprudencia efectuada por RUFINO, Estupro, JA, 1991-III-1019, y la de GALLEGOS-YÁÑEZ, El delito de estupro, JA, doctrina 1971-691.

en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, o por el encargado de la educación o guarda de la víctima; si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiese existido peligro de contagio; si el hecho fuese cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones, o contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con él.

Quedan al margen de la mayor penalidad las circunstancias previstas en el art. 119, párr. 4º, inc. *d*, esto es, cuando el abuso sexual ha sido cometido por dos o más personas, o con armas, puesto que la mayor gravedad que implica la comisión del hecho en grupo o con el uso de medios peligrosos para otros bienes jurídicos justifica que se aplique la mayor penalidad de las figuras más graves de los párrs. 2º o 3º.

Se agrava también el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, cuando resultare la muerte de la persona ofendida, según se establece en el art. 124 del Cód. Penal.

Violación de domicilio y allanamientos ilegales

Por **Federico Wacker Schroder y Juan Tapia**

Art.: 150: ***"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo".***

Art 151: ***"Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina".***

Introducción

La inviolabilidad del domicilio es un derecho constitucional que asiste a todos los habitantes de nuestro país. El artículo 18 de la Constitución Nacional lo reconoce expresamente al declarar que "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación". Luego de la reforma constitucional del año 1994, la protección de este derecho fundamental ha sido fortalecida por la incorporación a la Carta Magna, con su misma jerarquía, de ciertos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que también resguardan esta proyección de la libertad del hombre (art. 75 inc. 22 CN). Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica en su artículo 11. 2 que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Por su parte, el artículo 17.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Debemos recordar también que el art. IX de la Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Ahora bien, partiendo de la protección que la Constitución Nacional brinda a la inviolabilidad del domicilio, nuestro ordenamiento jurídico ha identificado y prohibido ciertos comportamientos que afectan particularmente a esta Garantía y los ha conminado con una pena; esos comportamientos han sido tipificados en los artículos 150 (delito de violación de domicilio) y 151 (allanamientos ilegales) del Código Penal, y de ellos nos ocuparemos en este capítulo.

Violación de domicilio

El art. 150 del Código Penal establece los siguiente: *"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo"*.

Bien jurídico

El artículo 150 del Código Penal se encuentra sistemáticamente ubicado en el Capítulo 2, del Título 5, del Libro segundo del Código Penal. Se trata de un delito que tiende a lesionar el bien jurídico libertad; concretamente, la realización de la conducta descripta por el tipo ataca la libertad de autodeterminación del ser humano que, en nuestro ámbito, goza del derecho constitucionalmente reconocido de poder decidir quién ingresa y quién no a su principal espacio de intimidad, su domicilio.

En esta línea, Jorge Buompadre, citando a Núñez, Soler, Fontán Balestra y Laje Anaya, entre otros, menciona que la opinión de la doctrina es uniforme en señalar que "el bien jurídico protegido en el delito de violación de domicilio es el ámbito material de intimidad personal, que se proyecta como una manifestación fundamental de la libertad del hombre"[1].

[1] Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, Mave, Bs.As., 2000, t. I, p. 596/597.

Donna, por su parte, indica que este tipo penal tiende a proteger la libertad, en el sentido de poder elegir quienes pueden ingresar en el domicilio propio, y acierta al señalar que la violación de domicilio no constituye un delito contra la propiedad, pues la ley no protege la porción de espacio ni la construcción material que constituyen un domicilio, sino la libertad del titular del derecho de exclusión. A su vez, este autor resalta que la figura prevista y penada por el art. 150 del CP, además de la libertad como bien jurídico protegido, tutela el derecho a la intimidad del ser humano[2].

Molinario, también considera que el delito sobre el que estamos trabajando importa fundamentalmente un atentado a la libertad de las personas. Sostiene que "Él implica, esencialmente, el desconocimiento del legítimo derecho que todos en los países civilizados de nuestros días se reconoce a todo individuo de hacer del sitio en el que habita, sea éste una mísera choza o un soberbio palacio, una verdadera fortaleza en la cual, como lo dice una célebre frase, el viento y la lluvia pueden entrar sin el consentimiento de su dueño, pero el rey no"[3].

En definitiva, podemos sostener que el delito de violación de domicilio importa una lesión a la libertad de autodeterminación de aquel que resulta titular del derecho de exclusión con relación al domicilio y, al mismo tiempo, una lesión a su derecho a la intimidad, que reconoce la facultad del ser humano de resguardar su vida personal, en la medida de lo deseado, del conocimiento de los demás, sean personas o estados.

Tipo objetivo

Acción típica

La acción típica consiste en entrar en un domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien resulte titular del derecho de exclusión con relación a ese domicilio.

Entrar significa pasar desde afuera hacia el interior de la morada, de la casa de negocios, de sus dependencias o del recinto habitado por otro.

Tomando en consideración que el tipo penal en estudio nada dice sobre el modo en que debe concretarse el ingreso para que el mismo resulte típico, señalando únicamente que éste debe producirse contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión, la doctrina

[2] Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II-A, p. 291/292.

[3] Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, act. por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, 1996, t. II, p. 93

entiende que dicho ingreso puede realizarse por cualquier medio comisivo: engaño, violencia, clandestinidad, etc.[4]

Sobre el verbo típico entrar, se ha señalado que éste significa "acceder, trasponer un límite determinado; penetrar a un recinto delimitado en cualquier forma"[5]. Buompadre, por su parte, enseña que la acción de *entrar* debe entenderse "como la introducción o penetración total, de cuerpo entero", en algunos de los recintos que contempla el art. 150 del CP. Y en este sentido, advierte que "No es suficiente a los fines típicos la introducción de una parte del cuerpo, por ej. un brazo, o el pie, o de un elemento que prolongue el alcance natural del brazo, por ej., alambres, cuerdas, caños (…), o asomarse a alguno de los espacios abiertos de las paredes, o ejecutar actos como espiar, arrojar objetos o servirse de cosas"[6].

Lo expuesto hasta aquí con relación a la acción descripta por el tipo en estudio evidencia que el único modo típico que éste prevé es la entrada en el domicilio ajeno, contra la voluntad del titular del derecho de exclusión. Si el sujeto activo no entra en el domicilio, su conducta no puede configurar el delito analizado, aunque la intimidad del sujeto pasivo pueda verse afectada en igual o incluso en mayor medida. De este modo, por imperio del principio de legalidad y de las consecuencias que de él surgen, principalmente la prohibición de la utilización de la analogía *in malam partem*, es decir, aquella que se emplea para extender la punibilidad, quedarán siempre al margen del tipo penal todas las acciones que se realicen desde afuera del domicilio que no requieran la acción de entrar. En esta línea, recogiendo ejemplos elaborados por la doctrina nacional, Donna señala que no puede imputarse el delito de violación de domicilio si "simplemente se molesta a los ocupantes desde afuera, por ejemplo, tirando piedras, estacionándose en la puerta con una actitud vigilante, mirando o introduciendo un brazo por la ventana, ni tampoco realizando otro tipo de invasión a la intimidad como, por ejemplo, utilizando filmaciones o grabaciones desde fuera de la vivienda (…) el único modo típico de comisión consiste en ingresar en el domicilio ajeno"[7].

Se volverá sobre este punto al tratar el delito de allanamiento ilegal.

[4] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 294.
[5] Molinario, Alfredo J., ob.ct., p. 97.
[6] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 602.
[7] Donna, Edgardo A., ob.cit, p. 293.

Cuestiones discutidas en doctrina con relación a la acción típica

Se discute si constituye delito de violación de domicilio la conducta del sujeto que habiendo ingresado en un domicilio con el consentimiento del titular del derecho de exclusión, se introduce después en otro lugar de ese mismo domicilio, contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo.

Con relación a esta cuestión, la doctrina se encuentra francamente dividida. Buompadre, por ejemplo, expresa que la denominada violación de interior a interior no configura delito. En cita al pie de página indica que la opinión restrictiva que defiende sobre esta cuestión resulta más compatible con el principio de legalidad, pues la conducta típica consiste en entrar, no permanecer, invadir ni volver a entrar cuando ya se entró[8].

Núñez, por su parte, también sostiene que la penetración de interior a interior de aquel que primeramente ingresó en el domicilio en forma legal es atípica, puesto que entiende que lo que determina la delictuosidad de la conducta es la inexistencia de consentimiento con relación a ese primer ingreso. Explica que "salvo que se piense que el hogar tiene tantas moradas como dormitorios y lugares respecto de los cuales exista algún motivo de reserva, no se puede afirmar que pasar del escritorio del dueño de la morada al dormitorio de la hija, significa entrar en morada ajena"[9].

Participamos de la opinión que sostienen Buompadre y Núñez, por considerar que ésta se impone por aplicación del principio de máxima taxatividad interpretativa; sin embargo, debemos reconocer que gran parte de la doctrina nacional defiende la posición contraria.

Creus, por ejemplo, considera que la entrada de interior a interior puede resultar típica, ya que cuando ésta se produce "el agente entra en un recinto habitado por otro, violando su intimidad, aunque el titular de la morada hubiera autorizado su presencia en otra parte de ella"[10].

Fontán Balestra adhiere a la misma postura. Entiende que el consentimiento puede quedar limitado a ciertos ambientes, sin que ello autorice penetrar en otros, y señala que también entra quien pasa de un lugar para introducirse en otro[11].

---

[8] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 602/603.
[9] Nuñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Marcos Lerner, Córdoba, 1989, t. IV, p. 76/77.
[10] Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 363.

Donna, por su parte, entiende que es típica la conducta del sujeto que entra legítimamente a un domicilio, pero luego ilegalmente penetra en otra dependencia; no obstante, siguiendo a Soler, expresa que esa penetración de interior a interior sólo puede configurar el delito de violación de domicilio cuando se realiza contra la voluntad expresa del titular del derecho de exclusión[12]. Sin embargo, el autor hace una distinción cuando la entrada se produce en una casa de negocios. Concretamente, expresa lo siguiente: "tratándose de casas de negocios abiertas al público, pensamos que el sujeto que ingresa al lugar destinado al público y luego se introduce en otro sector no autorizado, comete violación de domicilio, aunque lo haga contra la voluntad presunta de los ocupantes"[13].

Con menor disenso, la doctrina también discute si encuadra en el tipo penal previsto por el art. 150 del CP la conducta de quien habiendo ingresado legítimamente en un domicilio, permanece en él contra la voluntad del titular del derecho de exclusión, no acatando la orden de retirarse.

En este punto, por supuesto que compartimos la opinión mayoritaria, que considera imposible imputar el delito de violación de domicilio en el caso referido, tomando en cuenta que el verbo típico en el art. 150 es entrar, no permanecer. Por lo tanto, considerar típica la acción de permanecer (no prevista por la figura) cuando el tipo solo menciona el entrar, implicaría realizar una interpretación analógica extensiva de la punibilidad, francamente violatoria del principio fundamental de legalidad penal, y, por lo tanto, prohibida (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 CN; art. 9 CADH; art. 9 PIDCyP).

En el sentido expresado, Molinario ha subrayado que la circunstancia de que la ley se haya referido exclusivamente a la entrada, impediría considerar típica la acción de permanecer de aquel que, habiendo ingresado legalmente, no acata después la orden de retirarse[14].

En sentido similar se expiden Núñez[15], Fontán Balestra[16], Buompadre[17], Azzi[18] y Donna, entre otros. Éste último, sin embargo, considera que si bien la conducta de permanecer en contra de

---

[11] Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal. Parte especial,* act. por Guillermo Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 383/384.

[12] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 295.

[13] Donna, ob.cit., p. 295/296.

[14] Molinario, Alfredo J., ob.cit., p. 97.

[15] Nuñez, Ricardo, ob.cit., p. 76.

[16] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit., p. 384.

[17] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 603.

[18] Niño, Luis F. – Martínez, Stella M. (coords.), *Delitos contra la libertad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 316.

la voluntad del titular del derecho de exclusión es atípica, constituye una agresión ilegitima que puede dar lugar a la legítima defensa, por lo que el dueño del domicilio se encontraría facultado para expulsar por la fuerza al agresor o a recurrir al auxilio de la fuerza pública[19].

Prácticamente en soledad, en términos que anticipamos no compartimos, Soler sustentó la posición contraria. Así, señaló que “si un sujeto logra ser admitido sobre la base de una leve disimulación que induce a error (vendedores de géneros, aseguradores impertinentes, etc.), ese modo vicioso de consentimiento no pone al intruso a cubierto del delito, si se resiste a salir cuando recibe la orden[20]. Luego, indicó que aunque no exista vicio alguno en el consentimiento, “es decisivo que nuestra ley ampare contra la violación de domicilio los locales que por definición están abiertos al público, es decir, aquellos lugares en los que el delito solo puede consistir en la positiva expresión del disenso contra una persona que se encuentra allí. La protección que la ley acuerda a una casa de comercio cualquiera no ha de considerarse negada a un verdadero hogar”[21].

Concepto de domicilio para el Derecho Penal

El análisis del concepto de domicilio que han elaborado la doctrina y la jurisprudencia penal es de suma importancia, puesto que la concepción de este elemento legal, cuya denominación surge del título del capítulo (violación de domicilio) y de la letra del art. 151 del CP (allanamiento ilegal), incide en la interpretación y aplicación concreta de los tipos penales en estudio.

Carrara explicaba con claridad que “la palabra domicilio debe ser entendida, no con el sentido estricto del derecho civil, sino con el sentido amplísimo mediante el cual se designa cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada, aunque sea precaria, y de este modo, sin distinguir si es elegida como morada contigua o solamente por algunas horas del día o de la noche o también para un destino transitorio especial, como un laboratorio o un pabellón de caza, con tal que la invasión se produzca durante la subsistencia de su destino…”[22].

Para la ley penal, el domicilio “es el lugar o lugares que la persona tiene para el desenvolvimiento de su vida, privada o social”[23]. Este siempre debe ser real y también comprende a

[19] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 296/297.
[20] Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 2000, p. 95.
[21] Soler, Sebastián, ob.cit., p. 95.
[22] Cit. por Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 598.
[23] Molinario, Alfredo J., ob.cit., p. 94.

la mera residencia y a la simple habitación. De este modo, la habitación de un hotel en la que un sujeto sólo pasa un día, o algunas horas, en derecho penal constituye un domicilio[24].

El art. 150 del CP, al tipificar el delito de violación de domicilio, enumera cuatro ámbitos de intimidad que ingresan dentro del concepto penal de domicilio: la morada, la casa de negocios, sus dependencias y el recinto habitado por otro.

La morada:

La morada es el lugar donde una persona vive, manteniendo en ella su intimidad y la de los que habitan con él, y de las cosas de que se sirve, aunque este destinada a ser habitada sólo en determinados momentos del día (ej. pernoctar) y aunque la persona posea varias. Puede estar constituida por un inmueble edificado, específicamente destinado a morada, o por inmuebles no destinados a la habitación, pero que se utilizan para ese fin (como una cueva natural), o incluso, por muebles afectados a viviendas (casas rodantes, construcciones flotantes, etc.)[25]. Lo dicho evidencia que no importa el tipo de construcción, ni la humildad o precariedad de ésta.

Buompadre sostiene que "la noción jurídico-penal de morada remite al lugar o espacio ocupado como sitio propio de asentamiento existencial humano por una persona, donde la misma puede mantenerse en reserva y apartada del mundo circundante, con posibilidad del ejercicio del derecho a vetar la indeseada presencia de terceras personas"[26].

La casa de negocio:

La doctrina, en términos generales, coincide en que la casa de negocio es el lugar utilizado por la persona para realizar algún tipo de actividad comercial, profesional, deportiva, científica, artística, o de otro tipo, que se ejecuta con o sin fines de lucro, y que puede estar abierta al público en general, como un café, un cine, etc., o sólo a las personas que realizan actividad en ese espacio. Se señala que si es un lugar abierto al público en general, para que se configure el tipo es necesario que el titular haya manifestado expresamente su voluntad de exclusión respecto del sujeto activo.

Sin embargo, algunos autores consideran que la casa de negocios indefectiblemente debe tratarse de un lugar libre, como un café, o relativamente libre, como un teatro[27].

[24] Molinario, Alfredo J., ob.cit., p. 94.
[25] Creus, Carlos, ob.cit., p. 364.
[26] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 599.
[27] Soler, Sebastián, ob.cit., p. 89.

Cabe destacar, que no reúnen las características de las casas de negocios ciertos lugares expresamente destinados al público, como los andenes, las salas de espera de las estaciones, las plazas, etc.[28].

Las dependencias:

Molinario define a las dependencias como "todo sitio que, no formando parte de la morada, sea destinado por los moradores al desenvolvimiento de alguna de sus actividades domésticas"[29].

Creus expresa que las dependencias de las moradas o de las casas de negocios son los espacios o recintos unidos materialmente a ellas, que sirven como accesorios para las actividades que en las mismas se desarrollan (jardines, cocheras, quinchos, azoteas, etc.) siempre que sean lugares cerrados por cercamientos que, aunque sean fácilmente superables, indiquen la voluntad del titular de preservar su intimidad dentro de ellos y que requieran la acción de entrar por parte del agente[30].

El recinto habitado por otro:

El recinto habitado por otro es el lugar transitoriamente destinado a la habitación de una persona, dentro del cual esta tiene derecho a la intimidad (habitación de hotel, una carpa para acampar, etc.)[31].

Sujetos

A excepción de los funcionarios públicos en ejercicio de funciones, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de violación de domicilio.

Si quien ingresa en domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión es un funcionario público en ejercicio de sus funciones, y éste actúa en forma arbitraria, la figura penal aplicable es la tipificada en el art. 151 del CP (allanamiento ilegal).

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho de exclusión, o sea, quien puede decidir quiénes ingresan a un determinado domicilio y quiénes no.

Voluntad del titular del derecho de exclusión

---

[28] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 600
[29] Molinario, Alfredo J., ob.cit., p. 100.
[30] Creus, Carlos, ob.cit., p. 365.
[31] Creus, Carlos, ob.cit, p. 365.

Para que se configure el delito, el tipo penal en estudio exige que el sujeto activo ingrese al domicilio ajeno en contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión.

De este modo, como señala Donna con acierto, la voluntad de exclusión es, sin dudas, un elemento del tipo penal objetivo[32]. Por lo tanto, el consentimiento del titular del derecho de exclusión para el ingreso al domicilio no opera como causa de justificación, sino de atipicidad: el ingreso de una persona a un domicilio ajeno, con el consentimiento del titular del derecho de exclusión, es atípico.

Por supuesto, el consentimiento al que hacemos referencia debe ser libre y voluntario, puesto que si es obtenido mediando engaño, intimidación o violencia, el ingreso al domicilio será constitutivo del delito que estamos comentando.

La voluntad de exclusión que demanda el tipo para su configuración puede ser expresa o presunta. Es expresa, cuando es manifestada, cuando se la hace conocer al sujeto activo a través de cualquier medio idóneo, ya sea por escrito o en forma verbal, por gestos, etc.; es presunta cuando no habiendo sido manifestada, puede deducirse de las circunstancias que la evidencian, como ser, por ejemplo, la existencia de una puerta cerrada, que indica que no se puede seguir adelante[33]. En otros términos, Creus explica que la voluntad de exclusión es presunta cuando de acuerdo con las circunstancias de lugar, tiempo, conocimiento personal, etc., el agente pensó o debió pensar que existía voluntad de exclusión respecto de su persona[34]. En definitiva, la voluntad de exclusión será presunta cuando pueda inferirse de las circunstancias particulares que rodean cada caso. Por ejemplo, tratándose de una morada, la regla general es que la entrada se encuentra prohibida; una puerta cerrada, indica que uno no debe seguir adelante, etc.[35]

Corresponde ahora analizar quién o quiénes son los titulares del derecho de exclusión. Antes de brindar algunas nociones o pautas generales sobre el punto, debemos señalar que, en rigor de verdad, a nuestro entender, esta cuestión debe resolverse en el caso particular de que se trate.

En líneas generales, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el titular del derecho de exclusión es “el jefe del grupo que habita el domicilio (el jefe de familia, el prior del convento, el dueño o gerente de la empresa, la persona que se queda a cargo del negocio, etc.). Sin embargo, ese

[32] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 306.
[33] Molinario, Alfredo J., ob.cit., p. 101.
[34] Creus, Carlos, ob.cit., p. 365/366.
[35] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 310.

derecho puede ser delegado en ciertas personas (hijos, empleados, personal doméstico, etc.), quienes en todos los casos deben respetar la voluntad del titular”[36]. En este sentido, Creus sostiene que la voluntad de exclusión debe ser la de quien tiene derecho a excluir. Y ese derecho lo posee quien a título legitimo "mora, realiza actividades o habita con carácter de principal”[37] (jefe de familia, dueño de la empresa).

Creemos que es insoslayable señalar en este punto que, conforme el estado actual de nuestra cultura, en las uniones de pareja de cualquier tipo, los esposos o convivientes siempre son cotitulares del derecho de exclusión. En este sentido, Azzi ha señalado que la titularidad del derecho de exclusión no puede recaer sólo en el hombre por considerárselo “jefe de familia”. Otra interpretación llevaría a violentar el art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, incorporada a nuestra Carta Magna con jerarquía constitucional[38].

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que ante la ausencia del titular o de los cotitulares del derecho de exclusión, otros habitantes o moradores pueden ejercer ese derecho en forma accesoria, respetando la voluntad del titular del derecho o de los cotitulares.

Tipo subjetivo

Nos encontramos frente a un delito doloso que, como tal, requiere para su configuración que el sujeto activo obre con conocimiento y voluntad de que entra en un domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión.

El tipo previsto por el art. 150 del CP no exige ninguna ultrafinalidad adicional al dolo ni ningún elemento de ánimo, y admite su comisión tanto con dolo directo como con dolo eventual. El último caso se verifica, por ejemplo, cuando el agente duda acerca de la prohibición del ingreso y a pesar de ello decide entrar en el domicilio.

Consumación y tentativa

El delito de violación de domicilio se consuma en el momento en que el autor consigue entrar de cuerpo entero en el domicilio. Como señalamos, la infracción no se consuma si el autor consigue ingresar sólo parte de su cuerpo o accesorios dentro del domicilio.

[36] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 307.
[37] Creus, Carlos, ob.cit., p. 366.
[38] Niño, Luis F. – Martínez, Stella M. (coords.), ob.cit., p. 3325.

La figura admite la tentativa. Ésta existirá cuando el agente no logra entrar en forma íntegra al domicilio, por razones ajenas a su voluntad.

Subsidiariedad

El tipo penal que comentamos auto limita su ámbito de aplicación al expresar que la pena que prevé para la conducta que describe sólo se aplica “si no resultare otro delito más severamente penado". Nos encontramos frente a un delito subsidiario.

La doctrina nacional ha interpretado en forma disímil la cláusula que consagra la subsidiariedad del tipo en estudio. Para algunos, la ley excluye la aplicación de este tipo penal cuando la violación de domicilio es simplemente un medio para cometer otro delito de mayor gravedad. Por ejemplo, si el autor ingresa a un domicilio ajeno contra la voluntad del titular del derecho de exclusión, con el propósito de matarlo, responderá por el homicidio o por su tentativa, según el caso, pero no por la violación de domicilio.

Sin embrago, la doctrina mayoritaria interpreta la disposición en un sentido distinto; sostiene que la subsidiariedad depende de que de la violación misma del domicilio resulte otro delito más severamente penado. De este modo, se considera que este tipo penal queda desplazado cuando la violación de domicilio es un elemento integrante de otro tipo penal más grave. Buompadre, por ejemplo, expresa que para la doctrina predominante “la regla de subsidiariedad funciona cuando el delito más grave tiene su origen en la misma violación de domicilio, esto es, cuando resulte de ella misma y no constituye un hecho independiente, por ej., el hurto con ganzúa o por escalamiento para entrar al domicilio ajeno; excluyen la figura subsidiaria (violación de domicilio), permitiendo sólo la aplicación de la figura principal (hurto agravado)”[39].

En este orden de ideas, la doctrina mayoritaria considera que en los casos en que la violación de domicilio no es un elemento previsto por otro tipo penal, si el sujeto activo incurre en una violación de domicilio para perpetrar la conducta descripta por ese tipo, no se excluye la aplicación de la figura prevista y penada por el art. 150 del CP.

En los casos en que la regla de subsidiariedad no se aplica, rigen las reglas generales del concurso de delitos (arts. 54 y 55 del CP).

[39] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 609.

Allanamiento ilegal

El art. 151 del Código Penal establece lo siguiente *"Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina".*

Bien Jurídico

En este caso, la comisión de la conducta descripta por el tipo también lesiona la libertad de autodeterminación del ser humano, que, en nuestro ámbito, goza del derecho constitucionalmente reconocido a poder decidir quién ingresa y quién no a su principal espacio de intimidad, su domicilio (ver punto 2.1).

Sin embargo, este delito resulta evidentemente más grave y complejo que el previsto en el artículo 150, puesto que quien provoca la afectación al bien jurídico, al realizar la conducta descripta por el tipo, no es un ciudadano común, sino un funcionario del Estado que actúa en ejercicio de su cargo.

La comisión de este delito lesiona en forma significativa la inviolabilidad del domicilio (18, 75 inc. 22 CN; 11.2 CADH; 17.1 PIDCyP). Y es justamente este tipo penal el que responde a la garantía establecida en la Constitución Nacional, porque, como ha señalado Soler, ésta tiende más a proteger contra los avaneces del poder que contra los actos de los particulares. Mientras que la violación de domicilio es poco menos que inexistente, el allanamiento ilegal "es una tentación atrayente para las autoridades abusivas y para los gobiernos dictatoriales, siempre deseosos de asomarse a la intimidad para saber si la gente, a puerta cerrada, piensa mal de su gobierno"[40] .

Desde esta perspectiva, y tomando especialmente en cuenta que, como veremos, sólo puede ser sujeto activo de esta infracción un agente estatal público en ejercicio de la función que desempeña, creemos que nos encontramos frente a un delito doblemente ofensivo de bienes

[40] Soler, Sebastián, ob.cit., p. 105.

jurídicos, en tanto que, por un lado, requiere la afectación del bien jurídico libertad y de la intimidad del sujeto pasivo; y por otro, demanda la afectación paralela a la administración pública, y a sus expectativas de que todos los funcionarios del estado cumplan legalmente con sus cargos.

Tipo objetivo

Acción típica

Este tipo penal resulta aplicable cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones allana un domicilio sin cumplir con las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

En este tipo penal, el término allanar tiene el mismo significado que el verbo típico utilizado por el artículo 150 del Código Penal, esto es, entrar[41], lo cual significa, como hemos mencionado, pasar desde afuera hacia el interior de la morada, de la casa de negocios, de sus dependencias o del recinto habitado por otro.

Sobre esta cuestión, Azzi ha resaltado que tanto la violación de domicilio como el allanamiento ilegal de domicilio, han quedado desactualizados frente al progreso tecnológico, puesto que el ser humano ha desarrollado medios audiovisuales "que permiten 'entrar' en el ámbito que se quiere proteger, afectando la relación de disponibilidad del sujeto con el objeto, quizás hasta con mayor intensidad que la lesión generada por el ingreso de una persona"[42].

La "desactualización" a la que se hizo referencia preocupa en relación con el delito de allanamiento ilegal, en el que el sujeto activo no es un ciudadano común, como sucede en el delito de violación de domicilio, sino un funcionario público que, generalmente, habrá de obrar amparado por el respaldo que le brinda la estructura Estatal.

En este caso, se torne especialmente grave que la disposición contemple únicamente la entrada, con el alcance que ha sido expresado, tomando en cuenta que esto conduce a que, por imperio del principio de legalidad, deban quedar al margen de esta figura casos graves de afectación a la inviolabilidad del domicilio y al derecho a la intimidad concretados por medios tecnológicos.

---

[41] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit., p. 388.

[42] Niño, Luis F. – Martínez, Stella M. (coords.), ob.cit., p. 345.

El concepto de domicilio fue analizado al tratar el delito de violación de domicilio; dicho concepto, en el delito de allanamiento ilegal, es idéntico, razón por la cual nos remitimos a lo dicho en el punto 2.2.3.

De este modo, la acción típica consiste el ingreso de un funcionario público a un domicilio, contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión, sin cumplir con las formalidades previstas por la ley o fuera de los casos en que ella determina.

Si bien el tipo que estamos comentando no lo dice expresamente, se sostiene que la acción debe realizarse contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión, puesto que su consentimiento funciona como causa de atipicidad[43]. Con relación a esta cuestión, Buompadre expresa que permitir el ingreso al domicilio de quien el titular desee es un derecho y, "tratándose de un bien jurídico disponible, debe reputarse válido el consentimiento libremente prestado"[44].

El juicio de tipicidad no se agota a través de la verificación de exacta correspondencia entre el comportamiento del sujeto y la descripción genérica y abstracta de conductas contenida en el tipo penal. En el nivel de la tipicidad, además del juicio de adecuación, debe analizarse si ha mediado afectación del bien jurídico tutelado[45].

Por lo tanto, coincidimos con la doctrina mayoritaria en punto a que el libre y verdadero consentimiento del morador determina la atipicidad de la conducta del funcionario, por cuanto, con dicho consentimiento, no hay lesión alguna al bien jurídico libertad. Sin embargo, cualquier actividad coactiva o intimidatoria dolosa dirigida por el funcionario a intervenir sobre la voluntad real del titular del derecho de exclusión, tornará típica su conducta, de acuerdo con lo prescripto por el art. 151 del CP..

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia consideran que para que el consentimiento efectivamente sea válido, deben darse ciertas condiciones esenciales.

En primer lugar, ese consentimiento debe ser otorgado por quien se encuentra habilitado para autorizar el ingreso del funcionario, o sea, el titular del derecho de exclusión. Parte de la jurisprudencia sostiene que para que el consentimiento sea válido, sólo puede ser prestado por quien, además de ser titular del derecho de exclusión, pueda verse perjudicado por el resultado del registro.

---

[43] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 319.

[44] Buompadre, Jorge E., ob.cit., p. 611.

[45] Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, Bdef, Buenos Aires, 2004, pp. 158/162.

Otro sector directamente entiende que la autoridad pública sólo puede ingresar en un domicilio con orden escrita de autoridad competente[46].

En segundo término, se exige que el consentimiento sea voluntario; es decir, que sea libremente otorgado por el titular del derecho de exclusión, sin haber padecido ningún tipo de presión o intimidación.

Además, el consentimiento debe manifestarse expresamente al funcionario público que pretende ingresar en el domicilio. Se considera que el silencio o la falta de reparos no pueden interpretarse como consentimiento para allanar. El consentimiento debe ser expresado de manera que no queden dudas sobre la plena libertad del individuo[47].

La CSJN ha sostenido que para que pueda admitirse el consentimiento "como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza ni intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización..."[48].

La Corte también ha indicado que "la ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria que pretende llevar a cabo el personal policial, no resulta por si sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización..."[49].

Más allá de lo mencionado con relación a este punto, queremos ser claros en una cuestión: descartar la tipicidad del ingreso por haber mediado consentimiento válido del titular –y, consecuentemente, falta de afectación al bien jurídico- no implica un juicio de valor sobre la validez o invalidez de la prueba que se obtenga; el allanamiento y sus consecuencias pueden ser nulos y la conducta del funcionario atípica.

Ilegalidad del allanamiento

---

[46] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 320.
[47] CSJN, "Fiorentino", Fallos 306:1752.
[48] CSJN, "Fiorentino" Fallos 306:1752.
[49] CSJN, "Rayford, R.", Fallos 308:733.

La inviolabilidad del domicilio, reconocida por el art. 18 de la CN, es una garantía constitucional que admite limitaciones, puesto que prevé de antemano que "una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación". Así, está claro que el allanamiento de domicilio es una medida de investigación válida, siempre y cuando se respeten las condiciones y exigencias que prevé la ley común para la ejecución de esa medida. A su vez, dicha ley reglamentaria, por imperio del art. 28 de la CN, nunca puede alterar la garantía. La ley reglamentaria que mencionamos es la que regula el procedimiento penal, o sea, los Códigos procesales de las distintas provincias de nuestro país y el Código procesal penal de la Nación[50].

Recordemos que el allanamiento de domicilio es una medida de investigación que debe disponerse en el marco de un proceso penal, mediante la cual un juez autoriza el ingreso a un domicilio y su posterior registro, con el objeto de buscar e incautar cosas u objetos relacionados con el delito investigado o de detener al imputado, cuando esa detención haya sido autorizada en forma previa por el Juez.

Entonces, por supuesto que la medida es legal cuando se practica en los casos determinados por la ley y con las formalidades requeridas por ella. Para la configuración del tipo se requiere que el allanamiento resulte ilegítimo: es necesario que el allanamiento se realice sin cumplir con las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

Ahora bien, habiendo llegado a este punto debemos analizar cuáles son las formalidades que la ley exige para que se realice un allanamiento y cuáles son los casos en que la ley autoriza la realización de un registro domiciliario. Para este análisis, utilizaremos principalmente las disposiciones del Código procesal del la provincia de Buenos Aires, aunque podemos mencionar que la mayoría de los Códigos del país contienen exigencias similares con relación a los registros domiciliarios.

Ilegalidad del allanamiento por incumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley

El allanamiento de un domicilio debe llevarse a cabo cumpliendo todas las formalidades previstas por el Código de procedimiento que resulte aplicable al proceso penal en particular. El

[50] Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2002, p. 680/682.

CPPBA y, en general, los demás Códigos procesales del país requieren para el registro domiciliario las mismas exigencias.

En primer lugar, para que se pueda realizar un allanamiento válido, es necesario que exista autorización judicial[51]. Aunque no surja en forma expresa del citado art. 18 de la CN, no existen dudas en punto a que sólo los jueces pueden autorizar registros domiciliarios, "pues ellos son los custodios de todas las garantías ciudadanas, según la misma Constitución lo determina (arts. 5, 18, 31, 116 y cc.); son ellos los encargados de decidir sobre la persecución penal (juicio previo-juez natural: art. 18) y, entre otras decisiones que les corresponden, se halla la que autoriza estas injerencias excepcionales en la intimidad de las personas"[52].

En este sentido, la CSJN ha resuelto que solamente los jueces pueden expedir órdenes de allanamiento[53]. Hoy, esta regla debe mantenerse como legítimo producto del derecho constitucional consuetudinario[54].

Por otra parte, no podemos dejar de señalar que la Constitución de la provincia de Buenos Aires, el Código procesal de la Nación (art. 224) y el Código procesal de la Provincia (art. 219) exigen que el allanamiento sea autorizado por un Juez.

La autorización judicial que mencionamos debe fundarse; es obligación del juez explicar las razones que habilitan al Estado a ingresar a un domicilio. Se ha sostenido que la "inviolabilidad del domicilio, de clara entidad constitucional, muestra la necesidad de que una intrusión domiciliaria esté precedida de un justificativo. De allí que ese recaudo se proyecte a algo adicional a la exigencia, contenida de ordinario en las leyes procesales, de que la resolución que ordene un allanamiento debe ser fundada"[55].

A su vez, el juez debe expedir una orden escrita que debe ser notificada al que habite el lugar donde debe efectuarse el registro o, cuando esté ausente, a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que allí se hallare. En esa orden el juez debe consignar con exactitud: el domicilio a registrar, el día y el horario en que la diligencia debe cumplirse, el nombre del

---

[51] La única excepción válida a esta regla se encuentra en los allanamientos urgentes regulados en los Códigos procesales. En la Provincia de Buenos Aires, se encuentran previstos en forma taxativa en el art. 222. En el CPPN en el art. 227. El tema será analizado más adelante en este mismo trabajo.

[52] Maier, Julio B. J., ob.cit., p. 682.

[53] CSJN, "Fiorentino", Fallos 306:1752.

[54] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 326.

[55] Niño, Luis F., ob.cit., p. 340.

funcionario autorizado para realizar el allanamiento, los objetos o bienes que pueden ser secuestrados y/o el nombre de la persona a detener.

Además, cuando se trata de allanamientos de lugares habitados o de sus dependencias cerradas, la regla indica que, salvo casos excepcionales, los mismos deben realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol. Estos lugares sólo podrán allanarse de noche cuando el morador o su representante lo consientan o en los casos sumamente graves y urgentes o cuando peligre el orden público.

Como señala Azzi, el fundamento de esta restricción radica, por un lado, en las extraordinarias molestias que causa el allanamiento nocturno; pero, sobre todo, en que en el allanamiento nocturno "se intensifica en alto grado la lesión del derecho de privacidad que produce la entrada forzosa de funcionarios policiales en la morada"[56].

La excepción a las reglas que hemos mencionada está dada por los denominados "allanamientos sin orden" que prevén las leyes procesales. Concretamente, los códigos contemplan determinados supuestos urgentes en los que la policía puede allanar sin que existan autorización ni orden judicial. En el caso de la provincia de Buenos Aires, estos allanamientos se encuentran regulados en el art. 222 del CPPBA, el que establece que la policía puede allanar sin orden judicial cuando: 1.- Se denunciare que alguna persona ha sido vista mientras se introducía en una casa o local, con indicios manifiestos de cometer un delito. 2.- Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión. 3.- Voces provenientes de una casa o local advirtieren que allí se está cometiendo un delito o pidieren socorro.

La enunciación y enumeración de casos que realiza el CPPBA de allanamientos sin orden es taxativa. En estos supuestos, si la policía allana lo hará en cumplimiento de sus obligaciones funcionales y con una expresa habilitación legal, por lo que no podrá considerarse que existe un incumplimiento de una formalidad, sino todo lo contrario. Es estos casos la conducta es claramente atípica.

Por otra parte, los Códigos procesales exigen que los funcionarios públicos que realizan la diligencia redacten un acta que de fe de los actos realizados, a la vez que exigen que la ejecución de

[56] Niño, Luis F., ob.cit., p. 341.

la medida sea fiscalizada por un testigo ajeno a la repartición policial, si es que la misma es realizada por personal de esta institución.

Ilegalidad del allanamiento por su realización fuera de los casos autorizados por la ley

Señala Maier que establecer en qué casos y con qué justificativos funciona la facultad de allanar un domicilio, supone determinar las exigencias mínimas que autorizan la emisión de la orden. En tal sentido, parece necesario comprobar la existencia de una persecución penal concreta, en la que se investigue un hecho punible, un cierto grado de conocimiento sobre él, y la necesidad de la medida para impedir su resultado, su aprovechamiento o las consecuencias ulteriores, o para asegurar elementos de prueba sobre la infracción, la persona del autor o del partícipe[57].

En concordancia con lo antes dicho, el CPPBA establece en su art. 219 que si hubieren motivos para presumir que en determinado lugar existen personas o cosas relacionadas con el delito, a requerimiento del agente fiscal, el juez ordenará, por auto fundado, el registro de ese lugar.

De este modo, esta segunda modalidad delictiva se verificará cuando se practiquen registros, en forma dolosa, sin que existan razones suficientes para sospechar que en el lugar pueden hallarse elementos o personas relacionados con una investigación penal; o cuando se ordene un registro por razones distintas de las previstas por la ley, como por ejemplo, por odio o por venganza[58] y no para impedir el resultado de un delito, su aprovechamiento o las consecuencias ulteriores, o para asegurar elementos de prueba sobre la infracción, la persona del autor o del partícipe.

Sujetos

Nos encontramos frente a un delito especial propio del que sólo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos o agentes de autoridad en ejercicio de sus funciones. El término funcionario público se encuentra descripto en el art. 77, párrafo cuarto del CP, del siguiente modo: “Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Por otra parte, “el agente de

[57] Maier, Julio B. J., ob.cit., p. 682.
[58] Donna, Edgardo A., ob.cit., p. 332.

autoridad actúa en nombre o por mandato de autoridad y, de conformidad con la definición legal citada, es igualmente un funcionario público"[59].

Si el funcionario público realiza la acción descripta por el tipo pero no lo hace en ejercicio de su función, sino actuando como particular, la figura legal aplicable es la prevista por el art. 150 del CP. Esto obedece a que el allanamiento ilegal constituye un abuso funcional, por lo cual el tipo requiere que el agente actúe en ejercicio de la función que desempeña.

Se discute si el juez que ordena un allanamiento ilegal puede considerarse autor de esta figura. Para algunos autores, no corresponde aplicar el delito que estamos comentando cuando quien realiza la acción es un juez; sostienen que en tal caso debe imputarse el delito de abuso de autoridad, previsto por el art. 248 del CP. Otros, como por ejemplo Donna, en opinión que se comparte, indican que si un juez dicta dolosamente una orden de allanamiento ilegal, obviamente realiza el tipo penal del art. 248, pero, sin embargo, por razones de especialidad, corresponde aplicar la figura del art. 151[60].

Tipo subjetivo

Nos encontramos frente a un delito doloso que demanda que el sujeto activo practique un allanamiento con conocimiento y voluntad de que ingresa en el domicilio sin cumplir con las formalidades exigidas por la ley, o fuera de los casos en que la ley lo autoriza.

Se señala que el aspecto subjetivo de la figura es el que permite diferencia un verdadero delito de lo que puede ser una simple nulidad, puesto que el mero incumplimiento de requisitos procesales no puede significar un delito si el funcionario no actuó dolosamente[61], aunque la prueba obtenida mediante la realización del registro irregular no pueda ser valorada en el proceso en contra del imputado.

El tipo penal en estudio no exige para su configuración ninguna ultrafinalidad adicional al dolo ni ningún elemento de ánimo, razón por la cual entendemos que admite su comisión tanto con

[59] Niño, Luis F., ob.cit., p. 338.

[60] Donna, ob.cit., p. 325.
[61] Donna, ob.cit., p. 333.

dolo directo como con dolo eventual. El último caso se verifica, por ejemplo, cuando el agente duda acerca de la legalidad de su ingreso al domicilio y, a pesar de ello, decide penetrar.

Consumación y tentativa

El delito se perfecciona cuando el funcionario público consigue entrar por completo en el domicilio. Como señalamos, la infracción no se consuma si el autor consigue ingresar sólo parte de su cuerpo o accesorios dentro del domicilio.

La figura admite la tentativa en la misma medida que el delito de violación de domicilio.

Doble crítica al tipo penal

El tipo penal que acabamos de comentar presenta, al menos, dos problemas importantes. El primero de ellos consiste en que sanciona al funcionario que realiza la acción que describe con la misma pena de prisión que el art. 150 del CP prevé para los particulares que ingresan a un domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión. Esto es objetable porque mientras la violación de domicilio constituye un delito común, del que cualquiera puede ser autor, el allanamiento ilegal configura un delito especial grave, en el que, como se indicó, el círculo de posibles autores se halla circunscripto a los funcionarios públicos o agentes de autoridad que actúan en ejercicio de sus atribuciones. Esa circunstancia conlleva a que la comisión de la conducta descripta por el tipo previsto por el art. 151 del CP, además de afectar al bien jurídico libertad en la forma ya expresada, produzca una lesión simultánea a la administración pública y una defraudación a las expectativas de que los funcionarios estatales cumplan legal y correctamente con sus cargos -cosa que, lógicamente, no sucede en una simple violación de domicilio.

Cuando un funcionario público allana ilegalmente un domicilio no lesiona simplemente el deber general negativo de no producir daños a otros (conocido bajo la denominación *neminem laede*), sino que también infringe el deber positivo que pesa sobre él de cuidado y fomento de los bienes jurídicos, por lo que la escala penal para su infracción debería ser mayor a la que se prevé para los particulares, sobre los que únicamente recae la obligación negativa mencionada en primer término.

El segundo problema que presenta esta norma, quizá de mayor gravedad que el mencionado anteriormente, se vincula con que el verbo típico que emplea la fórmula legal –allanar- tiene el mismo significado que el verbo típico utilizado por el artículo 150 del CP, es decir, "entrar". De este modo, como vimos al tratar el delito de violación de domicilio, por imperio del principio de legalidad y de las consecuencias que de éste surgen, principalmente la prohibición de la utilización de la analogía *in malam partem*, quedarán siempre al margen del tipo penal todas las acciones que se realicen desde fuera del domicilio que no requieran la acción de entrar, como por ejemplo, cualquier tipo de intromisión tecnológica que consista en realizar tomas de video o de audio de cuestiones que ocurren en el interior del domicilio. Claramente, nos encontramos frente a una situación en la que los avances de la tecnología han desbordado los márgenes de protección de la ley.

DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA

Por Dardo E. Spessot

Art. 310: "***Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.***

En igual pena incurrirá quien captare ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente".

"El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva".

INTRODUCCIÓN:

El sistema financiero de un país está formado por instituciones, medios y mercados cuyo fin primordial es canalizar el ahorro que generan los prestamistas hacia los prestatarios. Esta labor de intermediación es llevada a cabo por instituciones que componen el mercado financiero, y se

considera básica para realizar la transformación de activos financieros, considerados primarios, emitidos por unidades inversoras, con el objetivo de obtener fondos para aumentar sus activos reales en activos indirectos, de acuerdo a la preferencia de los ahorristas.

Un sistema financiero está compuesto por instrumentos o activos financieros, por instituciones o intermediarios y, finalmente, por los mercados financieros.

Los intermediarios se dedican pues, a comprar y/o vender activos en los mercados financieros.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

Es el orden económico y financiero, entendido éste como es la integridad del sistema financiero. Paolantonio sostiene que no puede dudarse que la determinación de los sujetos habilitados para realizar actividades de intermediación financiera constituye una cuestión central en la estructura normativa del mercado financiero.[1]

Fontán Balestra señala que en atención al bien jurídico protegido, "orden económico y financiero", el legislador reprime la intervención de personas o instituciones no facultadas por la autoridad de aplicación para intermediar en el sistema.[2]

La Ley N° 21.526 de la Ley de Entidades Financieras comprende a todas aquellas personas o entidades, sean de naturaleza pública o privada, que desarrollen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

[1] PAOLANTONIO, Martín E. "Derecho penal y mercado financiero: LEY 26.733", p. 44/45, editorial ABELEDO PERROT, Buenos Aires – Año 2012.
[2] FONTÁN BALESTRA, Carlos – LEDESMA Guillermo. "Tratado de Derecho Penal Parte Especial", Tomo IV, p. 686/691, editorial LA LEY, Buenos Aires – Año 2013.

En efecto, esta actividad está reglamentada por el art. 1 de la Ley N° 21.526 que declara comprendida en ésta Ley y en sus normas reglamentarias a “las personas o entidades privadas o públicas, oficiales o mixtas de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”. Por su parte, el art. 2 de la Ley N° 21.526 se refiere a las entidades expresamente comprendidas, que son: a) Bancos Comerciales; b) Bancos de Inversión; c) Bancos Hipotecarios; d) Compañías Financieras; e) Sociedades de Ahorro y Préstamo para la Vivienda u otros Inmuebles; y f) Cajas de Crédito. Esta enumeración no es taxativa.

Cabe destacar que la conducta ahora sancionada por el Código Penal, en el artículo que comentamos, no es otra que la que se encontraba ya reprimida en el art. 19 de la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras, regulado refiriéndose al ejercicio de la actividad financiera realizada por aquellos sujetos que no cuentan con la autorización pertinente de la autoridad monetaria.

ACCIÓN TÍPICA:

Respecto del primer párrafo del art.310 del Código Penal, la figura se refiere ***al que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.***

Se entienden por actividades de intermediación financiera, la compra, la venta, el ofrecimiento, la colocación, de valores negociables u otros instrumentos financieros, como ser cheques, pagarés, acciones, letras de cambio, realizadas sin la debida autorización expedida por las autoridades de supervisión competentes como ser el Banco Central de la República Argentina o la Comisión Nacional de Valores.

La intermediación financiera está tomada en un sentido económico, excluyendo la actividad típicamente mediadora, consistente en el acercamiento de las partes para la conclusión de un negocio sin verificarse la incorporación de recurso alguno al patrimonio de la entidad, a fin de distinguir la actividad que incorpora recursos a ese patrimonio, para su ulterior colocación y transferencia a terceros.

Esta actividad consiste en la posibilidad de procurar y conseguir recursos financieros del público para luego prestarlos al público.

Se debe tener en cuenta que la *"intermediación"*, deberá ser entre la oferta y la demanda de recursos financieros del público; es decir, que deben darse los dos aspectos de la actividad regulada, esto es, la oferta y la demanda.

El elemento "intermediación" importa una doble acción. Por un lado se toman depósitos a plazo y, por el otro, se colocan estos mismos depósitos. Es relevante en este concepto que la actividad de prestamista se calce sobre los fondos tomados. Es decir, el intermediario financiero se fondea en su actividad de prestar sobre lo que previamente tomó a plazo. Por lo tanto, quedan fuera del universo de conductas alcanzadas por la norma las actividades marginales de prestamista que no se correlacionan con la toma de depósitos. Si uno fondea su actividad de prestamista con fondos propios no podrá estar alcanzado por ésta figura penal.

En cuanto a la autorización que se exige para ésta actividad, debe provenir del Banco de la Nación Argentina o de la Comisión Nacional de Valores.

El elemento "sin autorización", es un elemento del tipo, que tendría consecuencias tanto para el dolo del autor, como para la teoría del error.

En efecto, este elemento del tipo “sin autorización”, debe estar abarcado por el dolo. Y respecto a la teoría del error, en caso que el agente crea que realiza actividades de intermediación “con autorización”, configuraría un error de tipo que excluye la aplicación de esta figura.

Gustavo Aboso, considera que la materia de prohibición resulta excesivamente difusa y abierta, ya que no se determina de forma clara, no satisfaciendo el principio de máxima taxatividad de la ley penal, cuáles son las operaciones o modalidades a que se refiere la figura o qué se entiende por intermediación financiera, considera comprendidas en las actividades punibles, las que son desarrolladas por los Fondos Comunes de Inversión. Por su parte, Fontán Balestra no comparte dicha opinión, pues entiende que el concepto de intermediador financiero es un elemento normativo del tipo que está bien delineado.

Con respecto al principio de máxima taxatividad penal o ley cierta, la ley penal pese a su carácter generalizador debe describir de una manera precisa, clara y exhaustiva no solo la conducta prohibida, sino también la pena con la que se conmina su realización. Esta exigencia de lex certa, llamada también “principio de taxatividad”, se vincula estrechamente con la faceta garantista del principio de legalidad, en el sentido de que solo si los delitos y las penas están determinados con meridiana claridad queda protegido el ciudadano de la arbitrariedad, y también con su función jurídico-penal, pues no puede desplegar efecto preventivo general una norma cuyo presupuesto o consecuencia jurídica no pueda ser conocida con certeza por el ciudadano.

Consideramos que lo ideal hubiera sido precisar específicamente cuáles son las conductas de intermediación financiera que se reprimen, verbigracia como en la figura del lavado de dinero (art. 303 del C.P.) que determina una serie de acciones típicas y concluye con una fórmula abierta en la cual se subsumen otras conductas que persiguen la misma finalidad pero que no fueron descriptas. Por lo cual consideramos que debería hacerse una nueva redacción del tipo legal, en la que se

especifiquen cuáles son las conductas típicas, para que la figura resulte más precisa y se cumpla con el principio de legalidad y, concretamente, con el principo de lex certa.

SUJETOS DEL DELITO:

En principio el SUJETO ACTIVO es indiferenciado, puede ser cualquiera. Por ejemplo, un agente de bolsa suspendido, pues en este caso, actuaría sin autorización. El autor puede actuar por cuenta propia o ajena. Si es por cuenta ajena se daría un caso de coautoría junto con la persona en cuyo nombre actúa. Actuar por cuenta ajena, significa que actúa por mandato o representación. Fontán Balestra señala que a esa expresión suma la norma que puede actuar directa o indirectamente. Parecería que sendas expresiones se superponen, al menos en parte, puesto que quien actúa por cuenta ajena actúa indirectamente. También se superponen la actuación por cuenta propia con la directa. Si bien estas expresiones parecen alejar la posibilidad de que exista participación necesaria, no puede descartarse supuestos de ésta (el que proporciona la infraestructura para que el autor desempeñe la intermediación no autorizada), ni tampoco de participación secundaria o instigación.[3]

SUJETO PASIVO:

Consideramos que, en principio, puede ser cualquiera persona que desee invertir.

TIPO SUBJETIVO:

Es una figura dolosa y el dolo requiere el conocimiento de que se realizan actividades de intermediación financiera, en cualquiera de sus modalidades, por cuenta propia o por cuenta ajena, sin la debida autorización emitida por la autoridad de supervisión competente, y con la voluntad de llevar a cabo esa actividad.

---

[3] FONTÁN BALESTRA, Carlos – LEDESMA Guillermo. "Tratado de Derecho Penal Parte Especial", Tomo IV, p. 689, editorial LA LEY, Buenos Aires – Año 2013.

Fontán Balestra admite el dolo eventual en caso de que el agente dude sobre si se le ha concedido autorización (todavía no probada) y el asentimiento a actuar a pesar de esa duda.

CONSUMACIÓN:

El hecho delictivo requiere la efectiva realización de actividades de intermediación y requiere la ejecución de varias conductas para la consumación, pues el tipo exige la realización de "actividades", en plural, por lo cual no basta con una sola actividad para la consumación. Por ejemplo, un agente de bolsa suspendido realiza operaciones de ofrecimiento de ciertos activos y luego los vende.

Esta figura es de peligro abstracto, pues para su consumación no requiere un perjuicio concreto, sino que es suficiente con la sola actividad no autorizada para tener por configurado el delito.

Por ser un delito de resultado, se admite la tentativa. Por ejemplo, un agente de bolsa que se encuentra suspendido, ofrece acciones a otra persona, y antes de cerrar la operación, quien iba a comprarlas descubre que el agente operaba por su cuenta y sin la autorización debida.

El segundo párrafo del art.310 del Código Penal se refiere al que ***captare ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la debida autorización.***

Por captar ahorros del público se entiende a el que obtiene dinero de cualquier persona. Para que la conducta sea punible, la acción debe desarrollarse en el mercado de valores, entendida como una institución pública o privada donde se cotizan títulos valores, por ejemplo la Bolsa de Comercio Confederada S.A., y además debe ser realizada sin autorización.

Presta servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables quien asume la compra de esos valores.

En efecto, el art. 39 de la ley 17.881 dispone: "*Los mercados de valores deben llevar un registro de agentes de bolsa. Ninguna persona física o jurídica puede operar en un mercado de valores ni usar la denominación de agente de bolsa o desarrollar actividades de tal sin estar inscripta en el registro del mercado correspondiente.*"

A su vez, el art. 40 de la ley 17.881 dispone**:** "*Los mercados de valores deben poner en conocimiento de la Comisión Nacional de Valores, toda información referente a los nuevos agentes de bolsa que inscriban en sus registros, la eliminación de inscripciones y cualquier modificación que al respecto se produzca".*

SUJETO ACTIVO DEL DELITO:

Son los agentes de bolsa, ya que solo ellos están autorizados a actuar en el Mercado de Valores.

SUJETO PASIVO:

Puede ser cualquier persona que desee invertir.

El agente debe obrar sin autorización. Justamente esa "*falta de autorización*" es un requisito del tipo. La autorización debe provenir de la autoridad competente. En el supuesto del primer párrafo, debería provenir del Banco Central de la República Argentina para las entidades financieras, y para los agentes de bolsa, es la Comisión Nacional de Valores.

TIPO SUBJETIVO:

Subjetivamente es una figura dolosa. En este caso, el dolo abarca el conocimiento y la voluntad de captar ahorros o de ofrecer servicios en el mercado de valores o de intermediación para adquirir valores negociables *sin la debida autorización* de la autoridad competente. Fontán Balestra admite su comisión con dolo eventual.

CONSUMACIÓN:

Esta figura se consuma cuando se captan ahorros del público en el mercado de valores o cuando se prestan servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables. Dada la redacción del tipo legal, para que se consume, se requiere la realización de más de un hecho de captación o de intermediación.

AGRAVANTE:

Se agrava la pena cuando se hace publicidad por cualquier medio de comunicación, como establece la norma. Entendiendo por publicidad el ofrecimiento de la actividad de intermediación de recursos financieros al público, a la generalidad de los terceros, para poner así en funcionamiento el mecanismo de oferta y demanda de tales recursos, sea por internet, medios televisivos, radiodifusión, o cualquier otro medio descripto en el tipo legal, de servicios no autorizados. En definitiva, se agrava la pena por hacer publicidad y por operar sin la debida autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

PENA:

Mientras que el art. 310 del Código Penal dispone las penas de ***"prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación***

especial hasta seis (6) años"; el art. 19 de la Ley de Entidades Financieras, que regula la figura en análisis, en cuanto a las sanciones, remite al art. 41 de dicha Ley que dispone: ***"Quedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades.***

Las sanciones serán aplicadas por el presidente del Banco Central de la República Argentina, o la autoridad competente, a las personas o entidades o ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones enunciadas precedentemente, previo sumario que se instruirá con audiencia de los imputados, con sujeción a las normas de procedimiento que establezca la indicada institución y podrá consistir, en forma aislada o acumulativa, en:

1. Llamado de atención.

2. Apercibimiento.

3. Multas.

4. Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria.

5. Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la presente ley. (Inciso modificado por el Art. 3º de *la Ley Nº 24.485* ***B.O. 18/4/1995)***

6. Revocación de la autorización para funcionar.

De lo expuesto se infiere que con su inclusión como delito en el Código Penal, el legislador buscó darle mayor relevancia a la acción punible al reprimir con pena de prisión, multa e inhabilitación al que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente. Cabe señalar que en la Ley de Entidades Financieras solo se encuentran sanciones administrativas, con lo cual la inclusión en el Código Penal de este delito amplia el ámbito de sanciones legales, siendo la novedad la pena de prisión.

Homicidio Simple

Por **Jorge Buompadre**

ART. 79: "Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena".-

Origen y evolución de la figura

El homicidio ha sido, históricamente, una constante invariable del derecho penal. En el antiguo derecho, el homicidio fue identificado, lingüísticamente, con la voz *"parricida",* la cual, con el tiempo, fue variando no solo en el sentido del término parricida, sino en su propio concepto y significación.

CARRARA[1] enseñaba que una antigua ley atribuida a Numa prescribía "si *quis hominen liberum dolo sciens morti duit, paricida esto" ("si* alguno, dolosamente y a sabiendas, le diere muerte a un hombre libre, será *paricida").* Se empleaba la voz "paricida" con una sola "ere" (que significaba "el que da muerte a un igual suyo"), expresión que los autores, con el tiempo, fueron leyendo con "doble erre", dando origen, de ese modo, a la voz "parricida" para indicar a aquellos que daban muerte a cualquier hombre libre.

En la larga evolución del derecho hasta nuestros días, el homicidio ha sido considerado, no sólo tal vez el más antigüo sino también el más grave de los delitos.

Bien Jurídico Protegido.

1 CARRARA, Francisco, *Programa del curso de derecho criminal,* Temis, Bogotá, 1972, vol. 1, t. 3, § 1139.

El bien jurídico protegido, en todas las formas de homicidio, es la *vida humana*. El derecho penal no suministra un concepto de vida humana, sólo se ocupa de protegerla como objeto material de los delitos que atentan contra ella. En rigor de verdad, el derecho penal interviene, con distinta intensidad, en todo el proceso de la vida humana. De aquí que el objeto de protección de los delitos que constituyen formas de homicidio es, en todos los casos, el ser humano, la persona física viva. Por lo tanto, debemos convenir en que –al menos desde un punto de vista ontológico-biológico- es la vida humana misma el bien jurídico tutelado por estos delitos, afirmación que no parece que hoy pueda discutirse [2].

Sin embargo, lo que sí ha suscitado un interesante debate doctrinario y jurisprudencial es la determinación del contenido del bien jurídico y del momento en el que comienza la vida humana independiente, por cuanto se trata de cuestiones cuya importancia reside en el hecho de que permitirán, por un lado, trazar la frontera entre los delitos de aborto y homicidio (límite mínimo de protección), y por otro lado, fijar el momento en que se produce la muerte de la persona humana, instante en que quedará marcado el límite entre el homicidio y la impunidad, o el delito imposible, por falta del objeto material de protección (límite máximo de protección) [3].

Contenido del bien jurídico "vida humana".

Para algunos autores, la vida humana debe ser entendida desde una perspectiva puramente *naturalística*, esto es, atendiendo a la propia existencia "fisico-biológica" del ser humano. La vida debe ser protegida desde el mismo momento en que concurren los presupuestos fisiológicos que la tornan reconocible como vida humana, independientemente de valoraciones sociales u otras razones de utilidad social [4]. Como consecuencia de este criterio, toda expresión de vida humana merece protección jurídica, sin que importen razones de utilidad, capacidad, viabilidad, calidad o condición de la persona humana.

---

2 Algunos autores, sin embargo, entienden que el bien jurídico protegido en estos delitos no es la "vida humana (independiente)" sino, en todo caso, el "derecho a la vida", por cuanto se trata de un concepto netamente normativo. Ningún bien jurídico puede definirse de manera biológica, ontológica o naturalista, sino de manera normativa, conf. Polaino-Orts Miguel, en Lecciones de derecho penal, parte general, cit., t.1, pag. 34 y sig.

3 Conf. Cobo del Rosal Manuel y Del Rosal Blasco Bernardo, Código penal comentado, Ediciones Akal S.A., pag. 763, Madrid, 1990.

El enfermo terminal, el moribundo, el discapacitado o las llamadas en algún momento histórico vidas carentes de valor vital, como todos los seres humanos, merecen la protección de la ley.

Sin embargo, esto no quiere decir que la vida no deba ser también comprendida desde una perspectiva *valorativa*. La vida humana desprovista de criterios normativos perdería todo su sentido, su potencia de ser el valor preponderante, el soporte fundamental del disfrute de otros bienes. La vida es algo más que un puro acontecer biológico; la vida es vida humana en tanto sea considerada a partir de criterios de valor. No sólo importa vivir sino cómo se vive. El derecho mismo considera a la vida como un valor al otorgarle protección de distinta intensidad según cuál sea la fase o el momento por el que atravieza esa vida humana. Por otro lado, la ausencia de consideraciones valorativas en el tratamiento jurídico de la vida humana implicaría dejar sin explicación supuestos como el aborto, la eutanasia, la ayuda al suicidio, la muerte en legítima defensa o en el cumplimiento de un deber, etc..

a) **Los límites mínimo y máximo de la vida humana. El concepto de muerte**.

Dos son las cuestiones que aquí deben ser abordadas: una, el momento en que inicia la vida humana (en cuyo transcurso se debe determinar el comienzo del nacimiento), y otra, el momento en que la vida humana termina. La primera cuestión nos permitirá marcar los límites entre el aborto y el homicidio, mientas que la otra nos conducirá a fijar los límites entre el homicidio y la atipicidad.

a.1.) **Inicio de la vida humana**. Existen diversos criterios para determinar el comienzo de la vida humana, pero en lo aquí interesa, dos son a los que prestaremos especial atención: el criterio de la fecundación y el criterio de la anidación. Según la llamada *teoría de la fecundación*, el comienzo de la vida humana (que coincide con el comienzo de la protección penal) se produce con la fecundación del óvulo con el gameto masculino, es decir, cuando de dos realidades distintas –el óvulo y el espermatozoide- surge una realidad nueva y distinta –el cigoto- con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de

4 Conf. Rodriguez Mourullo Gonzalo, Protección constitucional de la vida, en Perspectivas de la Constitución en el derecho penal, Universidad de Deusto, Bilbao, pag. 117 y sig., 1983; González Rus Juan José, Curso de derecho penal español, parte especial, T.I, pag. 13 y sig., Marcial Pons, Madrid, 1996; Romeo Casabona, Revista de Derecho penal, pags…., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

acuerdo con su propio programa genético [5]. La *teoría de la anidación* entiende que la vida humana comienza (y, por lo tanto, el momento de su protección jurídica) cuando el óvulo fecundado anida en el útero materno, algo que sucede –según la aceptación mayoritaria- aproximadamente a los catorce días de producida la fecundación. Esto indica que, el proceso fisiólogico de la gestación no comienza sino a partir del preciso momento en que el óvulo fecundado anida en la matriz de la mujer. Para quienes sostienen esta teoría, la cobertura legal de los tipos de aborto abarca al embrión y al feto, pero no al preembrión o embrión preimplantatorio [6]. Seguramente, desde un punto de vista biológico, nadie pondría en duda la afirmación de que la vida humana comienza con la fecundación –cuyo momento marca el inicio del desarrollo embrionario [7]-, en la medida de que se pueda identificar este término –fecundación- con "gestación. No es tarea del derecho penal, ni del legislador, fijar un determinado momento como comienzo en el proceso de la vida; no se trata de un problema político criminal sino científico; el legislador sólo debe fijar el momento en el que debe tener comienzo su protección penal. Por ello, frente a la casi imposibilidad práctica de determinar el momento exacto de la concepción, e inclusive del embarazo en el primer mes de la gestación [8], razones de seguridad jurídica, estrictamente normativas, aconsejan aceptar al momento de la anidación como el comienzo de la vida humana y, por lo tanto, el comienzo de su protección penal, por cuanto es, a partir de este momento, que puede afirmarse con mayor precisión el embarazo de la mujer.

---

5 Conf. Gafo, cit. por Valle Muñiz José Manuel, pag. 73, Comentarios a la parte especial del derecho penal, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996; Laurenzo Copello Patricia, El aborto no punible, pag. 79, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.

6 Conf. Valle Muñiz José Manuel, op.cit., pag.74.

7 Conf. Romeo Malanda Sergio, Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal", pags. 31 y sig., Editorial Comares, Granada, 2006)

8 Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18º edición, pag. 82,. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010)

a.2.) **Inicio del nacimiento**. Con el nacimiento de la persona humana comienza la vida humana independiente. Teniendo en cuenta que la destrucción de la vida fuera del claustro materno da lugar al delito de homicidio, asume una gran importancia dogmática determinar el preciso momento en que tiene inicio el nacimiento del ser humano.

Soler decía que el hombre puede ser sujeto pasivo de homicidio aún antes de la completa separación del seno materno, vale decir, desde el nacimiento, momento que hacía coincidir con el comienzo de los dolores del parto [9]. Para quienes sostienen esta postura, el nacimiento comienza con los trabajos de parto (contracciones o dolores) y culmina con la separación de la criatura del vientre de la madre. Por lo tanto, el comienzo del nacimiento estaría dado por el momento en que el niño empieza a ser extraído, ya sea que la salida al exterior se produzca naturalmente o a traves de una extracción quirúrgica. Siguen este punto de vista, aunque con matizaciones, Soler, Fontán Balestra, Terán Lomas, Laje Anaya, Varela, Donna, etc. Para Levene (h), el nacimiento comienza cuando el feto ha empezado a recorrer el trayecto útero vaginal, culminando con la expulsión [10]. Núnez, por su parte, defiende la idea de que el nacimiento comienza con el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, mientras que la finalización debe determinarse por los expertos en cada caso en particular [11]. Para Creus, la solución que brinda la doctrina mayoritaria no da una fijeza objetiva deseable por cuanto muchos casos pasarían a depender del arbitrio médico, prefiriendo una solución distinta, proponiendo la tesis de que (el nacimiento) demanda la

9 Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.3,pag. 12, TEA, 1970.

10 Conf. Levene Ricardo (h), El delito de Homicidio, pag. 319, Depalma, Buenos Aires, 1970.

11 Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, t.3, pags. 24, 132 y 133, Bibliográfica Omeba, 1965.

posibilidad de actuar autónomamente sobre el cuerpo de la víctima sin operar sobre el de la madre [12]. Esta postura ha sido seguida, con ciertas matizaciones, por Fígari [13], Villada [14] y Reinaldi [15].

En la doctrina española la cuestión no está menos controvertida. Algunos autores sostienen la tesis de que el nacimiento comienza con la respiración pulmonar autónoma [16]; otros entienden que la mayor reprochabilidad de la conducta se presenta cuando se mata al ser que se percibe inmediatamente (percepción visual inmediata) [17]. Otros hacen coincidir el comienzo del nacimiento con la separación completa del feto del claustro materno [18]. Por último, otros acudiendo a una interpretación funcional del

---

12 Conf. Creus, Derecho penal, parte especial, T. I, pag.10, Astrea, 1999. En la doctrina española, Polaino-Orts sigue esta idea: para el menor comenzará (el derecho a la vida) su protección jurídica cuando normativamente sea necesario proteger la vida del menor como un interés jurídico diveso a la vida de la madre. Ello normalmente se determinará cuando sea posible lesionar jurídicamente ese objeto de manera autónoma sin afectar la vida de la madre, conf. Lecciones de derecho penal, parte especial, cit., pag. 38 y sig.; en una misma dirección, González Rus, Curso de derecho penal español, parte espedcial, t.1, pags. 20 y sig., Marcial Pons, 1996.

13 Conf. Fígari Rubén E., Homicidios, pag. 31, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

14 Conf. Villada Jorge Luis, Delitos contra las personas, pag.5 y ss, La Ley, 2005.

15 Conf. Reinaldi Víctor, Edición actualizada del Manual de Derecho penal, de Ricardo C. Núñez, Lerner, Córdoba, 1999).

16 Conf. Carbonel Mateu y González Cussac, Derecho penal, parte especial, 3ra. edición (varios autores), pag. 36, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1999.

17 Conf. Gimbernat Ordeig, cit. por Peñaranda Ramos, en Compendio de derecho penal, parte especial, Vol.1, pag. 36, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003. Una postura similar en Muñoz Conde, Derecho penal, parte especial, 11 edición, pag. 28, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1996 (antes, hasta la 7ma. Edición, este autor siguió la tesis del corte del cordón umbilical); en la 18 edición, sin embargo, se pronuncia a favor de la tesis de la total separación del claustro materno, siendo indiferente que tras esta expulsión se produzca el cortre del cordón umblical o que la expulsión se produzca por extracción del vientre materno (cesárea), conf. Derecho penal, parte especial, pag. 33., ed. Tirant lo Blanch Libros, 2010.

18 Así, Gracia Martin, op.cit., pag. 43. En un mismo sentido, Peñaranda Ramos, op.cit., pag. 39.

concepto de dependencia, estiman que la vida independiente comienza cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada, esto es, cuando la expulsión haya llegado a un punto en el que es posible matar directamente al producto de la concepción [19].

En nuestra opinión, el comienzo del nacimiento se produce en el preciso momento en que comienza el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, configurando este instante el límite mínimo en que tiene inicio la vida humana independiente, mientras que el límite superior queda fijado en el momento de la separación total del cuerpo de la madre, con independencia de cualquier otra exigencia ulterior, por ej. que se produzca el corte del cordón umbilical o de que se constaten otros signos vitales. Es recién a partir de este momento en que el ser humano adquiere vida independiente, con total autonomía respecto de su madre. Por lo tanto, dicho momento marca con mayor nitidez la línea divisoria entre el aborto y el homicidio. La muerte del niño en el instante en que se produce el nacimiento, el que se da –insistimos- con la completa separación del claustro materno, configurará un homicidio [20].

b.3.) **El fin de la vida**. La vida se acaba con la muerte. Esto es algo irremediable e indiscutible. Y que la muerte es un proceso biológico irreversible, determinable por criterios médicos, tampoco parece ser una cuestión discutible. Sin embargo, la verificación del instante mismo en que una persona está muerta para el Derecho ha suscitado controversias que no parece que puedan ser resueltas sin ciertas

---

19 Conf. González Rus, op.cit., pag. 21. Una idea similar sigue Polaino-Orts, Lecciones de derecho penal, cit., pag. 38 y sig.

20 Esta postura ha sido seguida por Breglia Arias Omar: preferimos –dice este autor- aceptar que la expulsión del niño, ya sea completa o aun en trámite, es el momento del nacimiento, conf. Homicidio simple, pag. 59, Astrea, 2008. En España, parece ser esta la doctrina de mayor aceptación, conf. Romeo Casabona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, pags. 16 y sig., Estudios de Derecho Penal, N° 52, Editorial Comares, Granada, 2004.

dificultades. Lo que sí puede afirmarse con certeza es que dicha cuestión no puede ser determinable únicamente por la ciencia médica, con prescindencia de criterios normativos.

Hasta no hace mucho tiempo atrás, se consideraba muerta a una persona cuando, a traves del diagnóstico médico, se constataban los signos negativos de vida, esto es, cuando se producía el cese definitivo de la actividad cardíaca, respiratoria y de los centros nerviosos centrales. Esta muerte natural o real de la persona implicaba, también, su muerte jurídica. Actualmente, debido a los formidables avances de la medicina, particulamente por las llamadas técnicas de reanimación que pueden mantener con vida a un ser humano por un considerable tiempo, los criterios han cambiado. La muerte natural ya no tiene mayor utilidad para el Derecho, pues, aún cuando se verifique el cese de ciertas funciones vitales del organismo, algunas partes del cuerpo humano pueden continuar manteniendo actividad biológica, ya sea en forma natural o por medio de instrumentos de sostén que posibilitan mantener con vida a la persona.

Teniendo en cuenta que la muerte no es un fenómeno que se produce de modo instantáneo, sino un proceso que va ocurriendo en forma progresiva, se torna de máxima importancia determinar el *momento* en que se produce la muerte de la persona, por cuanto, más allá de los procedimientos o mecanismos que se utilicen para la obtención del diagnóstico, al Derecho penal le interesa determinar, con el máximo rigor, no el porqué ni el cómo sino el *cuándo* la persona está muerta [21].

En la Argentina existen dos clases de muerte: la *muerte natural o real*, establecida por el Código civil, cuyo art. 103 prescribe que la existencia de las personas termina con la muerte natural de ellas, y la *muerte cerebral*, establecida por la ley 21.541, sobre trasplantes de órganos y material anatómico, reformada por la leyes 23.464 y 24.193. Según el art. 23 de esta ley, “El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corrobora por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones

21 Conf. en este sentido, Romeo Casabona Carlos María, Los delitos contra la vida humana, cit., pag. 31; Gracia Martin Luis, Comentarios al código penal, parte especial, T.I, pag. 46, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Unico Coordinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en el caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible".

Sin perjuicio de que el concepto real o natural de muerte es un concepto también "normativizado" (por su preceptiva en el código civil), el límite máximo de protección, esto es, el momento en que la persona está muerta para el derecho penal, parecería estar resuelto por el art. 23 de la ley 21.541, por cuanto ha establecido, también normativamente, un concepto de muerte válido para el todo el derecho, en especial para el derecho penal. En atención a este criterio jurídico de muerte, hoy no puede discutirse que, aún cuando la persona no esté muerta biológicamente, debe ser considerada muerta o fallecida para el derecho penal si se dan los criterios establecidos por la legislación antes referida, vale decir, si se ha producido el cese total e irreversible de las funciones cerebrales [22]. Ya hemos adelantado en otro lugar nuestro punto de vista contrario acerca de la conveniencia de mantener dos criterios jurídicos distintos para determinar el fin de la existencia humana [23]. Sin embargo, debe reconocerse que, en la actualidad, es prácticamente unánime la opinión de los especialistas de que el momento de la muerte se produce por el "*cese irreversible de las funciones cerebrales*". De manera que, aún cuando la ablación de un órgano en un cuerpo que todavía vive (porque se mantienen ciertos signos biológicos) realice "formalmente" el tipo de homicidio, el hecho no será punible porque la persona, *legalmente*, estará muerta. Y lo que al derecho penal le importa es que, al momento del hecho, la persona esté viva "normativamente". Resulta aconsejable, entonces, la revisión de este problema, manteniendo un único concepto de muerte con validéz general para todo el ordenamiento jurídico. Esto debe ser así por cuanto, como dice Gracia Martin, "el diagnóstico de la muerte es una cuestión absolutamente médica sobre la que no corresponde decidir al jurista, sino al médico de acuerdo con los conocimientos y técnicas más

22 Conf. Breglia Arias y Gauna, Código penal comentado, T.I, pag. 650, Astrea, 2001.

23 Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, parte especial, t.I, p. 90 y sig., Astrea, 2009

avanzadas generalmente aceptadas, pero es la ley la que tiene que indicar al médico los criterios que ha de tener en cuenta para diagnosticar la muerte [24].

Estructura Típica del Delito de Homicidio.

El homicidio regulado en el artículo 79 del Código penal es el tipo básico y genérico de imputación entre las diferentes clases de homicidio previstos por la ley; es un delito de acción, que puede cometerse por omisión, de medios indeterminados, instantáneo y de resultado material. La perfección típica requiere la existencia de una relación de causalidad, entre la acción del agente y el resultado muerte, jurídico-penalmente relevante.

Tipo Objetivo.

a) Sujetos activo y pasivo.

Sujeto activo. El homicidio es un delito común, de titularidad indiferenciada, que puede ser cometido por cualquier persona, varón o mujer. El tipo no requiere ninguna condición personal relacionada con la autoría, con excepción de algunos tipos agravados que exigen en el agente una cualificación especial (por ej. parricidio). La expresión "al que" empleada por la ley, alude a la indeterminación del sujeto activo.

Sujeto pasivo. Puede ser cualquier persona, con vida independiente. Pero, debe tratarse de una persona distinta al autor; la expresión "a otro" a que hace referencia el art. 79 lo dice claramente; quien no mata a otro sino a sí mismo no realiza el tipo de homicidio, se suicida y, como no existe en nuestro derecho una figura que tipifique el suicidio, la conducta es indiferente para el derecho.

En el homicidio, por lo general, coinciden el sujeto activo, quien es el titular del bien jurídico protegido (el ser humano), con el *objeto material*, que es el objeto sobre el que recae la acción (el cuerpo de la persona). En cualquier caso, tiene protección penal todo ser que pertenezca al género humano, por

---

24 Conf. Gracia Martín Luis y otros, Comentarios, cit., pag. 48 y sig.

deforme que sea y aunque se encuentre desprovisto de formas humanas (los monstruos del antiguo derecho) o de valor vital (de no lejanas experiencias históricas), como los enfermos incurables, inválidos y ancianos. Los individuos sin vitalidad, esto es, sin la posibilidad de prolongar la vida fuera del seno materno, también pueden ser sujeto pasivo de homicidio (más adelante veremos, no obstante, los casos de anencefalia). Lo que importa al derecho penal es, como se dijo, que se trate de un ser humano nacido vivo, por lo que quedan al margen del delito de homicidio, la acción sobre un cadáver, la muerte del ser humano que aún no ha nacido (aborto) y la destrucción de embriones fecundados *in vitro*.

b) **Acción típica.**

Con arreglo al texto de la ley, el homicidio consiste en matar a otro y ese otro debe ser una persona nacida con vida del vientre de una mujer.

Son sus elementos una acción u omisión causales, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) que supone la voluntad de suprimir un ser humano.

La *acción* en el delito de homicidio consiste en "matar a otro", lo cual implica la destrucción de una vida humana.

El delito es de comisión, es decir, que la acción de matar es siempre activa, pero, en ciertos supuestos, también puede cometerse por omisión (omisión impropia).

En los casos de homicidio por *omisión,* en los que surge la figura del "garante", es decir, de quien tiene el deber jurídico de actuar para evitar el resultado no querido por el orden jurídico, el círculo de autores se reduce considerablemente. En estas hipótesis de omisión impropia el delito se transforma en un tipo especial propio, vale decir, que solo puede ser cometido por un círculo limitado de personas que, en la emergencia, ostentan la calidad de garantes de la no producción del resultado.

Las fuentes del deber de garantía que fundamentan la posición de garante son la ley, el negocio jurídico y el actuar precedente o de la injerencia del sujeto, situaciones difíciles y complejas que, por razones de espacio, no serán aquí analizadas.

Tratándose de un delito de resultado, cobra especial relieve la *relación de causalidad* entre la acción y el resultado típico. En este aspecto, enseña NUÑEZ que una persona causa la muerte de otra cuando su conducta ha sido físicamente eficiente para quitarle la vida[25]. La relación causal, esto es, la vinculación de causa a efecto entre el hecho del autor (la acción de matar) y la muerte de la víctima, debe ser probada plenamente en el proceso judicial.

Modernamente, en el ámbito de la dogmática jurídicopenal, se piensa que la verificación del nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor del delito. Se requiere, además, la relevancia del nexo causal que permita comprobar que ese resultado puede ser objetivamente imputado al comportamiento del autor. Son necesarios criterios de tipo normativo para fundamentar lo que actualmente se denomina "*imputación objetiva*", vale decir, que se requiere de criterios normativos para imputar el resultado a su autor. Estos criterios son la "creación de un riesgo no permitido" (principio del incremento del riesgo) y la "producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida"; con arreglo al primer criterio, no son imputables aquellos casos en los que la acción disminuye el riesgo del bien jurídico. Para este postura, el resultado solo puede ser imputado al autor si se demuestra claramente que, con su acción debida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. El segundo criterio –como se dijo- es el de la "producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida", según el cual los resultados que se producen fuera del ámbito de protección de la norma no pueden ser imputados a su autor, v. gr., la provocación imprudente de un suicidio (se deja el arma al alcance de un depresivo que se suicida con ella), la puesta en peligro de un tercero aceptada por este (la muerte del copiloto en la carrera de automóviles).

El delito puede cometerse por cualquier *medio*, con excepción de aquellos que lo califican. Resulta indiferente la clase, naturaleza o poder letal del medio empleado.

Los medios pueden ser "directos", cuando actúan hacia o contra la víctima de modo inmediato, sin la interferencia de ningún factor extraño, v. gr., golpes, disparo de arma, puñalada, etc.; "indirectos", cuando actúan hacia o contra la víctima pero de modo mediato, esto es, por incidencia de un factor extraño que expone a la muerte al individuo, por ej. abandonar a un bebé para que muera de frío, el empleo de un animal para causar la muerte, etc.; "materiales", cuando actúan físicamente sobre el

25 NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., t. 3, p. 25.

cuerpo o la salud de la víctima, a través de vías de hecho. Puede tratarse de objetos o instrumentos capaces de ofender la integridad física de la persona, por ej., cualquier tipo de arma, o bien el empleo de la fuerza física, castigos corporales, estrangulamiento, ahogamiento, etc.; dentro de esta categoría están los llamados medios "mecánicos", que son todos aquellos instrumentos o aparatos predispuestos para funcionar automáticamente y producir un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima o su muerte. Pueden actuar como defensa mecánica predispuesta *(offendicula)* con potencialidad para causa la muerte, v. gr., el arma de fuego que se dispara automáticamente, el alambre electrificado, las rejas con puntas, los vidrios en los muros, etcétera.

Se discute la posibilidad de comisión del homicidio por un "medio moral o psíquico". Los medios morales son aquellos que actúan sobre la psiquis del individuo, concretándose en fuertes sacudimientos morales o psicológicos que producen la muerte debido a la influencia de aquella sobre lo orgánico, por ej., las sevicias o torturas psíquicas, el miedo, el dolor, la sorpresa, las malas noticias a una persona cardíaca, el gran susto al anciano, la presión psicológica, etcétera.

Esta clase de medios para perpetrar el homicidio deben ser admitidos, pues, como enseña SOLER, no puede negarse, aunque fuera excepcionalmente, que ciertas impresiones psíquicas pueden causar la muerte. El que cuenta con esa posibilidad y asume mentalmente el riesgo, añade, causa, sin duda, y causa dolosamente[26].

Tipo Subjetivo.

26 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, ps. 13 y siguientes. En doctrina argentina, en la actualidad, se pronuncia a favor de la admisión de esta clase de medios, p. ej., TERRAGNI, Marcos A., *Delitos contra las personas,* Jurídica Cuyo, Mendoza, 2000, ps. 111 y ss.; DONNA, Edgardo A., *Derecho penal,* RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 26. La doctrina española también acepta los medios morales como típicos de homicidio (véase por todos GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal,* "Parte especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. 1, p. 54). GONZÁLEZ RUS recuerda el caso resuelto por el Tribunal Supremo en s. del 23/ 2/87, en el que una hija, presa del terror ante la brutalidad de las agresiones a que la está sometiendo su padre, se arroja por una ventana, produciéndose la muerte (ob. cit., p. 24).

El homicidio simple es un delito doloso, debiendo entenderse el dolo como la conciencia y voluntad de realizar una conducta dirigida a la producción de la muerte de otra persona. La configuración subjetiva típica no requiere de ninguna motivación ni finalidad específica. Son admisibles las tres clases de dolo: directo, indirecto y eventual.

El error de tipo (sobre alguno de los elementos del tipo objetivo) excluye el dolo y, por ende, la responsabilidad penal, si el error es invencible; de lo contrario, si el error es vencible, el autor deberá responder por el homicidio a título de culpa.

En los casos de *error in personan,* o error en la identidad (se confunde una persona con otra a quien se quería matar, y se la mata: A quiere matar a B, lo confunde con C y mata a éste), el autor responderá por homicidio doloso, por cuanto el derecho no hace distinción entre las personas, todas son protegidas por igual; en los supuestos de *error en el golpe* o *aberratio ictus* (se quiere matar a una persona determinada pero, por una desviación en el golpe, se mata a otra distinta: A quiere matar a B, hace el disparo, pero B se esquiva y el proyectil impacta en otra persona), la doctrina no se ha mostrado uniforme; según la tesis tradicional, se comete un único delito de homicidio, pues la subjetividad típica sigue siendo la misma. Se trata de objetos equivalentes y el error carece de relevancia [27]. En cambio, modernamente, se propicia una solución que propone un concurso ideal entre dos delitos, tentativa de homicidio doloso (respecto de la persona contra quien se dirigió la acción) en concurso ideal con homicidio culposo (respecto de la muerte del extraño) (Zaffaroni, Romeo Casabona, Cerezo Mir).

Consumación y tentativa.

Tratándose de un delito de resultado material, el homicidio se consuma con la producción de la muerte de otra persona distinta al autor. La tentativa resulta admisible así como todas las formas de participación criminal.

La pena.

El art. 79 establece para el homicidio doloso la pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. Sin embargo, la escala penal de la figura básica debe ser ponderada con arreglo a lo

27 Conf. CREUS CARLOS, Dercho penal, parte general, pag. 347 y sig. Astrea, 2003; LASCANO CARLOS J., Derecho Penal, Libro de estudio, Advocatus, pag. 285 y sig., Córdoba; ROMEO CASABONA CARLOS MARIA, Los delitos contra la vida y la integridad corporal y los relativos a la manipulación genética, cit., pag. 36.

establecido en el art. 41 bis del código penal incorporado por la ley 25.297, cuya texto expresa que "Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia e intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

Por tratarse de una agravante genérica (que se puede trasladar a cualquier delito cuya ejecución se lleva a cabo mediante un arma de fuego), se discute su aplicación en los casos de homicidio, inclusive se ha declarado su inconstitucionalidad en varias ocasiones [28].

Con arreglo a lo dispuesto, entonces, en el artículo 41 bis, cuando en la comisión del delito de homicidio el autor emplee un arma de fuego, el mínimo de la pena del art. 79 se deberá incrementar en un tercio, esto es, 10 años y 6 meses, manteniéndose el máximo en los 25 años de prisión o reclusión, por cuanto el tope máximo de pena no puede exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

28 Conf. STJ Entre Ríos, sala I, "Clari", 15/6/04, LL online; ver una síntesis jurisprudencial en BREGLIA ARIAS OMAR, Código penal comentado, tomo 1, pags. 399 y sig., 6ta. edición, Astrea, 2007. Numerosos fallos han determinado la inaplicabilidad de la agravante por estar ínsita en el art. 79, lo cual implicaría, o la introducción de un nuevo concepto en el ámbito de la figura básica (Sup.Trib.Just.Córdoba, sala penal, 17/10/03, LNO Nº 30010410), o la prohibición de doble valoración (Trib,.Oral Crim. Nº 1, Mar del Plata, 4/11/02, cit. por ROMERO VILLANUEVA HORACIO, Código penal anotado, pag. 307, ed. Abeledo perrot, 2008), que afectaría derechos constitucionales (C.Apel. y Gar. Pen. Morón, sala 2, 20/12/06, Lexis Nº 1/70035822; en un sentido similar, Cám.Acus.Córdoba, "Arce", 26/6/09, con nota en contra de LAJE ANAYA JUSTO, El hecho de matar a una persona con un arma de fuego, ¿es inconstitucional el art. 41 bis del código penal?, Revista Zeus Córdoba, Nº 367, T.15, pags. 571 y sig., 2009).



Abandono de Personas y Omisión de Auxilio

Por **Marco Antonio Terragni**

Art. 106: ***"El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonado a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años.***

La pena será de reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco (5) a quince (15) años de reclusión o prisión."

Art. 107: ***El máximun y el mínimum de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra los hijos y por estos contra aquellos, o por el cónyuge.***

Art. 108*: Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta ($750.-) a pesos doce mil quinientos ($12.500.-), el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez (10) años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.*

El último Capítulo del Título "Delitos contra las personas" del Código Penal argentino, contempla dos situaciones distintas: el poner en peligro la vida o la salud de otro, desamparándolo o abandonándolo a su suerte (art. 106 C.P.), y la omisión de auxilio (art. 108 C.P.). Las notas unificadoras de ambas son: el peligro que la situación de abandono representa para la vida o la salud de la víctima y la imposición de una conducta al agente.

El análisis del desarrollo histórico que tienen estas figuras en el Derecho nacional revela inseguridad acerca del bien tutelado. A su vez es reflejo de la falta de uniformidad en los ordenamientos que sirven como fuentes, pues algunos países las ubican entre los atentados contra la



vida y la integridad corporal, contra el estado civil, contra el orden de la familia, contra las buenas costumbres, o finalmente optan por considerarlas infracciones autónomas.

Los hechos previstos en el capítulo “Abandono de personas”, están agrupados en dos artículos que, si bien tienen en común el riesgo que corren la vida o la salud de la víctima, difieren sustancialmente porque las acciones incriminadas son distintas. En las del art. 106 el núcleo es poner en peligro, colocando en situación de desamparo o abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse. En las del artículo 108 el núcleo está es omitir auxiliar.

La doctrina usa las denominaciones “abandono de personas” para el primer supuesto y “omisión de auxilio” para el segundo, siguiendo una tradición que se remonta al Proyecto de 1906 y a sus epígrafes.

Abandono de Personas.

La acción típica no consiste en abandonar (verbo que significa desentenderse, dejar de lado un objeto, un interés o una obligación, desamparar o resignar) como parece indicarlo el título, pues lo esencial es poner en peligro la vida o la salud de otro. El colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte son las formas tipificadas de crear riesgo para esos bienes. De manera que el delito se comete tanto haciendo nacer la amenaza por desamparo, como abandonando a su suerte a la víctima. En el primer supuesto el agente la pone en situación de carecer de los cuidados necesarios como para que no corran peligro su vida o su salud. En el segundo se desentiende de resguardarla.

Desde la mira de la clasificación de los tipos por la forma de la acción, ambas son formas comisivas pues violan normas prohibitivas: no desamparar, no abandonar. Enfocando el análisis a la conducta puramente material, en el primer caso hay un actuar positivo: colocar en situación de desamparo; en el segundo un no hacer: abandonar a su suerte a la víctima.

La acción típica se agota con la creación de la situación de peligro producto del desamparo o el abandono, pero para que aquella se produzca el riesgo debe ser efectivo. Por lo que el simple hecho de apartarse del sujeto pasivo no constituye delito, si existen terceros que asumen el cuidado, haciendo así que la vida o la salud no hayan estado comprometidas.

El abandono a su suerte implica que solamente el azar de circunstancias propicias podrían hacer que, por sí misma, la víctima hubiese superado la exposición en que se la ha colocado o a la que ha sido abandonada.



En cuanto al sujeto pasivo, puede ser cualquiera a quien se coloca en situación de desamparo. Debe tratarse de una persona incapaz de valerse, a la que se abandona. Esta fórmula: incapaz de valerse se equipara a valetudinario, palabra que emplea el Código en el art. 10. Ambas expresiones derivan de valer, cuya raíz latina valere identifica el ser fuerte, vigoroso, potente, que está sano.

Como el texto aprobado en 1921 se refería concretamente a la enfermedad y el actual eliminó esa indicación, cualquiera fuese la causa por la cual una persona carece de la capacidad necesaria para resguardar su vida o su salud, será víctima de este hecho.

Lo que no surgía del texto originario de la ley ni de sus antecedentes, era la posibilidad de considerar sujeto pasivo a una persona que físicamente se encontrase en buenas condiciones, respecto de la cual el peligro básicamente proviniese del lugar en que hubiese sido dejada desamparada. En un hecho así había que analizar el dolo del agente, que podía ser de homicidio o de lesiones, según el caso. La norma vigente, originada en la ley 17.567 y que contempla separadamente el poner en peligro a otro colocándolo en situación de desamparo, permite abarcar el caso. Soler explica que son grandes los cambios introducidos por el nuevo texto, ya que de acuerdo con el anterior y dada su referencia a la enfermedad, no era delito de abandono dejar en el desierto a una persona sana, o abandonar al alpinista en la grieta en que cayera sin lesionarse[1].

A lo dicho debe sumarse, que no se completan los requisitos típicos con la simple condición personal, sino que debe estar presente el elemento normativo consistente en la obligación ("deba", dice la ley) del agente de mantenerla o cuidarla. Ese débito se extiende, de manera tal que si el mismo autor la hubiese incapacitado, debe abstenerse de dejarla en desamparo o abandonarla. El agregado que hizo la ley 17.567 se explica con las palabras de Soler, autor del Proyecto de 1960.

La obligación de mantener o cuidar puede provenir de la ley o de un contrato, o de una conducta precedente del autor que le obligue a garantizar la incolumidad personal de la víctima[2].

El incumplimiento, que crea la situación de peligro, genera la responsabilidad penal propia de este delito. Pero siempre se trata de formas comisivas.

Luego, el dolo consiste en el conocimiento y en la voluntad de que se produzca la situación riesgosa; nada más. Si el propósito fuese el de lesionar o el de causar la muerte -utilizando como medio el colocar en desamparo- habría homicidio o lesiones si esos resultados se concretasen, o tentativa, en su caso.

---

[1] Soler, *Derecho penal argentino*, ob. cit., t. III, p. 177.
[2] Núñez, *Derecho penal argentino*, ob. cit., t. III, p. 304.



Por lo mismo crean duda algunos ejemplos suministrados por Creus para ilustrar cuándo se coloca a la víctima en situación de desamparo. Dice que así ocurre si el agente la rodea de circunstancias que le obstaculizan o impiden obtener los auxilios que su condición exige, lo cual puede ocurrir por el traslado de la víctima a un lugar donde la prestación de esos auxilios se torna imposible (p.ej., a un sitio deshabitado), por su aislamiento de las comunicaciones necesarias (p.ej. privándola de medios de comunicación, o preservando el mantenimiento de esas condiciones, vigilando su cumplimiento (p.ej., cuidando que se mantenga el encierro sin auxilio)[3].

Así sintetizados los casos queda la impresión de que el autor a que se refieren se propone algo más que poner en peligro la vida o la salud. Cuando Soler utiliza una hipótesis similar, refiriéndose al abandono sin desplazamiento, "pero a condición de que el sujeto, en forma positiva, aísle del medio a la persona a la cual, por su parte, él no ayuda, debiendo hacerlo", inmediatamente advierte que "esta forma de abandono, con presencia del sujeto activo, se aproxima mucho más a los modos omisivos del homicidio o de las lesiones. Tanto la acción como el contenido psíquico de ella excederán ordinariamente el simple dolo de peligro, propio de esta figura de peligro"[4].

Por otro lado, la última parte del art. 107 C.P. contempla el abandono por causa de honor, delito que cometen la madre, el cónyuge y los parientes que la ley nombra, abandonando a un recién nacido para salvar el honor. El suceso se distingue del tradicionalmente conocido como "Exposición de infantes" que menciona el art. 139 inc. 2° del Código Penal y que consiste en abandonar a un niño recién nacido a la puerta de una iglesia, o casa, o en un paraje público; para suprimir el estado civil y conservando al mismo tiempo la vida de la criatura. En este caso quien deja al recién nacido allí, lo hace para asegurarse de que será atendido, por lo cual no hay un abandono dirigido a poner en peligro la vida o la salud de la víctima.

Nuestro Código privilegiaba la pena, reduciendo el máximo y el mínimo del art. 106 C.P. a la mitad, siempre que el suceso acontezca dentro de los tres días posteriores al nacimiento y que no se hubiese inscripto aún en el Registro Civil. Estas dos condiciones se explicaban porque si se tratase de un lapso superior o si ya se hubiese inscripto el nacimiento, desaparecería la necesidad de salvar el honor.

El precepto mereció críticas, pues se señaló que hubiese debido coordinarse con la figura del infanticidio (vigente entonces) no solamente la expresión "ocultar la deshonra", sino especialmente la pena, para que la del abandono seguido de muerte no resultase superior a la de aquél, teniendo en

[3] Creus, *Derecho penal. Parte especial,* ob. cit., t. I, p. 125.
[4] Soler, *Derecho penal argentino*, ob. cit., t. III, p. 173.



cuenta que en el infanticidio el dolo era de matar y en el abandono exclusivamente se pone voluntariamente en riesgo la vida o la salud. Además constituía un error que los parientes y el cónyuge puedan cometer el hecho contra la voluntad de la madre y beneficiarse con la pena reducida. Aparte, contrariamente a lo que ocurría con el delito de infanticidio, no se exigía en esta figura que estas personas se encuentren en un estado de emoción violenta y que las circunstancias lo hicieren excusable, por lo que el móvil de salvar el honor podía coincidir con una frialdad de ánimo que no dé razón al tratamiento privilegiado.

La ley 24.410, publicada en el Boletín Oficial el 2/1/1995, corrigió la anomalía, eliminando el privilegio, de manera que el texto conserva sólo la primera parte del art. 107 C.P. original: "El máximum y el mínimum de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos, o por el cónyuge".

Pasemos seguidamente a tratar los casos agravados. El problema interpretativo se plantea en torno de la expresión "grave daño", que emplea el segundo párrafo del art. 106 C.P., que no significa lo mismo que lesión grave o gravísima, sino que refiere a un importante perjuicio en el cuerpo o en la salud[5]. Esta desvinculación del concepto respecto de los distintos tipos de lesiones, hace que se apliquen las penas del artículo 106 siempre que resulte un grave daño en el cuerpo o en la salud, lo que es coherente con el dolo del sujeto, que se limita a la puesta en peligro y que no abarca las lesiones graves o gravísimas. El resultado de lesiones o muerte va más allá de la intención, conclusión avalada tanto por el uso de los potenciales "resultare" y "ocurriere", como por la entidad de la pena, que es superior a las de las lesiones o a la del homicidio culposo e inferior a las de las lesiones gravísimas y a la del homicidio doloso.

La pena de la lesión leve resultante del abandono es absorbida por la sanción prevista en la primera parte del art. 106, conforme a los principios del concurso aparente de leyes o de tipos.

Omisión de Auxilio.

A diferencia del hecho del abandono del incapaz, en que solamente puede cometer el delito quien deba mantenerlo o cuidarlo o aquél que lo haya incapacitado, sujeto activo del delito previsto en el art. 108 C.P. puede ser cualquiera.

[5] Núñez, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 94.



Esto marca una característica importante, pues impone un deber fundado exclusivamente en la solidaridad. El que incurre en este delito no es el generador de la situación de peligro en la que la víctima se halla, sino que solamente se enfrenta con ella.

Quienquiera que descubra perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro debe prestarle el auxilio necesario. Solamente puede eludir la exigencia si el hacerlo significa un riesgo personal, o le es factible no prestar ayuda reemplazándola con un aviso que dado inmediatamente a la autoridad.

Así, la acción típica consiste en omitir el auxilio. El "encontrar" que menciona la ley, no indica simplemente el hallazgo casual, sino el encuentro con la situación de riesgo. Por lo mismo el autor de este delito puede haber estado acompañando a quien, en esas circunstancias llega a padecer riesgo; si no lo auxilia incurre en el hecho previsto por la ley. También incumple la norma implícita en el imperativo auxiliarás, quien es llamado para conjurar el peligro y no concurre, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal. Con mayor razón si esa ayuda es exigible tratándose de quien -por su profesión y juramento prestado- debe velar por la salud ajena: el médico y todos quienes han sido instruidos y habilitados en el arte de curar.

Con respecto a la excepción a la punibilidad: "el riesgo personal", la inclusión en la ley no tendría razón de ser porque en ningún caso el Derecho puede exigir la adopción de conductas heroicas. Puesto ante la alternativa de sufrir un mal grave en su persona o salvar al extraño, la elección de la mayoría sería egoísta (en favor propio: Del latín ego: yo) y no altruista (en favor del prójimo: Del francés *autrui*, otra persona, los demás). Si no existiera la reserva expresa de la parte final del art. 108, de todas maneras la acción sería impune, porque no podría formularse al respecto el juicio de reproche en que la culpabilidad consiste.

De todas maneras el "riesgo personal" debe existir y ser cierto y grave, pues el sujeto activo de este delito no puede reemplazar su obligación de actuar por la de "dar aviso inmediatamente a la autoridad". Este es un último recurso, que recién empieza a operar cuando -existiendo riesgo personal- hay otra manera de ayudar al necesitado y es informando a la autoridad, para que ésta lo socorra. De manera que si el agente no lo hace, pudiendo avisarle, también incurre en conducta punible.

Haciendo referencia al sujeto pasivo, debo decir que si bien son distintos los casos que la ley prevé (el menor de diez años y la persona a que refiere la segunda parte) ambos se identifican por hallarse en situación de riesgo. El menor tiene que estar perdido o desamparado, palabras que indican



un peligro concreto para la vida o la salud. Estas reflexiones sirven para ratificar una vez más el valor de guía respecto de cuál es el bien jurídico tutelado, que tienen los Títulos que agrupan las diversas figuras. En este caso se trata de "Delitos contra las personas", que reprimen las afecciones a la vida y a la integridad corporal. De manera que el extravío o el desamparo del menor, son estados que amenazan esos valores. No se trata de pérdida o desamparo referidos al afecto, a la protección moral o a la educación.

La "persona" mencionada en la segunda cláusula tiene que estar amenazada por un peligro. El agregado del pronombre "cualquiera" no debe llevar la interpretación hasta el punto de exceder el marco de la protección de la vida y la integridad corporal fijado por la ubicación de la figura. Lo contrario conduciría al absurdo de exagerar el deber de solidaridad, de manera que se tenga que auxiliar a toda persona y en toda circunstancia en que una amenaza la acose.

Por lo mismo no se puede aceptar sin reservas lo que escribe Soler: "Basta que el peligro amenace a la persona, sea cual sea la naturaleza de aquél; por tanto, no solamente está indicado el peligro de vida, sino cualquier otro que pueda afectar la persona física, incluso en su libertad. Si un sujeto puede evitar sin riesgo personal que un individuo sea secuestrado o si, estándolo, puede evitar que continúe en ese estado, comete omisión de auxilio"[6]. Considero que en un caso así existe un deber moral de solidaridad, pero no una obligación impuesta por la ley bajo amenaza de pena. Siempre, claro está, que ese secuestro de que habla Soler no implique necesariamente un peligro para la vida o la salud. En este último supuesto -que encierra lo que ordinariamente acontece- el no prestar auxilio o no dar aviso inmediatamente a la autoridad, colocaría la actitud del agente al mismo nivel de quien encuentra a un herido desangrándose en una ruta desierta y no lo ayuda.

Finalmente hago notar que dentro de la clasificación de los tipos por la forma de acción, éste es un delito de omisión, ya que el hecho infringe una norma imperativa. No interesa lo que haga o deje de hacer el agente considerando esas actitudes desde el punto de vista estrictamente físico, sino que lo que se desvalora es la oposición a la obligación de actuar prestando el auxilio necesario para superar la situación de pérdida o desamparo en que se encuentra el menor de diez años; o para remediar la lesión, invalidez o amenaza de peligro que sufre la persona a la cual el agente descubre en ese trance.

[6] Soler, *Derecho penal argentino*, ob. cit., t. III, p. 180.

Calumnias e Injurias

Por **Eduardo Luis Aguirre y Alejandro Javier Osio**.

Reflexiones preliminares.

El proceso de construcción cultural del honor como valor es tan antiguo como el hombre mismo. Y desde los albores de la humanidad, en todas y cada una de las civilizaciones, existieron formas y mecanismos de protección de un bien jurídico que, vale consignarlo, es constitutivo de la personalidad del ser humano.

Por ello, creo necesario mencionar de qué especial manera, contemporáneamente, se tiende a considerar que son más bien el prestigio, la dignidad o la honestidad, los valores que le han dado un nuevo formato al pretérito honor, más vinculado a los blasones, la sangre o la épica guerrera.

Y por lo tanto, lo que se consideraba un valor que acompañaba al individuo desde su nacimiento, y hasta era hereditario en las tradiciones medievales europeas, tiene ahora mayor relación con la reputación, que se puede adquirir, acrecentar, y por supuesto –ahora muy fácilmente-perder[1] , o al menos disminuir, cuando, cuando es el propio comportamiento social del afectado el que le quita el carácter ofensivo a una manifestación determinada, como bien lo señala Manuel Jaen Vallejo[2].

En este sentido, consigna el autor citado que Alonso Alamo ha propuesto modernamente una concepción normativa fáctica del honor, al entender que el mismo es "un complejo bien jurídico, concreción de la dignidad de la persona aunque no se confunde con ella, y que se protege en tanto consideración social merecida o ganada; por lo que, a su juicio, aunque se le reconoce a todo hombre por el hecho de serlo, no se protege la apariencia de una buena reputación u honor formal.

Dice Alonso, entonces, que "los ataques al honor…no son directamente ataques a la dignidad de la persona sino a su valor ético y social de actuación, del cual surge una pretensión de respeto. De lo que deriva que el honor puede disminuir por graves defectos de la personalidad, y por falta de integridad moral, pero no puede desaparecer del todo ni aumentar"[3]. Este es el dato sociológico e histórico relevante en lo que hace a la evolución del honor que, por cierto, no poca influencia adquiere en el plano jurídico penal.

---

[1] Weinrich, Harald: Un honor olvidado

[2] Libertad de expresión y delitos contra el honor, p.151.

[3] Alonso Alamo, Mercedes. Protección Penal del Honor. Sentido actual y límites constitucionales, ADPCP, p. 150.

En análoga dirección discurre Berdugo Gómez de la Torre, quien realiza contemporáneamente una revisión saludable y necesaria del concepto de honor, concluyendo que el mismo "está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad; de lo que se infiere que, si bien el honor, en cuanto emanación de la dignidad será el mismo en todos los integrantes de la sociedad, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social"[4].

Con esta afirmación, estamos adelantando nuestro criterio, respecto de que los valores se construyen a través de procesos de interactuación y por lo tanto sufren paulatinos reacomodamientos y redimensionamientos conforme los momentos históricos o la ubicación social también distintas en los que logran erigirse como tales, mediante la captación del consenso colectivo (entendiendo al consenso como la aptitud para generar tendencias que se arraigan entre los terceros).

Por eso, particularmente aguda parece la idea que sobre el concepto moderno del honor despliega el autor español Manuel de Cossio, cuando explica: "Según el sentir general, honor supone la conformación de nuestros actos, no sólo con la norma moral, sino también con el concepto que de nuestras virtudes puedan tener los demás y la propia estima que tengamos de nosotros mismos y así dícese que tiene honor de quien goza de plena consideración ante la sociedad"[5].

Esencialmente lógica se revela esta correlación indispensable, en la que el honor proporciona un nexo entre los ideales de una sociedad (que indiscutiblemente existen en la conciencia colectiva de los pueblos) y la reproducción de esos ideales en el hombre, cuya realización práctica se efectiviza dentro del grupo social que reconoce, en definitiva, esa adecuación valorativa y la traduce como prestigio, reputación o dignidad personal. Por supuesto, en épocas en que los paradigmas otrora totalizantes parecen batirse en caótica retirada, ese consenso producto de la reputación social aquilatada, no necesita ni puede ser unánime al momento de traducirse como bien jurídico susceptible de tutela, por cuanto ello significaría una exigencia desmesurada capaz de desdibujar casi totalmente la tutela del honor.

Esa *reputación o prestigio*, además, es también el producto de una sociedad de clases y en permanente conflicto. Por lo tanto ese mismo producido es fuertemente dinámico y cambiante, no

[4] Revisión del contenido del bien jurídico honor, en Homenaje a Hilde Kaufmann. El poder penal del estado, p. 263, citado por Jaen Vallejo, ob. Cit., p. 151.3
[5] Derecho al honor. Técnicas de protección y límites, p. 37.

sólo en virtud de reformulaciones operadas en distintos tiempos históricos, sino que también –y he aquí lo trascendente- admite distintas acepciones aún dentro de una misma sociedad y en un mismo momento[6]; y adquiere en el presente, al influjo de la posmodernidad y de las tendencias sociales *globalizantes* de fin de siglo una significación específica de difícil ubicación. Pero, de todas maneras, lo importante es que, aunque de manera aluvional, se vuelva a poner en el tapete a las clases sociales como *sujetos históricos*, extremo éste curiosamente erradicado de la discusión filosófica y sociológica (ni hablar de la jurídica), pese a que las nuevas relaciones mundiales, a poco que se las analice, dan cuenta de que, acaso como nunca antes en la historia, la cuestión de clases reclama inmediata vigencia y nuevo debate[7].

Han variado los matices, las formas, el contenido del honor como basamento axiológico e, incluso, las exteriorizaciones que de una u otra manera lo corporizan; al punto que, filosóficamente, resulta poco probable establecer comparaciones entre la concepción del honor que tuvieron, por ejemplo, los estoicos o epicúreos de la antigua Grecia[8], con la filosofía ético tomista del medioevo, y entre ambas con la que se está forjando todavía al crisol del núcleo significacional básico de la condición posmoderna: lo mercantil[9].

Y esto no debe asombrarnos, por cuanto esas mutaciones sucesivas que abarcan la espiritualidad del hombre no se han circunscripto solamente a los valores: hasta sentimientos tan caros como el amor han evidenciado metamorfosis adaptativas análogas, por lo que resulta naturalmente esperable que nociones tales como el bien, la moral, la virtud, la ética y aún la honra evolucionaran de manera acelerada y diversa. “Los filósofos siempre han tenido dificultades para aceptar, como fundamento de la moral, las emociones y, en particular, el amor… . El mundo de la ciencia y los valores –lo hemos dicho con claridad-, son dos universos paralelos. Es inútil pretender obtener el valor o la moral del razonamiento científico. Es inútil tratar de explicar la naturaleza y la historia con los ideales y el amor. Sin embargo, entre estos dos universos hay un tramo común, un puente, una experiencia que es, al mismo tiempo, un conocer intelectual, un saber científico y un intuir lo justo y lo bueno, el valor”[10].

---

[6] Packard, Vance: “Los buscadores de prestigio”, EUDEBA, Buenos Aires, 1971, p. 50.
[7] Hirsch, Joachim: “Ciclo de conferencias: globalización, transformación del Estado y Democracia”.
[8] Mondolfo, Rodolfo: “La conciencia moral de Homero a Demócrito y Epicuro”, EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 53 y ss.
[9] Dotti, Jorge: “Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado” y Casaubón, Juan: Historia de la Filosofía, p. 47 y 48.
[10] Alberoni, Francesco: “Valores”, Gedisa, 2da Edición, Barcelona, 1995, p. 71 y 72.

Pero lo que en definitiva ha permanecido inmutable es esta *sensible* atribución del hombre, este derecho-deber que hace a una reputación que da identidad al individuo y que necesariamente amerita el respeto de sus congéneres. Y que, además y por eso mismo, en todos los casos se dotó históricamente de los instrumentos tuitivos aptos para su preservación, incluso a través de la sanción lisa y llana, fuera ésta particular (venganza, duelo) o estatal, pero siempre legitimada.

Por supuesto, el curso de los procesos históricos ha determinado cambios que han llegado, incluso y como lo he puesto de manifiesto anteriormente, a reformular el concepto mismo del honor.

Naturalmente, como queda dicho, no pudo ser éste el mismo en las épocas en que el hombre vivía en pequeñas comunidades, antes de la creación de los estados, en ámbitos donde el conocimiento interpersonal era prácticamente obligado, que en el mundo posmoderno, donde las relaciones son más efímeras, impersonales, infrecuentes.
Obviamente, la forma que alcanzó en uno y otro caso la protección del honor ha sido distinta.

Cierto es que hoy no puede reclamarse el resguardo que podria haberse demandado en circunstancias tempo espaciales tan diferentes.

Piénsese, por ejemplo, que durante siglos, sobre todo al influjo de la tremenda gravitación de la Iglesia durante el medioevo, se confundió en no poca medida a la honra con la virtud, a la virtud con la moral y a ésta con el derecho.

En la actualidad, vale decirlo, corresponde inexorablemente repensar estos temas y deducir entonces, que la *ética*, en tanto segmento esencial de la filosofía (hoy claramente subordinada por el estudio y análisis de la epistemología dentro de esa ciencia) que *se ocupa de los objetos morales* engloba por ende a los *valores*, sean éstos conscientes (como acuerdos ideológicos de las sociedades que no intervienen en la formación de las conductas humanas), o inconscientes pero *efectivos*, dada su incidencia en la trama constitutiva de ese actuar humano, con lo perjudicial que ello resulta para la propia *personalidad* del ser[11].

Lo mismo puede señalarse, como ha de verse, respecto de la mayor o menor adhesión que se tenga a las teorías absolutas o relativas de los valores, o a su condición objetiva o subjetiva.
Es así que el honor, cualquiera sea su actual fisonomía, ocupa un lugar dentro de los valores y en el seno mismo de una suerte de trasmutación cultural y axiológica a la que asistimos en los umbrales del tercer milenio.

---

[11] Fromm, Erich: "La revolución de la esperanza", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1987, p. 92 y 93.

Lo apasionante, en definitiva, es que para hablar de los delitos contra el honor, del honor como valor, de los valores como construcción cultural y de la moral como continente final de todo lo axiológico, debemos ineluctablemente convenir que, más que una prolija reiteración de formulaciones efectuadas desde la dogmática, lo que se impone es bucear en la *filosofía* como única forma de *entender de qué estamos hablando*, para recién después ocuparnos de los aspectos jurídicos, a la sazón instrumentales.

Y eso, por cierto, no es tarea fácil ni lineal en esta época; mucho menos si es un abogado quien acepta semejante desafío. El propio Beccaria advertía que "la palabra *honor* ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos, sin fijarle alguna significación estable y permanente"[12], y Maurach decía que "el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del derecho penal y por lo tanto el menos eficazmente protegido"[13].

Pero, con todo, es también cierto que resulta igualmente inaceptable esta suerte de indefensión del honor que parece teñir los tiempos actuales, a mi juicio como resultante de la gestación de nuevas relaciones sociales en el marco del derrumbe de los viejos paradigmas que durante más de dos siglos disciplinaron al conjunto de las sociedades, y del erosionamiento indiscutible de los vínculos de solidaridad que se evidencia en las sociedades contemporáneas.

Pero precisamente, ese derrumbe, ese rompimiento de ideas, esencias y creencias, es lo que otorga vigencia y sentido a la ímproba y apasionante aventura de reflexionar otra vez sobre este objeto de conocimiento, a detenernos una vez más en su análisis y discusión gnoseológica. "La crisis nos obliga a pensar, La crisis del mundo, la de nuestras relaciones –que a veces están a punto de naufragar-, la crisis de la economía, de la política. Pensar es consecuencia de alguna crisis. Si no, ¿para qué pensar?[14].

Desde luego, la premisa inicial cierta de la que podemos partir, en este mar de dudas, es que la condición y la situación humana han hecho que ésta necesitara siempre de valores que guiaran sus acciones y sentimientos.

Por épocas, esos valores, acatados pacíficamente por la mayoría, lograron disciplinar la convivencia pacífica del todo.

En otros tramos de la historia, las crisis obligaron a aspirar a espacios novedosos de reflexión para comprender los nuevos tiempos.

[12] Beccaria, Cesare: "De los delitos y de las penas", Alianza, Madrid, 1986, p. 41.
[13] Strafrecht Besonderer Teil, T. I, p. 139.
[14] Barylko, Jaime: "La filosofía", Planeta, Buenos Aires, 1997, p. 13.

Acaso algo de esto sea lo que acontece actualmente, donde una primera mirada a la realidad social parecería acercarnos a la idea de que no existen los valores, o al menos no en la forma en que otrora eran concebidos e introyectados colectivamente.

Si nos detenemos a evaluar la incidencia de los procesos económicos, históricos y sociales respecto de los valores imperantes en cada uno de ellos, veremos que resultó y resulta habitual que existan francas disidencias entre lo que los individuos consideran que son sus valores y los *verdaderos* valores sobre los que se yergue una sociedad.

Particular actualidad tiene distinguir que en la sociedad industrial los valores predominantes , impartidos rígidamente desde los aparatos ideológicos del Estado –en particular la Escuela y la Iglesia- apuntaron a instalar como valores conscientes a los de la tradición religiosa y humanista; vale decir la individualidad , el amor, la compasión, la esperanza, el altruismo. Pero la realidad demostró que esos valores, conscientes, no lograron determinar las conductas del ser humano y, por el contrario, los valores inconscientes que en la realidad ha engendrado el `propio sistema –la propiedad, el consumo, el status, la posición social, la competencia, el individualismo, etc.- sí han incidido de manera directa en la conducta de la gente y han signado el perfil de una sociedad anatemizada, no pocas veces, como hipócrita[15].

De la misma manera, deberíamos considerar algunas peculiaridades de las sociedades tardomodernas, en las que la desconfianza se convierte en un articulador de la vida cotidiana, el escrutinio en una práctica permanente y los consensos son tan fugaces como endebles en lo que se han denominado como sociedades contrademocráticas[16]. Ese nuevo sistema de percepciones y construcción del sentido común, han cambiado para siempre la concepción del honor.

Análisis dogmático.

Calumnias

Art 109*: "La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil ($ 3.000.-) a pesos treinta mil ($ 30.000.-). En ningún caso*

[15] Aguirre, Eduardo Luis: "Delitos contra el honor. Hacia un nuevo paradigma", Scotti Editora, 1999.

[16]Rosanvallon, Pierre: "La contrademocracia: La Política en la era de la desconfianza", manantial, 2007, Buenos Aires.

configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)"

Tipo Objetivo.

Tal como surge literalmente de este artículo, lo que el legislador ha querido sancionar es la atribución de un hecho delictivo realizada por una persona hacia otra u otras, determinada/s[17] o determinables[18], pues imputación es la acción o el efecto de imputar, y éste término significa precisamente: "atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable".[19] En definitiva, indicar que una o más personas han cometido un delito también determinado, como veremos.

Esa atribución debe ser de la comisión de un delito, o sea una conducta tipificada en el Código Penal o en cualquier otra ley que contenga tipos penales, y no de faltas y/o contravenciones, ni infracciones administrativas, laborales, a códigos de ética, o de otra índole[20], que aunque puedan dar lugar a la configuración de injurias, no serán calumnias por falta de su elemento diferenciador: atribución de delito.

Es pertinente aclarar que en esa imputación no interesa si el delito se hubiese consumado o no, si se trata de uno doloso, culposo o preterintencional, y si se lo imputa en grado de autor, coautor, partícipe, instigador u otro grado de intervención pasible de sanción. Sí, debe ser actual o pasado, puesto que los hechos futuros no constituyen delito[21]. Debe contener además dos requisitos, que sea concreto y circunstanciado[22], es decir, que cuente con todas las relaciones de modo, tiempo, lugar y aluda a personas de manera singularizada, determinada o determinable de manera inequívoca[23]. Y que esos datos sean de una precisión tal, que permitan a ubicar e individualizar cabalmente el hecho punible imputado y a la/s persona/s que se atribuye.

[17] De modo similar Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto "Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular" Tomo 1. Arts. 79/139bis. 2ª edición actualizada y ampliada. Hammurabi, Bs.As. 2007, pág. 310.
[18] Aguirre, Eduardo Luis: "Delitos contra el honor. Hacia un nuevo paradigma", Scotti Editora, 1999, p. 55.

[19] Diccionario de la Real Academia Española, vigésima-segunda edición, disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imputar
[20] En sentido similar Villada, Jorge Luis "Delitos contra el honor" Nova Tesis. Santa Fe, 2005, pág. 75.
[21] Ver Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", Editorial TEA. Bs.As. 1992, Tomo III, pág. 275. También D'Alessio, Andrés José "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado" 2ª edición actualizada y ampliada. Tomo II. Parte Especial, Arts. 79 a 306. LA LEY Bs.As. 2009, pág. 165, aunque sostiene que en caso de que lo atribuido sea futuro "no es una calumnia, pues se atribuye una intención pero no se imputa ninguna acción".
[22] Sosa Baccarelli, Nicolás "Delitos contra el honor. Aportes para un análisis de la reforma de la ley 26.551 al Código Penal argentino", pág. 4. Disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina05_2.pdf
[23] También así Creus, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial" Tomo I. 6ª edición actualizada y ampliada. 2ª reimpresión. Astrea. Bs.As. 1999, pág. 133.

Como dicen Castro y Friele debe ser una “atribución delictiva singularizada”[24], por lo cual son atípicas las atribuciones de calidades delictivas (abusador, delincuente, asesino, ladrón), como así también la atribución de delitos indeterminados (roba desde que tiene 15 años, ha estafado a todo el barrio, etc.), sin perjuicio de que eas aseveraciones puedan resultar injuriosas.

Otro requisito de este tipo penal, es que el delito que se imputa debe dar lugar a acción pública, redacción que ha dado lugar a un debate aún irresoluto en nuestra doctrina[25]. Modernamente, se ha entendido, que quedan excluidos de la previsión legal todos los delitos de acción privada, como así también los que dan lugar a acción pública dependiente de instancia privada, cuando ésta aún no ha sido instada, debido a tres cuestiones fundamentales: primero, para preservar el derecho del particular damnificado que ha decidido no publicitar en un proceso el hecho que lo tiene como sujeto pasivo y el Estado una vez que reconoció ese derecho no puede avasallarlo para investigar otro delito; segundo, porque hasta tanto éste no inste la acción penal, el delito de esta categorización no habilita la acción pública y, por ende, no “da lugar” a la misma, tal como exige el artículo –lo mismo sucede cuando la acción penal se halla prescripta, circunstancia ésta que se halla controvertida en la doctrina[26]-; y tercero, y fundamental, porque ésta es la lógica del texto que resulta más acorde al principio de interpretación restrictiva de la ley penal y a la exigencia constitucional-convencional (además de teórico-ideológica) de entender al poder punitivo como última ratio y habilitarlo de acuerdo al principio de mínima intervención.

En cuanto a los caracteres de la imputación delictiva, y también por exigencia expresa del artículo según la ley 26.551, ésta debe ser *falsa*[27], y ello supone que lo sea en dos aspectos determinados: uno objetivo y uno subjetivo.

Objetivamente, debido a que el delito atribuido no debe haber existido del modo en que fue imputado, es decir que no existió, o no fue su autor el sindicado, o tuvo lugar alguna otra circunstancia esencial que no se condice con lo imputado. Y subjetivamente, porque, por un lado, el sujeto pasivo de la calumnia no debe haber cometido el delito que se le atribuyó, y por otro lado, el autor de la imputación debe conocer esa falsedad, cuestión ésta que se analizará con el tipo subjetivo.

---

[24] Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” 2ª edición. Hammurabi 2010, Título “Delitos contra el honor” escrito por Julio César Castro y Guillermo Enrique Friele, pág. 354.
[25] Ver la obra citada en la nota anterior, pág. 357/358. Creus, obra citada, pág. 134/135. Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 312.
[26] Aguirre, Eduardo Luis: “Delitos contra el honor. Hacia un nuevo paradigma”, Scotti Editora, 1999,p. 60.

[27] En sentido similar Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 312.

Las calumnias en nuestro código, tal como están reguladas, se pueden cometer por, y con la utilización de cualquier medio, pues no aparece ninguna indicación legal que permita particularizar o acotar su perpetración mediante algún instrumento en particular; por ende, cualquiera puede ser la vía y cualquiera las circunstancias en que pueden perpetrarse.

En relación a los aspectos objetivos de este tipo penal, diremos, por último, que si las expresiones vertidas reúnen los elementos que hemos venido detallando hasta aquí, configurarán el tipo penal, con excepción de las referidas a asuntos de interés público[28] y de las que no sean realizadas de manera asertiva.

Como ya se ha dicho, la primera excepción tiene como fundamento garantizar el debate político y un escrutinio permanente sobre cuestiones que hacen al interés público, aunque no necesariamente estatal. En cuanto a los términos utilizados, podría achacarse cierta imprecisión a este tramo de la norma, ya que debería existir algún parámetro que, por ejemplo, establezca la forma en que se construye y determina la connotación del interés público aludido por la norma. No obstante ello, sabido es que el derecho carga con los defectos y limitaciones propias del lenguaje, y uno de ellos es la vaguedad. También, que al legislador se le hace imposible prever específica y taxativamente todas las circunstancias que pretenda dejar exentas de pena, por lo cual quizás sea una decisión acertada en este artículo, haber utilizado un concepto genérico para dejar fuera de la tipicidad a una serie de conductas indeterminadas, pero determinables por referirse al interés propio de la sociedad[29]; esto es, a lo que incumbe al colectivo genérico englobado en la sociedad, y muy especialmente al Estado como "cosa pública", sin que sea necesario que interese particularmente a cada uno de sus miembros[30], como así tampoco a los gobernantes de turno, o a cualquier otro agregado social con cierto interés también determinado o determinable[31].

Teniendo en cuenta que el artículo declara expresas atipicidades, la máxima taxatividad interpretativa debe trocar en máxima laxitud, pues debe entenderse el texto de manera tal que ingresen a sus términos (y por ende escapen a la tipicidad) la mayor cantidad de hipótesis posibles, para así reducir a los límites mínimos la habilitación de poder punitivo.[32]

---

[28] Sosa Baccarelli, pág. 7, con cita del proyecto de reforma del CELS, indica que éste punto "se trata de una reproducción sustancial del giro utilizado por la Corte Suprema en el caso `Patitó c. Diario La Nación' de fecha 24 de junio de 2008, que, a su vez encuentra origen en el fallo Campillay."
[29] Explicita sus alcances Sosa Baccarelli, obra citada, pág. 8.
[30] De modo similar, en otros términos, De Luca, Javier, obra citada, pág. 446
[31] Con similar sentido, aunque con otros términos, D'Alessio, obra citada, pág. 167.
[32] Ver lo dicho por Marcelo J. M. Brocca en su ponencia titulada "Interpretación restrictiva, extensiva y aplicación analógica", UBA. Bs.As. 2007. publicada en http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen15.pdf, pág. 13.

Lo que intentamos exponer no es más ni menos que un aporte para la aplicación razonable de los principios constitucionales en materia penal, con arreglo al principio *pro homine*, que fue reconocido en múltiples fallos por nuestra Corte Suprema de Justicia (entre los más recientes, deben señalarse a guisa meramente ejemplificativa “Acosta”[33] y “Arriola”[34]), como así también por la Corte Interamericana de Justicia, que ha dicho sobre el particular: “De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así, cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido” (CIDH, Opinión Consultiva 5-85).

Respecto de que las expresiones no sean *asertivas*, el texto legal dispone que quedan fuera de la tipicidad, las exteriorizaciones que se formulen en términos potenciales o de modo condicional, es decir, que no afirmen certeramente un mensaje, puesto que el término asertivo es sinónimo de afirmativo, y una proposición afirmativa o asertiva, es, precisamente, la que da por cierto algo[35], la que lo afirma como verdadero.

Esto que venimos diciendo, produce a su vez, la exclusión de las opiniones o juicios de valor, pues sobre ellos no puede aseverarse verdad o falsedad, lo que sólo puede verificarse sobre hechos o circunstancias objetivas. Ergo, las aseveraciones punibles en este artículo, deben versar afirmativamente sobre supuestos fácticos.[36]

Sujeto Activo.

Este tipo penal es de comisión indiferenciada en cuanto a su autor, y no requiere ninguna particularidad específica en su comitente; por lo tanto, puede ser perpetrado por cualquier persona física viva. Y aclaramos esto último, pues, aunque la tecnología actual permita grabar una calumnia que puede ser reproducida luego de la muerte de su autor, más allá de otro tipo de responsabilidades fundadas en fundamentos diferentes a la penal, sabido es que fallecido el autor de un delito muere con él toda posibilidad de accionar penalmente en su contra, lo que ha sido recogido por nuestro

---

[33] CSJN, fallos: A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 (causa N° 28/05)”.

[34] CSJN: Fallos A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”.

[35] Diccionario de la Real Academia Española, vigésima-segunda edición, disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=asertivo

[36] Ver lo dicho a este respecto por la CIDH en el famoso fallo “Kimel, Eduardo vs Argentina”, sentencia del 02/05/2008, disponible en *www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc*

legislador en el artículo 59, inciso 1º, del Código Penal, al establecer que la muerte del imputado extingue la acción penal, lo que produce, a su vez, que esta circunstancia excluya la tipicidad también por falta de otro requisito objetivo (que el delito de lugar a acción pública).

Sin perjuicio de ello, existen algunas excepciones sobre personas que por una protección específica que la Constitución Nacional les brinda en el ejercicio de sus funciones, quedan al margen de la posibilidad de imputación del tipo penal en tratamiento. Ellos son los Senadores y Diputados de la Nación (Art. 68 de la CN), los Funcionarios del Ministerio Público –tanto del MP Fiscal como del MP de la Defensa (Art. 120 de la CN)[37] y el Defensor del Pueblo (Art. 86 de la CN)

Sujeto Pasivo.

Respecto de los destinatarios de las calumnias, el legislador, en la última reforma (Ley 26.551) tomó una decisión que dirime una cuestión que dio lugar a discusiones arduas en la doctrina nacional e internacional, como es la referente a si las personas jurídicas o de existencia ideal pueden ser sujetos pasivos de calumnias. Ahora se ha especificado que los únicos destinatarios posibles deben ser personas físicas y determinadas[38].

En relación a lo primero, aún cuando existen algunas posturas en contrario, debemos decir que sólo las personas físicas vivas pueden ser sujetos pasivos de calumnias y no así las ya fallecidas, sin perjuicio de otro tipo de reparaciones que puedan reclamar sus herederos, pues una vez extinta la persona, con ella se extinguen sus derechos personalísimos, uno de los cuales es precisamente el bien jurídico que necesariamente deben afectar las conductas punibles comprendidas en el título que comentamos (el honor).

Otras discusiones se han dado en relación a los dementes y demás incapaces de comprender la deshonra que pueden producir las afirmaciones calumniosas en su contra. En este aspecto, y más allá de las cuestiones que puedan suscitarse en materia procesal para hacer valer sus representantes legales la acción penal privada que surge de este delito, no debe caber duda de que todas las personas tienen derecho a una reparación de su honor si éste es afectado[39], dada su condición de derecho personalísimo, susceptible de ser poseído por todos los seres humanos, sin distinción de ningún tipo.

---

[37] También D'Alessio, obra citada, pág. 163/164, aunque citando como fuente a la jurisprudencia en el caso de los miembros del Ministerio Público.
[38] También así D'Alessio, obra citada, pág. 164. Específicamente De Luca, Javier en "Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26.551, modificatoria del Código Penal" Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nº 3, 2010, pág. 445.
[39] Creus, obra citada, pág. 138.

En relación a los niños[40] no cabe duda tampoco que, por análoga razón, también cuentan con la misma protección jurídica de su honor; empero ello, es necesario hacer una salvedad relacionada con otro de los requisitos objetivos del tipo penal de calumnia en nuestro Código, que acarrea atipicidad. Esto es, que dé lugar a acción pública el delito endilgado. Por lo tanto, siempre y cuando se impute a un niño de entre 16 y 18 años de edad uno de los delitos detallados en el artículo 1º de la Ley 22.278 (modificada por Ley 22.803) como habilitantes de persecución penal, habrá calumnias. En caso de que no se pueda perseguir penalmente al niño por disposición de esa normativa específica, es decir, cuando los niños cuenten con 15 años de edad o menos o a los que tengan entre 16 y 18 y no se les atribuyan delitos con más de dos años de pena, no habrá tipicidad de calumnia pero no porque estas personas no posean reconocimiento jurídico y protección de su honor como derecho personalísimo, sino porque los delitos que se les atribuyen, en razón de su situación jurídica determinada y especial por la franja etaria en que se encuentran, no dan lugar a una acción pública, y por ende, la atipicidad radica en exclusivamente la falta de este requisito.

Tipo Subjetivo.

El tipo penal en comentario es sin duda doloso. Y aunque existen posturas diferentes al respecto, diremos que sólo acepta el dolo directo o de primer grado, puesto que en un entendimiento del dolo con contenido cognitivo –saber- y volitivo –querer-, abarcativo de todos los elementos objetivos de la figura en estudio, lo que incluye la falsedad de la imputación y su atribución específica a una persona determinada, no es posible concluir de otro modo.

Por lo dicho, y al advertir que la figura penal tal como está legislada se nos aparece simétrica en los tipos objetivos y subjetivos, pues con el conocimiento y actualidad en la actividad delictiva de los elementos reseñados hasta aquí, poco importa si el agente tuvo o no el fin específico de deshonrar a la persona o no (se nos aparece difícil que pueda tener otro fin). Por ello, no habremos de ingresar en la discusión doctrinaria respecto a la exigencia o no de un ánimus iniurandi específico como elemento subjetivo distinto del dolo que torne asimétrica a la figura.

Consumación y Tentativa.

Aunque suele afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias son de los llamados delitos de peligro, creemos que pueden ser considerados de lesión, puesto que una vez que la

[40] Todo ser humano con menos de dieciocho años de edad –art. 1º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con rango constitucional desde 1994, art. 75.22 de la CN-.

información atributiva de delito –calumnias- deshonrosa o desacreditante –injurias- es conocida por terceros ajenos a su autor (con las excepciones que luego marcaremos cuando el medio de comisión depende de un control externo al autor), podríamos afirmar que ya hay afectación, más allá de que el titular del bien jurídico conozca o no la conducta llevada a cabo. Si bien no hay resultado material, ello tiene que ver con la entidad del bien jurídico que debe ser lesionado para la configuración de los delitos contra el honor, pero sí hay resultado en el sentido de afectación de un ente jurídicamente protegido, pues una vez proferidas las aseveraciones y conocidas por terceros, ya no hay peligro de afectación del honor sino lesión efectiva, más allá de que el titular sepa o no de tal circunstancia. Esta delimitación resulta muy interesante, porque en los delitos contra el honor, a diferencia de lo que acontece con la mayoría de los tipos penales, no se produce una alteración de la realidad objetiva,

Por ende, la consumación se produce en el instante en que las afirmaciones son conocidas por terceras personas[41] –al menos una-, con la excepción que luego haremos respecto de los responsables de ediciones, pues desde ese momento suponemos que por la potencialidad agraviante, el honor de la persona se encuentra afectado. Creemos que no es posible trasladar el momento de consumación hasta que su titular sepa de las afirmaciones y se sienta afectado, pues este tipo de análisis extrapolado a otros tipos penales, supondría, por ejemplo, afirmar que el robo en una casa deshabitada se consuma cuando los dueños vuelven y constatan el faltante.

Otra aclaración que debemos hacer respecto de estos tipos penales es que no se puede afirmar acríticamente que son de mera actividad, sino que ello dependerá, en definitiva, del medio utilizado para cometerlo, puesto que existe en el estado actual de las comunicaciones una infinidad de posibilidades de separar el momento en que se vierten las expresiones asertivas y el momento lesivo, o sea, cuando son conocidas por terceros, y por ende que intervengan en el medio actos ajenos a la voluntad del autor e interrumpan el *iter criminis*. Y esa división es factible aún en las calumnias e injurias orales, puesto que perfectamente podrían grabarse en diferentes formatos (CD, DVD, mp3, mp4, mp5, radiofrecuencia, sitios web, etc, etc.) y reproducirse en el momento futuro que se escoja. Por lo tanto no es posible afirmar, en la actualidad, que el momento consumativo en las inferidas de manera oral, coincide siempre con el momento en que son proferidas. Mucho menos en las, en las inferidas de manera escritas.

---

[41] De modo similar, entre otros, Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto “Notas al Código Penal Argentino” Tomo II. Parte Especial. Marcos Lerner. Córdoba, 1995, pág. 104; y D’Alessio, obra citada, pág. 171.

De esas características se desprende, además, que en nuestros días es perfectamente posible que la actividad delictiva de calumnias e injurias quede en grado de tentativa[42], desde que resulta factible que las aseveraciones puedan ser grabadas y no expuestas al público, o escritas y nunca publicadas, por decisión de uno o varios sujetos ajenos al autor de ellas. Con lo cual tales comportamientos encontrarán acogida normativa en el art. 42 del C.P.

En el caso de que la decisión de no publicidad pertenezca al autor, habrá desistimiento voluntario, y por ende atipicidad. Y solamente no habrá lugar a la tentativa, en el caso de que el momento de realizar la expresión coincida con el de su publicidad (discurso en evento con público presente, televisación o reproducción web en vivo y en directo, las proferidas en un juicio oral y público, etc) o en los casos en que la producción de las afirmaciones y la publicación por cualquier vía dependan y sean llevadas a cabo por la misma persona (por ejemplo, titular de un sitio web, blogspot, radio, etc.).

Autoría y Participación.

Respecto de la autoría, es necesario señalar que el tipo penal en estudio es indeterminado y no exige ninguna calidad especial en la persona que vierta las expresiones asertivas calumniosas. Por lo que cualquier persona física viva puede incurrir en este delito.

Por ello, y por la multiplicidad de medios con que se pueden cometer este tipo de delitos, que utilizan información sobre aspectos determinados (en este caso como mínimo un delito y una persona física) y que suele depender de un equipo de trabajo o al menos del concurso de varias personas (medios periodísticos, o investigaciones particulares como fue el caso "Kimel", por dar sólo dos ejemplos), son perfectamente aplicables todas las reglas de la participación.

Exceptio Veritatis y Concurso con otras Figuras.

Por último, en relación a la figura de calumnias en nuestro Código Penal, traemos dos cuestiones más a colación.

Primero, que la prueba de la verdad sobre las expresiones vertidas es el mecanismo por excelencia con que contará el querellado por este delito, pero siempre debe realizarse en el marco del proceso iniciado a raíz de ellas y no exigirse que provenga automáticamente de uno ajeno, por más

[42] Admiten también la tentativa Laje Anaya y Gavier, obra citada, pág. 104.

que fuere anterior, pues, por ejemplo, es perfectamente posible que el juez de la querella no conozca –ni debe hacerlo- el resultado de la causa iniciada a raíz del delito que se ha imputado.

Segundo, en lo relativo al concurso de figuras, en un mismo discurso o texto puede haber calumnias e injurias sin que una se sobreponga a la otra, pues ambas requieren elementos distintos.

Los inconvenientes en este tópico se han planteado respecto del concurso con el tipo penal de falsa denuncia (art. 245 del CP). En relación a ello diremos que en los casos en que la falsa imputación del delito se formule en forma de denuncia, ante la autoridad competente y con los demás requisitos de este acto procesal, contra una persona física determinada la figura del artículo 109 del CP excluye por consunción a la del art. 245[43]. Es decir que existirá un concurso aparente de tipos penales, porque una figura -109CP- exige todos los elementos de otra y más, por ende la contiene materialmente dentro de sí –a la del 245CP-. Mientras que cuando la denuncia válida no contiene ese dato específico (imputar a una o varias personas físicas determinadas), como puede ser la simulación de delito para acudir a un aborto impune (art. 86.2 del CP) debe aplicarse el artículo 245, pues la conducta es atípica de calumnias por carecer de un requisito típico objetivo.

Injurias

Art 110: ***"El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($ 1.500.-) a pesos veinte mil ($ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)"***

Tipo Objetivo.

Más allá de que la literalidad del artículo comentado puede ser objeto de algunos reparos a la luz del principio de legalidad constitucional, específicamente en cuanto a la imprecisión de las acciones que requiere para la configuración de la figura de injurias, refiere dos verbos típicos que indican dos formas diferenciadas de comportamientos posibles que recibirán acogida en el tipo penal

[43] Así también D'Alessio, obra citada, pág. 172, con cita del plenario "Bulog, Jorge", publicado en LA LAEY, T.70, pág. 112

de injurias. Pero ambos deben estar dirigidos a afectar la honra, dignidad, trayectoria o prestigio de la víctima-.

El primer verbo típico es "deshonrar", que históricamente ha sido designado también como contumelia[44]. Conceptualiza la conducta de quien con su accionar quita la honra de una persona o la afecta directamente, mancillándola. Se dirige entonces al honor subjetivo de las personas.

La segunda acción ilícita es "desacreditar", y es conocida también como difamación[45]. Lo cierto es que se trata de la actividad humana que quita en parte, o directamente hace perder, el crédito, la buena reputación, la imagen positiva o la buena fama del sujeto pasivo. Afecta entonces el honor objetivo de las personas[46].

Respecto de si se trata de un tipo de lesión o de uno de peligro, cuestión que ha suscitado discusiones en la doctrina nacional e internacional[47], nos inclinaremos por considerarlo de lesión debido a las razones que ya diéramos respecto del tipo penal de calumnias, a lo que nos remitimos en honor a la brevedad y para no ser repetitivos.

Consideramos que las injurias indirectas son perfectamente posibles, es decir, dirigir las expresiones asertivas hacia una persona, pero con un contenido tal, que, en realidad, afectan el honor de un tercero con quien el receptor primero posee un vínculo más o menos cercano.

En cuanto a la modalidad de comisión, consideramos que sólo pueden provenir de acciones, más no de omisiones[48], pues es difícil que de éstas últimas pueda predicarse que sean asertivas[49]. Pero además, porque aún aceptando que inactividades tales como no brindar un trato protocolar, o quitar el saludo a determinadas personas, pueda provocar en éstas algún malestar, ello no alcanza o no es suficiente para afectar el bien jurídico honor en un grado tal que justifique la intervención del instrumento más violento del estado, como es el poder punitivo. Por ende, a falta de una lesividad mínima, soportable constitucionalmente, creemos que las omisiones que provoquen malestares o hasta sentimiento de ofensa en el sujeto receptor del destrato, serán atípicas en nuestro Código Penal, aunque puedan generar responsabilidad administrativa, incluso punitiva, en algunos ámbitos como pueden ser el policial o el militar.

---

[44] Creus, obra citada, pág. 139. D'Alessio, obra citada, pág. 177/178.
[45] Creus, obra citada, pág. 139. D'Alessio, obra citada, pág. 177/178.
[46] De modo similar a la diferenciación de los verbos típicos, Villada, obra citada, pág. 25.
[47] Ver Castro y Friele, obra citada, pág. 373 y ss.
[48] Aunque han existido posturas en contrario, ver Gonzalez Roura, Octavio "Derecho Penal. Parte Especial" Tomo III. Ed. V. Abeledo, Bs.As. 1925
[49] D'Alessio, obra citada, pág. 181, quien indica que "*Con el texto vigente no parece posible interpretar que un comportamiento omisivo –como los descriptos- satisfaga la exigencia típica de que se trata de una expresión asertiva*."

Respecto de los medios con que pueden ser cometidas, nos remitiremos a lo dicho sobre las calumnias. Sólo agregaremos en esta materia, que las injurias pueden ser también materiales [50], -a diferencia de las calumnias- pues abofetear en público[51], utilizar una fuerza física que ridiculice a una persona en presencia de otras, y actividades, en general, de desprecio, ridiculización, descrédito, minusvalía y/o desacreditación, para las cuales se utilicen vías de hecho[52] u otras formas de expresión –gráficos, dibujos, pinturas, imágenes fotográficas, fotomontajes, etc.- en las cuales lo principal no sea la profusión de palabras –orales y/o escritas-, también las configurarán.

Por último, diremos en cuanto a las características de las expresiones que quedan fuera de la tipicidad, que en el caso de las injurias el campo es más amplio que en el de las calumnias, puesto que el artículo, en vez de enunciar sólo a "*…las expresiones* ***referidas a*** *asuntos de interés público o las que no sean asertivas*", agrega que "*Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor* ***cuando guardasen relación con*** *un asunto de interés público.*", fórmula que amplia considerablemente el campo de situaciones que quedan fuera del ámbito de punición, pues exige que las adjetivaciones hacia el honor sólo guarden relación con algún asunto de interés público, aunque no se refiera a él directamente, y que desde un entendimiento a la luz del principio pro homine y una interpretación extensiva, por tratarse de una norma que restringe el poder punitivo, debe ser entendida, en los casos concretos, con el mayor alcance racional y razonable posible.

Sujeto Activo.

En cuanto a las personas que pueden proferir injurias, al tratarse de un tipo penal común e indiferenciado, puede ser cualquiera su autor, con las excepciones ya formuladas al tratar las calumnias, a lo que nos remitimos.

Sujeto Pasivo.

Respecto de quienes son pasibles de ser injuriados típicamente, diremos que todos los seres humanos vivos, pues en nuestro sistema jurídico no existen personas sin honor por mandato de los artículos 15, 16 y 75, inc. 22, de la CN, como ya tuvimos oportunidad de ver.

Debemos aclarar que esa afirmación es absoluta y no admite excepciones de ningún tipo (ya sean basadas en la raza, edad, sexo, religión, partido político, estado civil, salud mental o física,

---

[50] En sentido similar Estrella y Godoy Lemos, pág. 320.
[51] Laje Anaya y Gavier, obra citada, pág. 108.
[52] Así también D'Alessio, obra citada, pág. 178, quien agrega otros ejemplos como escupir al ofendido.

características personales, orientación sexual, elección de vida, situación frente a la ley, etc.), porque ello implicaría lisa y llanamente una discriminación arbitraria.

A esto debemos agregar, entendiendo la afectación al honor objetivo como suficiente para la configuración de las injurias, que no consideramos adecuado tampoco supeditar la afectación del honor ínherente a toda persona, a la subjetividad de la víctima de una conducta determinada. Con esto nos referimos a que tanto los niños, dementes, y en general todos los incapaces de comprender las deshonras y desacreditaciones a su persona, por cualquier característica o situación, propia o adquirida, sea personal, patológica, social y/o estructural, son susceptibles de ser sujetos pasivos de este tipo penal que comentamos, con la única particularidad que a la acción penal la deberán llevar a cabo sus respectivos padres, tutores y/o representantes legales (Art. 73, inc. 1º, del C.P.).

En cuanto a los niños, coincidimos con Donna en que pese a que no puedan comprender el alcance de las ofensas (dependiendo de la edad, al menos no la comprenderán en su cabal dimensión), la misma no sólo los afecta en el presente, sino que puede afectarlos también en la formación de sus reputaciones: "Y ello es así, porque si bien no se lesiona inmediatamente el honor del menor, las injurias que se viertan podrán atentar en su contra, habida cuenta del concepto que la gente se vaya formando de él, lo que le podrá ocasionar perjuicios cuando sea más grande"[53].

Compartimos con Fontán Balestra que lo afirmado en las injurias debe ser presumible en abstracto, para que se pueda comenzar a analizar la posibilidad de afectación del honor[54], y aunque este autor indica esa corrección sólo para el caso de los niños, creemos que es aplicable a todas las personas para ubicarlas en la situación de sujetos pasivos de una conducta determinada.

Por último, diremos en relación a los posibles sujetos pasivos, que los seres humanos fallecidos no lo pueden ser, debido a que como derecho personalísimo y característica ínsita a la existencia humana, el honor de las personas se muere con ellas[55]. No obstante ello, y aunque se pueda pensar en tipificaciones que resguarden la memoria de los difuntos, y se sancione su afectación, tales normas no existen en nuestro ordenamiento jurídico; por lo que, *de lege lata*, no existe ninguna tipificación posible de conductas que afecten el honor (pasado) de personas ya fallecidas.

Tipo Subjetivo.

[53] Donna, Edgardo A. "Derecho Penal. Parte Especial." Tomo I. 3ª edición. Rubinzal Culzoni. Bs.As. 2007, pág. 327.
[54] Fontán Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. " Tomo IV, 2ª edición. Abeledo Perrot. Bs.As. 1992, pág. 432.
[55] En igual sentido Villada, obra citada, pág. 33 y ss.

En este extremo de la figura, diremos que el delito de injurias es doloso, y de su literalidad surge que admite sólo el dolo directo, pues el legislador aclaró que las expresiones deber realizarse "intencionalmente"[56]. Por ende, debe existir una intención en el autor, destinada a deshonrar y/o desacreditar. Como bien expresan Castro y Friele "…siendo el dolo específico de la figura orientado a injuriar, toda manifestación con ese contenido no puede disfrazarse de broma, corrección, respuesta, narración, etcétera, puesto que el autor, al utilizarlas, evidencia un conocimiento del supuesto ofensivo y una voluntad, a pesar de ello, de emitirlas de todas formas."[57]

Sin ingresar en las discusiones doctrinarias respecto de la división y/o clasificación de los supuestos diferentes ánimos[58] con que puede actuar una persona al exteriorizar una conducta potencial y objetivamente capaz de deshonrar o desacreditar, compartimos lo sostenido por Bacigalupo a este respecto y hacemos nuestra su apreciación: "…el que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo del honor y sabe que lo hace, queriéndolo habrá obrado con dolo. Para la supuesta 'intención específica de injuriar' no queda, por lo tanto, espacio alguno"[59].

Consumación y Tentativa.

Respecto de este punto diremos, al igual que en relación a las calumnias, que se consuma con el conocimiento por parte de terceros de las expresiones asertivas[60]. Por lo tanto, dependiendo del medio por el cual se cometen, admite una multiplicidad de supuestos que podrían interrumpir el proceso de ejecución y dejar la actividad en el conato.

No se consuma este tipo penal entonces, cuando las expresiones han sido proferidas en una comunicación privada entre el sujeto activo y el pasivo; por ejemplo, por carta, correo electrónico, teléfono, videoconferencia, chat, etcétera, siempre y cuando no haya formado parte del conocimiento de terceros. Aunque, respecto de este conocimiento, es necesario advertir que debe ser la intención del sujeto activo que las expresiones asertivas se conozcan, puesto que si la publicidad fue realizada por el mismo sujeto pasivo, no habrá tipicidad, debido a que es él mismo el que se causa la deshonra o desacreditación al dar a conocer a terceros una situación que, en caso contrario, no lo afectaría más

[56] Así también D'Alessio, obra citada, pág. 179. De Luca, Javier, obra citada, pág. 446, aunque con visión crítica, que compartimos, sobre la decisión legisferante de incluir ese término.
[57] Castro y Friele, obra citada, pág. 375/376.
[58] Puede verse una clasificación en Villada, obra citada, pág. 40 a 43; en D'Alessio, obra citada, pág. 185/186; y una reseña de las discusiones doctrinarias en Sosa Baccarelli, obra citada, pág. 11 a 21.
[59] Bacigalupo, Enrique "Delitos contra el honor". Editorial Hammurabi. Bs.As. 2002, pág. 67.
[60] También así D'Alessio, obra citada, pág. 182. Aunque diferencia la injuria deshonrante, en que para consumarse debe haber conocido la ofensa el sujeto pasivo, de la injuria desacreditante, en que basta el conocimiento de terceros.

que en su fuero íntimo. Es decir, que la atipicidad se daría por el consentimiento de la producción del daño, en el nivel de la tipicidad objetiva conglobante[61].

Autoría yPparticipación. Concurso.

Respecto de estos tópicos nos remitimos a lo dicho en relación a las calumnias por ser enteramente aplicable al caso de las injurias.

Exceptio veritatis.

Art. 111*: " El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:*

1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.

2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena."

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

A diferencia del caso de las calumnias, en lo relativo a las injurias los supuestos en que se admite la acreditación de la verdad de los dichos, se encuentran legislados expresa y taxativamente en el propio artículo analizado.

Del primero y del último de los párrafos. surgen las tres limitaciones de carácter general para la exceptio veritatis por parte del acusado de una injuria, y su consecuencia.

En primer lugar, este párrafo contiene una limitante genérica que se desprende de su interpretación a contrariu sensu, puesto que al indicar que salvo en las dos ocasiones que señala en sus incisos el acusado no puede probar la verdad de la imputación que pesa en su contra, está indicando el legislador que ésta es la regla general[62]. Y ello se fundamenta en la reserva de la intimidad, que intenta garantizar, en atención a que se ventilarían en un proceso judicial cuestiones relacionadas con la vida privada y el honor de una o más personas, y es por eso que si éstas mismas

[61] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General", 2ª edición, 2ª reimpresión. Ediar, Bs.As. 2008, pág. 381/384.

[62] También así D'Alessio, obra citada, pág. 188, para quien la regla es la inadmisibilidad de la exceptio veritatis.

se acogen a su derecho de no publicitarlas ni siquiera para exigir su reparación judicialmente, el Estado no puede habilitarlo.

Y, como se verá más adelante, las dos habilitaciones tienen el carácter de excepcionalidad, precisamente, porque una implica la comisión de un delito, cuya averiguación interesa a la sociedad por encima de los individuos si son delitos de acción pública, y si son delitos de acción privada el interesado ya ha decidido hacer pública la situación al iniciar el proceso penal respectivo; y en la otra, porque es el propio interesado el que exterioriza su autorización para que se ventile la cuestión relativa a su honor mediante el requerimiento de prueba en su contra.

En segundo término, las expresiones no pueden estar vinculadas a ningún asunto de interés público. Esta aclaración normativa nos parece superflua y superabundante, puesto que si las expresiones que causaron el conflicto interpersonal se refieren a, o guardan relación con, un asunto de interés público, la conducta de quien las profirió será atípica por disposición del artículo 110 del CP, y por ende, no será necesario que acredite en un proceso judicial la verdad de sus dichos.

La tercera limitación, por su parte, prescribe que sólo se puede probar la verdad de la imputación. Por ende, la acreditación de cualquier otro elemento del tipo penal de injurias, no quedará exenta de pena-.

Ya en lo concerniente a las situaciones taxativamente enumeradas, nos encontramos con que el primer inciso habilita la exceptio veritatis "*Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.*". Vale decir, que lo que el legislador exige en este caso es que el proceso judicial relativo al hecho sobre el cual versan las aseveraciones que han llevado al querellado a estar a derecho, hubiese sido iniciado. De ese proceso penal ajeno a la querella por injurias, pero vinculado por contener la base fáctica sobre la cual versan todas o parte de las aseveraciones que imputan al querellado, surgirán los elementos para acreditar en este proceso la veracidad de sus dichos.

Lo que se intenta evitar con esta norma son los pronunciamientos judiciales contradictorios, pero debe tenerse en cuenta que sólo exige la iniciación del proceso penal y no su culminación. Por ello, no es vinculante el estado de aquellas actuaciones (pues el proceso penal aquél no es prejudicial a la querella por injurias), siendo suficiente que la cuestión fáctica sobre la que versan las aseveraciones que se discuten en el proceso por injurias, se encuentre acreditada, y se permita traer a la querella lo comprobado en aquel proceso penal.

A ello hay que agregar que el delito que hubiese dado inicio al proceso penal en esta eximente puede ser cualquiera, por la sencilla aplicación del principio *lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (cuando la ley no distingue nosotros tampoco debemos hacerlo).[63]

El segundo inciso habilita al querellado a probar la verdad de su imputación "*Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.*". En esta excepción, la reserva del primer párrafo (que detallamos más arriba) es levantada por el mismo agredido por las aseveraciones, a quien la ley erige en juez de su propia honra, habilitándolo a que en el intento de "limpiar" o "reparar" su honor afectado, requiera que se le pruebe lo manifestado sobre él.

Sabido es que, si la verdad de las afirmaciones no puede ser acreditada en contra del querellante, recaerá sobre el querellado la deshonra y el descrédito de terceros ajenos a la litis.[64]

Debemos expresar, en otro orden de cosas, que coincidimos con Castro y Friele al exigir que si son varios los querellantes todos ellos deban solicitar la prueba de la verdad de lo dicho por el querellado, siempre y cuando las aseveraciones no sean divisibles y la prueba pueda afectar a todos ellos.[65]

Por último, diremos que al tratarse las excepciones comentadas en este acápite -en el caso de que se acredite la verdad de las imputaciones por parte del querellado- de modos anormales de culminación del proceso penal, más allá de que se las considere dogmáticamente como causas de justificación o excusas absolutorias, lo cierto es que excluyen la posibilidad de sanción penal. El artículo es claro al indicar que su autor "*quedará exento de pena*", lo que no permite su traslado a otras ramas del derecho que cuente con diferentes fundamentos de responsabilidad (como puede ser la civil, laboral o administrativa, por dar sólo algunos ejemplos), en las cuales todavía puede ser responsabilizado el autor pese a haber acreditado la verdad de sus aseveraciones.

Art. 112. - *(Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)*

Publicación o reproducción de calumnias o injurias.

[63] Aunque ha habido desde siempre doctrina que ha sostenido que sólo están comprendidos en esta norma los delitos de acción privada que dieron inicio a otro proceso penal, puesto que si fueran de acción pública, se estaría en presencia de calumnias y no de injurias. Ver Nuñez, Ricardo "Derecho Penal Argentino. Parte Especial" Tomo IV Bibliográfica Argentina. Bs.As. 1964, pág. 106 y ss. Inclinación que merece la crítica de que la ley no distingue y que hay delitos que no son de acción privada y que sin embargo no dan lugar a acción pública por diferentes razones, como ya vimos supra en este capítulo.

[64] Fontán Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. " Tomo IV, 2ª edición. Abeledo Perrot. Bs.As. 1992, pág. 497.

[65] Castro y Friele, obra citada, pág. 392.

Art. 113: ***"El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. (Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)".***

Tipo Objetivo.

En cuanto a la acción típica, diremos en este caso que la misma consiste en que una o más personas publiquen, es decir, den a conocer a personas indeterminadas (que no pudieron conocerlas antes), o reproduzcan, es decir, vuelvan a producir o repitan también con llegada a terceros (aunque sea una sola persona)[66]; injurias o calumnias proferidas por otro. Esto es, que hubiesen sido realizadas por una persona distinta, tanto a los que realizan la acción típica como a quien/es conocen la publicación o reciben la reproducción.

En cuanto al tipo penal en tratamiento, debemos decir que cuenta con autonomía respecto de los anteriores del capítulo[67], y por lo tanto no se puede hablar en estos casos de participación, sino que se trata de un tipo penal distinto que reprime cuestiones diferentes a las calumnias e injurias, pues centra su previsión en la publicación de alguna/s de ésta/s.

Ello trae como consecuencia que si bien es un delito autónomo, la publicación o reproducción de calumnias o injurias, funciona como accesorio de éstas; por ende, si ellas no se encuentran configuradas, tampoco podrá completarse la figura en cuestión, por falta de uno de los elementos típicos objetivos, como es la existencia de calumnias y/o injurias anteriores[68], que sean susceptibles de ser publicadas o reproducidas.

En cuanto a los medios por los cuales pueden llevarse a cabo las acciones típicas, la cuestión está resuelta en la literalidad de la norma, ya que el legislador ha optado por consignar que pueden ser cometidas "*por cualquier medio*".

---

66 Fontán Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. " Tomo IV, 2ª edición. Abeledo Perrot. Bs.As. 1992, pág. 537. D'Alessio, obra citada, pág. 195.

67 Entre otros, Donna, Edgardo A. "Derecho Penal. Parte Especial." Tomo I. 3ª edición. Rubinzal Culzoni. Bs.As. 2007, pág. 362. Creus, obra citada, pág. 154. Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 345.

68 Pues son elementos normativos en este tipo penal.

En lo referente a la punición de la/s conducta/s se establece la equiparación con el autor de las calumnias o injurias, lo que debe entenderse en términos estrictamente penológicos; esto es, que se refiere a que los autores de la reproducción de las calumnia o injurias serán susceptibles de la misma pena que los autores de ésta/s ("*será reprimido como autor"* dice la norma), más no debe entenderse en el sentido de que se los presume autores de éstas, cuestión sustancialmente diferente.

Sólo hay dos excepciones para la punición de estas conductas aún cuando se cause perjuicio a terceros:

La primera tiene que ver con el tramo del artículo que exige, "…*que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente."*, lo que ubica a la norma en la corriente de lo resuelto por la CSJN en el caso "Campillay"[69], ya que la excepción ahora legislada fue la primera regla establecida por nuestro Máximo Tribunal en oportunidad de dictar ese fallo, y tiene como fundamentos, por un lado garantizar la libertad de prensa en relación a la reproducción o publicación de datos correspondientes a sus fuentes confiables, y por el otro, a exigir de los medios un mínimo de diligencia en la verificación de las fuentes y los datos que éstas les aportan, limitando sus responsabilidades por los daños a terceros que se puedan ocasionar con sus publicaciones.[70]

Es dable agregar que la cita, por un lado, debe dejar en claro que el contenido de lo publicado o reproducido es fiel a la fuente de la cual proviene; y por otro, que debe ser autosuficiente, es decir, contener todos los datos necesarios para determinar inconfundiblemente a su autor. De ese modo la noticia será verdadera pues quien se expresó lo hizo de la manera citada.[71]

La segunda cuestión a referir, concierne al segmento de la norma que señala "*En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.*" La doctrina nacional ha coincidido en tachar de confusa e innecesaria.

En primer término, debido a que se refiere sólo a las calumnias, lo que dejaría fuera a las injurias y por ende su publicación configuraría el tipo de este artículo 113 CP (lo que, como veremos seguidamente, no es así), y luego, debido a que si la expresiones publicadas o reproducidas se refieren a asuntos de interés público o no son asertivas, no configurarán ni calumnias ni injurias. Por

---

[69] CSJN in re "Campillay, Julio C. c/La Razón, Crónica y Diario Popular", 15/05/1986. Fallos 308:709. Las tres reglas sustanciales sentadas en este fallo pueden verse resumidas en Sosa Baccarelli, obra citada, pág. 10.

[70] Para ver más en detalle estas cuestiones es recomendable la lectura del fallo por su claridad y elocuencia, y el tratamiento que ha merecido en las siguientes obras: Buompadre, Jorge Eduardo "Delitos contra el honor". Editorial ASTREA. Bs.As. 2010, pág. 34 y ss.; y Bianchi, Enrique T. "La doctrina Campillay (o la noticia que reproduce lo expresado por otro)" LA LEY 1997-B-364.

[71] Ver De Luca, obra citada, pág. 448, quien además sugiere la lectura de una serie de fallos de superlativa valía en la materia que nos convoca.

ende, y como la existencia previa de alguno de estos tipos penales, forma parte de los requisitos típicos objetivos del artículo 113CP, éste tipo tampoco se encontrará completo.

Entonces, más allá de la excepción prevista de manera explícita en este artículo , si las expresiones reproducidas o publicadas se refieren a un asunto de interés público o no son asertivas, no encontrarán acogida en esta norma pero porque no existen calumnias ni injurias, mas no por el peso de la excepción misma Razón por la cual, la publicación de contenidos por el estilo será atípica tanto si se trata de imputaciones delictuales (posibles calumnias) como si se trata de frases deshonrosas o desacreditantes (posibles injurias)[72].

Sujeto Activo.

Respecto de la persona que puede cometer el tipo penal autónomo del artículo que comentamos, diremos que puede ser cualquiera con plena capacidad.

En la doctrina se ha credo la categoría de "editor responsable" con referencia a las personas que en los medios de comunicación (cualquiera fuere la vía) se encargan de conocer el contenido de las futuras publicaciones, revisarlo y decidir si se publicarán o reproducirán, o no.

Coincidiremos en este aspecto con la limitación afirmada por Castro y Friele, referida a que sólo se podrá imputar a estas personas, como autores del tipo penal del artículo 113 CP, si conocieron el contenido del artículo a publicar o reproducir y, de igual manera, decidieron darlo a conocer.[73] Lo que es aplicable también a los superiores administrativos al editor responsable (Jefes de Área, Gerente, Director, Presidente, etc).

Es necesario aclarar en este aspecto, que la actividad punible debe sustentarse principalmente en lo intelectual, y secundariamente, en lo material. Nos referimos con esto, por ejemplo, a que será punible la conducta del editor responsable que decide la publicación calumniosa o injuriante, y no la del administrativo que simplemente tipea su contenido en el soporte que verá la luz (sin posibilidad alguna de control), o del empleado que maneja la máquina que imprime materialmente la hoja de diario, quien ni siquiera sabe cuál es el contenido de éste.

Nos parece que en este último sentido es aplicable la limitante del artículo 49 del CP al tipo bajo análisis -por más que éste sea un delito autónomo de las calumnias e injurias- puesto que, como dijimos, si bien los autores de cada uno de ellos no son partícipes entre sí, los tipos penales son uno accesorio del otro, como ya tuvimos oportunidad de ver.

[72] Castro y Friele, obra citada, pág. 397; y Sosa Baccarelli, obra citada, pág. 24.
[73] Obra citada en nota anterior, pág. 401.

Sujeto Pasivo.

Respecto de este punto, diremos que cualquier persona puede ser sujeto pasivo de la afectación al honor exigida por este artículo, siendo enteramente aplicables las consideraciones formuladas más arriba en oportunidad de analizar las calumnias e injurias, a las que nos remitimos.

Tipo Subjetivo.

En este aspecto, diremos que el tipo comentado es doloso, aunque no siempre es exigible el dolo directo, a diferencia de los tipos anteriores, sino que en determinadas ocasiones será suficiente con el dolo de segundo grado (o de consecuencias necesarias) y hasta el dolo eventual[74].

El dolo requerido consistirá en el conocimiento efectivo del contenido calumnioso o injuriante de lo que se va a publicar o reproducir, y la decisión de hacerlo con la intención de producir ese resultado lesivo a una o más personas físicas determinadas (dolo directo)[75]; o con esa intención directa hacia una/s persona/s determinada/s, sabiendo que el contenido de lo que se va a dar a conocer a terceros también afectará necesariamente a otras personas (dolo de segundo grado), por ejemplo, miembros de una comunidad o de una familia determinada. Y por último, también se encontraría tipificada la conducta si el autor decide la publicación o reproducción sin la intención de ocasionar la afectación al honor, despreciando esa afectación al bien jurídico aún sabiendo que ello es muy posible que suceda (dolo eventual).

Consumación y Tentativa.

Consideraremos en este caso, en coincidencia con lo dicho respecto de las calumnias e injurias, y en disidencia con cierta doctrina nacional, que este tipo no es de los llamados delitos de peligro o de mera actividad[76], sino que se trata de uno de lesión cuyos pasos de ejecución, en ocasiones, son perfectamente divisibles y por ende admite la tentativa, ya que su consumación se producirá cuando al menos un tercero conozca el contenido de las calumnias o injurias contenidas en lo publicado o reproducido.

---

[74] Dejaremos por ahora expresado que es factible el dolo eventual en la figura en comentario. Pero nos es necesario aclarar que esta categoría dogmática nos merece serios reparos desde el punto de vista ideológico, y hasta teórico-práctico. Sin embargo su tratamiento excedería el marco de este comentario. Como simple remisión pueden verse entre una infinidad de trabajos, el reciente de Juan Francisco Tapia “Dolo Eventual ¿Hacia el fin del elemento volitivo del dolo?” disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/16082009/doctrina06.pdf.

[75] D’Alessio, obra citada, pág. 196, parece sostener que sólo este tipo de dolo es aceptable en esta figura.

[76] Ver obra citada en la nota 26, pág. 405.

Primero, debe destacarse que los pasos desde el inicio de la ejecución hasta la consumación, son perfectamente divisibles. Por ejemplo, si se trata de la prensa escrita, conseguir la información, juntarla, clasificarla y ponerla a disposición del editor responsable serán actos preparatorios impunes, pero una vez que éste dio la instrucción de que el artículo calumnioso o injuriante de otro sea publicado comienza la ejecución (incluso hay tentativa acabada desde el punto de vista subjetivo), y ésta transita por todos los pasos previos (volcar la información en la base de datos, diagramar la aparición en el diario, imprimirlo, armarlo materialmente, etc) hasta su publicación, que requerirá la distribución para afectar el bien jurídico, aunque sea mínima, puesto que hasta este momento el contenido de lo publicado o reproducido aún no es conocido por nadie que antes de ello no lo hubiera conocido.

En segundo lugar, y como consecuencia de esas consideraciones, estamos en condiciones de afirmar la posibilidad de tentativa[77] puesto que si el efectivo conocimiento por parte de terceros no tiene lugar debido a la intervención de alguna de las personas que actuaron entre la decisión del editor y la puesta a disposición del diario al público, la consumación del tipo penal en comentario se habrá interrumpido por circunstancias ajenas a su autor.

Aunque haremos el mismo reparo que al tratar las calumnias e injurias, y diremos que en el caso de que sea una sola persona la que decide y publica o reproduce materialmente las ofensas de otro, coincidirá el momento del acto típico con el de la afectación del bien jurídico, y por ende no será factible materialmente la tentativa.

En tercer lugar, diremos que es necesario para la consumación el conocimiento de terceros, al menos de *un* tercero que no podría haber conocido el contenido de las ofensas con anterioridad. Puesto que si esto no ocurre, como dijimos más arriba, aunque se hubiesen publicado, ésta puesta a disposición del público resultará inocua para el bien jurídico que debe ser afectado, el que se hallará indemne aún en este momento previo al conocimiento de terceros.

En este sentido citaremos a Maximiliano Rusconi, quien afirma: "Se trata de que la completa definición del ilícito, tanto en la fase de fundamentación como de la organización de la propia exclusión, debe tomar en cuenta una base de desventaja a costo desde el punto de vista de algunos parámetros como la protección de un bien jurídico o el valor de las normas jurídico-penales. En última instancia el ilícito siempre debe consistir en una acción que, ex-post, hubiera sido mejor evitar. Todo ilícito debe haber dejado el mundo un poco peor que el estado que reflejaba antes de la

[77] D'Alessio, obra citada, pág. 196, también la afirma, aunque con otros fundamentos, pues sostiene que es un delito de peligro, con cita de Creus.

acción u omisión. … No hay modo de transformar en conductas disvaliosas aquellas que no han sido perjudiciales en el mundo real…”[78]

Autoría y Participación.

Como primera consideración es dable afirmar que este artículo elimina la necesidad de determinar autoría, coautoría o participación para con los delitos de calumnias o injurias, en el caso de que las aserciones sean proferidas por una o más personas y dadas a conocer por otra/s mediante reproducción o publicación.

Como dijimos este tipo del artículo 113 CP es autónomo, y por su estructura, todas las reglas de la autoría y participación común son aplicables a él, con la sola excepción prevista en el artículo 49 del CP, como ya tuvimos oportunidad de ver.

Concurso.

El concurso con otras figuras tampoco escapa a las reglas comunes, puesto que al encontrarse perfectamente delimitado como tipo autónomo, es pasible de darse en conjunto con otros tipos, incluso con los de calumnias e injurias en algunos casos; por ejemplo, cuando la persona que publica o reproduce ofensas de otro sin citar la fuente, a su vez agrega afirmaciones propias. En este caso, habrá concurso ideal entre las figuras del 113 y la o las del 109 y/o 110.

Sólo es necesario aclarar que como el tipo penal en comentario exige como uno de sus elementos objetivos la existencia de calumnias o injurias proferidas por otro, si se da en esos términos, no habrá concurso de figuras (ni siquiera aparente), puesto que la acción típica es distinta sin que una contenga a la otra o se superpongan (en este caso publicar o reproducir) y el autor es diferente (uno es el que profiere las ofensas y otro el que las publica con posterioridad).

Propagación por medio de la prensa.

Art. 114: ***“ Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.”***

---

[78] Rusconi, Maximiliano “Derecho Penal. Parte General”. 1ª edición. Editorial Ad-Hoc, Bs.As. 2007, pág. 272.

Tipo Objetivo.

Los elementos objetivos de este tipo penal -que lo diferencia de los anteriores- son cuatro: primero que se propague al menos una calumnia o injuria; segundo, que el medio por el cual se lo haga sea la prensa; tercero, que cuando ello ocurra en la capital y territorios nacionales, la sanción será la del artículo 113CP con más la publicación de la sentencia o satisfacción si lo pide el ofendido; y cuarto, que a quien se sanciona es al autor de las calumnias o injurias.

Este artículo ha generado no pocas polémicas por su redacción, fundamentalmente en lo relativo a la aparente limitación espacial de aplicación, que, como veremos, no es tal.

El primer requisito típico diferenciador, como dijimos, es la preexistencia de al menos una calumnia o injuria que sea propagada, y esto tiene que ver con la redacción singular y genérica del artículo.

Según la Real Academia Española, propagar significa "**1.** tr. Multiplicar por generación u otra vía de reproducción. U. t. c. prnl; **2.** tr. Hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce; **3.** tr. Extender, dilatar o aumentar algo. U. t. c. prnl.; **4.** tr. Extender el conocimiento de algo o la afición a ello. U. t. c. prnl."[79]. Por ende, aplicado al artículo 114, el verbo típico exige que la calumnia o injuria se extienda o reproduzca de tal modo que llegue a conocimiento de personas indeterminadas y/o a lugares adonde no podría haber llegado con la sola profusión originaria.[80]

Lo segundo que exige el tipo es que el medio de propagación sea la prensa, y en relación a este término se ha discutido también en la doctrina nacional, pues algunos entienden que el vocablo se refiere, históricamente, sólo a la prensa escrita[81], dejando afuera de la previsión, a la televisión, la radio y todo otro medio audiovisual como puede ser internet en algunas de sus modalidades. No obstante, otras posturas sostienen que la referencia debe entenderse en sentido amplio y abarcativa de todos los medios de comunicación.[82]

---

[79] Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=propagar

[80] En consonancia con lo dicho por Buompadre en la obra ya citada, pág. 129. También así D'Alessio, obra citada, pág. 197.

[81] Nuñez, Ricardo C., obra citada, pág. 164

[82] Buompadre, obra y página citada en nota 43; y Castro y Friele, obra citada, pág. 406, entre otros.

Debemos indicar que la noción de prensa de por sí es ambigua[83]. Históricamente, asumía un sentido compatible con la interpretación restringida que citamos de Nuñez, incluso derivado del entendimiento constitucional del régimen legal específico (Art. 12 y 32 CN). Lo que tenía que ver, sin duda, conque la única prensa que existía en 1853 era la escrita. Por ende, si debemos entender esto en clave del principio acotante que exige respeto histórico del ámbito de lo prohibido[84], la posición que deberíamos asumir sería la de una interpretación restringida del término. Sin perjuicio de esta especulación, debe señalarse que este capítulo ha sido modificado en el año 2009, y si bien la terminología utilizada en esa oportunidad no fue modificada, es obvio que los legisladores han querido referirse a categorías actualizadas propias de la sociedad de la información y el conocimiento, para la que en definitiva legislan, lo que nos lleva a sostener un entendimiento amplio del vocablo, abarcativo entonces, de todos los medios de comunicación idóneos para propagar expresiones, cualquiera sea el formato y/o soporte utilizado (libros, panfletos, diarios y todo lo que sea escrito, y también TV, radio, internet, telefonía y otros instrumentos móviles, y en suma, todo lo que permita comunicar expresiones a un número determinado o indeterminado de personas).

El tercer elemento que diferencia este tipo de los demás, es la aparente limitación espacial de su aplicación. Y decimos aparente, puesto que, aunque se ha discutido si el artículo es aplicable solamente en la Capital y en los territorios nacionales[85], y no en las provincias, ello es constitucionalmente inaceptable[86], e incluso es incorrecto desde un entendimiento lógico y sistemático del artículo, puesto que lo único que indica la norma es que si la calumnia o injuria es propagada en la Capital y territorios nacionales, además de las sanciones del Código Penal se podrá hacer publicar, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción, si es que lo pide el ofendido. Y esto está previsto como medio reparatorio no punitivo. Ello es así por la competencia procesal que el Congreso tiene a nivel nacional, y por exclusión, deja libre a las provincias, según sus propias competencias rituales, la facultad de disponer de otros medios reparatorios o de terminación de los procesos en estos casos, pero sin prescindir de las sanciones propias del CP (arts. 5, 109, 110, 111 y

[83] **prensa.** (Del cat. *premsa*).**1.** f. Máquina que sirve para comprimir, cuya forma varía según los usos a que se aplica. **2.** f. Taller donde se imprime, imprenta.**3.** f. Conjunto o generalidad de las publicaciones periódicas y especialmente las diarias.**4.** f. Conjunto de personas dedicadas al periodismo. *Han permitido que la prensa entre en el juicio.***5.** f. *El Salv.* rimero. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prensa

[84] Ver Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, pág. 108.

[85] Esto es lo que sostienen Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 357, con cita de Soler; Laje Anaya y Gavier, obra citada, pág. 117; y D'Alessio, obra citada, pág. 197 y 199, quien agrega que esta disposición relacionada con la jurisdicción es ajena a un código de fondo.

[86] Por las consideraciones que realiza Buompadre en la obra citada, pág. 131 a 140, a las que adherimos y nos remitimos en honor a la brevedad.

113),. Elle así, dado que lo contrario, llevaría al absurdo de admitir que las provincias pueden legislar en materia de delitos comunes cuando el medio utilizado para cometerlos es la prensa, cosa que de ningún modo se encuentra constitucionalmente permitido, como así tampoco imponer penas más allá de las sancionadas por el Congreso Federal en el artículo 5 del Código Penal.

Diremos, coincidiendo con Donna que “Lo que debe publicarse es la sentencia condenatoria firme, o la satisfacción dada por el querellado. La publicación debe ser ordenada por el juez y a pedido de parte… deberá ser hecha en el mismo periódico en donde se propagó la ofensa”[87]. A lo que agregamos que basta con la parte dispositiva del fallo y si el diario, programa de radio, TV, etc, dejó de existir, podrá ser dispuesto se realice en uno similar, si es posible, de la firma que propagó la injuria o calumnia originaria.

Por último, y éste es el cuarto elemento diferenciador de la figura en comentario, diremos que a quien se impone la sanción es al autor o autores de la calumnia o injuria, y no, en caso de que sea una persona distinta de aquél, al que la propaga por medio de la prensa, el cual caerá bajo la órbita del artículo 113 del CP como ya tuvimos oportunidad de ver.

En suma, este tipo que comentamos constituye un modo especial de comisión de los tipos previstos en los artículos 109 y 110 del CP, por parte de una o más personas, con más la propagación por medio de la prensa. Por ende, le son trasladables todas las consideraciones vertidas en relación a esos tipos penales con respecto al tipo subjetivo, sujetos activos y pasivos, consumación y tentativa, autoría y participación, y concurso con otras figuras.

Injurias ante los tribunales.

Art. 115: ***“Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes”.***

Lo primero que hay que decir de esta norma es que no establece un nuevo tipo penal, sino que despenaliza un aspecto de la materia que nos convoca, como es la cuestión de las injurias proferidas por los intervinientes en una contienda procesal.

[87] Donna, Edgardo A., obra citada, pág. 367.

Se trata de una excusa absolutoria legislada expresamente, pues establece la exclusión punitiva de un hecho típico, antijurídico y culpable, como es la profusión de injurias en el marco de un proceso contradictorio.

Sanamente desde el punto de vista del interés público y de la legalidad, el legislador ha dejado fuera de la exención a las calumnias, puesto que éstas implican una gravedad diferente a las injurias en cuanto a su afectación al bien jurídico, lo que ya indicaría que no serían suficientemente reparadas con el régimen disciplinar, pero además, y fundamentalmente, suponen, por un lado, la comisión de un delito que origina acción pública (el atribuido al ofendido), por lo que el Estado mismo, en virtud del principio de oficiosidad, debe estar interesado en su investigación, y por otro, la obligación en cabeza de los funcionarios públicos que escuchan la imputación delictiva, a instar la acción penal respectiva por intermedio del órgano que corresponda. Ergo, de establecer una exclusión de punición aún en las calumnias y generar el reenvío al régimen disciplinar administrativo, en el mismo código se estarían disponiendo supuestos contradictorios entre sí.

Diremos que lo que busca resguardar esta exención es el derecho de defensa en juicio[88] en el más amplio sentido posible, para permitir que los actores de un proceso no se vean limitados en sus alocuciones por las posibles afectaciones al honor de terceros, siempre y cuando ello no configure un exceso o abuso en el derecho.

Tipo Objetivo.

En este aspecto diremos que a los elementos propios de las injurias, se le agregan en la figura en comentario, dos más: uno referido a los medios comisivos, y otro que alude al marco en que se profieren las aserciones, el cual contiene además un requisito negativo, como veremos.

En cuanto a los medios, la norma expresa taxativamente tres "*escritos, discursos o informes*", lo que daría a entender que cualquier otro queda fuera de la exención.

No obstante, la descripción es tan amplia que lo más adecuado constitucionalmente, por tratarse de una exención que limita la aplicación de poder punitivo, es considerar que en esos tres conceptos genéricos, puede encuadrarse cualquier tipo de intervención de contendientes ante un Tribunal, pues toda exteriorización de una actuación en un proceso, más allá de los requisitos formales específicos que correspondan, va a requerir de escritura u oralización, y si no se trata de actividad que haga

[88] También así D'Alessio, obra citada, pág. 202.

estrictamente a un elemento de contradicho, podrá ser considerado un informe sin importar el medio por el cual se exteriorice o el soporte sobre el que se asiente.

En lo atinente al marco en el que deben proferirse las afirmaciones injuriosas, diremos que la literalidad de la norma, nuevamente da lugar a una interpretación restringida y también a una amplia, por la cual nos inclinaremos en virtud de las mismas consideraciones vertidas en el párrafo anterior. Pues la norma indica que deben realizarse "*ante los tribunales*", con lo que puede entenderse que se alude a los tribunales judiciales y por ende la exención sólo funcionará en los procesos judiciales federales, nacionales o provinciales según competencia específica (tesis restringida); o considerar que ese término comprende a toda autoridad investida de poder y capacidad suficiente para recibir una contienda jurídica entre al menos dos partes, entender en ella siguiendo un proceso específico y resolverla, lo que engloba tanto a los tribunales judiciales, como a los administrativos, juris de enjuiciamiento, de faltas y de paz donde los hay, castrenses, etc. (tesis amplia), a la cual adscribimos[89], por no perder de vista la función acotante del poder punitivo que debe tener siempre la dogmática penal[90].

A esto debemos agregar que, la alocución "*ante los tribunales*" no exige que necesariamente las injurias sean proferidas en presencia de éstos, sino sólo significa que se encuadren en la manera propia de cada proceso mediante la cual las aseveraciones de los intervinientes llegan a conocimiento del tribunal pertinente. Esto tiene que ver con las estructuras diferentes de los procesos, y los modos de actuación requeridos, en los que –por ejemplo el civil- no siempre se requiere la oralidad en presencia de un juez, y las actuaciones son casi en un cien por ciento escritas y sin la presencia de los jueces.

El requisito negativo al que aludimos antes, tiene que ver con que las injurias proferidas en el marco de un proceso no deben darse a publicidad, cuestión que merece dos consideraciones aclaratorias.

Por un lado, que la publicidad prohibida es la que no pertenezca como rasgo propio al proceso; es decir, que si la injuria se profiere en el desarrollo de un juicio penal, que necesariamente es público, ello no afectará la aplicación del artículo que comentamos. Por ende, lo que no debe hacer el autor de las injurias es proferirlas y luego darlas a publicidad o reproducirlas por fuera del

[89] También así D'Alessio, obra citada, pág. 202.
[90] Siguiendo en esto a Alberto Binder en "Introducción al Derecho Penal" Editorial AD-HOC. Bs.As. 2004, pág. 61.

marco del proceso que lo convoca[91], pues esto revelaría que su único interés es injuriar y no ejercer su rol procesal, pero no puede imputársele la propia publicidad de aquél.

Y la segunda aclaración es que no puede imputarse al autor, si en el marco del proceso la propia publicidad de éste permite que terceras personas recojan el contenido de sus aseveraciones y las propaguen (periodistas en un juicio oral y público, por ejemplo).

Finalmente, es necesario hacer dos consideraciones. Por un lado, que las injurias no deben guardar, necesariamente, relación con el objeto del proceso[92], por la sencilla razón de que ese no es un requisito de la figura, toda vez que el legislador no lo enunció como tal; y por otro, que no necesariamente deben ser proferidas en un juicio, entendido éste como el plenario de un proceso penal, o la audiencia civil o administrativa equivalente, pues tampoco lo exige la norma. Ergo, las injurias para ser recogidas por la exención en comentario pueden proferirse en cualquier etapa de un proceso, lo que nos ha llevado a titular este comentario como "Injurias ante los tribunales" en reemplazo de la referencia a las "Injurias en juicio" como han sido históricamente, y son aún, denimnadas por gran parte de la doctrina nacional.[93]

Sujeto Activo.

El autor debe ser uno de los expresados taxativamente por el legislador en la norma. Esto es, "*litigantes, apoderados o defensores*". Aunque aquí haremos la misma aclaración que respecto de los escritos, discursos e informes: la enunciación se realiza mediante conceptos tan genéricos que éstos comprenden a todas las personas que expresan un interés determinado por algunos de los derechos en contienda en un proceso.

Así, podemos decir que litigantes son las partes de un proceso, en sentido amplio, incluyendo las tercerías, las representaciones legales y ad hoc, los patrocinios letrados y las asesorías especializadas (vgr. Asesores de Menores e Incapaces); los apoderados son aquéllos que actúan habilitados por un poder extendido por una o más de las partes y actúan en nombre de ésta/s; y defensores son los profesionales que asisten a las partes técnicamente en la defensa de sus intereses.

La norma no exige que ninguno de éstos sea abogado, lo que es entendible y perfectamente incardinado en un entendimiento amplio de los procesos en los cuales la norma puede operar, pues

[91] Así también Creus, obra citada, pág. 159.
[92] En sentido similar Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 359.
[93] Es aplicable esta exención a todas las injurias, con excepción de las materiales. En coincidencia Laje Anaya y Gavier, obra citada, pág. 119.

no en todos es requisito necesario la actuación mediante, o con la asistencia de profesionales del derecho.

Dentro de la enumeración no están incluidos los jueces, secretarios, demás funcionarios y/o empleados que intervengan en los juicios, como así tampoco aquéllos intervinientes que formen parte de la prueba de la contienda (peritos, testigos, técnicos, informantes, etc.).

Sujeto Pasivo.

Respecto de este tópico diremos que cualquier persona puede ser pasible de resultar afectada por las injurias proferidas en un proceso, puesto que la norma no expresa quién o quiénes pueden serlo, por lo tanto, *lex non distinguit nec nos distinguere debemos*. Debe señalarse, no obstante nuestra postura, que no es pacífica la doctrina al respecto Hay autores como Nuñez[94], que sostienen una postura similar a la que nosotros expresamos. Otros, como Vázquez Rossi[95] limitan la posible afectación a las contrapartes del que profiere la injuria y a los funcionarios y empleados judiciales intervinientes. Finalmente, otra parte de la doctrina autoral, cuyo principal referente es Molinario[96] sostienen una tesitura todavía más limitada, que excluye a todos los que son ajenos a la contienda propiamente dicha.[97]

Tipo Subjetivo.

Pensamos, en punto a esta cuestión, que debe exigirse el dolo al igual que en las injurias, pues no se trata más que de éste tipo penal, particularizado por los elementos que reseñamos precedentemente. Por ende, le son aplicables las consideraciones que vertimos en su momento con relación a las injurias, a las que nos remitimos también en homenaje a la brevedad.

Consumación y Tentativa.

Con referencia a estos aspectos, diremos que si las injurias son vertidas en forma oral, el momento de su expresión y el de la consumación coincidirán, por ende no admitirán tentativa en estos casos, pues la mera actividad despliega el tipo consumado.

[94] Nuñez, Ricardo C., obra citada, pág. 182. También Laja Anaya y Gavier, obra citada, pág. 121; y D'Alessio, obra citada, pág. 204.
[95] Vazquez Rossi , Jorge E. "La protección jurídica del honor". Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 1995, pág. 127.
[96] Molinario, Alfredo "Los delitos". Actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Editorial TEA. Bs.As. 1996, pág. 362.
[97] Autores citados por Castro y Friele en la obra reiteradamente citada en este capítulo, pág. 417/418.

Pero algo distinto sucede cuando son vertidas por escrito, puesto que en estos casos la consumación tendrá lugar cuando el escrito que las contiene sea dado a conocer a terceros.

Ahora bien, en tales casos la tentativa acabada desde el punto de vista subjetivo estaría completa con la acción del autor al confeccionar el escrito, pero puede suceder que un tercero incluya una acción independiente en el ínterin entre que el autor entregó el escrito en el lugar de recepción adecuado (mesa de entradas de un juzgado por ejemplo), y que ese escrito sea efectivamente agregado a los autos y dado a conocer. O sea, pueden intervenir terceras personas que decidan autónomamente que el escrito no sea conocido en el proceso (el Secretario al leerlo por ejemplo) y por ende no cumpla su cometido injuriante, lo cual será ajeno a la voluntad del autor, con lo que quedaría el tipo en el grado del conato –art. 42CP-

Autoría y Participación. Concurso.

En cuanto a estos ítems se le aplican las reglas generales, pues ningún carácter normativo o fáctico indica lo contrario o algo distinto para esta figura con naturaleza jurídica de exención de pena, teniendo en cuenta que son injurias sólo que vertidas por autores determinados y en un marco también determinado.

Diferencia en la Sanción.

Por último diremos que, tal como lo refiere la norma, no se aplicarán en estos casos de "injurias vertidas en un proceso" las sanciones del Código Penal, sino que sus autores quedarán sujetos a las sanciones disciplinarias correspondientes; por ende, se remite el entendimiento de ellas a las autoridades administrativas y/o colegiales que corresponda.

Exención por injurias recíprocas.

Art. 116: ***"Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas."***

Respecto de esta exención de pena legislada expresamente en nuestro Código, haremos algunas aclaraciones que nos parecen importantes, comenzando por su fundamento y su naturaleza jurídica.

Así, respecto de lo primero, manifestamos nuestra coincidencia con Castro y Friele, en el sentido de que, tal como están legisladas, la exención en este caso encuentra su fundamento en el principio "*paria delicta mutua compensatione tulluntur*"[98] y no en la legítima defensa, pues no responde a su lógica, en virtud de que se puede dejar sin sanción penal incluso a quien hubiera agredido en primer lugar, cosa que no podría tener lugar en la legítima defensa con el autor de la agresión ilegítima.

En cuanto a la naturaleza jurídica, sostenemos que es una excusa absolutoria, debido a que requiere la existencia de dos injurias, por ende, de dos conductas típicas, antijurídicas y culpables, subsumibles en el artículo 110 del CP. Ello nos lleva a sostener además que, aunque el Tribunal mediante la facultad discrecional que otorga este artículo, escoja dejar sin pena a uno o a los dos autores de las injurias, éstos pueden ser pasibles de que se les impongan sanciones o se les exijan reparaciones en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, donde rijan otros fundamentos de responsabilidad diferentes a la penal.

Para que se pueda encuadrar una situación en esta excusa absolutoria, la segunda conducta injuriosa deberá ser consecuencia de una primera, y ambas contar con todos los requisitos típicos autónomamente.

Si bien algunos autores exigen una continuidad temporal[99], o cercanía suficiente en el tiempo como para encadenar una injuria con otra, nosotros consideramos que esto no es lo correcto, debido a que bien puede pasar cierto tiempo entre que las injurias fueron consumadas y que el sujeto pasivo las conoció, por lo que mal podría afectar la exención, la reacción tardía de éste último, cuando antes no sabía del agravio que se le había causado. Por otro lado, la razón sostenida para exigir un contexto del cual se deriva, a su vez, el requisito de continuidad o cercanía temporal, es que en caso contrario se dificultaría la prueba para conectar ambas injurias[100], lo que es una cuestión netamente procesal. Y este carácter hace que esa cuestión deba dilucidarse por un plano diferente al dogmático penal en orden a la excusa absolutoria legislada.

Estamos de acuerdo en que debe existir una relación de causalidad entre ambas injurias[101], y por ende, poder explicar la razón del nacimiento de la segunda, en la existencia de la primera, pero nada más que eso, pues así como el primer autor tuvo la posibilidad de elegir las circunstancias de

[98] Castro y Friele obra citada, pág. 421.
[99] Castro y Friele obra citada, pág. 422.
[100] Obra y página citadas en nota anterior.
[101] Así también Creus, obra citada, pág. 161; y D'Alessio, obra citada, pág. 207.

modo, tiempo y lugar, en que profería sus aserciones, al segundo debe permitírsele lo mismo, ya que sino se lo estaría dejando en desventaja, cuando en el plano normativo se los trata en pie de igualdad.

Lo que afirmaremos a continuación, como consecuencia de lo dicho hasta aquí, es que la segunda injuria debe dirigirse necesariamente hacia el primer injuriante y no hacia un tercero, pues esto lo impone la naturaleza de excusa absolutoria y la relación de causalidad entre ambas conductas.

No debe exigirse querellas mutuas, o –si se me permiten los términos-, querella y contra-querella[102], puesto que, por un lado, no es un requisito que contenga la norma que comentamos, y por otro lado, ello corresponde a lo estrictamente procesal, pues las injurias existen o no si reúnen todos los requisitos del 110CP, más allá de que se halla incoado la acción penal que habilitan o no.

Esta excusa absolutoria no se aplica a las calumnias por mandato implícito del legislador, pues no las designa en su redacción.

Por último, diremos que la facultad que el Tribunal puede ejercer discrecionalmente, aunque no arbitrariamente, puede llevarlo a aplicar la exención de pena sólo respecto de alguno de los dos injuriantes (tanto el primero como el segundo) como a los dos. Y aunque algunos autores sostienen que es necesario un equilibrio –o proporción- entre las injurias para que se aplique este artículo -por su naturaleza de compensación-. Nosotros consideramos que no es necesario, pues es precisamente sobre la existencia o no de ese equilibrio en la lesividad sobre lo que centrará el juzgador su atención para considerar la aplicación de la excusa a uno (en caso de que no hubiere proporción) o a los dos (en el caso de que sí la hubiere)[103].

Retractación.

Art. 117*: “El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad. (Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)”.***

[102] En sentido similar Villada, obra citada, pág. 59.
[103] También así D’Alessio, obra citada, pág. 208, quien agrega que el Juez debe merituar todas las circunstancias de las injurias, tanto modo, tiempo y lugar, como personas, entidad y contextos en el que fueron proferidas para verificar proporcionalidad entre ellas.

Lo legislado en este artículo es lo que en el Fuero Real se denominaba "cantar la palinodia" (Ley II, Título III, Libro IV del Fuero Real)[104], y consiste en la retractación del autor de las calumnias o injurias.

Lo primero que debemos destacar es que la reforma de la ley 26.551 ha venido a corregir técnicamente la alusión sujeto activo de la retractación, puesto que sustituyó la referencia al "culpable" por la de "acusado", lo que resulta más adecuado por la instancia en que aquélla se plantea.[105]

La retractación consiste en el reconocimiento pleno de los extremos que configuraron las calumnias o las injurias, y debe realizarse sin ninguna reserva ni cortapisa alguna[106]. Debe ser precisa e inequívoca en relación a aquello, aunque se brinden los motivos de porqué se incurrió en la ofensa, y se aplica a todos los tipos legislados de calumnias e injurias.[107]

Se trata de un modo alternativo no penal de resolución del conflicto[108], pues el delito por el que es llevado a proceso el querellado se encuentra perfectamente completo, y por una conducta procesal que él mismo lleva adelante en la forma y términos en que la ley se lo exige, queda exento de pena, más allá de que ésta consecuencia esté prevista en el mismo Código Penal[109], pues la exención punitiva tiene como fundamento en este caso, la innecesariedad en la concreción del poder punitivo sobre un sujeto que, mediante la retractación, ha reconocido la ofensa y reparado el daño que había causado, sin especular con el resultado del proceso que se le inició en su contra.

Esto último surge de la exigencia de que la retractación sea expresada "*antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo*", pues lo que se busca es, por un lado, que pueda presumirse el verdadero interés en desdecirse, y por otro, que no se generen más afectaciones al sujeto pasivo mediante la prosecución de un proceso, en cuyo decurso o culminación el querellado logre una burla más retractándose, sin importarle la instancia, al verse perdidoso.

---

104 Buompadre, obra citada en nota 25, pág. 151.

105 Fue congruente el legislador, por un lado, porque para considerarse culpable a una persona se requiere una sentencia firme que lo declare tal, y por otro, porque como versa el mismo artículo, la retractación no importa para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

106 Villada, obra citada, pág. 108.

107 De modo similar Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 366; y D'Alessio, obra citada, pág. 211, quien aclara que también lo son las injurias por vías de hecho.

108 Como sostiene Javier De Luca, obra citada, pág. 448 y 449. Aunque hay autores con otras posturas. Por ejemplo, quienes sostienen que es una excusa absolutoria (entre otros Buompadre, obra citada, pág. 149.) y quienes afirman que es una causal de extinción de la acción penal como la prescripción (entre otros Gil Lavedra, Ricardo y Cano, Alicia "Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551" LA LEY, T2010-A, pág. 631.)

109 Cuestión que para Buompadre la torna en una excusa absolutoria, ver obra citada, pág. 149.

La expresión de la retractación, entonces, debe hacerse en la primera oportunidad en que se presenta al juicio el querellado, y el nombre de la audiencia o comparendo y demás formalidades, corresponderá a la órbita de cada provincia, pues será materia de cada código procesal, según el diagrama de proceso escogido en orden a este tipo de delitos de acción privada. Por eso es que algunos autores sostienen que la retractación podría hacerse efectiva en cualquier estado del proceso[110]. Lo que sí debe cumplirse por disposición expresa de la norma sustantiva es la forma genérica con que debe tener lugar la retractación, esto es, que debe ser manifestada públicamente, aunque basta para ello la publicidad propia del acto por el cual se formaliza, sin que se deba exigir además que se ponga en conocimiento de un número indeterminado de personas[111].

La retractación formulada fuera de la oportunidad reglada por la norma en comentario, dará lugar a la pena del delito o al perdón del ofendido[112], según corresponda, pues ya se encontrará trabada la litis y por aplicación del principio de preclusión, ya superada la instancia para formularla con los alcances del Código Penal[113].

Por último, haremos dos aclaraciones que merecen interés. En primer lugar, la retractación no debe ser necesariamente aceptada por el querellante, y es una facultad discrecional del Juez admitirla con los alcances descriptos en la norma que comentamos. Y en segundo lugar, que al tratarse de un modo anormal de resolución del conflicto penal, el beneficiario de la exención no sufrirá una sanción en éste ámbito, pero subsistirá la posibilidad de responsabilizárselo en otras ramas del derecho, pues el actuar ofensivo originario conservará su ilicitud.

Suministro de información falsa a terceros. Regulación del habeas data.

Art. 117 bis:

1°. (Inciso derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

---

110 Aguirre, Eduardo Luis: "Delitos contra el honor. Hacia un nuevo paradigma", Scotti Editora, 1999, p. 112.

111 Entre otros, Estrella y Godoy Lemos, con cita de Soler, Nuñez, Ramos y Fontán Balestra, obra citada, pág. 366; Laje Anaya y Gavier, obra citada, pág. 125ª, y D'Alessio, obra citada, pág. 212.

112 Así también De Luca, Javier, obra citada, pág. 449.

113 En sentido similar Villada, obra citada, pág. 109.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000)

Lo primero que debemos decir es que la ubicación sistemática de este artículo no ha sido recibida pacíficamente por la doctrina, y consideramos que su inclusión en el código debería haber originado un nuevo capítulo como ha sido en otros países tales como Alemania[114], aunque no desconocemos que existen autores que a partir de esa ubicación en el capítulo que comentamos han intentado compatibilizar su contenido con algunos de los tipos penales de éste[115], aunque ello sólo les ha sido posible mediante esfuerzos más que importantes y los ha llevado, por un lado, a realizar interpretaciones forzadas de los términos del artículo, y por otro, a dejar directamente sin aplicación alguno de sus incisos[116].

No coincidimos con la postura de que se tratan de injurias las previsiones del artículo en comentario, porque no se exige en esta norma una desacreditación o deshonra, pues perfectamente puede beneficiarse al titular de los datos con la información falsa[117] y perjudicar a un tercero, lo que ya desde el requisito básico de las injurias, excluye su asimilación a la misma.

Pero además, sostenemos la diferenciación de los tipos del 117bis con respecto al resto de los tipos del capítulo, por tres cuestiones más.

Primero, por la pena prevista en abstracto –de multa para aquellos y de prisión para los del 117bis-, lo que tornaría en irrisorios casos en los cuales se investigue al autor de las injurias a la persona que le hubiese suministrado los datos falsos para sostenerla, pues éste correría el riesgo de ir a prisión mientras aquél no; que lleguen a proceso el autor de las injurias.

---

[114] Véase a este respecto Buompadre, obra citada, pág. 163; Estrella y Godoy Lemos, obra citada, pág. 374.

[115] Véase Castro y Friele, obra citada, pág. 428, quienes consideran a los tipos de este art. 117bis como injurias calificadas; y D'Alessio, obra citada, pág. 214, quien indica que comprenden acciones que deshonren y desacrediten únicamente.

[116] Obra citada en la nota anterior, pág. 433, donde los autores consideran directamente que cuando la información falsa no daña al titular de los datos, la conducta es atípica y que "*Esta premisa trae aparejada como conclusión que la acción descripta en el inc. 2º es neutra, y que no tiene virtualidad salvo cuando pueda ser completada con la verificación del resultado enunciado en el inc. 3º*"

[117] Para D'Alessio estas conductas son atípicas –obra citada, pág. 214-

Segundo, por las razones y sentido de la incorporación de este artículo como reglamentación de la garantía “habeas data” del artículo 43 de la Constitución Nacional, a diferencia del resto de los tipos penales del capítulo, lo que lleva a su vez a considerar que el bien jurídico cuya afectación se requiere es la intimidad en sentido amplio[118] y no sólo el honor[119].

Y tercero, porque los tipos del 117bis no dan lugar a una acción privada, debido a que no se encuentran enumerados en el art. 173 del CP, y esto se debe, precisamente, a que no pueden ser considerados tipos especiales de injurias o de calumnias.

Inciso 2º, Figura Genérica.

Tipo Objetivo.

El inciso 2º del artículo en comentario contiene la conducta genérica sobre la cual los demás agregarán circunstancias especiales de agravación (el 3º en razón del perjuicio ocasionado) o de calificación (el 4º en razón de su autor).

Vemos entonces que la acción requerida para la configuración de este tipo consiste en “proporcionar información. Estos es, brindar, copiar, dar a conocer, entregar, transmitir, suministrar, etc., en suma, que una persona ponga a disposición de otra/s datos a su alcance.

Lo que debe proporcionar es “información falsa”, es decir, datos que no se ajusten a la realidad, entendiendo esto en todos sus sentidos[120]: que no figuren en el archivo, que figuren pero no de ese modo, o que figuren pero que ello no se ajuste a la realidad de lo informado por el titular de los datos[121].

La información que se da a conocer, también por exigencia normativa, debe estar registrada en un “archivo de datos personales” y esto es un elemento normativo del tipo, puesto que para su definición deberemos recurrir a la ley 25.326, la que en su artículo 2º aclara que archivo, registro, base o banco de datos es “*el conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuera la modalidad de su información, almacenamiento, organización o acceso*” y dato personal es “*toda información de cualquier tipo referida a las personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables*”.

---

118 Coincidiendo en esto con Buompadre, obra citada, pág. 159 a 163.
119 Bien jurídico al cual no se subordinan estas figuras afirman Estrella y Godoy Lemos en la obra citada, pág. 375.
120 Así también D’Alessio, obra citada, pág. 215.
121 Pues si los datos no se ajustan a la realidad pero porque fueron informados falsamente por el titular, ello no podrá serle imputado a quien retransmite la información a terceros.

Por último, en el campo de los elementos objetivos que se deben verificar para la tipificación en este artículo, se exige que la información falsa sea proporcionada a un tercero, es decir, a por lo menos una persona; pero ésta debe ser distinta del titular de los datos, por lo que el suministro de datos falsos a su titular no encuadra en este artículo.

Sujeto Activo.

Respecto del sujeto activo, diremos que se trata de un tipo especial propio de actor cualificado, puesto que sólo puede cometer la acción típica la persona a cuyo alcance y/o disposición se encuentre la información contenida en el archivo de datos personales del cual se extrae; por ende, sólo el operador o responsable del archivo es susceptible de realizar la conducta exigida, ya sea que se le hubieran requerido los datos o no. Es este un elemento del tipo penal.

Sujeto Pasivo.

Puede ser cualquier persona (física o de existencia ideal) que cuente con algunos de sus datos personales –o todos- archivados en una base de datos, sin importar el soporte en el que se encuentran, la cantidad o calidad de ellos, y el grado de privacidad con que debe conservárselos.

Tipo Subjetivo.

El artículo exige que la información falsa se suministre "*a sabiendas*", por lo que la acción punible deberá ser necesariamente dolosa, admitiéndose sólo el dolo directo[122], pues más allá de los motivos del autor, la exigencia normativa indica que debe conocer la falsedad de la información brindada (elemento cognitivo del dolo: conocer), y sin embargo, brindarla igual a un tercero con la intención de ocasionar por lo menos un engaño (elemento volitivo del dolo), ya sea con la intención de deshonrar o desacreditar a su titular (lo que puede hacerlo concurrir con injurias), o estafar a un tercero ya sea en connivencia o no con el titular de los datos (lo que puede hacerlo incurrir en responsabilidad por estafa), etc.

Consumación y Tentativa.

[122] También así D'Alessio, obra citada, pág. 216.

Al tratarse de un delito de peligro concreto, puesto que una vez brindada la información no se sabe qué tipo de perjuicios puede acarrear para su titular o para algún tercero, se consuma en el acto de la proporción de los datos falsos[123], pues el artículo no exige una lesión efectiva, al menos en este inciso, sino que se configura con la potencial afectación producida en el honor del titular de los datos (el cual recibe afectación con el sólo hecho del suministro de datos falsos, pues si son verdaderos, no habrá posibilidad alguna de daño) o en la fe pública, si el peligro de ser perjudicado recae sobre un tercero que requirió los datos.

Por ello, la tentativa no es posible en este tipo.

Autoría y Participación. Concurso.

En estos aspectos la figura no contiene más particularidades que la propia de su característica de delito de peligro concreto, por ende se le aplican perfectamente sus reglas.

Inciso 3º, Agravante en razón de da Lesión Efectivamente Producida.

En relación a este artículo, le son aplicables todas las consideraciones vertidas hasta aquí, a las cuales debe sumársele una relacionada con el resultado que exige este inciso. Pues, a diferencia del anterior, se ha legislado que en este caso la pena se agravará "*cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona*"; por lo tanto, se transforma el tipo en uno de lesión, pues exige que el resultado lesivo se hubiese producido.

La referencia al "*hecho*" nos indica que la acción punible debe ser la contenida en el inciso anterior solamente, pues ello se desprende de la literalidad de la norma en un entendimiento sistemático desde el punto de vista del código y lógico desde el punto de vista de la utilización del lenguaje.

En lo relativo al "*perjuicio*", al no particularizar la norma sobre alguno o algunos en especial, diremos que cualquier tipo de perjuicio es susceptible de configurarlo, sea moral, patrimonial, laboral, crediticio, personal, o de otra índole, siempre y cuando se haya materializado efectivamente[124] y ello sea derivación directa de la información falsa suministrada.

Por último refiere la norma que el perjuicio debe producirse a "*alguna persona*", por ende, no es necesario que sea exclusivamente el titular de los datos falsamente informados. En caso de que el perjudicado sea el titular de los datos, coincidirán sujeto pasivo del delito y damnificado; en el caso

[123] Así también D'Alessio, obra citada, pág. 217.
[124] D'Alessio también exige resultado efectivo pero que pueda ser valuado económicamente –obra citada, pág. 216.

de que quien sufra el daño sea un tercero, éste será el damnificado mientras que el titular de los datos será el sujeto pasivo.

Inciso 4º, calificante en relación al autor o responsable del delito.

Este inciso asienta el agravamiento de la pena en una cualidad del autor de la acción típica, por lo que el tipo se trata de uno de los llamados especiales impropios, ya que para agravar la respuesta punitiva exige expresamente la norma que se trate de un "*funcionario público*"; por ende, habrá que recurrir al artículo 77 del CP en busca de la definición a ese concepto, que como es sabido en nuestra doctrina nacional, no pocos inconvenientes ha causado por la equiparación aparente con el concepto de "empleado público".

Al referirse al "*autor o responsable"* debe entenderse que el legislador ha equiparado en la respuesta punitiva al autor con los responsables en función de coautoría o algún grado de participación, puesto que de lo contrario, se afirmaría que la inhabilitación correspondería aplicarse sólo al autor y no a los coautores y partícipes aunque éstos fuesen también funcionarios públicos.[125]

Se exige además que el funcionario público realice la acción típica "*en ejercicio de sus funciones*", lo que permite inferir que el resto de sus actividades desempeñadas en ámbitos de relaciones interpersonales ajenas al específico de sus funciones legalmente determinadas, quedarán exentas de ser subsumidas en esta norma.

En caso de acreditarse dichos extremos, la respuesta punitiva, además de la pena principal, acarreará una accesoria consistente en la "*inhabilitación para el desempeño de cargos públicos*", lo que resulta una inhabilidad absoluta en los términos del artículo del CP, pues de la deficiente redacción de la norma, que aparece genérica en relación a ocupar cargos públicos, no surge que la inhabilitación deba ser especial por alguna razón o para con alguna materia específica.

Y debe aplicarse, por el doble del tiempo que el de la condena, también por expreso mandato de la norma.

Acción que habilitan los tipos del art. 117bis.

Por último, diremos que, a diferencia del resto de los tipos penales del capítulo, y básicamente por no formar parte ni de las calumnias ni de las injurias y no hallarse enumerados en el artículo 73 del CP, los tipos penales contenidos en el artículo 117 bis comentados, dan lugar a acción

[125] En coincidencia con Buompadre, obra citada, pág. 166.

pública, que por regla general se promueven de oficio. Por otra parte, debe presumirse que esa fue la decisión del legislador[126] pese a que se hallen ubicados en el mismo capítulo que aquéllas[127], pues cada vez que éste quiso indicar qué delitos dan lugar a acción privada lo estableció expresamente, aunque con el solo *nomen iuris* se comprendan a las modalidades genéricas y también a las agravadas y atenuadas, cuestión que no puede ser extendida al artículo 117 bis, porque sus tipos no son ni calumnias ni injurias calificadas o atenuadas, según pudimos ver.

Bibliografía

- Aguirre, Eduardo Luis: "Delitos contra el honor. Hacia un nuevo paradigma", Scotti Editora, 1999.

- Alberoni, Francesco: "Valores", Gedisa, 2da Edición, Barcelona, 1995.

- Alonso Alamo, Mercedes. Protección Penal del Honor. Sentido actual y límites constitucionales, ADPCP.
- Bacigalupo, Enrique. "Principios constitucionales del derecho penal" Hammurabi, Bs.As. 1999.
- Bacigalupo, Enrique "Delitos contra el honor". Editorial Hammurabi. Bs.As. 2002.
- Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" 2ª edición. Hammurabi 2010, Título "Delitos contra el honor" escrito por Julio César Castro y Guillermo Enrique Friele.
- Barylko, Jaime: "La filosofía", Planeta, Buenos Aires, 1997.
- Beccaria, Cesare: "De los delitos y de las penas", Alianza, Madrid, 1986.
-Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: "Revisión del contenido bien jurídico honor", en. "Homenaje a Hilde Kaufmann", Depalma, Buenos Aires, 1985.
- Bianchi, Enrique T. "La doctrina Campillay (o la noticia que reproduce lo expresado por otro)" LA LEY 1997-B-364.
- Binder, Alberto en "Introducción al Derecho Penal" Editorial AD-HOC. Bs.As. 2004.
- Brocca, Marcelo J. M., "Interpretación restrictiva, extensiva y aplicación analógica", UBA. Bs.As. 2007, ponencia publicada en http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen15.pdf.

[126] Steizel, Sergio "Habeas data: los nuevos tipos penales en la ley 25.326". Revista La Ley, 08/11/2001, pág. 3
[127] D'Alessio indica que precisamente una interpretación sistemática por su ubicación, conduce a concluir que la acción que habilitan los tipos penales del artículo 117bisCP es la privada –obra citada, pág. 216/217.

- Buompadre, Jorge Eduardo “Delitos contra el honor”. Editorial ASTREA. Bs.As. 2010.

-Casaubón, Juan A: “Historia de la Filosofía”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

- CELS “Implementación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Eduardo Rimel c. Argentina”. Disponible en http://cels.org.ar/common/documentos/reforma_calumnias_injurias.pdf

- Creus, Carlos “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo I. 6ª edición actualizada y ampliada. 2ª reimpresión. Astrea. Bs.As. 1999.

- D’Alessio, Andrés José “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado” 2ª edición actualizada y ampliada. Tomo II. Parte Especial, Arts. 79 a 306. LA LEY Bs.As. 2009.

-De Cossio, Manuel: “Derecho al honor. Técnicas de protección y límites”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- De Luca, Javier “Libertad de prensa y delitos contra el honor (Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa)”. AD-HOC. Bs.As. 2005.

- De Luca, Javier en “Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26.551, modificatoria del Código Penal” Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nº 3, 2010.

- Diccionario de la Real Academia Española, vigésima-segunda edición, disponible en http://buscon.rae.es/

- Donna, Edgardo A. “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo I. 3ª edición. Rubinzal Culzoni. Bs.As. 2007.

- Dotti, Jorge: “Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado”, N° 13, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

- Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto “Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular” Tomo 1. Arts. 79/139bis. 2ª edición actualizada y ampliada. Hammurabi, Bs.As. 2007.

- Fontán Balestra, Carlos “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. ” Tomo IV, 2ª edición. Abeledo Perrot. Bs.As. 1992.

- Fromm, Erich: “La revolución de la esperanza”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1987.

- Gil Lavedra, Ricardo y Cano, Alicia “Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551” LA LEY, T2010-A.

- Gonzalez Roura, Octavio “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III. Ed. V. Abeledo, Bs.As. 1925.

- Hirsch, Joachim: “Ciclo de conferencias: globalización, transformación del Estado y Democracia”, Córdoba, 1997.

-Jaen Vallejo, Manuel: "Libertad de expresión y delitos contra el honor",, Colex, Madrid, 1992.

- Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto "Notas al Código Penal Argentino" Tomo II. Parte Especial. Marcos Lerner. Córdoba, 1995.

- Merlo, María Eva "Delitos contra el honor. Libertad de expresión y de información" Editorial Universidad, Bs.As. 2005.
- Molinario, Alfredo "Los delitos". Actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Editorial TEA. Bs.As. 1996.
- Mondolfo, Rodolfo: "La conciencia moral de Homero a Demócrito y Epicuro", EUDEBA, Buenos Aires, 1962.
- Nuñez, Ricardo "Derecho Penal Argentino. Parte Especial" Tomo IV Bibliográfica Argentina. Bs.As. 1964.
-Packard, Vance: "Los buscadores de prestigio", EUDEBA, Buenos Aires, 1971.
-Rosanvallon, Pierre: "La contrademocracia: La Política en la era de la desconfianza", manantial, 2007, Buenos Aires.
- Rusconi, Maximiliano "Derecho Penal. Parte General". 1ª edición. Editorial Ad-Hoc, Bs.As. 2007.
- Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", Editorial TEA. Bs.As. 1992, Tomo III.
- Sosa Baccarelli, Nicolás "Delitos contra el honor. Aportes para un análisis de la reforma de la ley 26.551 al Código Penal argentino". Disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina05_2.pdf
- Steizel, Sergio "Habeas data: los nuevos tipos penales en la ley 25.326". Revista La Ley, 08/11/2001.
- Tapia, Juan Francisco "Dolo Eventual ¿Hacia el fin del elemento volitivo del dolo?" disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/16082009/doctrina06.pdf.
- Vazquez Rossi , Jorge E. "La protección jurídica del honor". Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 1995.
- Villada, Jorge Luis "Delitos contra el honor" Nova Tesis. Santa Fe, 2005.
-Weinrich, Harald: "Un honor olvidado", en "Conciencia lingüística y cultura literaria", Ediciones MSH, 1989.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General", 2ª edición, 2ª reimpresión. Ediar, Bs.As. 2008.

Fallos

CIDH, fallo "Kimel, Eduardo vs Argentina", sentencia del 02/05/2008, disponible en *www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc*

CSJN, fallos: A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 (causa N° 28/05)".

CSJN, fallos: A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080".

CSJN "Campillay, Julio C. c/La Razón, Crónica y Diario Popular", 15/05/1986. Fallos 308:709.

Corrupción de Menores

Por **Mary Beloff, Santiago Bertinat Gonnet y Diego Freedman**

Art 125. ***"El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.***

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda."

Antecedentes

Desde el Código de Tejedor se asociaba el delito de corrupción a la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad aplicando una pena leve. Al respecto se preveía que: "El que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de 20 años, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con un año de prisión". Aclara Donna que el "proyecto reproducía casi textualmente el Código español de 1850"[1].

Una previsión similar tenía el proyecto de 1881 que establecía: "El que promoviere o facilitare, para satisfacer las pasiones de otro, la prostitución o corrupción de menores de uno u otro sexo será castigado con la pena de prisión mayor, si los menores no tuvieren los 14 años cumplidos. La pena será de prisión menor, si los menores: hubiesen pasado esa edad". Como aclara Donna, se suprime el requisito de habitualidad y el abuso de confianza.

[1] Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, 2da. edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Bs. As., 2005, pág. 127.

El Código de 1886 dispuso: "El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores, será castigado con prisión de uno a tres años si la menor tuviera menos de 18 años y más de 14, y con penitenciaria por tres a seis años si la menor tuviese menos de 14 años cumplidos". De modo que se reincorporaron los elementos de habitualidad o abuso de autoridad y confianza y contempla sólo víctimas de sexo femenino.

El proyecto de 1891 afirmaba que "El que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de 18 años, para satisfacer deseos ajenos, será castigado con uno a tres años de prisión". En este caso, la víctima puede ser de ambos sexos y no se exige la habitualidad, ni el abuso de la situación de poder o de autoridad, a la vez, se incluye la ultrafinalidad de satisfacer deseos ajenos. La ley de 1903 incorporó el texto del proyecto de 1891 al Código Penal y le agregó: "En caso de nueva condena será deportado. La pena será de tres a seis años de penitenciaria: 1) si el menor no tuviere 12 años cumplidos; 2) si el autor fuere ascendiente, afín en línea recta, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima". De modo que se agrava la penalidad y se incluyen circunstancias calificantes por la edad de la víctima y el vínculo del autor.

El proyecto de 1906 agrega la frase "para satisfacer deseos propios o ajenos", que fue incorporada a la redacción del Código Penal de Moreno y fue incluida por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados la expresión “con ánimo de lucro”[2].

El texto antes de la modificación realizada en 1999 era el siguiente: “El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o faciliare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será castigado: 1) con reclusión o prisión de 4 a 15 años, si la víctima fuera menor de 12 años; 2) con reclusión o prisión de 3 a 10 años, si la víctima fuera mayor de 12 años y menor de 18; 3) con prisión de 2 a 6 años, si la víctima fuera mayor de 18 y menor de 22. Cualquiera fuera la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión, desde 10 a 15 años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda o que hiciera con ella vida marital”.

[2] DONNA, ob. cit., pág. 130.

Tipicidad Objetiva

El concepto de corrupción

El término más complejo de este tipo penal es el concepto de "corrupción"[3]. Si nos detenemos en la definición de la Real Academia Española, el término corromper en sus primeras acepciones se refiere a "Alterar y trastrocar la forma de algo" y "Echar a perder, depravar, dañar, pudrir". Más vinculado con este delito, refiere el término a "Pervertir o seducir a alguien"[4].

Desde ya, la determinación de la definición de este término debe correlacionarse con el bien jurídico afectado: la integridad sexual[5]. Es decir, que el tipo penal procura reprimir los actos que promueven o facilitan la corrupción de los niños o de las niñas afectando su integridad sexual.

La cuestión problemática ahora pasa a ser la determinación de los actos corruptores, o sea, que alteran el desarrollo de la sexualidad en los niños y en las niñas. Al respecto, Soler precisó que se tratan de actos que inculcan hábitos depravados o cuando se actúa en forma prematura sobre una sexualidad no desarrollada[6]. Más recientemente, Donna ha dicho que se refieren a actos que afectan

[3] Al respecto, Donna ha dicho que "El problema de este delito consiste en la dificultad de dar una NOCIÓN de lo que es la corrupción sexual. El concepto mismo, es de difícil precisión, más allá de los cambios existentes en materia sexual a través de los tiempos. Es de mala técnica legislativa, y en este error ha caído el codificador, el dar conceptos y no describir conductas. En el fondo, el de corrupción es un concepto vacío, ya que queda absolutamente librado al intérprete darle un contenido. En ese marco, parece necesario deslindar el problema de lo estrictamente moral o de las creencias personales del intérprete e intentar dar un concepto lo más objetivo posible dentro de este tipo penal que, sin lugar a dudas, en la medida que se lo lleve a consideraciones religiosas o morales, será violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional" (DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 133).

[4] Disponible en www.rae.es.

[5] Con la anterior redacción del Título del Código Penal, modificado en 1999, Soler sostenía que "Corromper quiere decir, gramaticalmente, depravar; pero, para entender el significado de la palabra en su sentido jurídico es necesario considerarla en relación con el bien jurídico genérico tutelado a que todo el capítulo se refiere, es decir al bien de la honestidad, de manera que la idea debe completarse con la referencia directa de la acción corruptora a la esfera sexual" (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Bs. As., 1976, 3ª reimpresión total, pág. 304). Cabe remarcar que pese a que en esa época el bien jurídico afectado era "la honestidad sexual", Soler sostenía que se reprimía la afectación de la "salud sexual", anticipándose al criterio actual: "La acción corruptora, en cambio, deja una huella psíquica de carácter deformante o perverso; turba, en definitiva, aquel desarrollo que la ley tutela en su aspecto de *salud sexual.* Lo que por él se protege [se refiere al delito de corrupción] es más la fisiología que la moral" (SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 305).

[6] Aclara que el parámetro no es una "relación sexual monogámica y casta" (SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 305). Por su parte, NUÑEZ sostenía que "La corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma. La depravación puramente moral, de los sentimientos y de las ideas sexuales, también es corrupción, pero no entra en el ámbito de los artículos 125 y 126. Estos artículos atienden al efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual. La deformación de la práctica sexual de la víctima es, sin embargo, la secuela de la deformación de sus sentimientos e ideas sexuales. El modo del acto sexual se puede depravar volviéndose perverso en sí

la elección sexual, como decisión autónoma[7]. Precisamente, se afecta el "derecho de no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto a su bienestar psíquico y a su normal y adecuado proceso de formación sexual"[8].

A nuestro juicio, como los actos se dirigen únicamente a menores de edad, lo que pretende reprimir esta figura es esencialmente la comisión de actos destinados a adelantar el desarrollo normal de la sexualidad. En similar sentido, la jurisprudencia ha afirmado que se procura reprimir

---

mismo, en su ejecución; o volviéndose prematuro por su práctica lujuriosa habitual precoz, despertada antes de lo que es natural; o, finalmente, volviéndose excesivo por expresar una lujuria extraordinaria. Es lo que sucede con el incesto y con la promoción o favorecimiento por motivos inmorales de entregas carnales normales" (NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina – Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1964, págs. 342 y 343). También Creus señaló que la comisión de este delito afecta "el normal desarrollo de la sexualidad". Además, hizo referencia a que se afecta este normal desarrollo de la sexualidad cuando se actúa prematuramente (CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Bs. As., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 3ª ed. Actualizada, pág. 215).

Con un criterio similar, se ha sostenido que "El ilícito contra la integridad sexual contemplado en el artículo 125 del Código Penal tiene por bien jurídico protegido la formación de la sexualidad, esto es, su normal desarrollo. Por ello, lo que se reprime es la influencia negativa en el libre crecimiento sexual de las personas, la que se produce con la realización de actos sexuales prematuros, excesivos o perversos (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 25/09/2007, "C; R. E. s/ recurso de casación", causa N° 11.431; Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 25/06/2009, "O; J. A. s/ recurso de casación", causa N° 35.460)". Poniendo énfasis en el carácter prematuro y desviado de los actos: "Los hechos verificados en la presente tienen la impronta de los que constituyen corrupción puesto que –lejos del límite en menos de la edad de los sujetos pasivos que reclama el segundo párrafo del art. 125 C.P.– victimizó a tres hermanos de 6, 7 y 9 años al tiempo de producirse los mismos. Por ello no dudo de que se trató de actos prematuros. La retorsión de los mismos –perversidad y exceso en la nomenclatura clásica– resulta de que los actos fueran grupales y –tal como lo deja dicho el a quo– con una cierta impronta docente que incluía prácticas a todas luces contrarias al normal desarrollo de la sexualidad de los menores, máxime cuando incluía por igual a los dos sexos en las mismas prácticas. Resulta claro que la sexualidad es hoy un dato cotidiano que acepta los más diversos contextos y que está librada al acceso de cualquier persona por los medios masivos de comunicación, cualquiera que sea. Pero esos contenidos, en tanto trasunten cierta normalidad, difícilmente impresionen desfavorablemente las personalidades en formación de los menores que –por caso– asisten por televisión a la más diversa gama de estímulos sexuales. En cambio los hechos por los que se ha condenado al imputado tienen el sello de la orgía y se practicaban con el evidente propósito de normalización de esa conducta en los sucesivos encuentros que –conforme a los dichos de las víctimas– reconocían diversos comportamientos igualmente desviados" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 12/04/2007, "T.,H. D. s/ Recurso de casación", causa N° 15.099). También se ha considerado que "Corresponde rechazar el recurso de casación contra la condena impuesta por el delito de promoción de la corrupción de un menor de edad, agravado por haber sido cometido por un ascendiente –el padre- si se demostró que el infante no accedió o fue expuesto a las imágenes de sexo explícito por desatención o indiferencia de su progenitor, sino por el propio designio consciente del autor que ejercía autoridad sobre el chico -de cuatro años de edad-, para provocar en él un despertar sexual temprano incompatible con su edad, doblando la propia resistencia de la víctima, máxime teniendo en cuenta que las expresiones del menor fueron evaluadas por licenciados en psicología y médicos psiquiatras del Cuerpo Médico Forense que han sostenido la verosimilitud del testimonio del infante descartando para ello patologías en su imaginación, fabulaciones e influencia de terceros" (Cam. Nac. Casación Penal. Sala IV, 22/03/2010, "De Melo, José s/ recurso de casación", causa N° 9.574). Asimismo, se ha sostenido que "La corrupción importa la depravación o lujuria de la conducta sexual, que puede consistir en la perversión de la ejecución de los actos sexuales o en la precocidad, como, por ejemplo, que los actos depravados promuevan o faciliten una notoriamente extemporánea irrupción de la víctima en aspectos de la sexualidad" (C. Nac. Crim. y Corr., Sala 6ª, 11/6/2003, "Aramoni, Héctor Hugo").

[7] Sostuvo que "se tiende de dar una mayor protección al derecho de toda persona humana a elegir qué conducta sexual tendrá en su vida, sin que el Estado pueda dar una indicación sobre cuál es la normalidad sexual, ya que, de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional que tutela la autonomía ética del hombre, la decisión sobre este punto queda en

actos que afecten el "desarrollo libre y progresivo de [la] sexualidad [del niño] que implica[n] excluir interferencias que abusen de su situación de vulnerabilidad"[9]. De este modo se evita en caer en conceptos de enorme vaguedad y muy permeables a prejuicios como "hábitos depravados" o "acto sexual perverso o excesivo"[10]. Se ha admitido en la jurisprudencia que este concepto debe ser interpretado de acuerdo al contexto social y cultural actual, lo cual delimita el campo de punición[11].

---

manos de cada individuo. Esto lleva a que la corrupción de mayores no puede estar tipificada nunca como delito. Se trata entonces, en este capítulo, de analizar conductas que van en contra de esa decisión autónoma" (DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 131).

8 DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 131.

9 La Cámara Nacional de Casación Penal consideró que "La rubrica con la que el legislador ha identificado el Título II, del Libro II del Código Penal Ver Texto, "delitos contra la integridad sexual", señala que el significado penalmente relevante de los comportamientos típicos allí descriptos, no se vincula simplemente con la afectación de la libertad sexual, sino que incluye también aspectos de indemnidad e intangibilidad referidos sobre todo a los menores de edad y, especialmente, a la franja de estos, comprendida hasta los 13 años. Justamente, el período de desarrollo sexual de la menor víctima en esta causa, conforme ha quedado demostrado en la sentencia y admitido por el propio imputado y su asistencia letrada. Esto es congruente con la axiología constitucional, particularmente a partir de la reforma de 1994, donde al principio de dignidad humana históricamente asumido se sumaron los criterios que impone la "Convención de los Derechos del Niño" (art. 19 , apart. 1 y art. 34) y el principio 2 de la "Declaración de los Derechos del Niño ". En tal sentido, el art. 125 , CPen. considera disvaliosa la intromisión abusiva y por esto ilegítima de un adulto en la esfera de desarrollo sexual del menor, considerando fundamento de agravación la circunstancia de que esa injerencia se concrete por parte de un conviviente, como es el caso de L. M. -párr. 3º del art. en cuestión-. De esa forma se pretende asegurar el derecho del menor a un desarrollo libre y progresivo de su sexualidad que implica excluir interferencias que abusen de su situación de vulnerabilidad. En esto se expresa la búsqueda de cierta intangibilidad frente a los intercambios de contenido sexual que supongan una instrumentalización del sujeto o de acuerdo a la edad, un condicionamiento ilegítimo de su desenvolvimiento madurativo. Se trata pues de una consideración normativa, en tanto la integridad sexual es asumida como derecho del menor, que busca preservarlo de la relación de prevalencia obvia de los adultos en ese campo específico" (Voto del magistrado Yacoboucci, CNCP, Sala II, 18/07/2008, causa "L. M., R."). También se ha considerado que "En orden al bien jurídico protegido por el tipo penal de la promoción a la corrupción de menores, se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones. Es el derecho que los menores de edad tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual", TSJ de Cba.- Sala Penal, Sent. N° 52, 25/03/2009, "G., José Bruno p.s.a. Abuso sexual sin acceso carnal calificado continuado, etc. - Recurso de casación".

10 No es posible obviar que esta figura era utilizada para justificar la represión de ciertas prácticas de promoción de las relaciones sexuales homosexuales. Se ha argumentado que "La homosexualidad no es una conducta amparada por el Art. 19 C.N. y se trata de una conducta peligrosa, altamente susceptible de convertirse en corrupción. [El autor pretende utilizar el 125 C.P. como un peldaño para incriminar la homosexualidad, y así prevenir actos de corrupción. Se equipara al homosexual con el abusador de menores]. Sus límites [se refiere al art. 19 C.N.] son el orden público, la moral pública y el perjuicio a terceros. Y no habrá de objetarse que la pederastia –por adulta y voluntaria que sea– excede dos de esas limitaciones. Las prácticas homosexuales infringen, evidentemente, esa moral pública garantizada constitucionalmente. Las prácticas homosexuales, en la clara medida en que constituyen la circunstancia propicia y el elemento condicionante de una gran cantidad de delitos de corrupción, perjudican, evidentemente, a terceros. Menester es señalar, por lo demás, que la pederastia no es solo una amenaza o ataque que el individuo ejerce contra su propia personalidad. Es también interferencia de conductas, desde que no se practica solitariamente, sino que peticiona necesariamente la concurrencia de otros, y lleva consigo una pretensión expansiva, de contagio moral… No es, pues acción privada, en el sentido de intimidad, que ampara el artículo citado. El precepto constitucional no es, por consiguiente, un obstáculo para la

Entonces, ahora nos cabe analizar que tipo de actos tienen entidad para adelantar el normal desarrollo de la sexualidad. Por supuesto, hay actos que indudablemente van a tener este efecto como la penetración por la vía anal, vaginal u oral. Por otro lado, hay actos que, en principio, se consideraría que no tienen la entidad corruptora como un beso en los labios o un manoseo en la zona de las piernas[12]. Ahora, en la realidad pueden darse otras situaciones intermedias en las que será necesario analizar las características del acto, su duración, su reiteración, las condiciones personales de la víctima y su relación con el autor de los hechos para determinar la entidad corruptora.

Estos actos deben tener "naturaleza sexual"[13], pero pueden ser desde actos ejecutados en el cuerpo del niño o de la niña (introducción de un dedo o del pene en la zona vaginal en reiteradas oportunidades)[14], la inducción al niño o a la niña a realizar determinado acto (obligar a una niña a

posibilidad legislativa de incriminar la sodomía o de adoptar medidas preventivas respecto de ella, toda vez que no forma parte de esa vida privada que se desenvuelve respondiendo a un proceso puramente interior… Cabe pues –constitucionalmente hablando– reprimir la pública ostentación de la pederastia, o adoptar sobre los homosexuales medidas de seguridad. El establecimiento legislativo de un estado peligroso sin delito, sometido al conocimiento y decisión de los jueces, en relación a la homosexualidad, no lesionaría nuestras instituciones básicas y constituiría un adecuado expediente de protección social. Porque –aparte de otras razones– la sodomía configura una conducta cuya extrema peligrosidad debe medirse por su fuerte tendencia a convertirse en corrupción, pues como lo indica el fiscal de cámara en el caso comentado, es difícil que el homosexual distinga entre mayores y menores 'porque hacer el distingo es difícil y porque una vasta experiencia nos enseña la decisiva inclinación del homosexual por el menor' [Opinión del Fiscal del Crimen Mariano Cúneo Libarona]", LOZADA, Salvador M., "Corrupción y sodomía", Jurisprudencia Argentina, 1961-I-455. (Comentario al fallo "Gatti, José Luis y otros", Cam. Nac. Criminal y Correccional de la Capital Federal, 12/08/1960), Pág. 458.

11 "Entiendo que todos los delitos que se edifican sobre conceptos sociales o culturales, sufren el impacto de la transformación del significado que tales entidades del lenguaje sufren con el correr de los años. El concepto de honestidad no era el mismo cuando el Código penal comenzó a regir en 1921 que al momento de ser cambiado el título III del Código penal por ley 25.087 en mayo de 1999. También, cuando una ley cambia totalmente el concepto de orden público en torno a una institución, como ha ocurrido con la del matrimonio, en que a partir de la ley 26.618 se admite que tenga lugar entre personas del mismo sexo. Y este último acontecer ha incidido fuertemente, y esto vale para el caso, en el concepto de corrupción, puesto que los exponentes típicos, desde los penalistas medievales hasta entrado el siglo XX, fincaban en la sodomía y la iniciación de los menores en las relaciones con el mismo sexo, hoy alternativas de diversidad que, incluso, pueden concretarse en uniones con efectos legales. De manera que hoy sólo situaciones muy excepcionales de deterioro moral como las que implican despertar prematuramente la sexualidad de un menor no púber (causa 24.106); o desviarla, llevándola al exhibicionismo masivo o a la aberración (causa 25.808), vgr.: convencer acerca de la naturalidad del trato sexual entre padres e hijos (causa 16.704), pueden permitir aplicar una figura que condensaba inicialmente ideas más pacatas o victorianas", Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 15/03/2011, "A., F. D. s/ Recurso de Casación", causa N° 18.560.

12 Al respecto, Soler sostenía que "Un beso, un tocamiento obsceno, aun la *coitio inter femora* son acciones que no pervierten por si mismas al sentido de la sexualidad. Tienen o pueden tener una marcada influencia psíquica sobre el sujeto pasivo, pero el rastro por ellos dejado no altera el curso normal al que el sexo tiene que ir a parar en su desarrollo" (SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 305).

13 "La promoción de la corrupción mediante actos materiales solo es posible si los actos son significativos desde el punto de vista sexual y eficaces para producir o mantener en la víctima la propensión depravadora", Nuñez, Ricardo, ob. cit., pág. 346).

14 "Si se encuentra acreditado que DURANTE tres años el incuso llevó a cabo abusos sexuales y acceso carnal vía vaginal respecto de la menor de 13 años de edad, actos que se repitieron durante el mencionado segmento temporal, y si los estudios realizados a la menor revelan un síndrome post traumático por shock emocional por victimización sexual, con

recibir sexo oral) o la realización de actos a los que asiste la víctima[15] (exhibir en forma reiterada películas pornográficas). De modo que no se exige que haya contacto físico entre el autor y la víctima[16].

Tampoco resulta exigible la reiteración o duración de la conducta, ya que un acto por su intensidad puede tener entidad corruptora[17], aunque en ciertas ocasiones la entidad corruptora se produce por su reiteración o su duración[18].

---

compromiso de la vida emocional y evolución psicosexual junto con relato de vivencias de abusividad constantes en el tiempo con elementos de coerción y amenazas, debe confirmarse el auto que dispuso el procesamiento del imputado en orden al delito de corrupción" (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala IV, 15/04/2003, "Machado, Nicolás", causa N° 21.050).

[15] "b) Se suele plantear la cuestión relativa al carácter moral o físico de la corrupción […] Se requieren actos de naturaleza sexual. No bastan, como actos corruptores las palabras o los consejos, salvo que puedan considerarse formas de instigación. No bastan, según mi criterio, las lecturas, la exhibición de estampas, las proposiciones deshonestas. Debe tratarse o bien de actos sexuales ejecutados sobre el cuerpo del menor, o hechos ejecutar por éste sobre el cuerpo de otro, o bien de actos sexuales del autor o de terceros, a cuya ejecución se hace asistir al menor" (Soler, Sebastián, ob. cit., págs. 306 y 307).

[16] Explica Núñez que "La corrupción puede promoverse con acciones de pura significación intelectual tendientes a producir o mantener en la víctima la propensión a depravar su conducta sexual, o con acciones materiales realizadas sobre el cuerpo de la víctima o realizadas por ésta. Las acciones de la primera clase comprenden el amplio círculo de la enseñanza, el consejo, la orden, el ejemplo y la exposición aptos para determinar la depravación de la conducta sexual de menor. En este campo, el límite de lo punible no se debe encontrar reduciendo la promoción a la esfera de los actos materiales realizados sobre el cuerpo del menor o ejecutados o presenciados por él", (Núñez, Ricardo, ob. cit., págs. 345 y 346). Por su parte, Fontán Balestra sostiene que "Al no contener la ley las exigencias antes expresadas que, no obstante, en general, deben considerarse comprendidas dentro de la figura, son medios corruptivos no solo los actos sexuales materiales, razón por la cual pueden serlo los consejos, el mandato, las promesas, las explicaciones, la seducción, sin perjuicio de que también lo sean las acciones materiales realizadas sobre el cuerpo de la víctima o ejecutadas por ésta sobre su propio cuerpo o sobre el de un tercero, o inclusive sobre un animal o cosa, pues el efecto psicológico que hemos atribuido a los actos corruptores puede lograrse con la exhibición o ejemplo, porque con ellos puede darse la idea de la satisfacción erótica desviada. Por otra parte, como la ley no establece distinciones, puede perfectamente considerarse corruptor el acto que la víctima vea ejecutar" (Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008, págs. 260/261). En similar sentido, Creus explica que "La promoción puede llevarse a cabo por medio de actos sexuales realizados sobre la víctima o con terceros ante la víctima…, o por medio de otros actos materiales de significación sexual (p.ej., actos de bestialidad) o con acciones de significación intelectual de naturaleza sexual (enseñanza, consejos, exposiciones de imágenes, etcétera)", (Creus, Carlos, ob. cit., pág. 215).

En la jurisprudencia, se ha afirmado: "Debe confirmarse la sentencia que condenó a un hombre por el delito tipificado en el artículo 125, primer párrafo, inciso primero, del Código Penal, redactado según ley 23.077, pues, aun cuando el acusado no mantuvo relaciones sexuales con las víctimas menores de edad, se acreditó que realizó conductas de claro contenido sexual, tendientes a depravar el comportamiento de aquellas en cuanto hizo que se quitaran su ropa y les sacó fotos de contenido sexual prematuro por la edad de las víctimas, inmaduras para llevar a cabo todo tipo de actividad sexual", (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de Córdoba, 19/12/2008, "P; N. A.", La Ley Online, AR/JUR/21232/2008).

[17] Se ha sostenido que "No constituye un elemento de la figura la reiteración; es suficiente el acto único, aunque, a veces, la repetición puede alcanzar una entidad corruptora o prostituidora que no tiene el acto aislado, particularmente en menores de corta edad" (Fontán Balestra, Carlos, ob. cit., pág. 260). Creus afirma que "Aunque regularmente la proyección corruptora de esos actos se alcanza mediante su reiteración, ésta no es indispensable desde el punto de vista de la tipicidad; pueden detectarse actos que autónomamente sean eficaces en ese orden", (Creus, Carlos, ob. cit., pág. 216).

Las Conductas de Promover y de Facilitar

Según la redacción legal, se reprimen dos modalidades comisivas: la promoción y la facilitación.

La promoción, según la Real Academia Española, se refiere a conductas que impulsan un proceso procurando su logro. De modo que el uso del término implica que se trata de actos dirigidos a la corrupción del niño o de la niña, iniciando este proceso que afecta su integridad sexual, sin ser determinante que obtengan el resultado. De modo que se promueve la corrupción, y por ende, se comete la conducta típica, cuando se realizan actos destinados a corromper a la víctima sin ser relevante verificar que se haya producido un resultado[19]. Por ello, se ha dicho que estamos ante un

---

En la jurisprudencia se ha considerado que "La acción de corromper es la que deja una huella psíquica de carácter deformante o perverso, torciendo el sentido biológico y sano de la sexualidad y un solo acto alcanza para que se configure el ilícito, siendo además indiferente que el ataque sea ocasional o que se no se hayan comprobado consecuencias en la psiquis de la víctima, porque la criminalidad no reside en el logro de la corrupción sino en el carácter objetivamente corruptor de los actos, resultando un delito formal de peligro abstracto y no un delito de resultado material", Sup. Trib. de Justicia de La Pampa, Sala B, 28/06/2006, "Lloyd, Edgar A. s/ recurso de casación", La Ley Online, AR/JUR/6281/2006.

[18] Al respecto se asevera que "la reiteración de los actos puede funcionar a veces como una circunstancia de hecho de la cual dependa la significación corruptora de la conducta […] Una eventual exposición sexualmente degradada puede no tener subjetiva y objetivamente significación corruptora frente a un menor, pero sí la tiene la exposición habitual", (NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., págs. 346/347).

Asimismo, la jurisprudencia ha dicho que "Está debidamente acreditada la promoción a la corrupción llevada a cabo por el imputado y que su conducta afectó el normal desarrollo de la sexualidad de la víctima en tanto durante un prolongado período hubo de padecer diversos abusos, todo lo cual acompañado de una prédica perversa que, bajo una falsa actitud docente, pretendió mostrarle lo bueno que en verdad constituían prácticas dañinas para la formación de su incipiente personalidad, asimismo haberle regalado prendas íntimas impropias de su edad y haberla fotografiado en actitud claramente impúdica, aprovechando las ausencias maternas y el temor que el imputado infundía en su víctima para lograr una actitud sumisa, a lo que se suma el trato de padre dispensado por la menor", (Cam. Nac. Casación Penal, Sala I, 10/05/2010, "Pineda, Luis Ángel s/ recurso de casación", causa N° 11.558). En similar sentido: "Incurre en el delito de promoción de la corrupción de menores, contenido en el art. 125 del Código Penal, quien en diversas ocasiones realizó tocamientos en la zona vaginal de un menor, desde que la reiteración de dichas acciones tiene entidad para alterar la sexualidad del menor que padeció estas conductas lascivas de parte del encartado", (Sup. Trib. de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, 26/02/2008, "A. y C., M. A.", La Ley Online, AR/JUR/162/2008).

[19] Explica Nuñez que "La criminalidad no reside en el logro de la prostitución o corrupción de la víctima, sino en la simple dirección del acto que muestra que su autor propende o coadyuva a aumentar o mantener el infame mundo de la prostitución o de la corrupción sexual. Lo que al legislador le interesa combatir son las fuerzas estimulantes del mal. Una intervención represiva a partir del éxito de esas fuerzas constituiría una protección tardía" (NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit. n. 5, pág. 341). En igual sentido, DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 135.

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que "No teniendo el art. 125 por núcleo la referencia a quien corrompiere sino a quien "promoviere o facilitare" la corrupción el tipo no requiere, entonces, que se produzca la concreta corrupción" (Sup. Corte Bs. As., 7/12/1993, "Leañez, Máximo Rufino. Corrupción", LL 1994-A, pág. 446 – ED 165, pág. 1069; Sup. Corte Bs. As., 28/12/1995, "Peralta, Ivón Ricardo s/ tentativa de violación", causa P. 48.544, AyS 1995 IV, 888; Sup. Corte Bs. As., 18/11/1997, "Geber, Alberto Enrique. Corrupción", causa P. 53.157; Sup. Corte Bs. As., 12/07/2000, "Lezcano, Ramón Eusebio. Corrupción calificada", causa P. 60.359; entre muchos otros). En similar sentido "Cometió delito de corrupción agravada de menor de doce años, el procesado -maestro de catecismo de las dos víctimas-, que exhibió revistas pornográficas a las menores y realizó, con una de ellas, distintas conductas sexuales, frente a la otra,

delito formal y de peligro, que no exige el acaecimiento de un resultado para la tipicidad[20]. Se ha sostenido en la jurisprudencia en forma coincidente que basta la potencialidad corruptora de la conducta[21]. Sin perjuicio de lo cual, cabe señalar que cierto sector de la jurisprudencia ha exigido la acreditación de "la desviación en el desarrollo normal de la sexualidad"[22].

La conducta de promover supone un obrar activo por parte del autor del delito. Como bien señala Nuñez "La corrupción no puede promoverse mediante una omisión"[23].

---

que resultaron ser prematuras y perversas, ya que la corrupción es un tipo penal de tendencia, que busca la depravación de la víctima en su aspecto físico-psíquico sexual, siendo irrelevante que tal finalidad se consiga o no", (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala I, 28/03/1994, "García, Omar R.", causa N° 43.391). Así también, *"*Por no tratarse, la corrupción de menores, de un delito de resultado, no es necesario que la víctima alcance finalmente un estado de corrupción para lograr la consumación; basta para su tipificación la realización de actos tendientes a corromper al menor", (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 09/06/2011, "G. O., R. D. s/ recurso de queja", causa N° 43.323). Con un criterio coincidente, se dijo que "No es condición para que se configure el delito de corrupción -en el caso, agravada por haber sido cometido por el encargado de la guarda y educación de la víctima-, la presencia en la psiquis de la víctima de una modificación de su instinto sexual, pues los actos corruptores son aquellos actos de lujuria que siendo prematuros por la edad o depravados por su clase, tengan la entidad objetiva suficiente para producir sobre el espíritu de los menores una deformación psíquica que los altere moralmente, produciendo un vicio o una perversión del instinto sexual", (Cam. Nac. Casación Penal, Sala IV, 23/11/2001, "De Bunder, Sergio R.", La Ley Online, AR/JUR/3119/2001).

[20] "No se trata, por consiguiente, de un delito de resultado material, sino un delito formal, porque su criminalidad reside ya en el peligro de que la conducta del autor corrompa o prostituya o mantenga en la corrupción o prostitución a la víctima o aumente su depravación sexual", (NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., pág. 341). También se dijo que "La opinión predominante no exige que se alcance como resultado la efectiva corrupción, y se atiende para la configuración del delito a la idoneidad de los actos tendientes a la promoción o facilitación de la corrupción de la corrupción o a la entidad corruptora del acto, entendiendo que se trata de un delito formal" (FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., pág. 259).

[21] "Aunque el delito de corrupción pueda comprender la realización de conductas abusivas contempladas en alguna de las otras figuras que componen el título III del código de fondo, su realización se diferencia en que la promoción o facilitación de la corrupción de menores implica la potencial perturbación del desarrollo sexual de la víctima" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 25/09/2007, "C; R. E. s/ recurso de casación", causa N° 11431).

[22] "La corrupción tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora a la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad", (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala V, 11/11/2002, "Mille, Francisco Javier", causa N° 20.177; Cam. Nac. Crim. Corr., Sala de Feria B, 28/01/2004, "Santamaría, Eduardo y otro", causa N° 170). En similar sentido: "El delito previsto en el art. 125 del C.P. exige para su configuración que se impulse al menor a su degradación, pervirtiéndolo y provocando en él una verdadera degradación moral. Una acción resulta corruptora cuando deja en el menor una inocultable secuela en su psiquismo, deformando su carácter a tal punto de crearle graves anomalías con relación al sexo", (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala VII, 22/11/2002, "Zorzenón, María E.", causa N° 19.975). También se sostuvo que "Lo importante para la imputación del delito de corrupción de menores es establecer que la víctima sea menor de 18 años y que la acción corruptora deje una huella profunda en el psiquismo de la damnificada —en el caso, se consideró que encuadraba en esta figura el abuso sexual con acceso carnal cometido por el padre contra su hija menor de dieciocho años y con quien tuvo hijos—, sin importar si el o la menor había comenzado o no su vida sexual con anterioridad", (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 4/10/2006, "Pérez, Roberto s/ recurso de casación", La Ley Online, AR/JUR/8045/2006). Con un criterio coincidente se afirmó que "Para verificar la presencia de corrupción —en el caso, se descartó esta figura y se confirmó la resolución que condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la edad de la víctima—, el sujeto pasivo debe evidenciar un estado de depravación o que la acción haya dejado huella profunda en su psiquismo, al torcer el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad o bien la deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución, sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal, para su propia conducta, la depravación de la actividad sexual" (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de

Por otro lado, la conducta de facilitar es definida por la Real Academia Española como "Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin". De modo que se pretender abarcar todas las conductas que hagan posible o factible la realización de los actos de entidad corruptora. En consecuencia, se está incluyendo como autor del delito a una persona que colabora con la promoción de la corrupción efectuada por otra persona. Esta colaboración puede ser esencial como también facilitadora[24]. Por ejemplo, puede ser la persona que contacta a un niño por otra haciendo posible la promoción de la corrupción de la víctima. También puede ocurrir que la persona preste temporalmente una vivienda para que se promueva la corrupción de menores, lo cual facilitaría la ejecución de estos hechos.

Es evidente que la persona que facilita no puede a su vez promover la corrupción, sino que la intención del legislador fue incluir como autor de este delito a todos los partícipes en la comisión de este delito, más allá de la conducta que realicen. Desde ya, dentro de la escala penal, puede diferenciarse el reproche a la persona que promueve la corrupción con la persona que sólo la facilitó. Esta facilitación puede darse por actuar comisivo u omisivo cuando hay un deber de garante. Es decir, puede facilitar la persona encargada de cuidar a un niño que hace posible que otra persona realice actos de entidad corruptora en su perjuicio y no realiza ninguna medida para impedirlo o denunciar tal situación[25].

Santa Cruz, 19/8/2008, "A; G. A.", La Ley Online, AR/JUR/6917/2008).

[23] NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., pág. 345. En forma coincidente, FONTÁN BALESTRA sostiene que "No parece imaginable la comisión de este delito mediante una omisión, pues no se ve cómo puede inducirse a otro a realizar actos de naturaleza sexual mediante un no hacer. Se requiere aquí una actividad dirigida a un determinado fin", FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 262. Por su parte, CREUS que "La promoción requiere actividad; no es posible la comisión por medio de omisiones", (CREUS, Carlos, ob. cit., pág. 215).

[24] Para NÚÑEZ, esta conducta sería la participación en la promoción de la corrupción de menores (NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., pág. 347). Igual criterio tiene FONTÁN BALESTRA (FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., págs. 264 y 265). Al respecto, se ha dicho que "Se consideró partícipe necesaria del delito de corrupción de menores, por omisión, a la mujer que estaba presente cuando el reo perpetraba actos depravados con el hijo de ésta, de sólo tres años de edad, y no hizo nada para evitarlo" (ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados de jurisprudencia*, 3ra. Edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2008, pág. 511, jurisprudencia allí citada, nota 137).

[25] "La actuación de la imputada, por cierto garante del menor por su guarda, no fue la de mantener silencio sobre la conducta que sería reprochable en su hijo, sino por el contrario la de fomentar su producción permitiendo que ambos estén juntos y hasta aprobando los abusos contemplados. En cuanto al agravio de la defensa sobre la aplicación por parte del magistrado de la figura en estudio desde la omisión impropia, destacamos que el imputado miró con indiferencia, teniendo una actitud comisiva contraria a sus deberes cuando precisamente era su misión evitar la victimización de quienes estaban a su cargo. Debía contener y resguardar, pero en cambio brindaba la cobertura en cuanto al lugar y oportunidad para que sucediera lo denunciado en autos" (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala VI, 31/5/2010, "B; V. M.", causa N° 39.483).

También se ha interpretado que facilita la corrupción el sujeto que allana este camino a la víctima, o sea, que hace posible la "auto-corrupción"[26]. Se aclara que esta conducta puede realizarse también por omisión cuando el sujeto activo tiene un rol de garante respecto de la víctima (por ejemplo, es uno de los padres)[27].

Sujeto Pasivo

La víctima debe ser un niño o una niña menor de dieciocho años de edad, lo cual, coincide actualmente con la minoría de edad. No resulta exigible que tenga una edad mínima[28]. Sin embargo, se ha afirmado, en la jurisprudencia, que por debajo de los 13 años de edad se presume una absoluta inmadurez sexual, por ende, todos los actos realizados en perjuicio de un niño o de una niña de esa edad se consideran prematuros[29].

[26] "*Facilitar* la corrupción de un menor quiere decir hacer más fácil o posible su auto corrupción, como iniciación, mantenimiento o empeoramiento de ese estado. El facilitador no es solo, en consecuencia, el que allana los obstáculos para la auto corrupción del menor, sino también el que, sin salvar impedimentos encontrados por el menor para consumar su torpe conducta, le proporciona o entrega medios favorecedores, aunque no le sean indispensables […] Por el contrario, toda cooperación o auxilio principal o accesorio en el acto del menor tendiente a su propia corrupción o de propia corrupción, implica facilitación, porque no representa la realización por propia cuenta del autor de la corrupción del menor, que es el que la realiza", (NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., pág. 348). Asimismo, se sostuvo que "Facilitar es poner a disposición la oportunidad o los medios para que el sujeto pasivo se corrompa. A diferencia del que promueve, que impulsa al hecho, el que facilita encuentra ya la víctima decidida a realizarlo" (FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., pág. 259). En sentido coincidente: "La corrupción se facilita cuando se suministran los medios para que el sujeto pasivo que quiera corromperse lo haga, o el que ya está corrompido desarrolle las actividades propias de ese estado, manteniéndolo o aumentándolo […] Por ende, es un facilitador el que no interviene en el acto corruptor y no tiene el dominio del hecho en el sentido del manejo de la relación causal, y sin tampoco incitar a la corrupción como, por ejemplo, dando ayuda para el acto principal, dando un lugar al menor para que éste realice los actos corruptores" (DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 139 y 140).

[27] "Es posible que este tipo delictivo se consume mediante una omisión. Lo que no quiere decir que se trate de un tipo delictivo de simple omisión, ya que no consiste en no hacer lo que la norma penal ordena, sino en crear, dejando de hacer algo, una situación favorable o facilitadora de la auto corrupción ajena. El delito se comete por omisión cuando el autor, teniendo el poder de dirigir o la conducta de la víctima, no lo hace y así favorece la auto corrupción del menor", (NUÑEZ, Ricardo, ob. cit., págs. 348 y 349). También se dijo que "el facilitador viene a ser un partícipe en la obra del sujeto pasivo, a la que puede concurrir –a diferencia de lo que ocurre en la promoción- tanto con actividades (p.ej., brindándole enseñanzas), como con omisiones, lo cual acaece cuando tiene el deber de impedir que el sujeto pasivo se corrompa o despliegue actividades propias de ese estado (p.ej., los padres que omiten las correcciones indispensables, estando en conocimiento de las prácticas o proyectos de sus hijos; el director de un colegio que estando en conocimiento de las prácticas sexuales aberrantes de los alumnos internos no dispone las medidas necesarias para hacerlas cesar", (CREUS, Carlos, ob. cit., págs. 216 y 217).

[28] "El texto de la ley no contiene un límite mínimo de edad para las posibles víctimas de corrupción. No se advierte el motivo por el cual el normal desarrollo de la sexualidad de una menor de cinco años debería ser excluido "a priori" de la especial tutela otorgada por el art. 125 del Código Penal", (Corte Sup. Bs. As., "Peralta, Ivón Ricardo s/ tentativa de violación", 28/12/1995, causa P. 48.544, AyS 1995 IV, 888; Corte Sup. Bs. As., "Geber, Alberto Enrique. Corrupción", 18/11/1997, causa P. 53.157).

[29] "Hay actos prematuros si durante el tiempo de ocurrencia de los hechos, el menor contaba con una edad muy por debajo del límite etario en el cual la ley juzga temprana la actividad sexual. Por debajo de los trece años la ley presume la completa inmadurez sexual de la víctima, sin importar las condiciones personales individuales. El verdadero sentido de esta forma de corrupción, la cual atiende a la inmadurez de la víctima para llevar a cabo todo tipo de actividad sexual, sin perjuicio que la mayor o menor gravedad de la conducta repercuta en la graduación de la pena", TSJ de Cba. - Sala

No resulta relevante para la tipicidad si la víctima presta consentimiento para el obrar delictivo en su perjuicio[30].

Se ha exigido que el sujeto pasivo no haya sido corrompido. Lo que significa que no haya sufrido el delito de corrupción antes y, por lo tanto, haya padecido un adelantamiento del normal desarrollo de su sexualidad. Explica Soler que "Una persona sólo una vez puede ser corrompida; los actos posteriores ya no pueden imputarse como corrupción"[31].

Desde ya, se aprecian algunas dificultades en esta concepción, ya que el autor puede no conocer esta circunstancia y, por lo tanto, estaríamos ante una tentativa de corrupción. Por otro lado, la víctima puede haber sufrido un hecho de corrupción previo y esto no significa que un nuevo acto de corrupción no agrave aún más la afectación del bien jurídico[32]. No creemos que hayan dos estadios separados entre la víctima no corrompida y la víctima ya corrompida, sino que es una progresión y un nuevo acto de corrupción puede afectar aún más la integridad sexual del sujeto pasivo[33].

Penal, Sent. N° 52, 25/3/2009, "G., José Bruno p.s.a. Abuso sexual sin acceso carnal calificado continuado, etc. - Recurso de casación".

[30] Núñez, Ricardo, ob. cit., pág. 340; y Fontán Balestra, Carlos, ob. cit. n. 15, pág. 258.
Se ha considerado que "La figura contemplada en el artículo 125 del Código Penal se configura aunque medie consentimiento de la víctima" (Trib. Casación Bs. As., Sala III, 16/08/2011, "M; A. s/ recurso de casación", causa N° 35.147).

[31] Soler, Sebastián, ob. cit., pág. 306.

[32] En este sentido, Núñez considera que también realiza la conducta de promover la corrupción cuando se excita la depravación ya existente o se la aumenta (Núñez, Ricardo, ob. cit., pág. 345). Por su parte, Creus señala que "La corrupción se promueve en dos supuestos: cuando se incita a quien no está corrompido a que se corrompa, o sea, cuando se lo impulsa a que adopte una conducta sexual prematura o depravada; así como cuando se incita a quien ya puede considerarse corrompido a mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad de su propia corrupción" (Creus, Carlos: cit. n. 5, pág. 215).
Se ha pronunciado también la jurisprudencia: "El delito de corrupción es de carácter formal y no exige que la víctima sea una persona no corrupta. En consecuencia, es irrelevante a los efectos del reproche penal que el menor víctima haya consentido en ejecutar los actos aquí juzgados poniendo de resalto su catadura moral y quizás la circunstancia de que estaba ya corrompida, pues todo acto realizado en una línea de conducta hace que esa conducta se afiance por reiteración de los mismos, los que conforme sea su calidad llevarán al hombre que los ejecuta al vicio o a la virtud. En el caso de autos, no cabe duda de que los actos ejecutados han constituido un escalón más en la corrupción del menor aun cuando se aceptara la tesis de que el menor víctima estaba ya iniciado en el vicio", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 7, 30/4/92, "Pérez, Luis", causa 17.013 .

[33] En similar sentido se ha dicho que "Lo roto puede aún serlo más, lo que ocurre con la corrupción, ya que esta admite gradaciones. Los que niegan la posibilidad de este delito respecto del corrompido, olvidan que en aquél, a más de lo expuesto, existe una estimativa de la libertad sexual que se lesiona cada vez que se corrompe conforme a los casos del art. 125 y los medios o situaciones a que éste alude, libertad que es igualmente visible en supuestos del art. 126. Se olvida con ello que de la misma manera que el violado o la violada, tengan o no buena fama, pueden volver a serlo, sin que por ello desaparezca el delito de violación; así, también el corrompido puede serlo una vez más, pues lo que en fin de cuentas

También se ha exigido que la víctima tenga la posibilidad de ser afectada por la conducta con entidad corruptora[34]. Por ejemplo, si el niño es de muy temprana edad y no puede ser afectado por la conducta de ninguna forma por la conducta del sujeto activo podría considerarse que no está dada la tipicidad objetiva[35]. Lo cual, también puede depender del tipo de acto realizado. Sin perjuicio de lo cual, en este supuesto estaríamos ante una tentativa de corrupción[36].

Tipicidad Subjetiva

La figura de corrupción es dolosa y exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los actos de entidad corruptora o de facilitarlos por su obrar[37]. También debe tener

se contempla no es 'solo' su corrupción –aspecto subjetivo-víctima– sino aquella otra que debe ser referida al pudor supra individualmente concebido y que se protege en los preceptos legales indicados", LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel, "Notas en torno a la corrupción de menores", Jurisprudencia Argentina, 1946-III-673 (Comentario al fallo "R., P. y otra", Cam. Criminal y Correccional de Mercedes, 12/3/1946, pags. 682 y 683).

[34] "En relación con la corrupción, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar la necesidad de que el sujeto pasivo sea una persona capaz de comprender la naturaleza del acto corruptor" (FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., pág. 258).

[35] "La determinación de las condiciones personales del sujeto pasivo, principalmente su grado de madurez psíquica, son de una trascendencia típica que deben ser valoradas para encuadrar el hecho en el delito de corrupción de personas o en el de abuso deshonesto —en el caso, se calificó dentro de esta figura la conducta del imputado que en una única oportunidad había tocado a una nena con su miembro viril, eyaculándole en la espalda—, pues comprobándose que el ofendido es un menor de muy corta edad, incapaz de comprender la naturaleza de los actos, o de un enfermo mental que tampoco puede discernirlos, los actos sexuales no podrán tipificar la corrupción, por la imposibilidad de incidir en la psiquis o salud mental o moral del sujeto pasivo, distorsionando el sentido natural y sano de la sexualidad", (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de Santa Cruz, 9/12/2008, "B; L. R.", La Ley Online, AR/JUR/26460/2008).

[36] "El delito puede, también, resultar imposible si la víctima es incapaz de receptar la incitación depravadora. Por ejemplo, si tiene pocos meses o más, o se trata de un menor ciego, que no puede padecer la influencia de las exhibiciones corruptoras", (NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., págs. 367 y 368).

[37] Se ha considerado que "El tipo penal del artículo 125 del Código Penal pretende reprimir aquellas prácticas sexuales que, por sus características objetivas -prematuras, perversas o excesivas-, resultan idóneas en sí mismas para depravar sexualmente a la víctima, interfiriendo en su libre crecimiento sexual, bastando que el autor tenga conocimiento de esa idoneidad, sin que resulte necesario que la provocación de dicho estado en la víctima esté presente en el plan del autor como un objetivo específicamente perseguido" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 9/6/2011, "G. O., R. D. s/ recurso de queja", causa N° 43.323). En similar sentido: "El dolo específico contemplado por el art. 125 del Cód. Penal no es el de corromper a la víctima, sino simplemente el de realizar actos libidinosos, se tenga o no en vista la corrupción misma; es decir que basta con que el acto cumplido tenga la capacidad e idoneidad suficiente para torcer prematuramente el instinto sexual" (Cam. Nac. Casación Penal, Sala IV, 23/11/2001, "De Bunder, Sergio R.", La Ley Online, AR/JUR/3119/2001). Asimismo, se dijo que "Se encuentra plenamente satisfecho el dolo propio de la figura legal contenida en el artículo 125 del código de fondo, en tanto el sujeto activo conoció positivamente la entidad corruptora de su actuación, y quiso llevarla a cabo" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 12/2/09, "M., C. A. s/ recurso de casación", causa N° 22.518.

conocimiento de la edad de la víctima[38]. Sin perjuicio de lo cual, hay cierto sector de la jurisprudencia exige que dentro del plan de la acción estuviera la corrupción de la víctima[39].

Tentativa

Este delito admite la tentativa inacabada cuando se verifica que el autor sin llegar a someter a la víctima a actos de entidad corruptora, ha realizado una conducta inequívocamente demostrativa de su propósito de llevarla de inmediato a efecto[40]. Lo dificultoso en estos casos es acreditar que la conducta resulta inequívoca, pero si puede ser probada, nada obsta en que estemos ante una tentativa de corrupción de menores.

El otro supuesto es el que mencionamos anteriormente de la víctima que no tiene la capacidad para ser afectada por el acto de entidad corruptora.

Agravantes

Las circunstancias agravantes están vinculadas con la edad de la víctima (menor de trece años), con la forma de comisión —engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción— y con las calidades del autor —ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda—.

[38] "Para que el tipo subjetivo del artículo 125 del Código Penal se encuentre abastecido resulta suficiente que el autor conozca la edad de la víctima y además que los actos que realiza, por su naturaleza, sean capaces de corromperla" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 28/10/2008, "Q; J. R. s/ recurso de casación", causa N° 26.526).

[39] "La acción de promover la corrupción es siempre indicativa de que la intención del autor no es únicamente obtener una limitada o esporádica satisfacción de su pulsión sexual, sino lograr el fin último de obtener la corrupción o depravación de la víctima" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala III, "A; J. L. s/ recurso de casación", causa N° 41.753). Asimismo, se dijo que "Si la intención del imputado estaba dirigida, más que a someter a las menores a un estado de corrupción, que es la exigencia del tipo penal, solamente a involucrar sexualmente a la víctima en su proyecto sexual, no puede imputársele el delito de corrupción", (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala I, 7/10/2003, "Romero, Bernardo", causa N° 21.990).

[40] NUÑEZ, Ricardo, ob. cit., págs. 367 y 368. En similar sentido, DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 150. Explica FONTÁN BALESTRA que "Es posible la tentativa. No puede negarse que entre la manifestación de voluntad inicial y el hecho consumado se sucede sin solución de continuidad una serie de actos que pueden descomponerse en momentos, entre los cuales están dirigidos dolosamente y en forma inequívoca al logro del fin de corromper, que no llegan a tener el daño potencial necesario para la consumación" (FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., págs. 264 y 265). Por su parte, CREUS sostiene que "Es admisible la tentativa, la que se da cuando el autor ha realizado actos con finalidad depravadora, sin que éstos hayan alcanzado todavía a la víctima (p.ej., comenzar a proyectar un filme obsceno, cuya proyección interrumpen unos terceros antes de que se pasaran las escenas de idoneidad depravadora)" (CREUS, Carlos, ob. cit., pág. 224).

Debido a que la edad de la víctima (menor de trece años) es considerada por sí una circunstancia agravante, se ha considerado que no resulta aceptable para justificar una mayor pena en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal[41].

En relación con las circunstancias agravantes por la forma de comisión se ha exigido que haya una conducta activa por parte del autor del hecho, no bastando el "temor reverencial"[42]. Se aclara que "El engaño debe ser apto para que la víctima incurra en error sobre la naturaleza del acto que se realiza y debe ser decisivo para ella"[43]. La violencia debe estar destinada a quebrar la voluntad de la víctima para operar como agravante y no ser parte del acto con entidad corruptora como ocurriría con el sadomasoquismo)[44]. La amenaza debe constituir "el anuncio por el agente a la víctima de un mal (para ella o para un tercero)"[45]. En cambio el abuso de poder se configura cuando el autor utiliza un poder que tiene sobre la víctima para realizar el acto con entidad corruptora[46]. Se

---

[41] "La corta edad de la víctima en los delitos de abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores, también ambos agravados por el vínculo, es un recaudo típico, por lo cual no debe contemplarse como circunstancia agravatoria de la pena" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 3/2/2011, "B., A. F. s/ recurso de Casación", causa N° 32.645). También se sostuvo que "Es violatorio del ne bis in idem, la ponderación de la edad de la víctima como pauta agravante de la pena, pues la minoridad de la víctima es integrativa del tipo penal por el que se lo juzgó y condenó" (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 3/7/2009, "Pintado, Eduardo Oscar s/ recurso de casación", causa N° 10.377).

[42] SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 311.

[43] FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., pág. 264.
Por ejemplo, mediante la exhibición de material pornográfico y el suministro de estupefacientes: "Corresponde procesar como coautores del delito de corrupción de menores agravada por mediar engaño a quienes, valiéndose de la exhibición de material pornográfico de contenido pedófilo y de la provisión de estupefacientes, habrían desviado el desarrollo psico-sexual de un menor hasta lograr que éste consintiera mantener relaciones sexuales con ellos, pues el engaño se traduce en el trabajo previo tendiente a que la víctima tomara como conductas normales, las prácticas sexuales a las cuales sería sometido" (Voto de Pociello Argerich, Cam. Nac. Crim. Corr, Sala V, 7/10/2008, "C; J.", La Ley Online, AR/JUR/8692/2008). También puede hacerle creer a la víctima que están haciendo un juego: "Corresponde subsumir la conducta del imputado en el delito de promoción a la corrupción de menores, agravada por mediar engaño (art. 125 "in fine" del C.P.), pues si el hecho asumió la engañosa modalidad de un juego mediante el cual el imputado logró despojar a la niña de ocho años de edad de sus ropas, para luego someterla a tocamientos lascivos -actividad que juzgada en relación con la posterior agresión sexual de mayor intensidad- permite establecer una prospectiva en el sujeto activo que buscaba soliviantar el instinto sexual de la pequeña dejándola a merced de sus perversos actos, lo cual denota que el engaño inicial fue instrumentado al servicio de la actividad corruptora globalmente considerada" (Trib. Casación Bs. As., 21/8/2007, "G; C. s/ recurso de casación interpuesto por el M. P. F.", causa N° 9660). En igual sentido, DONNA: "Se induce a la víctima a error a través de simulaciones del objetivo del autor, que lleva a la víctima a intervenir en ellos, como es el caso de hacer participar al menor en juegos" (DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 144).

[44] CREUS, Carlos, ob. cit., pág. 226.

[45] CREUS, Carlos, ob. cit., pág. 226.
Asimismos, se sostuvo que "Resulta atinado el encuadre típico en el delito de promoción a la corrupción de menores agravada por amenazas, ya que las aberrantes y depravadas acciones realizadas sobre niños de escasa edad, conllevan una clara afectación de la sexualidad de los menores, y se justifica la agravante de amenazas si las declaraciones del niño fueron claras en cuanto a que el imputado los obligaba a realizar los hechos aberrantes porque ellos "no querían", y los intimidaba diciendo que si se oponían al acto sexual se arremetería a golpes con el otro niño" (Cam. Nac. Casación Penal, Sala IV, 30/12/2009, "Mansilla, Martín Germán s/ recurso de casación", causa N° 9.580).

[46] CREUS, Carlos, ob. cit., pág. 226.

exige que sea un poder efectivo "insertado en una relación jurídica preexistente y actual, pública o privada"[47]. Residualmente, quedan comprendido en la agravante cualquier otro medio de intimidación o coerción. La intimidación "abarca todo procedimiento tendiente a que la víctima tema una consecuencia dañosa para ella si no se presta al acto depravador"[48], pudiendo comprender una situación que la víctima considere como amenazante, sin que se haya producido una manifestación expresa por parte del sujeto activo.

La agravante por la calidad de autor es aplicable por el vínculo existente, sin resulta exigible de acuerdo a la redacción legal que se haya abusado de un deber de confianza o del rol de autoridad[49]. Cuando se refiere al encargado de la guarda no se distingue si es transitoria o permanente[50], tampoco si fue conferida judicialmente o surge de una situación de hecho (por ejemplo, el padrastro de la niña víctima)[51].

Concurso con otros Delitos

No existe ningún impedimento para que el delito de corrupción de menores concurra en forma ideal con el delito de abuso sexual previsto en el art. 119 del Código Penal. Es indudable que en muchos casos, la corrupción se produce mediante actos tipificados en ese artículo del Código Penal como pueden ser manoseos en las zonas genitales, la introducción de un dedo u otro objeto por la cavidad vaginal o anal, la práctica del sexo oral, el acceso carnal por la vía vaginal o anal. En esos supuestos estaremos frente a un concurso ideal, siendo aplicable el art. 54 del Código Penal[52].

[47] Creus, Carlos, ob. cit., pág. 226.
[48] Creus, Carlos, ob. cit., pág. 226.
[49] Fontán Balestra, Carlos, ob. cit., pág. 264.
[50] En la jurisprudencia se sostuvo que "El art. 125 del C.P. califica la corrupción cuando es cometida por el encargado de la educación o guarda sin distinguir entre guarda transitoria o permanente" (Sup. Corte Bs. As., 26/9/1989, "P., G. s/ Abuso deshonesto calificado", causa P. 33.149, AyS 1989-III, pág. 523). Asimismo, se dijo que "Tanto el inciso b del artículo 119 como el "in fine" del artículo 125 del Código Penal, al mencionar la agravatoria de ser el sujeto activo encargado de la guarda, no exigen requisito alguno vinculado con la permanencia o temporalidad de la guarda para que el hecho resulte agravado" (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 21/10/2004, "E., J. M. s/ Recurso de casación", causa N° 8.851).
[51] "La guarda como agravante no es sólo la conferida por el juez sino una circunstancia jurídica, social o de hecho que permita al autor cumplir con el rol de jefe del hogar, facilitándole oportunidades apropiadas para cometer el delito" (Sup. Corte Bs. As., 9/4/1996, "Villalba, Horacio. Violación", causa P. 43.860).
[52] La jurisprudencia ha dicho que "Es infundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denunció la violación del art. 54 del C.P. pues, sin perjuicio de otras consideraciones que podrían formularse, que entre la violación y la corrupción existiera concurso aparente de leyes -tal lo solicitado por la defensa- no obstaría la mediación de concurso ideal de delitos en tanto concurre el doble encuadramiento del mismo hecho, propio del concurso ideal. Y, el concurso ideal de delitos no es incompatible con el concurso aparente de leyes; la circunstancia de que entre dos tipos pudiese existir lo que se ha dado en llamar "concurso aparente" no torna legalmente imposible la concurrencia de ellos en un concurso ideal de delitos (la creencia contraria se origina en confundir dificultad o imposibilidad fáctica con

Por el contrario, DONNA plantea que estamos ante un supuesto de consunción, por ende, no puede haber concurso ideal entre ambas figuras[53].

Por el contrario, creemos que el delito de corrupción desplaza al delito previsto en el art. 120 (abuso sexual aprovechándose de la inmadurez), porque se prevé expresamente que esta figura es aplicable sólo cuando la conducta no queda subsumida en otro delito con una pena más grave. En este caso, entonces, el concurso es aparente y el delito previsto en el art. 120 resulta desplazado por la figura de corrupción de menores.

imposibilidad jurídica). Porque ambos "concursos" tienen distintas esencias jurídicas y, por consiguiente, tal heterogeneidad deriva en que no pueden ser tenidos por recíprocamente excluyentes" (Sup. Corte Bs. As., 2/11/2005, "C; N. W. Violación en concurso ideal con corrupción de menores", causa P. 66.349). Asimismo, se sostuvo que "El juez de grado entendió que existía un concurso real entre ambos delitos. Esta última hipótesis no resulta aceptable, pues la imputación que se dirige al encausado tuvo su génesis a raíz de un mismo acto que, si bien ha "caído en más de una sanción penal" (conf. artículo 54 del Código Penal), no puede ser considerado como dos hechos independientes en los términos del artículo 55 del mismo ordenamiento sino como un concurso ideal" (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala V, 11/03/2011, "V. P. A. L.", causa N° 40.857). Con similar criterio: "No puede afirmarse que entre los delitos de corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal exista un concurso aparente de leyes, sino un concurso ideal de delitos —en el caso, se condenó al imputado como autor de ambos delitos al haber mantenido relaciones sexuales con su hija, con quien tuvo hijos—, pues ninguna de las normas aplicables, tomadas aisladamente, agotan el total del injusto, toda vez que la corrupción requiere un componente psicológico, su existencia impide que haya una relación de consunción, accesoriedad, subsidiariedad o subordinación entre ambos tipos penales y éstos no se excluyen recíprocamente" (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 4/10/2006, "Pérez, Roberto s/ recurso de casación", La Ley Online, AR/JUR/8045/2006).

[53] "El tipo de corrupción no se confunde con otros tipos penales contra la integridad sexual, que regula nuestro Código Penal. Ni quien abusa sexualmente, ni quien estupra, ni quien realiza exhibiciones obscenas, es al mismo tiempo un corruptor", DONNA, ob. cit., pág. 147.

Jurisprudencia Sobre Corrupción De Menores

Bien Jurídico Protegido

El ilícito contra la integridad sexual contemplado en el artículo 125 del Código Penal tiene por bien jurídico protegido la formación de la sexualidad, esto es, su normal desarrollo. Por ello, lo que se reprime es la influencia negativa en el libre crecimiento sexual de las personas, la que se produce con la realización de actos sexuales prematuros, excesivos o perversos. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 25/09/2007, "C; R. E. s/ recurso de casación", causa N° 11431; Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 25/06/2009, "O; J. A. s/ recurso de casación", causa N° 35460).

Tipicidad Objetiva

a) Acción típica

1. No teniendo el art. 125 por núcleo la referencia a quien corrompiere sino a quien "promoviere o facilitare" la corrupción el tipo no requiere, entonces, que se produzca la concreta corrupción. Pero, en el otro extremo, no basta con la pura actividad de ejecutar actos idóneos para corromper. Promover significa "iniciar", "comenzar", "empezar", "dar principio a una cosa", "adelantar" algo -"procurando su logro"-, "mover", "llevar hacia adelante". De modo que para perfeccionarse este núcleo no es necesario que se concrete la corrupción, pero no es suficiente que se realicen actos idóneos para ello: se requiere que el autor inicie (comience, empiece, dé principio, mueva, lleve hacia adelante) la corrupción del sujeto pasivo. Y facilitar significa crear las condiciones para que algo sea posible o pueda hacerse "sin mucho trabajo" o pueda "suceder con mucha probabilidad". (Sup. Corte Bs. As., 7/12/1993, "Leañez, Máximo Rufino. Corrupción", LL 1994-A, 446 – ED 165, 1069; Sup. Corte Bs. As., 28/12/1995, "Peralta, Ivón Ricardo s/ tentativa de violación", causa P. 48544, AyS 1995 IV, 888; Sup. Corte Bs. As., 18/11/1997, "Geber, Alberto Enrique. Corrupción", causa P. 53.157; Sup. Corte Bs. As., 12/07/2000, "Lezcano, Ramón Eusebio. Corrupción calificada", causa P. 60.359; entre muchos otros).

2. Está debidamente acreditada la promoción a la corrupción llevada a cabo por el imputado y que su conducta afectó el normal desarrollo de la sexualidad de la víctima en tanto durante un prolongado período hubo de padecer diversos abusos, todo lo cual acompañado de una prédica perversa que,

bajo una falsa actitud docente, pretendió mostrarle lo bueno que en verdad constituían prácticas dañinas para la formación de su incipiente personalidad, asimismo haberle regalado prendas íntimas impropias de su edad y haberla fotografiado en actitud claramente impúdica, aprovechando las ausencias maternas y el temor que el imputado infundía en su víctima para lograr una actitud sumisa, a lo que se suma el trato de padre dispensado por la menor. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala I, 10/05/2010, "Pineda, Luis Ángel s/ recurso de casación", causa N° 11558).

3. Comete el delito de corrupción de menores quien invitó a su casa a un grupo de menores del mismo sexo a los fines de realizar sesiones de videos pornográficos, actos de tocamiento y masturbación e ingerir bebidas alcohólicas, en tanto la práctica de dichos actos grupales puede llevar al convencimiento de las víctimas de que ella es la actividad sexual normal entre personas del mismo sexo. (Sup. Trib. Justicia de la Provincia de San Luis, 02/07/2008, "García, Carlos", La Ley Online, AR/JUR/7850/2008).

4. "La rubrica con la que el legislador ha identificado el Título II, del Libro II del Código Penal Ver Texto, "delitos contra la integridad sexual", señala que el significado penalmente relevante de los comportamientos típicos allí descriptos, no se vincula simplemente con la afectación de la libertad sexual, sino que incluye también aspectos de indemnidad e intangibilidad referidos sobre todo a los menores de edad y, especialmente, a la franja de estos, comprendida hasta los 13 años. Justamente, el período de desarrollo sexual de la menor víctima en esta causa, conforme ha quedado demostrado en la sentencia y admitido por el propio imputado y su asistencia letrada. Esto es congruente con la axiología constitucional, particularmente a partir de la reforma de 1994, donde al principio de dignidad humana históricamente asumido se sumaron los criterios que impone la "Convención de los Derechos del Niño" (art. 19 , apart. 1 y art. 34) y el principio 2 de la "Declaración de los Derechos del Niño ". En tal sentido, el art. 125, CPen. considera disvaliosa la intromisión abusiva y por esto ilegítima de un adulto en la esfera de desarrollo sexual del menor, considerando fundamento de agravación la circunstancia de que esa injerencia se concrete por parte de un conviviente, como es el caso de L. M. -párr. 3º del art. en cuestión-. De esa forma se pretende asegurar el derecho del menor a un desarrollo libre y progresivo de su sexualidad que implica excluir interferencias que abusen de su situación de vulnerabilidad. En esto se expresa la búsqueda de cierta intangibilidad frente a los intercambios de contenido sexual que supongan una instrumentalización del sujeto o de acuerdo a la edad, un condicionamiento ilegítimo de su

desenvolvimiento madurativo. Se trata pues de una consideración normativa, en tanto la integridad sexual es asumida como derecho del menor, que busca preservarlo de la relación de prevalencia obvia de los adultos en ese campo específico”, (Voto del magistrado Yacoboucci, Cám. Nac. de Casación Penal, Sala II, 18/07/2008, causa “L. M., R.”).

5. “La corrupción importa la depravación o lujuria de la conducta sexual, que puede consistir en la perversión de la ejecución de los actos sexuales o en la precocidad, como, por ejemplo, que los actos depravados promuevan o faciliten una notoriamente extemporánea irrupción de la víctima en aspectos de la sexualidad”. (Cfr. C.Nac. Crim. y Corr., Sala 6ª, 11/6/2003, "Aramoni, Héctor Hugo").

6. También se ha considerado que “En orden al bien jurídico protegido por el tipo penal de la promoción a la corrpución de menores, se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones. Es el derecho que los menores de edad tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual”, TSJ de Cba. - Sala Penal, Sent. N° 52 del 25/03/2009, "G., José Bruno p.s.a. Abuso sexual sin acceso carnal calificado continuado, etc. - Recurso de casación".

7. El tipo penal contenido en el artículo 125 del Código de fondo no viola el principio de legalidad, en tanto los verbos típicos promover y facilitar, acusados de vaguedad, deben complementarse al momento de la interpretación con las circunstancias del caso, a fin de verificar si se da en el supuesto concreto el delito de corrupción. (Trib. Casación Bs. As., 19/05/2011, "C., O. A. s/ recurso de casación", causa N° 41755).

I) Promover o facilitar

8. El núcleo "promover" contenido en el art. 125 del C.P. significa "iniciar", "comenzar", "dar principio a una cosa", "adelantar" algo -"procurando su logro"-, "mover", "llevar hacia adelante". De modo que para su perfeccionamiento, no es necesario que se concrete la corrupción, pero no es suficiente que se realicen actos idóneos para ello: se requiere que el autor "inicie" la corrupción. (Sup. Corte Bs. As., 15/11/1988, “H., A. s/ Corrupción calificada”, causa P 37610, AyS 1988-IV, 328).

9. La redacción "promover" utilizada en el tipo -entendida como procurar la corrupción respecto de aquel cuya conducta sexual no está depravada, o al menos pretende excitar o aumentar la ya existente-, y la de "facilitar" -esto es, hacer fácil o posible que el sujeto pasivo que quiera corromperse lo haga o se mantenga o aumente su estado de anterior depravación-, más se vincula con el carácter formal del delito que con la exclusión del depravador directo. Es que el delito no requiere, para su perfección típica, la corrupción efectiva del sujeto pasivo, alcanzando con que la conducta del sujeto activo se enderece hacia ella mediante la promoción o facilitación de aquella. (Trib. Casación Bs. As., 21/08/2007, "G; C. s/ recurso de casación interpuesto por el M. P. F.", causa N° 9660).

II) Acceso Carnal

10. El acceso carnal no es un requisito exigido por el tipo penal previsto en el art. 125 del Código Penal. (Sup. Corte Bs. As., 18/11/1997, "Geber, Alberto Enrique. Corrupción", causa P. 53.157).

III) Manoseo

11. Las conductas de tocamientos y frotes sobre el cuerpo de un menor, no dan cuenta de enseñanzas u órdenes de prácticas idóneas para corromper, sino que constituyen el sometimiento de la víctima al abuso sexual. <u>MINORÍA</u>: Colocar en forma reiterada el pene entre los glúteos del menor víctima con movimientos de fricción y frotación, denota una acción pedófila de tipo pederasta que da paso a la promoción de la corrupción, pues son actos forzados, prematuros, de significación perversa, próximos a la sodomización, idóneos para alterar la salud sexual de la víctima. (Trib. Casación Bs. As., Sala III, 12/05/2011, "Á. V., E. s/ Recurso de Casación", causa N° 22835).

12. Incurre en el delito de promoción de la corrupción de menores, contenido en el art. 125 del Código Penal, quien en diversas ocasiones realizó tocamientos en la zona vaginal de un menor, desde que la reiteración de dichas acciones tiene entidad para alterar la sexualidad del menor que padeció estas conductas lascivas de parte del encartado. (Sup. Trib. de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, 26/02/2008, "A. y C., M. A.", La Ley Online, AR/JUR/162/2008).

IV) Ausencia de Relación Sexual

13. Debe confirmarse la sentencia que condenó a un hombre por el delito tipificado en el artículo 125, primer párrafo, inciso primero, del Código Penal, redactado según ley 23.077, pues, aun cuando el acusado no mantuvo relaciones sexuales con las víctimas menores de edad, se acreditó que realizó conductas de claro contenido sexual, tendientes a depravar el comportamiento de aquellas en cuanto hizo que se quitaran su ropa y les sacó fotos de contenido sexual prematuro por la edad de las víctimas, inmaduras para llevar a cabo todo tipo de actividad sexual. (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de Córdoba, 19/12/2008, "P; N. A.", La Ley Online, AR/JUR/21232/2008).

14. Cometió delito de corrupción agravada de menor de doce años, el procesado -maestro de catecismo de las dos víctimas-, que exhibió revistas pornográficas a las menores y realizó, con una de ellas, distintas conductas sexuales, frente a la otra, que resultaron ser prematuras y perversas, ya que la corrupción es un tipo penal de tendencia, que busca la depravación de la víctima en su aspecto físico-psíquico sexual, siendo irrelevante que tal finalidad se consiga o no. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala I, 28/03/1994, "García, Omar R.", causa N° 43391).

V) Relación Incestuosa

15. No se debe equiparar "incesto" con "corrupción" —en el caso, se descartó esta figura y se confirmó la resolución que condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la edad de la víctima—, pues el vínculo paterno-filial entre sujeto activo y pasivo reviste una agravante de la figura básica, en tanto que la corrupción, es el resultado materializado en la psiquis de la víctima, que la conduce a realizar conductas depravadas en el área de la sexualidad. (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de Santa Cruz, 19/08/2008, "A; G. A.", La Ley Online, AR/JUR/6917/2008).

VI) Entrega de dinero a la víctima. Relación con la prostitución

16. La entrega de dinero a una menor de edad para que se preste a la realización de tocamientos en sus partes íntimas, constituye un caso claro de corrupción de menores, que excede el delito de abuso sexual simple y se encuentra destinado a torcer el normal desarrollo sexual de la menor. "La corrupción constituye una modalidad específica de la prostitución, en la que no solamente se somete a la práctica venal de la sexualidad del

individuo, sino que se deteriora la formación de su personalidad, por efecto de psicológica sumisión al ejercicio de la prostitución" (cita a Donna). (Cam. Nac. Crim. Corr, Sala I, 31/05/2004, "Aguante, Ricardo", causa N° 23638).

VII) Comprobación del Daño Psíquico

17. Para verificar la presencia de corrupción —en el caso, se descartó esta figura y se confirmó la resolución que condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la edad de la víctima—, el sujeto pasivo debe evidenciar un estado de depravación o que la acción haya dejado huella profunda en su psiquismo, al torcer el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad o bien la deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución, sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal, para su propia conducta, la depravación de la actividad sexual. (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de Santa Cruz, 19/08/2008, "A; G. A.", La Ley Online, AR/JUR/6917/2008).

18. El delito previsto en el art. 125 del C.P. exige para su configuración que se impulse al menor a su degradación, pervirtiéndolo y provocando en él una verdadera degradación moral. Una acción resulta corruptora cuando deja en el menor una inocultable secuela en su psiquismo, deformando su carácter a tal punto de crearle graves anomalías con relación al sexo. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala VII, 22/11/2002, "Zorzenón, María E.", causa N° 19975).

19. La corrupción tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora a la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad. La acción corruptora debe ser medida en un sentido biológico-natural, ya que el olvido de ese doble aspecto, es uno de los motivos que han llevado a asimilar, erróneamente, la corrupción al abuso deshonesto. Un tocamiento obsceno es un acto que no pervierte, por si solo, el sentido de la sexualidad, si bien tiene una influencia psíquica en la víctima, el rastro que deja puede no alterar el curso normal en el desarrollo del sexo. Toda evidencia de victimización sexual impacta de algún modo en el desarrollo futuro de la sexualidad y de la personalidad en general, mas ello depende de factores múltiples con relación a la propia víctima, al entorno emocional-familiar, a la práctica de un tratamiento adecuado, etc. Si todo acto que deje una secuela en la esfera psicológica constituye de por sí corrupción, la introducción de la hipótesis prevista en el

inciso a) del art. 119 del C.P. -en punto al daño en la salud mental- carecería de todo sentido. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala V, 11/11/2002, "Mille, Francisco Javier", causa N° 20177; Cam. Nac. Crim. Corr., Sala de Feria B, 28/01/2004, "Santamaría, Eduardo y otro", causa N° 170).

20. Si se encuentra acreditado que durante tres años el incuso llevó a cabo abusos sexuales y acceso carnal vía vaginal respecto de la menor de 13 años de edad, actos que se repitieron durante el mencionado segmento temporal, y si los estudios realizados a la menor revelan un síndrome post traumático por shock emocional por victimización sexual, con compromiso de la vida emocional y evolución psicosexual junto con relato de vivencias de abusividad constantes en el tiempo con elementos de coerción y amenazas, debe confirmarse el auto que dispuso el procesamiento del imputado en orden al delito de corrupción. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala IV, 15/04/2003, "Machado, Nicolás", causa N° 21050).

VIII) Delito Formal de Peligro Concreto

21. La corrupción de menores es un delito formal de peligro concreto, donde el ilícito se consuma con la sola realización de los actos objetivamente idóneos para depravar y con el fin de corromper; el daño psicológico en la víctima no resulta un extremo requerido por el tipo penal en estudio. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 26/03/2002, "F; R. R. s/ recurso de casación", causa N° 5117).

22. El delito de corrupción de menores no es de resultado material sino meramente formal, es decir, que a los efectos se subsumir jurídicamente los hechos atribuidos al procesado no es menester comprobar una efectiva corrupción de la víctima, sino únicamente acreditar que la conducta del imputado resulte idónea para promoverla o facilitarla en el caso. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 21/10/2004, "E.,J. s/ Recurso de casación", causa N° 8851).

23. Tratándose de un delito de peligro, durante la vigencia del art. 125 C.P. de acuerdo con la ley 23077, bastaba para la consumación que el autor realice aquellos actos reputados como idóneos para corromper, sea con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 04/05/2006, "C., A. s/ Recurso de casación", causa N° 15141).

24. La facilitación de la corrupción de menores es un delito de carácter formal, de allí que no sea necesario para su configuración comprobar una efectiva corrupción de la víctima, sino que la conducta del encausado resulte idónea. (Trib. Casación Bs. As., Sala I, 24/04/2007, "N; P. s/ recurso de casación", causa N° 11461).

25. Por no tratarse, la corrupción de menores, de un delito de resultado, no es necesario que la víctima alcance finalmente un estado de corrupción para lograr la consumación; basta para su tipificación la realización de actos tendientes a corromper al menor. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 09/06/2011, "G. O., R. D. s/ recurso de queja", causa N° 43323)

26. Al no tener el art. 125 del Código Penal por núcleo la referencia a quien corrompiere sino a quien "promoviere o facilitare" la corrupción, el tipo no requiere que se produzca la concreta corrupción. (Sup. Corte Bs. As., 14/09/1993, "D., H. s/ Abuso deshonesto agravado por el parentesco", causa P. 46527).

27. La certeza de que en fecha futura estaría desviada la sexualidad del menor no resulta exigida por la figura de corrupción de menores. (Sup. Corte Bs. As., 18/08/2004, "R; C. E. Violación", causa P. 81307).

28. Cuando los actos realizados por el sujeto activo resultan objetivamente capaces de corromper a las víctimas, se encuentra satisfecho el grado de lesividad que exige el tipo del artículo 125 del Código Penal, con independencia de las posibilidades futuras del sujeto pasivo de sobreponerse a los impedimentos derivados del ataque sexual. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 09/06/2011, "G. O., R. D. s/ recurso de queja", causa N° 43323).

29. Es improcedente el agravio en el que se cuestiona la ausencia de daño psíquico en las menores argumentando que los actos llevados a cabo por el imputado no distorsionaron la salud sexual de las víctimas, si los hechos descriptos por el tribunal -y no impugnados- constituyen un comienzo de corrupción, y el resultado al que alude, no es requerido por el art. 125 del Código Penal -texto original según ley 11.179 ordenado por dec. 3992/1984. (Sup. Corte Bs. As., 07/11/2001, "González, Gregorio. Abuso deshonesto. Corrupción agravada", causa P. 62410).

30. La presencia de huellas en el psiquismo del menor, sugestivas de la modificación de su instinto sexual, no es condición de la figura prevista en el art. 125 del Código Penal, por tratarse de un delito de los denominados "formales" (Sup. Corte Bs. As., 26/09/2001, “López, Luis Mario. Corrupción y lesiones leves”, causa P. 61273).

31. No es condición para que se configure el delito de corrupción -en el caso, agravada por haber sido cometido por el encargado de la guarda y educación de la víctima-, la presencia en la psiquis de la víctima de una modificación de su instinto sexual, pues los actos corruptores son aquellos actos de lujuria que siendo prematuros por la edad o depravados por su clase, tengan la entidad objetiva suficiente para producir sobre el espíritu de los menores una deformación psíquica que los altere moralmente, produciendo un vicio o una perversión del instinto sexual. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala IV, 23/11/2001, “De Bunder, Sergio R.”, La Ley Online, AR/JUR/3119/2001).

32. La acción de corromper es la que deja una huella psíquica de carácter deformante o perverso, torciendo el sentido biológico y sano de la sexualidad y un solo acto alcanza para que se configure el ilícito, siendo además indiferente que el ataque sea ocasional o que se no se hayan comprobado consecuencias en la psiquis de la víctima, porque la criminalidad no reside en el logro de la corrupción sino en el carácter objetivamente corruptor de los actos, resultando un delito formal de peligro abstracto y no un delito de resultado material. (Sup. Trib. de Justicia de La Pampa, Sala B, 28/06/2006, “Lloyd, Edgar A. s/ recurso de casación”, La Ley Online, AR/JUR/6281/2006).

33. “El delito de corrupción es de carácter formal y no exige que la víctima sea una persona no corrupta. En consecuencia, es irrelevante a los efectos del reproche penal que el menor víctima haya consentido en ejecutar los actos aquí juzgados poniendo de resalto su catadura moral y quizás la circunstancia de que estaba ya corrompida, pues todo acto realizado en una línea de conducta hace que esa conducta se afiance por reiteración de los mismos, los que conforme sea su calidad llevarán al hombre que los ejecuta al vicio o a la virtud. En el caso de autos, no cabe duda de que los actos ejecutados han constituido un escalón más en la corrupción del menor aun cuando se aceptara la tesis de que el menor víctima estaba ya iniciado en el vicio”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 7, causa 17.013 "Pérez, Luis", 30 de abril de 1992.

IX) Influencia de la Valoración Social y Cultural

34. Entiendo que todos los delitos que se edifican sobre conceptos sociales o culturales, sufren el impacto de la transformación del significado que tales entidades del lenguaje sufren con el correr de los años. El concepto de honestidad no era el mismo cuando el Código penal comenzó a regir en 1921 que al momento de ser cambiado el título III del Código penal por ley 25.087 en mayo de 1999. También, cuando una ley cambia totalmente el concepto de orden público en torno a una institución, como ha ocurrido con la del matrimonio, en que a partir de la ley 26.618 se admite que tenga lugar entre personas del mismo sexo (ley 26.618). Y este último acontecer ha incidido fuertemente, y esto vale para el caso, en el concepto de corrupción, puesto que los exponentes típicos, desde los penalistas medievales hasta entrado el siglo XX, fincaban en la sodomía y la iniciación de los menores en las relaciones con el mismo sexo, hoy alternativas de diversidad que, incluso, pueden concretarse en uniones con efectos legales. De manera que hoy sólo situaciones muy excepcionales de deterioro moral como las que implican despertar prematuramente la sexualidad de un menor no púber (causa 24.106); o desviarla, llevándola al exhibicionismo masivo o a la aberración (causa 25.808), vgr.: convencer acerca de la naturalidad del trato sexual entre padres e hijos (causa 16.704), pueden permitir aplicar una figura que condensaba inicialmente ideas más pacatas o victorianas. Lo hecho por el encartado, tener relaciones con mujeres que viven en comunidades en las que el nivel social acepta relaciones a edades muy bajas; que, además, poseían experiencia sexual –incluso en yacer con otros hombres- y respecto de las cuales también operó el ejemplo brindado por otros sujetos para convencerlas de tener sexo natural con el objeto de estar en condiciones de concebir un hijo, no lo veo como algo moralmente edificante pero tampoco como un quehacer aberrante, repulsivo, que hiera la integridad sexual o que constituya, como se ha dicho, "la pompa de la deshonestidad", marcando –claro está- al concepto de honestidad con el variable contenido actual. Propugno, entonces, su extrañamiento del ámbito calificatorio.

Tampoco comparto los parámetros penales empleados. Tal como lo he dicho en la causa 34.224: "En la actualidad las sanciones hay que aplicarlas, no sólo de conformidad con la ley, sino –y esto primordialmente-, de acuerdo con la Constitución. Y hoy en día, integran la Carta Magna cuatro instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que colocan en situación de primacía, primero el derecho a la vida, por sobre todos los demás,

que quedan en rangos subordinados. Es que constituye la llave para gozar de todos los demás. Incluso, el segundo derecho en rango que aparece cristalizado en dichos Convenios es el ser considerado persona, esto es, un ser con derechos y no una mera cosa o bien disponible por gobernantes y regímenes políticos". "Entonces, cuadra imponer pena en todos los demás delitos teniendo muy presente que las mayores sanciones sólo deben caber cuando las conductas atacan aquellos bienes (vida y personalidad), y no los demás protegidos en el Código Penal. La clásica cultura religiosa hispánica hizo a estos delitos -los atañederos a la defensa de la honra, la integridad o la libertad sexual-, verdaderos íconos a los que había que anexar las más severas sanciones por ligarse al pecado original. Pero hoy en día, la escala de valores pasa más por otros cimeros distintos de los tutelados por las disposiciones en aplicación en estos actuados. De ahí que no pueda sancionarse esta clase de delitos más severamente que la muerte de un hombre o su reducción a la esclavitud, por lo que corresponde modular la pena en función de esa primacía que fundamento en este acto. Sentado lo anterior, entiendo que la sanción debe ser reducida a diez años de prisión, manteniendo las demás declaraciones contenidas en la sentencia de que se trata". También se ha dicho en una especie que guarda analogía con el presente que: "Toda pena debe guardar una relación de razonabilidad no sólo con el conjunto de gravitantes en la especie, esto es: circunstancias que la disminuyen y que la agravan a tenor de los arts. 40 y 41 del C.P., sino también con la sanción imponible a los delitos más graves, como es el caso de los ilícitos contra la vida. De manera que tramitada una causa por el delito de abuso sexual agravado en función de la existencia de acceso carnal y de vínculo de parentesco preexistente con ambas víctimas, cometido en dos oportunidades con relación a cada una de ellas, y condenado el sujeto-agente a veintiocho años de prisión, corresponde, fuera de todo afán moralizador que, por cierto, debe estar ausente de la jurisdicción penal por ser ésta la que aplica el derecho y no un poder que lo crea con disposiciones de orden general, elaborar una sanción que no llegue a ser superior a la que se impondría por la propia supresión física de la víctima vejada –hecho de por sí irreparable-, sobre todo teniendo presente que los perjuicios de orden psicológicos son, por cierto, superables con el apoyo de personas ligadas por el afecto real y con la debida asistencia profesional (Sala I, sent. del 9/6/2010 en causa 35.921, "Giménez, mayoría")". Sentado lo anterior, esto es: exclusión de la acriminación por corrupción y racionalización de la pena en función de parámetros constitucionales, me hacen

proponer una nueva pena de nueve años y seis meses de prisión, dejando incólumes las demás declaraciones no alteradas por la propuesta que hago. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 15/03/2011, "A., F. D. s/ Recurso de Casación", causa N° 18560).

35. Los hechos verificados en la presente tienen la impronta de los que constituyen corrupción puesto que –lejos del límite en menos de la edad de los sujetos pasivos que reclama el segundo párrafo del art. 125 C.P.– victimizó a tres hermanos de 6, 7 y 9 años al tiempo de producirse los mismos. Por ello no dudo de que se trató de actos prematuros. La retorsión de los mismos –perversidad y exceso en la nomenclatura clásica– resulta de que los actos fueran grupales y –tal como lo deja dicho el a quo– con una cierta impronta docente que incluía prácticas a todas luces contrarias al normal desarrollo de la sexualidad de los menores, máxime cuando incluía por igual a los dos sexos en las mismas prácticas. Resulta claro que la sexualidad es hoy un dato cotidiano que acepta los más diversos contextos y que está librada al acceso de cualquier persona por los medios masivos de comunicación, cualquiera que sea. Pero esos contenidos, en tanto trasunten cierta normalidad, difícilmente impresionen desfavorablemente las personalidades en formación de los menores que –por caso– asisten por televisión a la más diversa gama de estímulos sexuales. En cambio los hechos por los que se ha condenado al imputado tienen el sello de la orgía y se practicaban con el evidente propósito de normalización de esa conducta en los sucesivos encuentros que –conforme a los dichos de las víctimas– reconocían diversos comportamientos igualmente desviados. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 12/04/2007, "T.,H. D. s/ Recurso de casación", causa N° 15099).

36. La eventual existencia de sexo anal y oral no permite predicar categóricamente que tengan una potencialidad corruptora de la joven víctima –en el caso, se condenó al imputado como autor del delito de estupro, descartándose el delito de promoción de la corrupción de menores- , atento el perceptible cambio en las costumbres, crisis del concepto de normalidad sexual, la influencia de la televisión y la cinematografía, el consejo de comunicadores más o menos expertos y los debates actuales sobre la sexualidad que se producen en el seno se la sociedad argentina. (Cam. 1° de Apel. en lo Crim. de General Roca, 18/05/2010, "F. Z., Claudio Iván", La Ley Online, AR/JUR/44068/2010).

37. Si bien los medios de comunicación reproducen en forma indiscriminada y en cualquier horario distintas programaciones e imágenes de alto contenido sexual, realidad a la que se sumó Internet, lo cierto es que la difusión de esta actividad no alcanza para considerar como indefectiblemente corrupto el desarrollo sexual de los menores que las observan y, en consecuencia, que los actos sufridos en su propio cuerpo no los corrompen —en el caso, se revocó que la resolución que había descartado la comisión del delito de corrupción de menores por los conocimientos que la víctima tenía a través de la información brindada por Internet—, porque además de no tener fundamentación jurídica que la avale, los actos corruptores deben tener como objeto el cuerpo de la víctima. (Sup. Trib. de Justicia de La Pampa, Sala B, 28/06/2006, "Lloyd, Edgar A. s/ recurso de casación", La Ley Online, AR/JUR/6281/2006).

b) Sujeto Pasivo

38. El texto de la ley no contiene un límite mínimo de edad para las posibles víctimas de corrupción. No se advierte el motivo por el cual el normal desarrollo de la sexualidad de una menor de cinco años debería ser excluido "a priori" de la especial tutela otorgada por el art. 125 del Código Penal. (Corte Sup. Bs. As., "Peralta, Ivón Ricardo s/ tentativa de violación", 28/12/1995, causa P. 48544, AyS 1995 IV, 888; Corte Sup. Bs. As., "Geber, Alberto Enrique. Corrupción", 18/11/1997, causa P. 53.157).

39. La determinación de las condiciones personales del sujeto pasivo, principalmente su grado de madurez psíquica, son de una trascendencia típica que deben ser valoradas para encuadrar el hecho en el delito de corrupción de personas o en el de abuso deshonesto —en el caso, se calificó dentro de esta figura la conducta del imputado que en una única oportunidad había tocado a una nena con su miembro viril, eyaculándole en la espalda—, pues comprobándose que el ofendido es un menor de muy corta edad, incapaz de comprender la naturaleza de los actos, o de un enfermo mental que tampoco puede discernirlos, los actos sexuales no podrán tipificar la corrupción, por la imposibilidad de incidir en la psiquis o salud mental o moral del sujeto pasivo, distorsionando el sentido natural y sano de la sexualidad. (Trib. Sup. Justicia de la Provincia de Santa Cruz, 09/12/2008, "B; L. R.", La Ley Online, AR/JUR/26460/2008).

40. Lo importante para la imputación del delito de corrupción de menores es establecer que la víctima sea menor de 18 años y que la acción corruptora deje una huella profunda en el psiquismo de la damnificada —en el caso, se consideró que encuadraba en esta figura el

abuso sexual con acceso carnal cometido por el padre contra su hija menor de dieciocho años y con quien tuvo hijos—, sin importar si el o la menor había comenzado o no su vida sexual con anterioridad. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 04/10/2006, "Pérez, Roberto s/ recurso de casación", La Ley Online, AR/JUR/8045/2006).

41. Salvo prueba en contrario, se presume que las personas menores no son corruptas, no siendo obligatorio para ellos demostrar su estado de incorrupción; presumir lo contrario presupone una condición en los ofendidos contraria al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, conforme a los artículos 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Trib. Sup. de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, 01/06/2009, "P. P. s/ abuso sexual simple", causa N° 2934).

42. "Hay actos prematuros si durante el tiempo de ocurrencia de los hechos, el menor contaba con una edad muy por debajo del límite etario en el cual la ley juzga temprana la actividad sexual. Por debajo de los trece años la ley presume la completa inmadurez sexual de la víctima, sin importar las condiciones personales individuales. El verdadero sentido de esta forma de corrupción, la cual atiende a la inmadurez de la víctima para llevar a cabo todo tipo de actividad sexual, sin perjuicio que la mayor o menor gravedad de la conducta repercuta en la graduación de la pena", (TSJ de Cba. - Sala Penal, Sent. N° 52 del 25/03/2009, "G., José Bruno p.s.a. Abuso sexual sin acceso carnal calificado continuado, etc. - Recurso de casación").
43. La figura contemplada en el artículo 125 del Código Penal se configura aunque medie consentimiento de la víctima. (Trib. Casación Bs. As., Sala III, 16/08/2011, "M; A. s/ recurso de casación", causa N° 35147).

Tipo Subjetivo

44. En el delito de corrupción de menores no se precisa la acreditación del dolo directo del autor para tenerlo por tipificado, ya que la figura en cuestión no exige el componente que el autor haya tenido el objetivo específico de corromper, bastando con que el acto consumado sea potencialmente idóneo para producir esa consecuencia negativa. (Cam. Apel. en lo Penal de Rafaela, 26/06/2002, "Córdoba, Alberto C.", La Ley Online, AR/JUR/6746/2002).

45. El dolo específico contemplado por el art. 125 del Cód. Penal no es el de corromper a la víctima, sino simplemente el de realizar actos libidinosos, se tenga o no en vista la corrupción misma; es decir que basta con que el acto cumplido tenga la capacidad e idoneidad suficiente para torcer prematuramente el instinto sexual. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala IV, 23/11/2001, "De Bunder, Sergio R.", La Ley Online, AR/JUR/3119/2001).

46. El imputado no puede escudarse en que "no tenía intención" de corromper a la víctima, pues ello equivaldría a que alguien golpee insistentemente a otro con un garrote, y sostenga luego que las lesiones no estaban comprendidas en sus propósitos. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala VI, 23/08/1994, "Espíndola, Catalino L.", causa N° 26255).

47. "Se encuentra plenamente satisfecho el dolo propio de la figura legal contenida en el artículo 125 del código de fondo, en tanto el sujeto activo conoció positivamente la entidad corruptora de su actuación, y quiso llevarla a cabo". Causa N° 22.518, caratulada "M., C. A. s/ recurso de casación". Sala II del Tribunal de Casación Penal de la pcia. de Buenos Aires, rta. 12 de febrero 2009.

48. El tipo penal del artículo 125 del Código Penal pretende reprimir aquellas prácticas sexuales que, por sus características objetivas -prematuras, perversas o excesivas-, resultan idóneas en sí mismas para depravar sexualmente a la víctima, interfiriendo en su libre crecimiento sexual, bastando que el autor tenga conocimiento de esa idoneidad, sin que resulte necesario que la provocación de dicho estado en la víctima esté presente en el plan del autor como un objetivo específicamente perseguido. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 09/06/2011, "G. O., R. D. s/ recurso de queja", causa N° 43323).

49. Para que el tipo subjetivo del artículo 125 del Código Penal se encuentre abastecido resulta suficiente que el autor conozca la edad de la víctima y además que los actos que realiza, por su naturaleza, sean capaces de corromperla. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 28/10/2008, "Q; J. R. s/ recurso de casación", causa N° 26526)

50. La norma del artículo 125 del Código Penal, pretende reprimir aquellas prácticas sexuales que, por sus características objetivas -prematuras, perversas o excesivas-, resultan idóneas en sí mismas para depravar sexualmente a la víctima, interfiriendo en su libre crecimiento sexual, bastando que el autor tenga conocimiento de esa idoneidad, sin que resulte

necesario que la provocación de dicho estado en la víctima esté presente en el plan del autor como un objetivo específicamente perseguido. (Trib. Casación Bs. As., Sala II, 09/12/2008, "J. O. L. C. s/ recurso de casación", causa N° 30247).

51. La acción de promover la corrupción es siempre indicativa de que la intención del autor no es únicamente obtener una limitada o esporádica satisfacción de su pulsión sexual, sino lograr el fin último de obtener la corrupción o depravación de la víctima. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala III, "A; J. L. s/ recurso de casación", causa N° 41753).

52. En el delito de corrupción de menores, que requiere dolo directo para su configuración, el resultado corruptor debe estar contenido en la intención del agente, el sujeto activo no sólo debe buscar la satisfacción de sus propios deseos sexuales con la conducta que desarrolla, sino que además su accionar debe estar dirigido a obtener satisfacción de la posterior actividad corrompida de la víctima.

Si se tiene probado que el encausado habría efectuado tocamientos impúdicos sobre las dos menores víctimas, pero no se acreditó que dichas conductas hayan tenido la finalidad de hacer ingresar a las víctimas al mundo de la prostitución o de la corrupción ni que hayan tenido la fuerza necesaria para desviar, para siempre, la conducta sexual normal de las pequeñas, corresponde confirmar el procesamiento dictado con modificación de la calificación legal de los hecho por el delito de abuso sexual simple. El delito de corrupción de menores requiere una modalidad específica, de la prostitución en la que se somete a la persona a una practica venal en cuanto a su sexualidad, a lo que se suma el deterioro de la formación de su personalidad, por efecto de la psicológica sumisión al ejercicio de la prostitución. Si la intención del imputado estaba dirigida, más que a someter a las menores a un estado de corrupción, que es la exigencia del tipo penal, solamente a involucrar sexualmente a la víctima en su proyecto sexual, no puede imputársele el delito de corrupción. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala I, 07/10/2003, "Romero, Bernardo", causa N° 21990).

53. Para que se verifique un supuesto de promoción de la corrupción, el agente debe realizar con conocimiento y voluntad de realización de acto, conductas de connotación abusivas a sabiendas que mediante sus particulares características, impulse o de algún modo incite a la víctima menor a la práctica prematura de actos sexuales, condicionándola para la libre

y plena determinación de su sexualidad. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 03/07/2009, "Pintado, Eduardo Oscar s/ recurso de casación", causa N° 10377).

54. Corresponde absolver en orden a los delitos de promoción y facilitación a la corrupción y prostitución de menores, a quien habría mantenido relaciones sexuales con una menor de 14 años entregándole dinero a cambio del acto sexual pues, del comprobado contacto sexual del imputado con la menor no puede inferirse el particular plus subjetivo que exige la configuración de los delitos atribuidos, consistente en el propósito de pervertir a la víctima o generar en ella una tendencia hacia la prostitución. (Cam. Apel. en lo Penal de Venado Tuerto, 13/11/2009, "M. A. M.", La Ley online, R/JUR/51776/2009).

55. Configura abuso sexual simple y no corrupción de menores, la conducta de quien aprovechando la inocencia de una menor de seis años y la oportunidad proveniente de convivir ocasionalmente con ella en la misma vivienda, la obligó a soportar sobre su cuerpo actos impúdicos, pues, el accionar se dirigió contra la humanidad de la ofendida en desprecio de su pudor sexual, pero no para inducirla a aceptar una actividad sexual prematura, sino solamente para satisfacer con ella sus necesidades lascivas. (Sup. Trib. Just. Santa Cruz, 01/07/2009, "E. P. D. P.", La Ley online, AR/JUR/15035/2009).

Circunstancias Agravantes

a) Edad de la víctima

56. La corta edad de la víctima en los delitos de abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores, también ambos agravados por el vínculo, es un recaudo típico, por lo cual no debe contemplarse como circunstancia agravatoria de la pena. Minoría: La escasa edad de las víctimas -en el caso, 8 y 12 años- en los delitos de abuso sexual con acceso carnal y promoción a la corrupción de menores agravado por el vínculo, no forma parte del tipo, pero por resultar una clara manifestación de desprecio por la niñez y no vulnerarse el principio del "non bis in idem", corresponde se meritue tal circunstancia como agravante de la pena. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala I, 03/02/2011, "B., A. F. s/ recurso de Casación", causa N° 32645).

57. Es violatorio del ne bis in idem, la ponderación de la edad de la víctima como pauta agravante de la pena, pues la minoridad de la víctima es integrativa del tipo penal por el que se lo juzgó y condenó. Disidencia parcial (Jueza Ledesma): El grado de madurez del sujeto pasivo del delito es parámetro a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción en tanto resulta inobjetable que el grado del injusto varía en relación a la menor o mayor capacidad de oposición o defensa que determina la madurez mental y física de una persona. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 03/07/2009, "Pintado, Eduardo Oscar s/ recurso de casación", causa N° 10377).

B) Comisión Mediando Engaño

58. Por su voto (Juez Pociello Argerich): Corresponde procesar como coautores del delito de corrupción de menores agravada por mediar engaño a quienes, valiéndose de la exhibición de material pornográfico de contenido pedófilo y de la provisión de estupefacientes, habrían desviado el desarrollo psico-sexual de un menor hasta lograr que éste consintiera mantener relaciones sexuales con ellos, pues el engaño se traduce en el trabajo previo tendiente a que la víctima tomara como conductas normales, las prácticas sexuales a las cuales sería sometido. Por su voto (Juez Filozof): Quienes tomaron provecho de la inexperiencia sexual de un menor para incitarlo a mantener relaciones sexuales incurren en el delito de corrupción de menores agravada por mediar engaño, ya que la edad de aquél —en el caso, 13 años— elimina toda posibilidad de consentimiento y permite afirmar que los actos de seducción desplegados por los imputados fueron aptos para engañar a la víctima. Disidencia parcial (Jueza Garrigós de Rébori): La seducción desplegada por los imputados sobre un menor, propia de la conducta reprimida por el artículo 120 del Código Penal, queda abarcada por el delito de corrupción de menores, ello atento a la expresión "siempre que no resulte un delito más severamente penado" consignada en el artículo 125 del citado ordenamiento. (Cam. Nac. Crim. Corr, Sala V, 07/10/2008, "C; J.", La Ley Online, AR/JUR/8692/2008).

59. Corresponde subsumir la conducta del imputado en el delito de promoción a la corrupción de menores, agravada por mediar engaño (art. 125 "in fine" del C.P.), pues si el hecho asumió la engañosa modalidad de un juego mediante el cual el imputado logró despojar a la niña de ocho años de edad de sus ropas, para luego someterla a tocamientos

lascivos -actividad que juzgada en relación con la posterior agresión sexual de mayor intensidad- permite establecer una prospectiva en el sujeto activo que buscaba soliviantar el instinto sexual de la pequeña dejándola a merced de sus perversos actos, lo cual denota que el engaño inicial fue instrumentado al servicio de la actividad corruptora globalmente considerada. (Trib. Casación Bs. As., 21/08/2007, "G; C. s/ recurso de casación interpuesto por el M. P. F.", causa N° 9660).

C) Comisión Bajo Amenaza

60. Resulta atinado el encuadre típico en el delito de promoción a la corrupción de menores agravada por amenazas, ya que las aberrantes y depravadas acciones realizadas sobre niños de escasa edad, conllevan una clara afectación de la sexualidad de los menores, y se justifica la agravante de amenazas si las declaraciones del niño fueron claras en cuanto a que el imputado los obligaba a realizar los hechos aberrantes porque ellos "no querían", y los intimidaba diciendo que si se oponían al acto sexual se arremetería a golpes con el otro niño. *(Cam. Nac. Casación Penal, Sala IV, 30/12/2009, "Mansilla, Martín Germán s/ recurso de casación", causa N° 9580).*

D) Sujeto Activo Conviviente O Encargado De La Educación O Guarda.

61. El art. 125 del C.P. califica la corrupción cuando es cometida por el encargado de la educación o guarda sin distinguir entre guarda transitoria o permanente. (Sup. Corte Bs. As., 26/09/1989, "P., G. s/ Abuso deshonesto calificado", causa P. 33149, AyS 1989-III, 523).

62. La comisión agravada del delito aparece cuando es cometido por una persona particularmente obligada a tutelar a la víctima, vulnerando, con su conducta, el derecho a la integridad sexual del damnificado y el deber de protección asumido o debido; todo ello, siempre que no se encuentre presente quien ejerce la patria potestad, figura que desplaza la calidad de guardador, siendo el obligado al cuidado del menor la persona que ejerce dicha facultad. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 09/06/2011, "G. O., R. D. s/ recurso de queja", causa N° 43323).

63. La circunstancia calificante del art. 125 del C.P. no es la función de jefe de hogar, sino habérsele facilitado oportunidades apropiadas para corromper. Minoría: La enumeración

contenida en la última parte del art. 125 del C.P. hace referencia a "persona encargada de su educación o guarda" luego de mencionar a ascendiente, marido, hermano y tutor, aludiendo por lo tanto a situaciones con viso de permanencia; es decir una circunstancia jurídica social o de hecho que permita al autor cumplir con el rol de jefe de hogar, facilitándole oportunidades apropiadas para corromper. (Sup. Corte Bs. As., 26/09/1989, "P., G. s/ Abuso deshonesto calificado", causa P. 33149, AyS 1989-III, 523).

64. Tanto el inciso b del artículo 119 como el "in fine" del artículo 125 del Código Penal, al mencionar la agravatoria de ser el sujeto activo encargado de la guarda, no exigen requisito alguno vinculado con la permanencia o temporalidad de la guarda para que el hecho resulte agravado. (Trib. Casación Penal Bs. As., Sala II, 21/10/2004, "E., J. M. s/ Recurso de casación", causa N° 8851).

65. La guarda como agravante no es sólo la conferida por el juez sino una circunstancia jurídica, social o de hecho que permita al autor cumplir con el rol de jefe del hogar, facilitándole oportunidades apropiadas para cometer el delito (Sup. Corte Bs. As., 09/04/1996, "Villalba, Horacio. Violación", causa P. 43860; entre otros).

66. Debe ceder la agravante particular respecto del grado de parentesco, si del testimonio de la madre de las víctimas surge que formó pareja con el encausado cuando las mismas tenían ocho meses de vida, debiendo mantenerse la relativa al carácter de guardador que el incurso ostentara con relación a las niñas abusadas. (Trib. Casación Penal Bs. As., 30/03/2010, "R; I. s/ recurso de casación", causa N° 35931).

Autoría y Participación

67. [La defensa apeló el procesamiento de la imputada en orden al delito de facilitación a la corrupción agravada por su comisión con violencia y amenazas. La encausada allanaba el camino para que su hijo abusara sexualmente del menor, teniendo conocimiento de estas maniobras continuaba con su cuidado, facilitaba el lugar y la oportunidad para que se concrete un delito de cuyo desarrollo tenía pleno conocimiento] La actuación de la imputada, por cierto garante del menor por su guarda, no fue la de mantener silencio sobre la conducta que sería reprochable en su hijo, sino por el contrario la de fomentar su

producción permitiendo que ambos estén juntos y hasta aprobando los abusos contemplados. En cuanto al agravio de la defensa sobre la aplicación por parte del magistrado de la figura en estudio desde la omisión impropia, destacamos que el imputado miró con indiferencia, teniendo una actitud comisiva contraria a sus deberes cuando precisamente era su misión evitar la victimización de quienes estaban a su cargo. Debía contener y resguardar, pero en cambio brindaba la cobertura en cuanto al lugar y oportunidad para que sucediera lo denunciado en autos**.** (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala VI, 31/05/2010, "B; V. M.", causa N° 39483).

Concursos de Delitos

68. Es infundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denunció la violación del art. 54 del C.P. pues, sin perjuicio de otras consideraciones que podrían formularse, que entre la violación y la corrupción existiera concurso aparente de leyes -tal lo solicitado por la defensa- no obstaría la mediación de concurso ideal de delitos en tanto concurre el doble encuadramiento del mismo hecho, propio del concurso ideal. Y, el concurso ideal de delitos no es incompatible con el concurso aparente de leyes; la circunstancia de que entre dos tipos pudiese existir lo que se ha dado en llamar "concurso aparente" no torna legalmente imposible la concurrencia de ellos en un concurso ideal de delitos (la creencia contraria se origina en confundir dificultad o imposibilidad fáctica con imposibilidad jurídica). Porque ambos "concursos" tienen distintas esencias jurídicas y, por consiguiente, tal heterogeneidad deriva en que no pueden ser tenidos por recíprocamente excluyentes. (Sup. Corte Bs. As., 02/11/2005, "C; N. W. Violación en concurso ideal con corrupción de menores", causa P. 66349. Por mayoría).

69. [La defensa apeló la ampliación del procesamiento por el delito de corrupción de menores calificada por la edad de la víctima, en concurso real con el de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma. El tribunal resolvió confirmar la resolución apelada, con la salvedad de que el delito de corrupción de menores calificado por la edad de la víctima concurre de manera ideal con el de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma] Los elementos merituados, concluyen que los hechos que habría presenciado la menor tienen, desde la perspectiva psiquiátrica, entidad suficiente no sólo para desviar el normal desarrollo de su sexualidad, sino también en el desarrollo de su personalidad en formación,

íntegramente considerado impiden de momento descartar la hipótesis abordada. El juez de grado entendió que existía un concurso real entre ambos delitos. Esta última hipótesis no resulta aceptable, pues la imputación que se dirige al encausado tuvo su génesis a raíz de un mismo acto que, si bien ha "caído en más de una sanción penal" (conf. artículo 54 del Código Penal), no puede ser considerado como dos hechos independientes en los términos del artículo 55 del mismo ordenamiento sino como un concurso ideal. Según su voto (Jueza Garrigós de Rébori): Me veo en la obligación de hacer una aclaración que considero necesaria para precisar por qué, pese a que llegamos a la misma decisión, mi postura difiere de la adoptada por mis colegas. En este camino dejo sentado que a mi modo de ver no se han reunido elementos que justifiquen la calificación de corrupción, dado que a estar a lo declarado por la víctima (madre) y su hija, el imputado no llevó adelante ninguna actividad directamente sobre la menor, tocamientos, o insinuaciones, etc. Por el contrario, se limitó a correrla del lugar en el que se encontraba para disponer de más espacio para él. Este dato es relevante porque el tipo exige acciones tendientes a provocar en la víctima el deseo futuro de actos perversos, de lo que se sigue que el autor debe tener esa finalidad en la mira, es decir debe actuar con dolo directo. En el caso que nos convoca lo que ha quedado claro es que el autor pretendía someter a la madre a una conducta incriminada por el art. 119 del C.P., pero el haberlo hecho en presencia de la menor, no necesariamente importa que además tuviera la finalidad de erigir a la niña en sujeto pasivo del art. 125 C.P. En todo caso, por vía de presunción, ya que no se han aportado pruebas específicas al respecto, estimo que podría sostenerse un dolo eventual, en relación a la menor, lo que no satisface el tipo elegido. Por otra parte, la a quo no explica por qué razón ha descartado el tipo más leve de exhibiciones obscenas, que en su caso también estaría agravado en función de la edad de la niña. Finalmente para el supuesto de que se pretendiera sumar esta tipificación al concurso ideal, se estaría ante los mismos cuestionamientos antes señalados. Aclaro además que en ese caso, a mi entender la corrupción y las exhibiciones obscenas concurrirían en forma aparente. Todo lo dicho precedentemente no pretende ignorar el hecho de que la acción que damnificara a la madre se llevó a cabo en presencia de su hija menor de edad, de tal forma que la declaración de la niña es una importante prueba de cargo. Sólo que a mi modo de ver, esta circunstancia no es el resultado de un dolo específico -o al menos no se han reunido pruebas que así lo acrediten-, pero se debe tener en cuenta al momento de evaluar la magnitud del injusto

sometido a juicio, por la modalidad de comisión. De lo dicho se sigue que a mi juicio, el auto recurrido no puede conformar un agravio al enjuiciado, porque no se refiere a un hecho diferente al que ya mereciera tratamiento antes y, en todo caso, la congruencia subjetiva no es una exigencia de esta etapa procesal. De ello se sigue que confirmarlo no afecta al recurrente. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala V, 11/03/2011, "V. P. A. L.", causa N° 40857).

70. El delito previsto en el artículo 125 párrafo tercero del Código Penal es de carácter preparatorio, pero conserva su autonomía respecto del abuso sexual con acceso carnal, de allí que el tipo de concurso aplicable sea el ideal. (Trib. Casación Bs. As., Sala I, 03/02/2011, "B; A. F. s/ recurso de casación", causa N° 32645).

71. No puede afirmarse que entre los delitos de corrupción de menores y abuso sexual con acceso carnal exista un concurso aparente de leyes, sino un concurso ideal de delitos —en el caso, se condenó al imputado como autor de ambos delitos al haber mantenido relaciones sexuales con su hija, con quien tuvo hijos—, pues ninguna de las normas aplicables, tomadas aisladamente, agotan el total del injusto, toda vez que la corrupción requiere un componente psicológico, su existencia impide que haya una relación de consunción, accesoriedad, subsidiariedad o subordinación entre ambos tipos penales y éstos no se excluyen recíprocamente. (Cam. Nac. Casación Penal, Sala III, 04/10/2006, "Pérez, Roberto s/ recurso de casación", La Ley Online, AR/JUR/8045/2006).

72. La corrupción, según el principio de legalidad, debe referirse a actos con contenido perverso que produzcan un daño en la víctima. Si el imputado abusó sexualmente de su hijo, al menos en tres oportunidades, pasando su miembro viril por la cola y el resto del cuerpo del menor, como así también lo habría obligado a que éste efectuara tocamientos sobre su cuerpo, para finalmente eyacular, no se configura el delito previsto y reprimido por el art. 125, 1° y último párrafo del C.P. -corrupción de menores-, sino que la entidad de los actos de abuso no exceden la figura prevista por el art. 119, primer y último párrafo, del citado cuerpo legal. Por ello, debe confirmarse parcialmente el procesamiento del imputado, modificándose la calificación legal, al considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el vínculo, reiterado al menos en tres oportunidades. Disidencia parcial (juez Barbarosch): El tipo penal que recepta la corrupción no exige habitualidad y el carácter corruptor de los actos sexuales puede provenir de que sean acusadamente prematuros o excesivos o perversos. Si las profesionales del Cuerpo Médico Forense

sostienen que el hecho que damnificó al menor posee entidad suficiente para afectar su normal desarrollo psicosexual, y que aun cuando todo hecho de abuso sexual tiene la potencialidad de producir una desviación en el normal desarrollo psicosexual, en este caso hay factores agravantes de la entidad del trauma, como ser que haya sido de características incestuosas, se configura el delito de corrupción. Por ello, debe confirmarse el procesamiento del imputado en orden al delito de abuso sexual agravado por el vínculo, en concurso ideal con el delito de corrupción de menores agravada. (Cam. Nac. Crim. Corr., Sala I, 10/08/2005, “Molina, Daniel Alberto”, causa N° 26765).

73. Corresponde aplicar a la figura del artículo 125 del Código Penal los alcances previstos en el artículo 55 del mismo texto legal, si han sido dos las víctimas y sin perjuicio de que, en ocasiones, estuvieran juntas al momento en que el encausado desplegaba su designio ilícito. (Trib. Casación Bs. As., Sala III, 30/03/2010, “R; I. s/ recurso de casación”, causa N° 35931).

Quebrados y Otros Deudores Punibles

Por **Ricardo S. Favarotto**

Art. 176: ***"Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:***

1º) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º) No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor".

Art. 177*: "Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta".*

Art. 178: ***"Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual".***

Art. 179: ***"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.***

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles".

Art. 180: ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.***

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género".

Quebrados y Otros Deudores Punibles

Consideraciones Generales

Frente a una legislación punitiva que, en este quinto capítulo de los delitos contra la propiedad, mantiene con muy pocas variantes la estructura y la redacción del Código Penal de 1921 y éste, a su vez, sigue básicamente al Proyecto de 1906, entendemos llegado el momento de actualizarla (sin necesidad de incrementar la punibilidad, pero sí) para ponerla en plena sintonía con las características del tráfico comercial y de las relaciones y actividades en la vida postmoderna, y si no, al menos, para evitar los notorios desajustes entre algunas normas concursales y sancionatorias, que posibilitará una mejor y más segura aplicación de la ley.

Hasta el propio nombre de "Quebrados y otros deudores punibles" merece ser objetado porque a diferencia del resto de los epígrafes de la ley 11.179, en vez de referirse a los ilícitos por su nombre genérico: tipos de injusto, se los designa con el nombre de quien comete estos delitos: tipos de autor.

Bien Jurídico

La doctrina mayoritaria coincide en que lo que se pretende tutelar, a través de la sanción punitiva (un verdadero contrasentido lingüístico, pues si se lo castiga es porque no se lo pudo

prevenir, ni proteger), es la intangibilidad del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, a fin de que éstos puedan efectivizar sus créditos. Sin embargo, contrariando ese enfoque, hay quienes resaltan que sería más apropiado agruparlos dentro de los delitos contra la fe pública (Soler, por ejemplo); mientras que otros estiman que los delitos analizados afectan más de un bien jurídico (tal es el caso de Donna); aunque no faltan quienes advierten que es preferible ceñirse al texto legal vigente, con una extensión más acotada, porque multiplicar los bienes jurídicos protegidos allí donde el legislador no lo hace, puede afectar su misión garantista, es decir, la de guiar una interpretación restrictiva de los tipos penales (así, Rafecas).

El Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal, de 2006, se refiere a estos ilícitos con la moderna denominación de "Insolvencias punibles" (Capítulo VIII, arts. 182 y 183), conglobados con la genérica denominación de "Delitos contra la propiedad y el orden económico" (Título VII), de la parte especial (Libro Segundo). Según los fundamentos que acompañan a la propuesta: "Una de las modificaciones más importantes es la del capítulo sobre 'Quebrados y otros deudores punibles' cuya denominación se reemplaza por la de 'Insolvencias punibles'. Fue criterio de la Comisión que era necesario hacerlo para superar la falta de congruencia existente entre la legislación comercial y la regulación penal. Se supera así la grosera desarticulación proyectada sobre los delitos de quiebra por parte de la Ley Nº 24.522 y sus modificaciones. También se consideró adecuado el criterio de otras legislaciones de no supeditar la punibilidad de los hechos a la declaración formal de la quiebra, sino a la insolvencia misma, superando de este modo la multiplicidad de interpretaciones (con sus diversas consecuencias) en torno a dicho requerimiento (considerado por algunos como condición de procedibilidad, por otros, como elemento objetivo del tipo y, también, como condición objetiva de punibilidad".

A nuestro parecer, la raíz del problema en torno al bien jurídico radica en la pluriofensividad que caracteriza a los delitos relativos a la quiebra[1], donde se afecta en forma preferente (pero no sólo) el derecho patrimonial de la masa acreedora, sobre los bienes del fallido. Al propio tiempo, aunque de modo reflejo, se menoscaba la confianza pública en la función de garantía de ese acervo, lo que tiene trascendencia dada su conexión con un instrumento esencial para el funcionamiento del mercado y de la economía, cual es el crédito. De tal manera, confluyen dos aspectos: uno particular y preciso (la propiedad), otro social y genérico (el sistema económico), tal como quedara plasmado en el Anteproyecto del 2006, que ni siquiera llega a ser tratado por el

[1] Lascano –h- (1996: 81) apunta, con razón, que son pluriofensivos porque "la lesividad trasciende lo puramente individual para proyectarse sobre intereses económicos generales o colectivos".

Congreso de la Nación, cuando ya se anuncia la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación[2].

Jurisprudencia

"El bien jurídico tutelado por el delito de quiebra fraudulenta es el derecho de la masa de acreedores a la satisfacción de sus créditos, y no el derecho de éstos considerados en forma individual, aún cuando el Estado Nacional, a través de la Administración Federal de Ingresos Públicos, hubiera concurrido a verificar su crédito, corresponde que sea la justicia ordinaria la que intervenga" (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, causa nº 29.044, "Belver S.A.", sent. del 24/4/2006).

"No corresponde encarar los efectos del delito de quiebra fraudulenta desde el patrimonio de los acreedores, es decir, merituando sólo si surge o no perjuicio o posibilidad de ello para la masa concursal, pues lo esencial es saber si el patrimonio del deudor, que es su garantía común, posee la capacidad de solvencia esperada, más allá de que pudiere resultar suficiente para satisfacer cada crédito en particular" (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, "M. de P., A.", sent. del 29/8/1994).

"En línea con la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re 'B., J. E.', rta. 14/12/1982, Fallos 304:1848), sostenemos que el bien jurídico tutelado por el delito de quiebra fraudulenta es el derecho de la masa de acreedores a la satisfacción de sus créditos, y no el derecho de éstos considerados en forma individual, aún cuando el Estado Nacional, a través de la Administración Federal de Ingresos Públicos, hubiera concurrido a verificar su crédito. Razón por la cual corresponde darle intervención a la justicia ordinaria" (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, causa nº 99, "A., M.", sent. del 10/3/2009).

Quiebra Fraudulenta

Art. 176: ***"Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1º) simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º) no justificar la salida o existencia de bienes que***

[2] BO del 8/5/2012. La Comisión está integrada por Zaffaroni, Gil Lavedra, Pinedo, Barbagelata y Arslanian, debiendo elevar un proyecto de ley de reforma en un plazo de seis meses, prorrogable a pedido de los propios redactores.

debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3º) conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”

Antecedentes Legislativos y Proyectos de Reformas

Esta figura proviene del Proyecto de 1906 (art. 192). El texto vigente es el de la ley 23.077[3] que, al retornar al Código Penal (ley 11.179), no sólo elimina la expresión “a cualquiera”, al referirse al sujeto activo que obrase “en fraude a cualquiera de sus acreedores”, sino también el incremento punitivo que preveía el tope de la pena de prisión en ocho años, ambos introducidos por el decreto-ley 21.338[4].

En cuanto a los intentos de reformas, el Proyecto de 1937 modifica la expresión “Quebrados y otros deudores punibles” por la “De la quiebra y la falencia civil”, aunque ni la quiebra comercial ni la falencia civil son delitos en sí, conservando la fórmula legal del art. 176, renumerado como art. 235. En forma semejante el Proyecto de 1941, si bien cambia el título general por el de “Delitos de quiebra y falencia civil”, tampoco altera la norma regulatoria de la quiebra fraudulenta que pasa a estar en el art. 157. El Proyecto de 1951 vuelve sobre el nombre del capítulo, proponiendo el de “Falencia delictuosa”, y además describe de un modo más minucioso la que designa como “falencia dolosa” (art. 255). A su vez, el Proyecto de 1953 lo legisla dentro del título de los “Delitos contra el patrimonio en general” (art. 232). El Proyecto de 1960 lo incluye dentro de los “Delitos contra la buena fe en los negocios” (art. 228).

Por último, el Anteproyecto de 2006 inserta este ilícito dentro de las “Insolvencias punibles”, formando parte del título relativo a los “Delitos contra la propiedad y el orden económico” (art. 182).

Bien Jurídico

Como quedara expuesto (1.2.), según la opinión prevaleciente, el bien jurídico tutelado es la propiedad; mejor dicho, la indemnidad de los derechos patrimoniales del deudor que cumplen la función de prenda común de los acreedores, agrupados en la masa.

Sujeto Activo

[3] BO del 27/8/1984.
[4] BO del 1/7/1976.

Sólo el comerciante declarado en quiebra por decisorio irrevocable, dentro del propio proceso falencial, puede ser sujeto activo del accionar típico del art. 176 del Código Penal. Los terceros que actúen en connivencia con él en la realización ilícita, de manera principal o secundaria, quedan comprendidos por las reglas de la participación criminal, por tratarse de un delito especial.

Sujeto Pasivo

Respecto de la víctima, la norma vigente —al retornar a la redacción original de la ley 11.179— suprime la locución "a cualquiera", en referencia a los acreedores en contra de los cuales el fallido actuase fraudulentamente, tal como lo preveía el decreto-ley 17.567[5], derogado por la ley 20.509[6], restablecido por el decreto-ley 21.338 y vuelto a derogar por la ley 23.077.

Queda claro que son los acreedores como integrantes de la masa, es decir, es el conjunto de los acreedores que componen la masa el verdadero sujeto pasivo del delito.

Tipo Objetivo

La quiebra fraudulenta abarca distintas hipótesis, entremezcladas en la imperfecta redacción del artículo, pero, eso sí, cualquiera de ellas le da carácter ilícito al acto.

El su faz objetiva el delito consiste en: i) simular pasivos, tanto aparentando débitos (cargos inexistentes, haciéndolos pasar por ciertos), como exagerando la magnitud de las deudas reales; ii) disimular activos, invisibilizándolos para evitar su ingreso a la masa; así como escamotear créditos y bienes, incluyendo su salida injustificada, el ocultamiento y hasta la sustracción de cosas[7], revestidas de fines de garantía; y iii) favorecer en forma indebida la posición de acreedores, creando desequilibrios en el haz interno de la masa, en perjuicio de unos y en beneficio de otros.

A pesar de que la descripción objetiva contempla una pluralidad de hipótesis alternativas, es preciso subrayar que se trata de una única ilicitud, o sea, de un tipo penal complejo de carácter alternativo. Por lo tanto es indiferente si se realiza una, más de una o todas las conductas típicas para dar lugar a una única imputación delictiva. Soler considera que el delito de quiebra tiene poder de absorción, desde que no se requiere una pluralidad de hechos para configurarlo, pero la pluralidad de hechos no altera su categoría unitaria.

[5] BO del 12/1/1968.
[6] BO del 28/5/1973. Por esta ley se dejan sin efecto las modificaciones introducidas al Código Penal, durante el gobierno "de facto", entre el 28/6/1966 y el 24/5/1973.
[7] En la acepción del art. 2311 del Código Civil, según la cual: "Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación".

Tipo Subjetivo

En lo que atañe al aspecto subjetivo de la tipicidad, es indudable que resulta una acción dolosa, cometida con conocimiento y voluntad de los componentes objetivos y con un plus: el propósito de defraudar a los acreedores. En el plano cognitivo se exige el pleno entendimiento de los elementos normativos y descriptivos del tipo objetivo, mientras que en la fase volitiva debe mediar la determinación de materializar algunas de las acciones ejecutivas del injusto.

Sin embargo, el tipo penal recién se completa cuando, además, el sujeto activo realiza los actos ilícitos a sabiendas de su conexión causal con el resultado típico, que no es otro que el menoscabo de la integridad del acervo patrimonial del deudor que garantiza los créditos de la masa, vale decir, cuando el comerciante declarado en quiebra actúa en fraude de los acreedores.

Consumación y Tentativa. Prescripción

Desde que el tipo penal aludido se integra con el resolutorio de quiebra en sede mercantil, siempre que los actos fraudulentos en perjuicio de la masa de acreedores fueran anteriores a su declaración jurisdiccional, el delito se consuma al ser completado el tipo con ese decisorio ejecutoriado y es a partir de entonces que se debe contabilizar el tiempo extintivo de la acción penal.

Si se trata de actos posteriores las opiniones están divididas: i) para los que piensan que es un delito de peligro, el mismo se consuma con la mera realización del acto típico, aunque no traiga aparejado perjuicios a los bienes y derechos correspondientes a la masa de acreedores; ii) en cambio, para quienes consideramos que es un delito de lesión, la quiebra fraudulenta se consuma al producirse el resultado dañoso, sin desmedro de la admisibilidad de la tentativa —en los términos del art. 42 del Cód. Penal— cuando el mismo tuvo principio de ejecución y no pudo completarse por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo, aunque resulta incompatible con las conductas omisivas del art. 176 nº 2, primera parte.

Autoría y Participación

Se rige por las reglas generales de los arts. 45 y 46 del Código Penal. Autor, ya se dijo, sólo puede ser la persona que reúne las condiciones exigibles en el tipo objetivo, es decir, el comerciante declarado en quiebra por sentencia firme (delito especial propio). Los demás sujetos que

actúen en colusión con él para la ejecución delictiva, de manera principal o no, serán participes primarios o secundarios.

Particularidades de la Figura

La mayoría de los autores y la jurisprudencia sostienen que los actos típicos pueden ser ejecutados antes o después de la declaración de quiebra (tesis amplia), pues —según aducen— al emplear la expresión “hubiere incurrido”, la ley no se refiere únicamente a los hechos futuros a partir de la declaración de quiebra, sino también a los pasados, anteriores a ella. En contra se alzan algunas opiniones, entre las que destaca la de Bacigalupo, considerando que las acciones fraudulentas del art. 176 del CP sólo tienen sentido por la previa declaración de quiebra, en tanto los actos allí tipificados no serían antijurídicos si el autor no se encontrara limitado en sus derechos patrimoniales a raíz de la sentencia declarativa de quiebra (tesis restrictiva).

Todo parece indicar que la tesis estricta resulta ser la más ajustada a los criterios minimistas, de máximo rigor interpretativo, que deben orientar la hermenéutica del derecho penal y de su ejercicio de poder punitivo. Sin embargo, al referirse a los casos enunciados en el primer inciso, Erbetta afirma que ninguno de estos hechos habilitará la imputación en los términos del art. 176, si sólo se aceptan como típicos los actos posteriores a la declaración de quiebra, aunque tales conductas puedan ser subsumidas en otras hipótesis delictivas. De tal manera, los beneficios garantistas de la tesis restrictiva no son tales, siendo preferible —en definitiva— englobar todo en un único ilícito de quiebra fraudulenta, antes que en varias acciones ilícitas independientes, previas a la declaración de quiebra que, según se infiere de lo expuesto, concurrirán materialmente entre sí, con todas sus gravosas implicancias en el orden de la punibilidad (CP, 55).

Jurisprudencia

“La actividad fraudulenta del quebrado puede ser anterior a la declaración de quiebra, posterior a ella, y hasta pueden coexistir hipótesis delictivas anteriores y posteriores. Las conductas descriptas en el tipo pertinente, si son cometidas antes de la declaración de quiebra, resultan punibles con dicha declaración. A este efecto resulta indiferente que la actividad sea anterior al periodo de sospecha de la ley comercial o esté incluida dentro de él, porque la ley penal no considera este refuerzo protector” (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, causa nº 1.034, “H., R. C. y otro”, sent. del 26/10/2010).

"No cabe descartar el tipo previsto por el art. 176 CPen., si la imputada habría dispuesto patrimonio durante el período comprendido entre la cesación de pagos y la declaración de quiebra. La actividad fraudulenta del quebrado puede ser anterior a la declaración de quiebra, o posterior a ella, por lo que, las conductas descriptas en el tipo, si son cometidas antes de la declaración de quiebra resultan punibles con dicha declaración. A este efecto resulta indiferente que la actividad sea anterior al período de sospecha de la ley comercial o esté incluida dentro de él, porque la ley penal no considera este refuerzo protector" (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, causa nº 26.617 ,"C. de F., C. E.", sent. del 12/10/2005).

"La actividad fraudulenta del quebrado puede ser anterior a la declaración de quiebra y, la consecuencia jurídica de tal declaración, es precisamente tener por consumado el actuar disvalioso anterior" (C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, "L., H. P.", sent. del 31/3/2005).

"Nada empece a considerar incluidos en la enumeración legal los actos anteriores a la declaración de quiebra, llevados a cabo por el comerciante en perjuicio de la masa de acreedores, en tanto la propia ley comercial así lo reconoce, al establecer un período de sospecha que se extiende retroactivamente a partir de la fecha de la declaración de insolvencia" (C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, causa nº 24.623, "N., N.", sent. del 31/3/2005).

"A los fines del delito de quiebra fraudulenta, la actividad fraudulenta del quebrado —en el caso, la venta de algunos vehículos y la desaparición de otros de los cuales era titular la sociedad quebrada— puede ser anterior a la declaración de quiebra, posterior a ella y hasta pueden coexistir hipótesis delictivas anteriores y posteriores" (C.N.Crim. y Correc., Sala 5ª, "A., A. R. y otro", sent. del 17/5/2004, publ. en DJ, 25/8/2004).

"Los actos de fraude constitutivos de la quiebra fraudulenta tanto pueden tratarse de conductas anteriores como posteriores a la declaración de quiebra" (CNCP, Sala 2ª, "C., R. L. s/ rec. de casación", sent. del 21/3/2003, publ. en La Ley, 2003-E, 20).

Quiebra Culpable

**Art. 177*: "Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de* **

personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”

Antecedentes Legislativos y Proyectos de Reformas

Ese texto proviene, al igual que casi todo el capítulo, del Proyecto de 1906. No obstante su deficiente configuración normativa que está en la base de la inacabada polémica hermenéutica a la que ha dado lugar en la doctrina[8], la figura se mantiene intangible desde entonces, con la salvedad de la cuantía sancionatoria de la pena de prisión que es incrementada de seis meses a tres años por el decreto ley 21.338, habiendo recuperado su textura originaria merced a la ley 23.077.

En cuanto a las propuestas reformistas, no alteran significativamente la estructura de la ley vigente. Así, en el Proyecto Coll — Gómez (1937), donde la base del reproche penal consiste en “haber procedido, en la gestión de sus negocios, con evidente negligencia o imprudencia” (art. 236), sin perjuicio de enunciar en forma alternativa situaciones particulares. El Proyecto De Benedetti (1951) sanciona junto al delito de “falencia dolosa” (art. 255), al fallido que hubiera causado su propia quiebra “por una conducta personal culposa” (art. 256). Por su lado, el Proyecto Levene — Maldonado — Laplaza (1953) sólo incluye la mención genérica del deudor, comerciante o no, que hubiese causado la falencia “por culpa con perjuicio de sus acreedores”, aunque la extiende al que, siempre por culpa, hubiese causado la quiebra de una persona de existencia ideal (art. 233). El Proyecto Soler (1960) regula la quiebra culpable, sancionando al declarado en quiebra “que haya determinado su propia insolvencia” (art. 229). El influjo de Soler se extiende al Proyecto de 1979, pues en el art. 235 adopta una fórmula idéntica a la del Proyecto del ‘60.

Sólo el Anteproyecto del 2006 perfila de muy distinta manera la matriz de esta ilicitud, al contener una minuciosa regulación de los extremos que darían lugar al comportamiento típicamente imprudente o negligente (art. 183).

Bien Jurídico

En este aspecto, no ofrece diferencia respecto del ilícito anterior (2.2.), ni de los principios generales que rigen el capítulo (1.2.), ya analizados y adonde nos remitimos “brevitatis causae”.

[8] Rafecas (2000: 122) asegura que los defectos de la construcción normativa, entre otros factores, “ha hecho caer esta figura penal en un rotundo y absoluto fracaso político-criminal”, mientras que Erbetta (2009: 242) cree conveniente su derogación, “dado que los medios comisivos relacionados otorgan a la figura una peligrosa amplitud”.

Sujeto Activo

En el tipo de la quiebra culpable (CP, 177), tal como ocurre en el de la quiebra fraudulenta (CP, 176), sólo el comerciante declarado en quiebra —por decisorio firme— puede ser reputado como sujeto activo. Por lo tanto, es un delito especial propio, donde el accionar típico que precede a la sentencia mercantil declaratoria de la falencia asume la función de primer eslabón de la cadena causal, pues la conducta prohibida del fallido y la ulterior formalización de su quiebra son condiciones necesarias, aunque insuficientes, para la realización delictiva[9]. Además, se exige la injuria patrimonial a los titulares de los créditos.

Sujeto Pasivo

Justamente, las víctimas son los acreedores integrantes de la masa, por ser quienes sufren el detrimento en sus derechos patrimoniales sobre el acervo de garantía.

Tipo Objetivo

A la causación de la quiebra debe haberse llegado a través de las acciones y omisiones enunciadas en la norma, aunque el comportamiento del deudor debe ser evaluado en forma contextual.

Las acciones típicas son las siguientes: i) gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia; ii) especulaciones ruinosas; iii) juego; iv) abandono de sus negocios; y v) por cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

En definitiva, con el sintagma "cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta" el legislador no llega a definir lo que debe incluirse en esta realización ilícita, porque —como es sabido— en el delito culposo la ley penal sólo ofrece un marco referencial, construyendo un tipo abierto que requiere la ulterior precisión por parte del juez. Así, sin perjuicio de tomar en cuenta los criterios correctores de la imputación objetiva, conforme los cuales se requieren la producción de un riesgo jurídicamente desaprobado (no permitido) y que el mismo sea causante del resultado típico.

Tipo Subjetivo

---

[9] Bacigalupo (1970: 30) estima que, en este caso, la declaración de quiebra opera como una condición objetiva de punibilidad; en cambio, Erbetta (2009: 244), que rechaza esa teoría, sostiene que simplemente se trata de un elemento del tipo objetivo.

Al ser una quiebra causada culposamente, la tipicidad subjetiva debe ser imprudente; eso sí, con imprudencia manifiesta o evidente. Volveremos sobre el tema al tratar las particularidades de la figura (3.9.).

Consumación y Tentativa. Prescripción

El perfeccionamiento jurídico del ilícito, así como el comienzo del término para la extinción de la acción penal por prescripción (arts., 59 nº 3 y 63), se producen a partir de la declaración firme de quiebra. La tentativa es inadmisible.

Autoría y Participación

Por ser un delito culposo no le son aplicables las reglas de la participación criminal.

Particularidades de la Figura

Durante mucho tiempo la doctrina, en forma unánime, coincide en caracterizar a la quiebra culpable como delito culposo, hasta tal punto que muchas obras la designaron como quiebra culposa. Se sostiene que la clave surge de la frase final del art. 177, donde se explicita la decisión legislativa de sancionar cualquier otro acto de imprudencia o negligencia manifiesta, con lo cual la enunciación previa reviste un carácter meramente ejemplificativo.

Bacigalupo contradice el enfoque tradicional del tema, al asegurar que una interpretación semejante resulta inconsecuente, al admitir un delito que es punible sólo en su forma más leve (culpa), mientras que el mismo hecho realizado intencionalmente (con dolo), quedará impune. Invocando razones sistemáticas asigna al tipo penal del art. 177 una doble acepción: tanto dolosa, en los primeros incisos, como culposa, en el párrafo de cierre.

No compartimos esta última tesis. Ante todo debe partirse de una correcta disección entre lo que la ley vigente dice ("de lege lata") y lo que una ley a dictarse debería decir ("de fege ferenda"). Luego, sin dejar de reconocer el despropósito aludido, creemos que las lagunas verificables en nuestra legislación no pueden ser colmadas en un sentido desfavorable a la vigencia del principio de legalidad, extendiendo la tipicidad penal a situaciones no previstas con la necesaria precisión y certeza, bajo el pretexto de darle armonía, coherencia y sistematicidad al defectuoso resultado de la producción normativa. Por lo tanto, frente a la inexistencia de un tipo doloso común, resulta erróneo pretender cubrir ese vacío legal a través de una operación hermenéutica que salvaguarde la armonía y

plenitud del ordenamiento jurídico, al costo de friccionar las garantías penales, en especial, el principio de legalidad en sentido estricto (CN, 18).

Jurisprudencia

"En relación con el art. 177 del Cód. Penal, la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia considera que prevé conductas culposas (también es este punto existe la disidencia de Bacigalupo, quien entiende que abarca figuras dolosas y culposas anteriores a la declaración de quiebra), por lo que la realización típica se produce al momento del resultado, por tratarse de un elemento esencial de los delitos culposos, cuya estructura se integra con tres elementos: a) infracción del deber objetivo de cuidado; b) incremento del riesgo permitido; y c) resultado imputable a la conducta" (STJ Tierra del Fuego, expte. nº 330/97, "P., G. S. s/ Infracción art. 178, Cód. Penal", sent. del 3/3/1997).

"El resultado se presenta en el momento en que las conductas negligentes o imprudentes afectan los créditos de los acreedores, lo que ocurre cuando realmente se incurre en cesación de pagos" (STJ Tierra del Fuego, expte. nº 330/97, "P., G. S. s/ Infracción art. 178, Cód. Penal", sent. del 3/3/1997).

"El resultado condiciona la existencia de una conducta típicamente culposa. No existen acciones culposas penalmente significativas y relevantes sin la constatación de un resultado. Los comportamientos culposos sólo adquieren relevancia penal cuando han producido un resultado típicamente disvalioso. El resultado se presenta en el momento en que las conductas imprudentes afectan los créditos de los acreedores, lo que ocurre cuando realmente se incurre en cesación de pagos" (STJ Tierra del Fuego, expte. nº 330/97, "P., G. S. s/ Infracción art. 178, Cód. Penal", sent. del 3/3/1997).

Quiebra Impropia

Art. 178: *"Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad*

financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual”

Antecedentes Legislativos y Proyectos de Reformas

A diferencia de los ilícitos anteriores que provienen directamente del Proyecto de 1906, en este caso el codificador toma como base al Proyecto de 1891 (Piñero — Rivarola — Matienzo), y lo somete a progresivas variaciones antes y después de la aprobación del Código de 1921.

En materia de sanciones punibles por la quiebra de sociedades, tanto el Proyecto de 1937, como el Proyecto de 1941, conservan la armazón típica del art. 178 del CP, con ligeras modificaciones. En cambio, en el Proyecto de 1951 se plasma el principio “societas delinquere potest”, que es abandonado por el Proyecto de 1953, aun cuando éste modifica estructuralmente el diseño jurídico de la quiebra impropia. El Proyecto de 1960, por su parte, pule y simplifica el tipo legal comentado y lo propio hace el Proyecto de 1979.

Recién en el Proyecto de 1998 se introduce la regulación del instituto del actuar en nombre de otro, tal como existe en la legislación española a partir de la reforma de 1983 y se amplía en el Código Penal de 1995, criterio que es seguido por el Anteproyecto de 2006, que así tipifica la responsabilidad penal de las personas físicas en la quiebra o liquidación de los entes de existencia ideal en una cláusula general en el capítulo sobre autoría y participación criminal (art. 43).

Bien Jurídico

También en este caso son aplicables las consideraciones de carácter general expuestas al inicio del capítulo (1.2.), al que nos remitimos.

Sujeto Activo

En su primera redacción (ley 11.179), el art. 178 abarca en la nómina autoral a directores, administradores, gerentes, contadores o tenedores de libros de la sociedad o establecimiento fallido, hasta que el decreto-ley 21.338, de 1976, no sólo agrega al síndico y a los integrantes de la comisión fiscalizadora de los mismos, sino que además inserta un párrafo final donde equipara con los

aludidos "al miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual", excluyendo a los auxiliares contables de estas dos entidades.

En lo referente a la intervención de los contadores y tenedores de libros, en los demás supuestos, la doctrina mayoritaria coincide en la inutilidad del agregado, que tiene su origen en el Proyecto de 1917, señalando que de cualquier forma esos dependientes podrían quedar comprendidos dentro de las disposiciones relativas a la participación criminal.

Por último, en lo atinente a las personas físicas que ejercen —a través de órganos unipersonales o colegiados— roles directrices, administrativos, representativos, fiscalizadores, etc., y desde que esas funciones aparecen explícitamente mencionadas en la norma en estudio, no existen dificultades interpretativas. Sí, en cambio, respecto del administrador de hecho, donde una interpretación restrictiva del tipo penal debería excluirlo como autor, aun cuando pueda ser reputado como partícipe (tesis de Erbetta a la que nos plegamos).

Sujeto Pasivo

Respecto del sujeto pasivo, más allá de los criterios generales expuestos al tratar la quiebra fraudulenta (2.4.) y la quiebra culpable (3.4.), hay una particularidad que —en la medida del daño patrimonial irrogado a la entidad— también resultan víctimas los miembros de la organización, si es que son ajenos a las conductas punibles.

Tipo Objetivo

En primer lugar, entre los elementos normativo-jurídicos del tipo objetivo, el texto legal comienza enunciando las corporaciones cuyos responsables quedan alcanzados por la intervención punitiva, siempre y cuando reúnan las demás condiciones de autoría de la quiebra impropia. Ellas son: i) las sociedades comerciales (LSCom., arts. 1 y 3); ii) las personas jurídicas que ejerzan el comercio (CCiv., arts. 32 y 33, 2º párrafo nº 2); iii) los bancos o entidades financieras (LEFinan., art. 2); iv) las sociedades cooperativas (LSCoop., arts. 2 y 118); y v) las asociaciones mutuales (LOAMut., art. 2).

La conducta punible consiste en haber cooperado a la ejecución de alguno de los actos de quiebra fraudulenta o culpable, respecto de las sociedades individualizadas en el art. 178. Por lo tanto, la ley establece una cooperación en las maniobras cometidas en fraude de los acreedores

(causalidad simple), y en el manejo imprudente que provoca no sólo la falencia de la entidad, sino también el perjuicio para los titulares de los créditos (doble nexo causal), lo que permite asegurar la existencia, en la misma figura, de dos delitos: la quiebra impropia fraudulenta (con remisión al tipo del art. 176), y la quiebra impropia culpable (con reenvío al art. 177).

A luz de la razón de ser de la figura analizada, Bacigalupo considera —con todo realismo— que el art. 178 no contiene un tipo penal autónomo, sino una ampliación del área de autores de los delitos de quiebra de los arts. 176 y 177 del Cód. Penal. Creus matiza esa afirmación pues, luego del decreto ley 18.953/71, se alteran las bases del presente capítulo, al injertar situaciones diferenciales, como la apertura de los procedimientos de liquidación sin quiebra de las entidades bancarias y financieras.

Tipo Subjetivo

En el plano subjetivo, la quiebra de sociedades es compatible no sólo con la tipicidad dolosa y fraudulenta (quiebra impropia fraudulenta), sino también con la tipicidad culposa (quiebra impropia imprudente).

Consumación y Tentativa. Prescripción

Lo propio sucede con los temas atinentes a la consumación (la tentativa, sólo admisible en la hipótesis del art. 176), y al inicio del plazo para la extinción de la acción penal por prescripción, desde que constituyen aspectos en los que también se proyectan en los delitos de quiebra impropia las mismas consideraciones vertidas al comentar los de quiebra fraudulenta (2.7.) y culpable (3.7.).

Autoría y Participación

Los tipos penales relativos a la quiebra son delitos especiales propios que, en consecuencia, contienen singulares condiciones de autoría: ser comerciante y haber sido declarado en falencia por resolutorio firme (así, tanto en la quiebra fraudulenta, como en la quiebra culpable), características que no ostentan quienes dirigen, representan, administran o fiscalizan las sociedades o personas jurídicas mercantiles, porque no son ellos los comerciantes fallidos, sino la corporación, aunque en todos los casos los sujetos pasivos sean los mismos, es decir, los acreedores que integran la masa y, acaso, los miembros de la sociedad.

Por lo tanto, no pierde vigencia la afirmación de Soler cuando sostiene que, en defecto de la quiebra impropia, los administradores no podrían ser alcanzados por las disposiciones comunes, porque no son la persona quebrada, ni socios quebrados por efecto de la quiebra social. Además, las figuras de la complicidad no serían aplicables, dado que no existe ningún sujeto principal (un autor) con el cual hayan actuado en acuerdo criminal.

Con la tipificación del art. 178 esos problemas quedan resueltos, desde que los autores aparecen acuñados en el tipo penal, y quienes cooperen con ellos serán partícipes criminales (Erbetta, a favor; Rafecas, en contra).

Particularidades de la Figura

El delito de quiebra de sociedades se relaciona, necesariamente, con el tema de la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, en el marco de una legislación sancionatoria que desde sus orígenes se mantuvo fiel al principio "societas delinquere non potest".

Sin embargo, lenta pero progresivamente, ese panorama se viene transformando. Así, cabe citar —entre otras— las siguientes normas jurídicas que contienen puniciones a las personas morales: ley 12.906 de represión de los monopolios; decreto-ley 19.359 sobre delitos cambiarios; ley 23.771 del régimen penal tributario; ley 24.051 de residuos peligrosos; ley 24.192 de espectáculos deportivos; ley 24.557 de riesgos del trabajo; y ley 24.769 modificatoria del régimen penal tributario.

De todos modos, la más nítida confirmación del cambio de tendencia que se advierte en nuestra codificación represiva es la que produce la anexión del Título XIII, relativo a los ilícitos contra el orden económico y financiero, producida por la ley 26.683[10], con la tipificación autónoma del delito de lavado de dinero que, en el art. 304, incluye la siguiente disposición: "Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente…".

Jurisprudencia

"Constituye el delito previsto en el art. 178 C.P. en función de la quiebra culpable (art. 177 C.P.) la acción atribuida a los procesados, rechazándose la figura del art. 176, por cuanto no se ha acreditado en autos que las operaciones que efectuaron los inculpados y que causaron la

[10] BO del 21/6/2011.

quiebra de las sociedades anónimas, las hubieran realizado "en fraude de sus acreedores" que es una exigencia del tipo subjetivo del último. Además, todas las acciones reprochadas son anteriores a la declaración de quiebra, cuya inclusión en el tipo del art. 176 C.P. aparece categóricamente rechazada por buena parte de la doctrina, entre ellos Bacigalupo y como dudosa al menos para otros, entre ellos, Soler" (C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, "C., M. A. s/ quiebra culpable", sent. del 25/3/1986).

"Se tipifica el delito de quiebra fraudulenta —art. 176, C.P.—, si declarada por ante la justicia comercial la quiebra de la firma, el incusado, en su calidad de presidente de ésta, sustrajo de la masa el rodado de marras, provocando un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores" (C.N.Crim. y Correc., Sala 4ª, "DP, L.", sent. del 30/8/2002).

"La calidad de coautores del delito de quiebra fraudulenta se ve satisfecho por la calidad de directores de la sociedad anónima fallida" (C.N.Crim. y Correc., Sala 1ª, "L., H. P.", sent. del 31/3/2005).

"En la especie, el imputado no sólo actuó como administrador de hecho de la sociedad comercial, coadyuvando a su quiebra fraudulenta (conducta atípica, según Rafecas, por no estar incluido en el catálogo de autores del art. 178), sino también como partícipe necesario —CP, 45— en el accionar delictivo del presidente del grupo económico, quien cooperó en el quebranto fraudulento de las sociedades mercantiles que lo integraban, por él regenteadas a voluntad, tal como consta en las conclusiones del informe general de la sindicatura (CP, 178 con relación al 176)" (CAyGP, Mar del Plata, Sala 1ª, causa nº 53.687, "S., A. A. y otros s/ quiebra fraudulenta, etc.", sent. del 7/7/2010).

Concurso Civil Fraudulento

Art. 179 1º párrafo: ***"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176".***

Antecedentes Legislativos y Proyectos de Reformas

Como casi todo el capítulo, ese texto proviene del Proyecto de 1906 (art. 195). Luego, la redacción del precepto se mantiene intacta desde la sanción del Código Moreno (h) hasta que el decreto-ley 21.338 incrementa la escala punitiva, que pasa a ser de dos a seis años de prisión. La ley 23.077 la deja sin efecto y retoma la redacción originaria.

En cuanto a las propuestas de reforma, en los proyectos Coll — Gómez de 1937 (art. 239), Peco de 1941 (art. 161), Soler de 1960 (art. 231) y Soler y otros de 1979 (art. 237), el concurso civil fraudulento aparece plasmado de la misma manera, aunque con ligerísimas variaciones gramaticales. En cambio, los proyectos De Benedetti de 1951 y Levene (h) y otros de 1953 lo suprimen. El Anteproyecto de 2006 no contiene una norma semejante, porque lo que se sancionan son las insolvencias del deudor que frustrase el cumplimiento de sus obligaciones por maniobras defraudatorias o, cuanto mínimo, por acciones imprudentes o negligentes (arts. 182 y 183, en ese orden), con prescindencia no sólo de la declaración de quiebra —que únicamente cumple una función agravatoria de la primera de esas figuras—, sino también de la diferencia entre deudores comerciantes y no comerciantes.

Bien Jurídico

Son aplicables idénticas consideraciones a las que se hicieran con anterioridad en los epígrafes 1.2. y 2.2., adonde nos remitirnos.

Sujeto Activo

En cuanto al sujeto activo sólo puede serlo el deudor civil (por exclusión del comerciante, al que ya se refiere el tipo del art. 176), y en defecto del auto de apertura del concurso civil (en la actualidad, inexistente), la doctrina de la equiparación requiere la sentencia declarativa de quiebra pasada en autoridad de cosa juzgada.

Sujeto Pasivo

Sujetos pasivos de la ilicitud son los acreedores del fallido, tal como sucede en la quiebra fraudulenta (2.4.).

Tipo Objetivo

En la propia norma, hay una expresa remisión a los actos típicos de la quiebra fraudulenta (2.5.). También de modo semejante al caso del art. 176, la doctrina mayoritaria señala que las acciones delictivas pueden cometerse antes y/o después de la declaración de quiebra, máxime cuando la redacción del primer párrafo del art. 179 abarca ambas dimensiones temporales, al incluir a los hechos que el autor “hubiera cometido o cometiere”.

Tipo Subjetivo

Está fuera de discusión que resulta una acción dolosa, cometida con conocimiento y voluntad de los componentes objetivos, más el añadido del propósito de defraudar a los acreedores. Por otra parte, no existe un concurso civil imprudente, análogo a la figura del art. 177.

Consumación y Tentativa. Prescripción

Tras el perfeccionamiento jurídico del delito, el término extintivo de la acción penal por prescripción (CP, 59 nº 3 y 63), se inicia, para los hechos anteriores, a partir de que la sentencia de quiebra adquiera firmeza y, en el restante, desde el momento de su propia ejecución.

Autoría y Participación

Los principios generales de la participación criminal son aplicables lo mismo en la quiebra fraudulenta del art. 176 (2.8.), que en el concurso civil fraudulento del art. 179, 1ª parte. La simetría es plena.

Particularidades de la Figura

Con el dictado del decreto-ley 22.917 se unifican los procedimientos falenciales, se abroga el concurso civil y, según nuestro parecer, queda tácitamente derogado el delito del art. 179 1ª parte. Esta dirección se profundiza mediante la sanción de la actual Ley de Concursos y Quiebras (24.522). Sin embargo, las opiniones no son unánimes, pues hay quienes consideran que —a pesar de esas reformas extrapenales— la figura mantiene vigencia y quienes insinúan o aseguran lo contrario.

En ese primer sector doctrinario destaca la posición de Creus, al sostener que la supresión del concurso civil no implica la del injusto en estudio, pues es posible hacer una equiparación conceptual y terminológica entre el deudor no comerciante concursado civilmente (tal la referencia del tipo legal), y el quebrado no comerciante (como emerge del procedimiento unificatorio de la

LCQ). En este entendimiento, si el Código Penal se remite —expresa o implícitamente— a una ley que es derogada, se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite.

En el sector opuesto, Erbetta expone que dada la prohibición de una interpretación analógica o extensiva en perjuicio del imputado y al haberse eliminado la categoría normativa de "deudor no comerciante declarado en concurso civil", su integración por vía comparativa puede ser objetada, atendiendo al carácter limitativo del tipo, a los particulares principios de interpretación de la ley penal y al carácter no constitutivo de ilicitudes derivado del art. 19 de la CN.

Ya adelantamos que compartimos este último criterio, porque resulta inconcebible que pueda existir delito de fraude en el concurso civil, cuando el concurso civil ha dejado de existir. La desidia del legislador penal no debe ser suplida por la hermenéutica jurídica, en definitiva, para favorecer la criminalización.

Jurisprudencia

"Las previsiones del art. 179 CPen., que sólo requiere que la conducta sea cometida por un 'deudor no comerciante', tampoco es la subsunción correcta ya que establece un elemento objetivo adicional: que el autor haya sido 'concursado civilmente', hipótesis que en la actualidad ya no puede darse toda vez que el concurso civil se ha suprimido. La aplicación de este tipo penal a aquellos no comerciantes 'quebrados' por remisión a la nueva ley 24.522 sería de carácter extensiva y aplicada 'in malam parte', cuestión que se encuentra vedada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que surge impuesto por el principio de legalidad previsto en el art. 18 CN" (C.N.Crim. y Correc., Sala 5ª, "F., J.", causa nº 25.075, sent. del 3/12/2004).

"El juego armónico de los arts. 176 y 179 párr. 1º CPen. suponen, el primero, un sujeto activo comerciante, declarado en quiebra; el segundo, un sujeto activo no comerciante, concursado civilmente. Puesto que la ley 22.917 —modificatoria de la 19.551— unificó el régimen concursal para las personas de existencia visible en la quiebra, sistema que fue mantenido por la 24.522, el art. 179 citado dejó de describir una hipótesis que pueda darse en la realidad" (C.N.Crim. y Correc., Sala 2ª, "S., S.", sent. del 4/6/2002).

Insolvencia Fraudulenta

Art. 179 2do. párrafo: ***"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles".***

Antecedentes Legislativos y Proyectos de Reformas

La figura es introducida recién en 1968, mediante el decreto ley nº 17.567, donde se la inserta entre los delitos contra la propiedad (título sexto del libro segundo); más particularmente, en el capítulo quinto relativo a los "Quebrados y otros deudores punibles", es decir, dentro de los ilícitos concursales, aun sin serlo. Además, se la incluye en el catálogo de los delitos dependientes de instancia privada (CP, 71 nº 1 y 72 nº 5)[11], siendo mantenida —con el retorno a la democracia— por la ley nº 20.509, aunque pasa a ser un ilícito de acción pública. Luego, el decreto ley 21.338 no sólo la reconfigura como delito dependiente de reclamación de parte perjudicada (CP, 72 nº 4), sino que eleva su escala sancionatoria de dos a cuatro años de prisión. Finalmente, la ley 23.077 restituyó la punición originaria, pero mantuvo la configuración del injusto como ilícito de acción pública; eso sí, el texto de la descripción típica permanece inalterado a través del tiempo.

El Proyecto de 1979 a la vez que duplica la penalidad, tanto del piso como del tope de la escala sancionatoria, fijándola de uno a seis años de prisión (art. 239), suprime la específica alusión a las "obligaciones civiles", quedando genéricamente tipificada la frustración, total o parcial, del cumplimiento de las correspondientes obligaciones (sin más).

Por último, el Anteproyecto de 2006 enmarca dentro de los "Delitos contra la propiedad y el orden económico" (título séptimo), a las "Insolvencias punibles" (capítulo octavo), incluyendo tanto la insolvencia fraudulenta (art. 182), como la culposa (art. 183).

Bien Jurídico

Según cómo se enfoque el tema del bien jurídico, se resolverá la oscilante cuestión del ejercicio de la acción penal, porque tratándose de una simple afectación del derecho de propiedad del acreedor, como creen los proyectistas del '68, se comprende mejor que su puesta en marcha dependa

[11] Laje Anaya (1979: 209) la considera la solución legislativa más razonable.

de la instancia del afectado (CP, 71 nº 1 y 72 nº 5) y, como contratara, si se lesionan —además— otros intereses tutelados por el andamiaje jurídico (por ej., el normal funcionamiento del sistema de administración de justicia, la buena fe procesal, la autoridad de cosa juzgada emergente de los procedimientos ejecutivos, el orden socioeconómico, etc.), es razonable que se conciba al delito como ilícito de acción pública, donde se emparejan el interés particular de la víctima y el interés general de la sociedad.

Por nuestra parte, consideramos que el bien jurídico protegido en la insolvencia fraudulenta es la propiedad de los acreedores y, sólo en forma refleja, la administración de justicia.

Sujeto Activo

En principio, el sujeto activo del delito es el deudor demandado, ya sea por obligaciones derivadas de responsabilidad contractual, extracontractual o por actos ilícitos, aunque también podrían serlo el fiador, el garante, el asegurador y el tercero civilmente obligado, en tanto sean citados a responder como tales en el proceso. Es más, en los casos de reconvención —cuando la persona accionada contrademanda al actor— ambas partes podrían quedar incursas en el delito, en razón de que revisten recíprocamente el rol de actor y demandado[12].

Sujeto Pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, a diferencia de los ilícitos concursales que conforman el resto del capítulo quinto, donde la víctima es la masa acreedora (mejor dicho, los acreedores reunidos en masa), aquí reviste esa condición el acreedor —aislado, individual— que ostenta el título ejecutivo de la obligación civil demandada (luego, reconocida en el proceso judicial y maliciosamente frustrada mediante actos de insolvencia). Si hubiera reconvención, también puede serlo el deudor accionado que contrademanda al actor.

Tipo Objetivo

Al describir la tipicidad objetiva, la norma analizada contempla dos situaciones procesales en las que podría tener lugar la realización delictiva; i) cuando el deudor (demandado) se insolventa para frustrar los derechos del acreedor (demandante) durante el trámite del proceso; y ii) cuando lo hace con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria.

[12] Así lo admite la doctrina, por ej., Bacigalupo (1970: 101) y Buompadre (1998: 301).

Por otra parte, la figura menciona a las obligaciones civiles que, en contrapartida a las meramente naturales, son aquellas que confieren a su titular el derecho de reclamación jurídica para exigir su cumplimiento, las que, a su vez, pueden ser obligaciones de dar (cosas o sumas de dinero), de hacer o de no hacer, conforme las precisas estipulaciones sobre los derechos personales en las relaciones civiles, a las que se refiere el libro segundo del Código Civil (art. 495 y sgts.). La doctrina coincide en que por obligaciones civiles sólo deben entenderse las obligaciones de dar, porque las de hacer o no hacer son insusceptibles de ser malogradas por los medios comisivos previstos en la ley, aunque para muchos, por vía indirecta, también quedarían comprendidas, en la medida que pueden ser fuentes de deberes de resarcimiento patrimonial.

En el núcleo de la tipicidad objetiva se describen taxativamente los medios comisivos, consistentes en destruir, inutilizar, dañar, ocultar o hacer desaparecer bienes del patrimonio del demandado, o disminuir su valor, con el propósito de frustrar el cumplimiento de sus obligaciones civiles. Esas conductas ilícitas se ejecutan, por lo general, por actos materiales, pudiendo tener alcance total o parcial, aunque la ocultación y la desaparición de bienes también pueden realizarse a través de actos jurídicos, pues son tan delictivos los actos de insolvencia fraudulenta reales como los simulados. Con otras palabras, si por una parte, el tipo abarca tanto el destrozo, la rotura y el deterioro como la depreciación de los bienes del deudor, por la otra, comprende no sólo la pérdida en términos de ocultación y desaparición material, sino también jurídica.

Con el vocablo bienes se incluyen desde el dinero, las cosas y efectos, hasta los títulos, créditos y valores que conforman el patrimonio del deudor y con el que debe afrontar sus obligaciones civiles (o mejor dicho, a estas alturas, las pretensiones jurídicas del acreedor, legitimadas por la sentencia condenatoria).

Tipo Subjetivo

En cuanto el aspecto subjetivo de la tipicidad, está claro que se trata de una acción dolosa, cometida con pleno conocimiento de los componentes objetivos y voluntad ejecutiva. Y algo más: con el propósito de defraudar al acreedor, mediante la maliciosa realización de los actos que provocan —en primer lugar— la insolvencia y —a raíz de ésta— la frustración de los derechos patrimoniales del demandante.

Por ende, la figura sólo es compatible con el dolo directo (intención), con lo cual debe excluirse la posibilidad del dolo eventual y del dolo de consecuencias necesarias, al ser incompatibles con el "maliciosamente" que califica la acción típica en el delito.

Consumación y Tentativa. Prescripción

Para la configuración del delito no alcanza con la realización de los actos de insolvencia, en razón de tratarse de un tipo de lesión o de resultado, es decir, se requiere la verificación de un perjuicio patrimonial para el accionante, a raíz de la insatisfacción del crédito por la frustrada ejecución judicial de la sentencia de condena. Al tratarse de un delito de resultado, admite la tentativa, como sostiene la doctrina dominante.

Además, respecto del momento consumativo y, al propio tiempo, del comienzo del lapso para la extinción de la acción penal por prescripción (CP, 59 nº 3 y 63), existen verdaderos acuerdos en que si los actos para insolventarse y, de ese modo, frustrar los derechos patrimoniales del demandante resultan ser anteriores a la sentencia condenatoria, recién quedan jurídicamente perfeccionados cuando ésta adquiere firmeza. Por lo tanto, desde que el tipo penal aludido se integra —en forma implícita— con el fallo que reconoce la existencia y exigibilidad de la obligación civil a cargo del deudor accionado, y en tanto los actos ilícitos sean anteriores a su declaración jurisdiccional, el delito se consuma al ser completado el tipo con ese decisorio ejecutoriado y es desde entonces que se debe contabilizar el tiempo extintivo de la acción penal. A su vez, si se trata de actos posteriores, la insolvencia fraudulenta se consuma (y el término de prescripción empieza a correr), cuando se materializa el hecho típico en particular.

Autoría y Participación

Se trata de un delito especial, desde que no cualquiera reúne las características propias que definen la autoría. Eso sí, es aplicable a cualquier deudor (y demás sujetos obligados, como quedara dicho) que es demandado. La participación criminal es factible y se rige por las disposiciones generales de los arts. 45 y 46 del Cód. Penal.

Particularidades de la Figura

Tal como está redactada la fórmula legal contiene un doble juego de relaciones: i) de causalidad entre la actuación sobre los propios bienes y la insolvencia; y ii) de finalidad entre la

incapacidad económica autoprovocada y la postrer frustración del cumplimiento de las obligaciones civiles resultantes del fallo firme.

Lo que termina de definir la ilicitud no es tanto la insolvencia del demandado que, a pesar de ser fraudulenta, resultaría atípica si se cumplen temporáneamente las obligaciones reconocidas por la sentencia judicial, sino la frustración de éstas, convirtiendo al fallo en un decisorio jurisdiccional de carácter puramente declarativo. La corriente mayoritaria señala que la insolvencia no es, pues, la conducta que el tipo tiene en su mira, sino la de frustrar (Creus a favor; Bacigalupo en contra).

En cualquier caso, existe acuerdo en clasificarlo como delito de resultado cortado, donde la esencia del tipo es la realización de alguna de las acciones previstas para insolventarse, con el designio que, por derivación, se malogre el derecho del demandante sobre los bienes del deudor que garantizan su acreencia.

Cabe agregar que no se requiere que los actos típicos produzcan la insolvencia absoluta, ni la frustración total, imposibilitando de manera completa la efectivización del derecho patrimonial que titulariza el sujeto activo, porque también se considera ilícita la insolvencia y la frustración parcial del mismo. Tampoco es exigible la insolvencia real y efectiva, pues tan delictiva es ésta como la ficticia y aparente (simulación), mientras pueda malograr el crédito del demandante.

Por último, si bien estamos en presencia de un clásico tipo comisivo, no hay razones para descartar la comisión por omisión, como sucede en los casos en que el medio para causar la insolvencia y desencadenar la frustración de las obligaciones sea dejar morir de hambre la hacienda.

Jurisprudencia

"Para constituir el delito tipificado en el art. 179 párr. 2º CPen., el acto frustrante que priva al actor de la posibilidad de hacer efectivo el cobro de aquello a que tiene derecho, es exigible como presupuesto elemental la sentencia interlocutoria o definitiva en sede pertinente. Tal requisito, no se verifica si con anterioridad que los imputados realizaran la transferencia del inmueble en cuestión, el acreedor sólo había efectuado las diligencias necesarias a fin de preparar la vía ejecutiva para cobrar el documento" (C.N.Crim. y Correc., Sala 7ª, "T., S. B. y otro", sent. del 18/12/2002).

"El análisis exegético y dogmático de la figura de insolvencia fraudulenta, revela que el tipo penal exige que se hagan desaparecer bienes patrimoniales y que con ello se frustre el

cumplimiento de una obligación, pero todo ello con la presencia de un requisito netamente preponderante, lo que en plano de la culpabilidad se traduciría en el requerimiento de una particular motivación, impuesta por el adverbio "maliciosamente", que reclama que la enajenación tenga por única o marcada finalidad la de frustrar la satisfacción que se busca en un proceso en marcha" (C.N.Crim. y Correc., Sala 5ª, "M., E. s/ insolvencia fraudulenta", sent. del 24/2/1983).

"El delito consiste en procurar fraudulenta o maliciosamente la propia insolvencia o disminución del patrimonio para frustrar, de ese modo, el cumplimiento de determinadas obligaciones civiles. No es preciso que el deudor llegue realmente a la insolvencia o a la disminución de su patrimonio, esto último en una medida que haga imposible el cumplimiento de su obligación; es suficiente con que aparezca como tal a los efectos de la ineficacia de las medidas legales posibles para asegurar o hacer efectivo el cumplimiento del crédito" (CNCP, Sala 2ª, "T. A. s/ recurso de casación", sent. del 5/6/2000).

"El art. 179, 2º párrafo, in fine del C.P. alude al 'cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles', por lo que para que proceda la apertura de un proceso penal por insolvencia fraudulenta en los términos de la norma citada se requiere como condición previa la existencia de una sentencia firme que declare la exigibilidad de una obligación civil económicamente significativa susceptible de apreciación en dinero" (CNCP, Sala 2ª, causa nº 2.527, "I., J. P., D. S., H. y otros s/ recurso de casación", sent. del 5/6/2000).

"Para que proceda la apertura de un proceso por insolvencia fraudulenta se requiere como condición previa la existencia de una sentencia firme que declare la exigibilidad de una obligación civil económicamente significativa susceptible de apreciación de dinero, por ello, la disposición patrimonial perjudicial no alcanza a consumarlo y no puede considerarse momento consumativo del delito, sí en cambio, cuando una sentencia civil lo obliga a pagar y, debido a la insolvencia maliciosa lograda por el deudor el crédito no puede ser satisfecho. La disidencia sostuvo que la acción penal se encuentra prescripta cualquiera sea la postura que se adopte como fecha de consumación del delito" (CNCP, Sala 1ª, causa nº 17.799, "B., H. G. s/recurso de casación", sent. del 18/05/2011).

Colusión

Art. 180*: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción. La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género".*

Antecedentes Legislativos y Proyectos de Reformas

El origen de la norma se halla en el Proyecto de 1891 (art. 217), reiterada con ligeras variaciones en los proyectos de 1895 (art. 248) y de 1906 (art. 196), aunque todos ellos derivan, a su vez, de la codificación holandesa (arts. 345 y 347). Al sancionarse el Código Penal (ley 11.179) se acuñan las mismas fórmulas legales del Proyecto de 1906, aunque poco después se dicta la fe de erratas (ley 11.221), por la que no sólo se agrega la expresión "deudor o" (entre todo y director), sino también se modifica el pronombre demostrativo "ese" por "este", ambos en la segunda parte del artículo, relativa a la colusión del deudor.

Salvo ese cambio, la redacción se mantiene intacta desde 1922 hasta 1976. Con el dictado del decreto-ley 21.338, con el fin de armonizar el texto punitivo con la ley concursal por entonces vigente (dto-ley 19.551), se reemplaza —en dos ocasiones, las dos en el primer párrafo— la palabra "concordato" por la expresión "acuerdo preventivo o resolutorio", a la vez que se incrementa la escala sancionatoria, haciéndola oscilar de dos a cuatro años de presión, disposición que es derogada por la ley 23.077, y así llega hasta nuestros días.

En cuanto a los proyectos de reforma, en líneas generales, se ocuparon de aumentar las penas, antes que de reformular las descripciones típicas. A saber: i) los Proyectos de 1937 y 1941 las fijan de tres meses a dos años de prisión; ii) el Proyecto de 1951 de uno a seis años de prisión; iii) el Proyecto de 1953 de seis meses a tres años, con el agregado de la pena de inhabilitación especial de dos a seis años; iv) el Proyecto de 1960 de tres meses a dos años de prisión, con más la de multa de sesenta a ciento cincuenta días; y v) el Proyecto de 1979, sin monto mínimo, establece el tope de dos años de prisión e idéntica multa que el Proyecto del '60. En cambio, el Anteproyecto de 2006, no tipifica estas ilicitudes.

Bien Jurídico

Respecto del tema del bien jurídico protegido, si bien en las demás figuras de este capítulo prima la idea de la tutela de la intangibilidad del patrimonio del deudor, como prenda común de los acreedores, a fin de que éstos puedan efectivizar sus créditos (1.2., 2.2, e/o), en la colusión —tanto en la del acreedor, como en la del deudor— se procura preservar la indemnidad de la "pars conditio creditorum", frente a los posibles acuerdos fraudulentos de alguno de los acreedores con el deudor o terceros.

En definitiva, a pesar de que la LCQ atenúa el rigor del principio de paridad entre los titulares de los créditos, sigue estando vedado que el deudor y alguno o algunos de sus acreedores realicen pactos venales, por afuera de todo el marco legal, con lo que la "ratio essendi" de ambas figuras penales conservan su vigencia.

Sujeto Activo

En la colusión del acreedor (art. 180, 1ª parte), autor sólo puede ser aquel que en el proceso concursal revista esa condición jurídica, en exclusiva referencia a las personas de existencia real, porque la norma no contiene una ampliación del elenco autoral que abarque a los directivos, administradores y/o representantes de las personas jurídicas acreedoras, a diferencia de lo que sucede no sólo en los supuestos de quiebra impropia (art. 178), respecto de la quiebra fraudulenta (art. 176), sino también de la propia colusión del deudor (art. 180, 2ª parte).

Y en la colusión del deudor, el sujeto activo puede ser cualquier deudor, comerciante o no, declarado en quiebra o simplemente concursado, así como el director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, con lo cual se amplió el abanico de autores, aunque sin la extensión que prevé el art. 178 para la quiebra de sociedades, de modo que el resto de los allí mencionados podrán revestir, en su caso, la calidad de partícipes, pues rigen para los "extraneus" las reglas generales de la participación criminal (art. 45).

Sujeto Pasivo

Los sujetos pasivos, en ambas hipótesis legales, son los acreedores no coligados que integran la masa.

Tipo Objetivo

El núcleo de la realización típica parte de la connivencia fraudulenta con el acreedor y se manifiesta a través de la celebración o conclusión del acuerdo espurio, verbal o escrito, por el que el deudor concede ventajas especiales a aquél —en detrimento de los demás, siempre que hayan verificado sus créditos en el concurso—, como contraprestación por la votación favorable del concordato, convenio o transacción.

En síntesis, lo que se acuña en la primera de las hipótesis es la "venta del voto", del acreedor al deudor o a un tercero; a su vez, el segundo párrafo sanciona la "compra del voto", aunque con una nítida diferencia, acorde al tenor literal, porque lo que para el acreedor es el comienzo del "iter", que recién se perfeccionará jurídicamente al prestar su conformidad venal, para el deudor equivale a la consumación delictiva, pues mientras que al acreedor luego del pacto algo le queda todavía por hacer, para llegar en definitiva a la criminalidad, al deudor ya lo hizo todo con el arreglo ilícito. Esa es la razón de los distintos momentos consumativos del delito para uno y para otro, como se verá enseguida (7.7. y 7.9.).

Tipo Subjetivo

En cuanto a la tipicidad subjetiva en la colusión, es preciso apuntar que las dos modalidades requieren el dolo directo, desde que se basan en la convergencia intencional de ambos protagonistas, el que vende (acreedor) y el que compra el voto (deudor).

Consumación y Tentativa. Prescripción

La colusión del acreedor se consuma al emitir el voto o, en forma más ajustada a la figura legal, al consentir el concordato, convenio o transacción judicial. Este ilícito admite tentativa. En cambio, la colusión del deudor se perfecciona mucho antes: desde que se concluye el pacto espurio, por lo que la tentativa resulta inadmisible.

El plazo para la extinción de la acción penal por prescripción (arts. 59 nº 3 y 63), comenzará a correr desde el momento en que el acreedor consiente de manera corrupta la propuesta del deudor, concursado o quebrado, mientras que en la colusión del deudor se computa, aun antes, a partir de la fecha en que se perfecciona el acuerdo venal.

Autoria y Participación

La colusión del art. 180 1º parte CP, constituye un supuesto de codelincuencia o participación necesaria, donde además del sujeto activo (acreedor) se menciona —a título de especial condición del tipo— la existencia de otro sujeto (deudor o tercero), que concluye con aquél el pacto prohibido, resta analizar el rótulo jurídico de la intervención de estos últimos.

En el caso del deudor, es evidente que existiendo un tipo específico a su respecto (art. 180, 2ª parte), ahí debe quedar subsumida su conducta.

El problema, en verdad, se presenta con el tercero, pues se discute si éste reviste el carácter de coautor (Núñez) o de partícipe primario (Creus). Si bien la punibilidad de una u otra opción es la misma (art. 45), por razones sistemáticas adherimos a la opinión de Creus, al considerar que son plenamente aplicables, al caso, las reglas generales de la participación criminal, pues el tercero (no es más que un "extraneus", que) no reúne las particulares condiciones de autoría que exige este delito especial propio.

Particularidades de la Figura

En la base de los delitos de colusión se asienta el contubernio entre el acreedor y el deudor o un tercero, aunque las acciones típicas son diferentes, por lo que no se justifica su tratamiento unitario. A su vez, cada una de las fórmulas legales requiere la concurrencia indefectible de —cuanto menos— dos sujetos que se confabulan, por lo general, para obtener beneficios recíprocos que perjudican al resto de los acreedores, al quebrantar el principio de igualdad entre ellos. Las conductas punibles de los coaligados aparecen descriptas por separado en cada uno de párrafos del art. 180, refiriéndose, en primer lugar, a la del acreedor venal (colusión del acreedor), que exige la intervención del deudor o de un tercero y, en segundo término, a la del deudor (colusión del deudor), a pesar de que ambas ostentan idéntica dirección final.

Para el acreedor, estamos frente a un delito de doble actividad, donde éste comienza a delinquir, dando el primer paso del "iter criminis", cuando acuerda las estipulaciones fraudulentas con el deudor (comerciante o no, quebrado o concursado), a espaldas del conjunto de los acreedores, pero recién se perfecciona, tiempo después, cuando emite el voto corrupto o presta la aquiescencia ilícita para favorecer la propuesta del fallido. Ante todo, debe mediar el pacto espurio, luego, en un segundo momento de la realización típica, la figura requiere que el acreedor consienta el "concordato, convenio o transacción judicial", apoyando la propuesta del deudor con el que está confabulado para la resolución del proceso falencial.

Para el deudor, en cambio, será suficiente con haber acordado el pacto corrupto.

Jurisprudencia

"El contrato celebrado con un tercero mediante el cual un acreedor asume la obligación de asistir por medio de apoderado a la audiencia de verificación y análisis de la propuesta de concordato y votar favorablemente la propuesta de arreglo, a cambio de ventajas especiales a su favor, con respecto a otros acreedores verificados, es de objeto ilícito, ya que la conducta de quien lo celebra se encuentra tipificada en el art. 180 Cód. Penal" (C. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala 2ª, "Austral Motor S.A. vs. J. de T., N. B. y otros", sent. del 7/3/1995).

Bibliografía Consultada

Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (2007), Ediar, Buenos Aires.

Bacigalupo, E. (1970)
• Estudios jurídico-penales sobre insolvencia y delito, Depalma, Buenos Aires.

Buompadre, J. E. (1998)
• Delitos contra la propiedad, Mave, Corrientes.

Carrera, D. P. (1988)
• Delitos vinculados a la quiebra, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires.

Creus, C. (1993)
• Quebrados y otros deudores punibles, Astrea, Buenos Aires.

Donna, E. A. (1995)
• Derecho Penal. Parte Especial, tomo II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Erbetta, D. A. (2009)
• Delitos de insolvencia, Hammurabi, Buenos Aires.

Fontán Balestra, C. (1990)
• Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, tomo VI, 2ª edic. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Gómez, E. (1941)
• Tratado de Derecho Penal, tomo IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Laje Anaya, J. (1979)

• Comentarios al Código Penal. Parte Especial, vol. II, Depalma, Buenos Aires.

Lascano (h), C. J. (1996)
• La nueva ley de concursos nº 24.522 y los delitos vinculados a la quiebra, Foro de Córdoba, año VI nº 30, Advocatus, Córdoba.

Nuñez, R. C. (1967)
• Derecho Penal Argentino. Parte Especial, tomo V, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.

Proyecto de Código Penal (1961), Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires.

Rafecas, D. E. (2000)
• El delito de quiebra de sociedades, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Soler, S. (1978)
• Derecho Penal Argentino. Parte Especial, tomo IV, 3ª edic., TEA, Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R. — Arnedo, M. A. (1996)
• Digesto de codificación penal argentina, tomos IV y VI, AZ, Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R. — Alagia, A. — Slokar, A. (2000)
• Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires.

INDICE GENERAL:

Homicidio Calificado (por el modo de comisión)

Por María E. Riusech y María E. Klappenbach.

Art. 80 Inc. 2do.: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

2) Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;"

Antecedentes:

El texto original del artículo 80 rezaba lo siguiente:

Inc. 2do. Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.

Esta redacción estuvo vigente en nuestro país desde el 29 de abril de 1922 hasta el 19 de junio de 1963 luego recobró virtualidad a partir del 27 de noviembre de 1964 al 31 de marzo de 1968 y desde el 6 de junio de 1973 hasta el 15 de julio de 1976.

Durante el período que va desde el 20 de junio de 1963 hasta el 26 de noviembre de 1964 estuvo vigente el texto ordenado por el dec.-ley 4778/63 (ley 16.478) que imponía también la pena de prisión o reclusión perpetua pudiéndose aplicar las accesorias del artículo 52 del C.P. a quien:

Inc. 2do. Matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal, codicia, placer; o por veneno, incendio, inundación,

descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos o para excitar o satisfacer deseos sexuales.

La ley 17.567 estableció la redacción actual del inc. 2do. y si bien el artículo 80 fue reformado por la ley 21.338 (ratificada por la ley 23.077) por las leyes 25.061, por la ley 25.816 y por la 26.394 ese inciso mantuvo indemne.

El art. 80 inc. 2do. del C.P. califica al homicidio cuando éste se cometiere con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso y le impone a quien resulte su autor la pena de prisión reclusión o prisión perpetua y la accesoria del artículo 52 del Código Penal.

Es decir, se agrava la escala penal prevista para el homicidio simple del artículo 79 en orden al modo en que el sujeto pasivo elige matar a la otra persona.

La mayor criminalidad del individuo se presenta cuando al decisión de cometer el delito persiste por mayor tiempo, cuando el crimen se prepara cuando se elabora como operación ilícita, cuando en definitiva la actividad del individuo par el ataque es más intensa, más persistente y más eficaz (Moreno, Rodolfo (h), El Código Penal y sus antecedentes, pág. 335).

El ensañamiento

El antecedente del artículo 80 inciso 2do. del Código Penal es, en cuanto a la legislación extranjera, el Código Penal español de 1850 que se refería al ensañamiento como el matar aumentando inhumana y deliberadamente el dolor de la víctima. El proyecto Tejedor fundaba la agravante en el hecho de aumentar deliberadamente el dolor de la víctima.

Concepto.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia española ensañamiento es la acción y efecto de ensañar o ensañarse. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que consiste en aumentar inhumanamente y de forma deliberada el sufrimiento de la víctima causándole padecimientos innecesarios para la comisión del delito.

Ensañar es irritar o enfurecer. Deleitarse en causar el mayor daño y dolor posible a quien ya no está en condiciones de defenderse.

El plus o agravación se verifica entonces por la elección de esta forma de provocar la muerte. Implica la adopción de un modo cruel de matar.

Para Soler, el sentido de esta agravante es el de que el delincuente hay prolongado deliberadamente los padecimientos de la víctima, satisfaciendo con ello una tendencia sádica (Soler, ob. cit. pág 29).

Al igual que en el homicidio alevoso, el cometido con ensañamiento requiere elementos objetivos y subjetivos. Es decir, por una parte la víctima debe haberse visto sometido a padecimientos más allá de los propios de dar muerte.

Este sufrimiento o padecimiento fuera de lo normal tiene que tener lugar durante la ejecución del homicidio. La víctima debe hallarse consciente de modo que pueda sentir el padecimiento. No constituye ensañamiento el obrar del sujeto sobre la víctima ya muerta. Una vez muerta no es posible aumentar el sufrimiento de la persona lo que como vimos resulta un elemento objetivo del delito.

Breglia Arias en este sentido es claro lo que ocurre después de la muerte es ajeno al ensañamiento.

Se requiere que se verifique un aumento del dolor y que este aumento sea buscado expresamente. La voluntad de matar haciendo sufrir o padecer innecesariamente a la víctima.

Algunos autores requieren –además- que el autor se complazca o disfrute con esta forma cruel de provocar la muerte.

El elemento subjetivo supone para Donna que además de querer terminar con la vida de una persona, procure hacerlo causándole un dolor insufrible, que logre hacer padecer a la víctima. Se mata complaciéndose en la agonía y por ende alargándola (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo I pág. 38).

Para otros autores basta con que el autor conozca que está ocasionando un padecimiento innecesario en el sujeto pasivo y que ésta sea la forma buscada o querida de dar muerte.

En este sentido, señala Breglia Arias que el homicidio es una forma objetivamente cruel de matar porque puede ocurrir que al autor hasta le repugne la crueldad con la que está actuando y se resista a ella, pero que sea vencido, en definitiva, por la imposición religiosa y no por ello dejará de ser ensañamiento. A su entender basta con dolo eventual (Breglia Arias, Omar, *Homicidios agravados*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 129).

¿El agente activo debe satisfacerse con el dolor deleitarse?

¿O basta que haya querido hacer sufrir innecesariamente a la víctima aunque no se complazca?

Para Creus no resulta imprescindible que el sujeto disfrute, se complazca o goce con el sufrimiento que provocó. Incluso puede repugnarle pero si busca acrecentar deliberadamente el dolor de su víctima quedará igualmente encuadrado en la agravante (Creus, ob. cit., pag. 19).

Si hay acuerdo en que para que se pueda hablar de ensañamiento tiene que demostrarse el propósito de hacer sufrir.

Algunos autores admiten el dolo eventual (Breglia Arias, Sanchez Tomás).

El concepto legal de ensañamiento comprende elementos objetivos y subjetivos. Se requiere por el primero de ellos que el padecimiento de la víctima sea no ordinario e innecesario, sea por la prolongación de ella o por la forma en que se lo realiza.

Para Creus no se da el tipo subjetivo cuando el padecimiento extraordinario es una consecuencia necesaria del medio utilizado para el autor, sin preordenación al sufrimiento.

En principio los autores han afirmado que no es posible el ensañamiento mediante omisión, aunque Bacigalupo la admite, poniendo como ejemplo, el caso de la persona que mata dejando morir a otro de hambre o sed (BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos de homicidio,* en *Estudios sobre la parte especial de Derecho Penal,* Akal, Madrid, España, 1991, pág. 38).

Para Breglia Arias ello no es posible: alguien es herido por mí, en lugar de atenderlo no lo hago y dejo que pasen las horas hasta su muerte. Allí no hay ensañamiento sino abandono de persona con resultado letal, para lo cual ha de tenerse en cuenta la posición de garante que asuma al momento de herir (Breglia Arias, ob. cit. pág. 138/139).

Para que se configure esta agravante el autor tiene que haber logrado que el sujeto pasivo sufra y su intención tiene que haber estado dirigida a ello, o haber descuidado que así ocurra. Para él no es necesario que el autor se satisfaga o goce con el dolor o sufrimiento ajeno (Breglia Arias, pág. 147).

El elemento objetivo está dado por actos innecesarios para matar que provocan dolores extraordinarios mayores que los corrientes.

Para Creus el concepto legal de ensañamiento comprende elementos objetivos y subjetivos.

Objetivamente, requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario e innecesario en el caso concreto sea por el dolor que se le hace experimentar, sea por la

prolongación de ella (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Ed Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 18).

Para este autor no se da la agravante del ensañamiento cuando el padecimiento extraordinario sea una consecuencia necesaria del medio utilizado sin preordenación al sufrimiento o cuando la condición de la víctima no le permute padecer el sufrimiento (Creus, ob. cit., pág. 18).

Si bien compartimos tal postura, para nosotros no cabe realizar la distinción a partir del medio utilizado o de las características de la víctima, pues la agravante se edifica en el excesivo dolor, en el padecimiento sufrido y no en otras características.

Esto es si con un elemento con el que generalmente se causa mucho dolor, en el caso no existió padecimiento de la víctima no habrá ensañamiento. Si se utilizó un instrumento que no es capaz de ocasionar un padecimiento innecesario pero en el caso lo causó –por la forma en que se lo utilizó o por características de la víctima- y el sujeto activo advirtió esta circunstancia, es decir, supo del sufrimiento que está produciendo y quiso realizarlo se verificará la agravante.

En rigor, si se verifica un padecimiento innecesario, cruel el que ha sido buscado por el sujeto activo resultará irrelevante la forma o el elemento por el que se haya optado para matar, una pequeña herida puede provocar según donde se aplique distinto sufrimiento.

Lo mismo sucede con las características de la víctima, puesto que lo relevante es que el sujeto pasivo haya padecido más allá de lo necesario.

La conducta del sujeto que mata debe estar motivada o dirigida a infligir a la víctima ese dolor innecesario. Si en cambio la acción del agente no fue realizada con esa finalidad no se dará la agravante en examen.

El ensañamiento requiere un elemento objetivo, consistente en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario que se le produce a la víctima con el fin de ocasionarle la muerte. Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos (tortura, simulación de padecimientos a seres queridos).

Desde el punto de vista subjetivo, se debe afirmar el dolo directo consistente en aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria. No se dará la agravante en los casos de error, esto es, cuando el autor crea que no está ocasionando el sufrimiento o crea que esos dolores son indispensables para poder lograr sus propósitos homicidas.

Tampoco se estará dentro de la agravante en los casos en que la víctima esté muerta. Por ello las acciones el autor, como ser el descuartizamiento del cuerpo de la víctima, no pueden entrar en la agravante que estamos estudiando, si ésta está muerta.

Jurisprudencia:

Para que medie ensañamiento (art. 80 inc. 2°, C.P.) el autor debe haber sido guiado por el propósito de ocasionar sufrimientos innecesarios en la ejecución del homicidio (SCBA, P. 46.104 sent. del 26-VII-1994).

A los fines del art. 80 inc. 2° del Código Penal el modo de comisión del homicidio no puede por sí sólo perfeccionar la calificante en cuestión; debe confluir para ello el elemento subjetivo (SCBA, P. 46.104 ya cit.).

Existe violación de los arts. 79, 80 inc. 2° del Código Penal y 255 del Código de Procedimiento Penal si con las pruebas invocadas por el tribunal -autopsias de las víctimas y fotografías- no se ha

acreditado la concurrencia de los elementos subjetivos para la configuración de las calificantes de alevosía y ensañamiento (SCBA, P. 46.668, sent. del 17-12-1996).

El Homicidio alevoso.

No encontramos en el Código Penal una definición de alevosía, de manera que dicho concepto se ha ido forjando a partir del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina.

Para ir determinando el alcance de dicho término, podemos partir del significado que le atribuye a dicho vocablo el diccionario de la Real Academia Española. Allí se establece que la alevosía denota cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. Es sinónimo de traición, perfidia. Con alevosía implica un actuar a traición y sobre seguro (Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Como vemos, en este caso se agrava el homicidio por las circunstancias que elige o aprovecha el autor para matar a otra persona.

Es sinónimo de perfidia o traición pues consiste en causar daño a quien confía en uno asegurando la comisión del hecho al evitar que el otro se defienda (Terragni, Marco Antonio Delitos contra las personas, Ed. Jurídicas de Cuyo, Mendoza, año 2000, pág. 220).

Para Moreno la definición tradicional en materia de alevosía es la que contienen las Partidas. Allí, se dice que la traición es la cosa peor y más vil que puede caber en corazón de un hombre (Moreno, Rodolfo (h), ob. cit., pág. 337).

Moreno en "El Código Penal y sus antecedentes la refería como: "La alevosía se caracteriza por el empleo de maniobras tendientes a realizar el crimen sin peligro para el autor. Debe en consecuencia

emplearse la astucia, el engaño, la celada, la traición o cualesquier otro procedimiento que conduzca a esa finalidad.-

Para que esa circunstancia pueda ser tenida en cuenta a los efectos de la calificación del homicidio, es necesario que el delincuente haya buscado su concurrencia, la haya conocido y haya procedido en vista de la misma. Un individuo puede, en efecto, cometer un homicidio sin haber corrido peligro alguna, pero si él no buscó la circunstancia especial y si no la conocía, no podría serle cargada en su haber”. Tomo III pág. 337.

Vinculado con la alevosía, y como dato histórico, se trae aquí lo que fuera el inciso 3ro. del art. 80 bis que introdujo el dec-ley 21.338: “Simulando un estado, oficio, empleo, profesión o cualquiera otra circunstancia tendiente a desfigurar o alterar su personalidad de manera que pueda inducir a engaño a la víctima, privándola de la oportunidad de la defensa que naturalmente hubiera empleado en caso de no haber mediado aquella simulación “.

Resulta claro que se trata de un supuesto abarcado por el concepto de alevosía. Este dec-ley mantuvo el inciso 2 que agravaba el homicidio alevoso en la misma forma que tiene desde el dec-ley 17.567. Lo remarcable es que para este homicidio agravado, como para los otros contemplados en el art. 80 bis imponía la pena de muerte.

Al igual que como sucede con el ensañamiento, la alevosía no es una figura o tipo del delito es solo una circunstancia del mismo (Breglia Arias, ob. cit. pág. 164).

La mayor punibilidad se justifica entonces por la forma que elige el autor para lograr su objetivo; el sujeto opta por cometer el homicidio a traición y sobre seguro, es decir, sin riesgo para sí.

Breglia Arias señala que la expresión “sobre seguro” da lugar a equívocos puesto que –afirma- quien mata con arma de fuego a una persona desarmada, estrictamente estaría actuando sobre seguro, lo mismo quien encarga el homicidio por precio donde el sujeto no puede correr tampoco ningún riesgo sobre su persona en cuanto a la defensa que pueda generar la víctima. Citando la opinión de Pagliere (h) sostiene que no es lo que surge de la ley que la ausencia de peligro sea requisito de la alevosía (Breglia Arias, ob. Cit. pág. 212).

Se trata de un aprovechamiento insidioso de la indefensión de una persona (Breglia Arias, ob. cit. pág. 164).

La alevosía es el modo de cometer el homicidio por el cual el agente oculta el ánimo hostil simulando amistado o disimulando enemistad) o bien esconde físicamente su persona o los medios empleados con el propósito de colocar a la víctima en un estado de indefensión (Tazza, Alejandro, *El homicidio cometido con alevosía*, L.L. Tomo. Pág. 381, 2007).

Para Fontán Balestra la esencia de la alevosía radica en la marcada ventaja a favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida (Tratado de Derecho Penal, T. IV, p.91).

Este tipo penal tiene una naturaleza mixta, compuesta por elementos objetivos –vinculados con la forma o modo utilizados para perpetrar el homicidio- y otro subjetivo, que tiene que ver con el ánimo del autor de aprovecharse, mediante ese modo o forma de la indefensión de la víctima.

Para configurar la agravante entonces es necesario que el autor se haya decido por matar de ese modo.

El agente hace algo que no hubiera hecho si otra hubiese sido la situación, es la indefensión de una persona lo que motiva o decide a cometer el delito.

La indefensión puede provenir de las características del sujeto, de las circunstancias en las que tiene el lugar el homicidio o por el modo en que se comete el mismo.

No se requiere que ella -la indefensión- sea absoluta, es decir, no es indispensable una total ausencia de resistencia, sino que la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia mínimamente riesgosa para el ofensor, procedente de la actividad de la víctima o de terceros.

Como vimos la alevosía es sinónimo de perfidia o traición toda vez que se causa la muerte a la persona que confía en uno o eligiendo el modo, tiempo o circunstancia de realizando evitando que el sujeto pasivo se defienda.

La razón de la agravante supone la elección de un modo de matar que no da oportunidad a la víctima de reaccionar o defenderse.

Se habla de preordenación en tanto el sujeto se motiva en esa situación especial que se da de indefensión lo que no implica –necesariamente- que se constate premeditación por parte de quien decide matar. Basta con que el sujeto aproveche la indefensión de la víctima.

Ello por cuanto la premeditación no fue tenida en cuenta como circunstancia agravatoria ni el código de 1886 ni fue admitida en los proyectos de 1891 y de 1906 (Moreno, Rodolfo (h), ob. cit., pág. 337).

Si bien como dijera debe verificarse un estado de indefensión por parte de la víctima no es necesario que dicho estado haya sido provocado por el autor bastando que constatado el mismo sea aprovechada por él.

Lo que induce al autor a matar es la búsqueda o el aprovechamiento de las circunstancias en que el mismo tiene lugar.

Es necesario para la configuración de la agravante que el agente haya buscado su concurrencia, la haya conocido y haya procedido en vista de la misma. Un individuo puede cometer un homicidio sin haber corrido peligro alguno, pero si él no buscó la circunstancia especial y si no la conocía, no podría serle cargada en su haber (Moreno, Rodolfo, ob. cit. pág. 337).

Es decir, el que la víctima fuera tomada por sorpresa tampoco implica alevosía siempre que esta sea ocasional y no buscada.

Es por eso que -en general- no se acepta que la muerte de un niño de muy pocos años sea un homicidio alevoso porque en ese supuesto la indefensión no es una circunstancia sino un estado.

De acuerdo a lo expuesto, el elemento subjetivo consiste, en la agravante analizada, en la búsqueda o aprovechamiento de circunstancias que permitan ejecutar el crimen con seguridad y sin perspectivas de defensa por parte de la víctima.

Si el estado de indefensión no es buscado o aprovechado por el agresor, no habrá alevosía.

Luego de acreditarse la situación objetiva de indefensión debe verificarse también el aspecto subjetivo del delito, es decir, este ánimo especial que moviliza a actuar al autor.

Deben coexistir ambos aspectos puesto que aún el autor decidido ante la posibilidad de actuar sin riesgo para sí, de no verificarse la situación de indefensión no se constituirá la agravante en análisis. Como tampoco se constituirá la agravante si –por el contrario- constatado el estado de indefensión de la víctima éste no fue por lo menos aprovechado por el sujeto activo.

Soler distingue entre el acecho y la alevosía. El homicidio cometido mediante acecho consistiría para él en el mero acto de esperar a la víctima. Para la alevosía, en cambio, dice es necesario que el autor procure actuar con ausencia de riesgo para el ofensor que provenga de la defensa que el ofendido

pudiera oponer. (Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Ed. Tea, 11va. Reimpresión total, 1999/2000, pág. 28/29).

¿Se requiere dolo directo o basta con eventual?

No es posible su comisión con dolo eventual (Breglia Arias, ob. Cti. Pag. 165).

La elección del criterio subjetivo le hace decir que no siempre es alevosa la muerte del recién nacido, del anciano inerme, del paralítico, y en fin, de todos aquellos que no pueden ser matados de otro modo: ello dependerá que la situación haya motivado o no la decisión del homicida.

Jurisprudencia:

Los Tribunales también han desentrañado el significado de este término.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que hay media alevosía cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima -causadas o no por el sujeto activo- hubieran sido condición subjetiva del ataque (P. 33.221, sent. del 30-IV-1985; P 36.645 sent. del 20-II-1987; P. 34.627, sent. del 28-VI-1988; P. 34.627; sent. del 28-VI-1988; P. 33.240; sent. del 6-IX-1988; P. 39.893, sent. del 15-XI-1994; P 45.567, sent. del 27-II-1996).

De modo que el concepto jurídico de alevosía contiene un elemento objetivo y otro subjetivo (P. 36.741, sent. del 20-II-1990; P. 38.980, sent. del 26-II-1991 y P. 43.765 sent. del 26-IV-1994).

Se ha pronunciado también en el sentido de que para que se constituya la alevosía no es necesario que la falta de peligro o la indefensión hayan sido generadas por el sujeto activo, ni que medien "astucia, engaño, celada o traición", ni móvil alguno en particular independiente del elemento.

El hecho de colocar a las víctimas en manifiesta situación de indefensión y aprovechar la nocturnidad, la privación de la libertad y el lugar descampado en que se encontraban, son circunstancias suficientes para configurar la alevosía (art. 80 inc. 2°, C.P.) en tanto satisfacen sus condiciones objetiva y subjetiva (estado de indefensión de la víctima, falta de peligro para el agente y condición subjetiva del ataque), siendo irrelevante que haya mediado astucia, engaño o traición para llevar a las víctimas a ese estado (P. 45.663 sent. del 25-IV-1995.

Veneno u otro procedimiento insidioso

Explica Soler que en otras épocas esta forma del delito ha tenido mayor importancia social y política que en la actualidad y que el motivo de la agravación provenía del carácter insidioso del medio y de la dificultad de comprobar los hechos que casi aseguraban al autor la impunidad. Pero a partir de los avances químicos que se fueron sucediendo se han desarrollado técnicas que permiten su detección en el organismo de la víctima y de esta forma se patentizó la razón o motivo de la agravante: el modo en que se administra el veneno, esto es, en el ocultamiento de la sustancia (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, 11ª reimpresión, Buenos Aires, 1999/2000, pág. 33).

Para Creus el fundamento de la agravante se determina por las menores defensas de la víctima ante la insidia que constituye la utilización de los particulares medios a que se refiere la ley y no a la efectividad letal de ellos (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 22).

Moreno explica, por su parte, que se considera que entre todos los medios insidiosos que pueden usarse para dar la muerte, el más vil y el más terrible es el veneno. Supone en quien lo usa y salvo casos contados de excepción, designio formado de antemano, ocultación de la intención dolosa; cálculo sobre los resultados; perspectivas de impunidad; y actuación sobre la víctima indefensa e inadvertida. Revela, por consiguiente, fría perversidad y pone de manifiesto un ser particularmente peligroso. Para que el homicidio por veneno exista se requiere: el veneno, la suministración del mismo y que la causa de la muerte derive de la absorción de aquél. (Moreno, ob. cit., pág-3447345).

Para otros autores la indefensión de la víctima y las dificultades de pesquisar el delito que aún subsisten pese a los avances de la toxicología moderna, representan una mayor dañosidad social, un mayor desvalor que el legislador ha tenido en cuenta en este caso. Sin embargo, luego reconoce que lo que agrava no es el carácter de medio que éste tiene naturalmente sino el modo en que se utiliza (Breglia Arias, ob. cit. pág. 245 y 247).

A partir de la incorporación por la ley 17.567 de la expresión "u otro procedimiento insidioso" parece haber quedado zanjada la cuestión y la razón de la agravante radica en mayor medida en el modo de administrar la sustancia que en ésta en sí. Si el autor utiliza violencia que la víctima no puede advertir no se da la agravante (Terragni, Marco Antonio, Delitos contra las personas, pág. 248).

La exposición de motivos que acompañó el proyecto de los que después fue el decreto–ley 17.567, consignó respecto a la reforma al inciso 2: "Aclaramos, con esta redacción, que no es suficiente el empleo de veneno, sino que debe suministrarse de modo insidioso. Lo consideramos, pues, como una especie, dentro del género alevosía. Suprimimos las "Sevicias" graves, por su dudoso contenido, superpuesto al del ensañamiento" (Digesto de Codificación Penal Argentina. Zaffaroni- Arnedo, pág. 63).

Es decir, solo se dará –en el caso del veneno- la agravante si además de utilizarse dicho elemento se lo hace de forma insidiosa, traicionera o escondedora.

El motivo de la agravante se ha inclinado, entonces, esencialmente a la forma de su administración. Resultará indistinto si el autor elige para cometer el delito la utilización del veneno o como dice la ley se vale de "otro procedimiento insidioso". Siendo así, el incremento de la escala penal no pasa ya por la sustancia sino por la forma o modo en que se la aplica.

De hecho no cambiaría ni un ápice la cuestión la circunstancia que la ley optara por suprimir el vocablo "veneno" y mantener que se aplicará prisión o reclusión perpetua a quien matare a otro por "un procedimiento insidioso".

Veneno: es la sustancia que incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte. Cosa nociva a la salud. Cosa que puede causar un daño moral. Afecto de ira, rencor u otro mal sentimiento. Sustancia que frena un proceso físico o químico ((Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo II, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Se ha discutido si debe adoptarse una definición técnica de dicho vocablo o si en cambio debe adoptarse una jurídica.

Para Moreno veneno es toda sustancia capaz de perjudicar la salud de la persona hasta el punto de causar la muerte. Para el derecho penal, dice, no son necesarias en esta materia distinciones de tipo eminentemente científico. Basta que la substancia tenga esos caracteres y produzca tales resultados para que deba considerarse veneno. De aquí que sean tales los productos vegetales, animales o minerales. Lo mismo sería veneno una sal, que un alcaloide o que una ptomaina. Y lo mismo tendría ese carácter un

cultivo de microbios que produjera una enfermedad a consecuencia de la cual falleciese la víctima. El concepto debe tomarse en sentido amplio (Moreno, ob. cit. págs. 344/5).

Antes de la reforma del decreto-ley 17.567, se discutió si el vidrio molido entraba en el concepto de veneno, ya que éste no actuaba por descomposición química, sino por destrucción de las visceras, con lo cual quedaba fuera del concepto genérico de veneno.

Creus, concluye que debe entenderse por veneno aquella sustancia (animal, virus orgánicos, vegetal, mineral, sólida, liquida o gaseosa) que introducida en el cuerpo humano por cualquier vía (bucal, inyectable, por ósmosis) normalmente mata en virtud de las transformaciones químicas que produce (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 22).

De acuerdo a esta fórmula quedaría fuera del concepto de veneno el vidrio molido puesto que no produce ninguna transformación química.

Parece más acertado restringir el concepto de veneno tal como lo hiciera Creus y exigir entonces que para que se pueda hablar de veneno se tiene que verificar una transformación química.

No podrían considerarse veneno las sustancias que introducidas en el cuerpo humano o por contacto con él matan por procesos que no tienen ese carácter aunque obviamente que aplicadas en forma insidiosa podrían dar lugar a la agravante.

Algunos autores extienden el concepto de veneno a cualquier sustancia cuyas cualidades fueran nocivas en relación a un sujeto pasivo determinado aún cuando fueran inocuas para la generalidad de las personas –vimos en el Moreno el ejemplo de la sal-.

Sin embargo, parece más adecuado utilizar el vocablo en análisis para aquellas sustancias que por sí mismas resultan nocivas a la salud independiente de quien sea el sujeto que se vea afectado por

sus efectos. En este sentido, cabe tener en cuenta el significado que surge del Diccionario de la Real Academia Española este concepto se vincula con la **maldad.**

De esta forma, además, se realiza una interpretación restrictiva de la expresión lo que además de resultar respetuoso de la Constitución Nacional no causa perjuicio ante la incorporación efectuada por la ley 17.567.

El veneno puede ser suministrado vía oral, rectal, vaginal, respiratoria, epidérmica, hipodérmica, subcutánea, mediante ingestión, inyección, unción e inhalación (Breglia Arias, pág. 248).

Están comprendidas entonces también en el concepto de veneno las toxinas orgánicas y los cultivos de bacterias o gérmenes que pueden causarla muerte (Soler, ob. cit., pág. 35).

No es el uso del tóxico en sí sino el hecho de que el sujeto activo atenta contra la vida de una persona pero además agravia el derecho a resguardarla.

Procedimiento insidioso:

Como vimos en su redacción original el inciso en análisis solo contemplaba el homicidio cometido mediante la utilización de veneno. Fue la reforma introducida por la ley 17.567 la que incorporó la expresión “u otro procedimiento insidioso”.

Este agregado ayuda a conceptualizar el término veneno puesto que –como ya se dijera- solo se dará la agravante si además de utilizarse dicho elemento se lo hace de forma insidiosa.

Esto es, no se dará la agravante prevista en el inciso segundo del artículo 80 del Código Penal si el sujeto activo no lo administra de forma traicionera, escondedora, artera.

Por otra parte, la incorporación efectuada por la ley 17.567 permite extender la aplicación de la agravante a cualquier modo o procedimiento por el cual el autor oculta la agresión.

Carrara, que en su programa ha dedicado un capítulo a “Los criterios mensuradores de la cantidad política del homicidio deducidos de los medios” afirma que la insidia se resume en que los medios presenten la característica de hacer más difícil a la víctima precaverse, prevenirlos, defenderse del agresor. Y en sentido amplio se resume en un ocultamiento. Ocultamiento que puede ser moral o material, y éste puede ser ocultamiento de persona y ocultamiento de instrumentos. De allí deriva el homicidio proditorio, el homicidio con acecho, con arma insidiosa y el envenenamiento, que por sus características odiosas se separó en la escuela y en la práctica de las insidias innominadas.

Para Terragni constituyen procedimientos insidiosos, y aunque resulten distintos del suministro de sustancias que obren sobre el cuerpo o la salud de la víctima aquellas trampas que se colocan para que actúen en un determinado momento, tomando desprevenido al sujeto pasivo, por ejemplo conectar una bomba a llave de contacto de su automóvil (Terragni, ob. cit. 249).

Procedimiento: Acción de proceder. Método de ejecutar algunas cosas. Actuación por trámites judiciales o administrativos (Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Insidioso: que arma asechanzas. Que se hace acechanzas. Malicioso o dañino con apariencias inofensivas. Dicho de un padecimiento o de una enfermedad. Que bajo la apariencia benigna oculta una gravedad suma (Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Procedimiento insidioso: es el método de ejecutar o modo de obrar que sin constituir administración de veneno implica un engaño o artificio que no permite a la víctima conocer su dañosidad.

La agravación radica en la insidia del medio con que se mata.

Son otras modalidades traicioneras para matar ya sea mediante engaños u otro tipo de artimañas que vienen a cerrar las posibilidades de matar traicioneramente.

Si bien tiene elementos comunes con la alevosía en esta última se tienen que dar además del ocultamiento de la agresión la indefensión de la víctima.

Muchos autores sostienen, incluso que siempre el procedimiento insidioso es alevoso (Politoff, Grisolía y Bustos, p. 168.).

En base a lo expuesto se puede sostener que existe una mayor dañosidad social y por ende un mayor injusto en la acción del autor que actúa con una víctima desvalida, por una parte, y por otra, se busca proteger a quien se halla en situación de inferioridad. Con lo cual hay una mayor perversidad de quien mata a traición y sobre seguro.

Aspecto subjetivo:

La agravante existe cuando la acción es preordenada para matar aunque no sea premeditada.

En el aspecto subjetivo concurre para Soler un desdoblamiento intencional dirigido tanto al fin de matar como al medio para lograrlo. El conocimiento de que se emplea veneno o de la cualidad de la sustancia empelada con relación al sujeto pasivo bastan. No es necesaria en principio una específica premeditación (Soler, ob. cit. pag. 36).

Para Villada no es imposible su comisión con dolo eventual porque aún cuando e selecciona un modo traicionero de matar –solo compatible con dolo directo- el sujeto activo puede suministrar el veneno con conciencia o potencionalidad letal pero despreciando su resultado (Villada, Jorge Luis, Homicidios Calificados, pág. 41).

Para otros autores esta agravante solo es compatible con dolo directo.

La particularidad, entonces, es el uso del veneno, que debe ser siempre dado de manera oculta, por ejemplo, inyectándolo o introduciéndolo de forma semejante en el cuerpo de la víctima.

Jurisprudencia.

Realiza el "procedimiento insidioso" que califica el homicidio quien oculta a su víctima el ataque (SCBA, P. 36.645, sent. de 20-II-1987).

Realiza el "procedimiento insidioso" que califica el homicidio (art. 80 inc. 2, del Cód. Penal) quien oculta a la víctima el ataque. Lo objetivo a que remite el concepto consiste en los comportamientos mediante los cuales el procesado disfrace la inminencia de su agresión, y lo subjetivo reside en la intención de realizar el señalado ocultamiento (SCBA, P. 47.111 sent. 9-IX-1997).

La Corte ha resuelto que "realiza el 'procedimiento insidioso' que califica el homicidio quien oculta a su víctima el ataque". "Lo objetivo a que remite el concepto consistió en la serie de comportamientos mediante los cuales el procesado disfrazó la inminencia de su agresión. Y lo subjetivo residió en la intención que tuvo de realizar el señalado ocultamiento" Si bien el disparo fue sorpresivo y "oculto hasta el último momento posible" -utilizando expresiones del mismo apelante- lo cierto es que el procesado no llevó a cabo el "procedimiento" tendiente a disfrazar "la inminencia de su agresión" (P. 47.111 S 9-9-1997).

Homicidio Agravado por el medio empleado

Por **Ignacio Carlos Fornari**

ART. 80 inciso 5*: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

5) Por un medio idóneo para crear un peligro común;"

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

El primer antecedente nacional se encuentra en el Código Penal de 1886, que reprimía el llamado homicidio "catastrófico" en el artículo 95 inc. 1º, al contemplar como agravantes del homicidio al incendio y descarrilamiento.

La reforma al Código Penal introducida por la ley 4.189 (de 1903) modificó la figura en trato, al ampliar la enumeración ejemplificativa de los medios de comisión del homicidio por los siguientes: "incendio, inundación, descarrilamiento, explosión, o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos".

Basándose en el Proyecto Peco de 1941 (art. Art. 112, inc. 5) y, principalmente, en el Proyecto Soler de 1960 (art. 111, inc. 6º), la ley de facto N° 17.567 (de 1967) adoptó una fórmula más genérica, contemplando -en el art. 80 inc. 5 del Código Penal- la agravante de homicidio "por un medio idóneo para crear un peligro común". Esa fórmula fue sostenida por la ley de facto N° 21.338, cuya redacción –confirmada por la ley 23.077- mantiene su vigencia hasta el presente.

Al respecto, debe señalarse que la expresión "peligro común" introducida por la ley 17.567 guarda correspondencia con la modificación del Título VII del Código Penal, al que denominó "Delitos contra la seguridad común". Sin embargo, desde la reforma de la ley N° 23.077, ese Título se rotula "Delitos contra la seguridad pública", que es una expresión más equívoca y que rompe la sistemática con la figura calificada de homicidio prevista en el art. 80 inc. 5 del Código Penal.

Finalmente, no debe soslayarse que el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (de 2006) también mantuvo la fórmula "por un medio idóneo para crear un peligro común" (art. 84, inc. "e").

Pero también encuentro importante destacar, por su íntima vinculación, que el referido Anteproyecto suprimía las cuestionadas figuras calificadas por el resultado (entre otras, las previstas en el Título de los delitos contra la seguridad pública), permitiendo que la solución llegue con la aplicación de las reglas del concurso de delitos y a fin de evitar cualquier interpretación lesiva del principio de culpabilidad.

Bien Jurídico

El delito de homicidio se materializa al matar a otra persona, es decir, al terminar con su vida[1].

En consecuencia, resulta fácil advertir que ese comportamiento lesiona el bien jurídico "vida humana", que se encuentra protegido por la Constitución Nacional[2] y por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional[3].

También existe consenso en cuanto a que la figura de homicidio simple (art. 79 del Código Penal) admite cualquier medio de comisión.

Sin embargo, la legislación incrimina con mayor severidad cuando el homicidio se comete por un medio capaz de afectar a bienes y a personas indeterminadas. En efecto, en el inciso 5º del artículo 80 se sanciona con "reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare… por un medio idóneo para crear un peligro común".

Con lo dicho, queda en evidencia que la conducta típica lesiona **dos bienes jurídicos**: **la vida de la víctima**, por un lado; **y la seguridad común**, por el otro, que comprende la vida, salud y propiedades de un conjunto indeterminado de personas[4].

La importancia que el legislador le asigna a los bienes jurídicos mencionados se ve reflejada en las particulares modalidades de protección que adoptó, al concebir una figura calificada que contempla un resultado doloso (delito de lesión con respecto a la vida de la víctima) que se agrava cuando se utiliza dolosamente un medio de comisión "potencialmente apto" para generar un peligro sobre la integridad de los demás individuos y bienes indeterminados (es decir, que para el texto de la norma basta con un peligro abstracto contra la seguridad común[5]).

A su vez, no debe soslayarse que la tutela se complementa con las tipicidades establecidas en el Título VII del Libro II del Código Penal, denominado "Delitos contra la seguridad pública"[6], donde se

[1] En la actualidad continúa la discusión doctrinaria con respecto al alcance de la figura penal, en lo relativo al momento desde el cual se considera que el ser humano nació y desde cuándo se considera que murió. Ello resulta trascendente para determinar con precisión el sujeto pasivo del delito de homicidio, y diferenciarlo del caso de aborto o incluso de las lesiones que se provoquen al feto. Estas interesantes cuestiones, que indudablemente inciden en el momento de decidir o descartar la aplicación de las figuras de homicidio agravado, no serán desarrolladas en el presente trabajo, por considerar que principalmente se vinculan con el tipo básico del delito de homicidio simple (para profundizar en el tema, ver: Gustavo Goerner y Anelise Carnovali: "La delimitación del sujeto pasivo en los delitos de aborto, lesiones y homicidio", D.J., 1998-2-880; Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, año 2007, t. I, págs. 21/37; Andrés J. D´Alessio, "Código Penal comentado y anotado", La Ley, Buenos Aires, año 2006, págs. 3/5).

[2] Dentro de los derechos implícitos reconocidos en el art. 33 de la Carta Magna (María Angélica Gelli: "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", La Ley, Buenos Aires, 3ª edición, año 2006, págs. 382/386).

[3] Artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[4] así también Molinario – Aguirre Obarrio: "Los Delitos", TEA, Buenos Aires, 1996, t. I, pág. 135.

[5] Desde ya adelanto, que más allá de la literalidad de la norma, al tratar el aspecto objetivo voy a proponer una interpretación que exija peligro concreto –es decir, la creación de una situación de peligro real y efectivo contra las personas y bienes en general-, que a mi entender resulta compatible con el principio de culpabilidad y proporcionalidad de penas en relación con la magnitud de la afectación de los bienes jurídicos.

[6] La denominación actual del Título "Delitos contra la seguridad pública" (producto de la reforma de la ley 23.077) resulta equívoca, ya que puede interpretarse en alusión a la seguridad del Estado; de las formas de gobierno; o incluso en relación a los bienes de propiedad pública o destinados a un servicio público (Germán Castelli – Ezequiel Berón de Astrada: "Código Penal y normas complementarias", dirección David Baigún y Eugenio Zaffaroni, t. VIII, Ed. Hammurabi, 2009, pág. 606). Pero, en realidad, el bien jurídico se refiere a la seguridad de las personas y de las cosas consideradas de manera

agrupan las figuras que castigan comportamientos que generan un peligro común, sea para la sociedad o los bienes en general.

En lo medular, el sistema adoptado por el Código en aquel Título contempla algunos –pocos- delitos de peligro abstracto (arts. 194 y 195) y principalmente figuras de peligro concreto, que para su configuración requieren que la seguridad de muchas personas o bienes haya sido puesta en peligro real y concreto[7] (por ejemplo, arts. 186, 190, 191). A su vez, el legislador reguló como agravantes de aquellas figuras, los comportamientos típicos que ocasionen como resultado lesivo la muerte de alguna persona determinada (arts. 186, inc. 5º; 190, párrafo 3º; y 191, inc. 4º). Por último, también se incluyó una figura compleja culposa, cuyo tipo básico requiere la creación de peligro común, y se agrava cuando el hecho o la omisión culpable causen la muerte de alguna persona (art. 189, primer y segundo párrafo).

Al respecto, Fontán Balestra – Ledesma[8] destacan que la triple cobertura (de delitos de peligro abstracto; peligro concreto y lesión) no la emplea la ley en todos los casos, sino únicamente en aquellos en los que la importancia de los bienes tutelados y los posibles modos de ataque así lo requieren.

Lo expuesto hasta aquí, permite vislumbrar la intensa protección que se les brinda a los bienes jurídicos "vida" y "seguridad común", que son los lesionados o puestos potencialmente en peligro[9] –respectivamente- por las conductas típicas del artículo 80, inciso 5º, del Código Penal.

A su vez, entiendo correcta la **ubicación sistemática** de la figura dentro de los delitos contra la vida, siguiendo la clasificación que agrupa los delitos según el fin principal de protección, puesto que, en el caso, no hay dudas que prevalece la vida humana sobre la seguridad común.

En cuanto al **fundamento de la agravante**, Donna[10] considera que, esencialmente, se basa en el uso de un medio que "provoca daños a terceros", lo que revela una mayor intensidad criminal y, por ende, mayor culpabilidad.

Por su parte, Núñez[11] entiende que los medios de ejecución del hecho son los motivos de la agravante en cuanto dificultan las posibilidades de defensa y despiertan una alarma inusitada al crear un peligro general para los bienes o las personas, que caracteriza y constituye la figura de los delitos contra la seguridad pública.

En cambio, Creus y Buompadre[12] hacen hincapié en la expandibilidad del delito, puesto que –según sostienen- el poder letal del medio elegido por el autor facilita la extensión indiscriminada de los daños a terceros extraños.

Por mi parte, creo que el fundamento de la calificante no radica en la disminución de "las posibilidades de defensa" de la víctima por el medio de comisión empleado para consumar el homicidio. Pues bien, ante comportamientos similares en los que la víctima tenga las mismas posibilidades de

---

indeterminada. Por ello, considero más acertada la expresión "Delitos contra la seguridad común" que había introducido el decreto ley de facto N° 17.567 y que mantuvo la ley de facto N° 21.338.

[7] aunque, como precisan Castelli – Berón de Astrada, las conductas en definitiva terminen dañando a muchas, pocas o ninguna persona; cuestión que, en todo caso, servirá para agravar las escalas penales o graduar la sanción (ob. cit., pág. 605).

[8] "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, pág. 365.

[9] Según la literalidad de la norma, pero, a mi criterio, el peligro debe ser cierto, tal como se explicará más abajo.

[10] ob. cit., t. I, pág. 110.

[11] "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, año 1988, t. III, pág. 68.

[12] "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, 7ª edición, t. 1, § 87, pág. 36.

defensa, el criterio propuesto por Núñez no permite diferenciar el motivo por el cual en un caso se aplica la agravante y en el otro no. Por ejemplo, la explosión de una bomba puesta intencionalmente en el auto donde viaja el damnificado, en un caso lo hace estallar en el microcentro de la ciudad en un horario pico laboral y, en otro, hace explotar una bomba similar puesta en un vehículo mientras transitaba por una ruta desértica del norte del país. En ambos supuestos, la persona que conducía el auto –que muere en forma instantánea producto de la detonación- tuvo exactamente las mismas posibilidades de defensa, pero en el primer caso el medio utilizado resultó a todas luces idóneo para generar una situación de peligro común para los bienes y múltiples individuos que pasaban por el lugar donde explotó el vehículo; mientras que en la otra hipótesis –al ser una zona despoblada- el medio no resultó potencialmente apto para generar peligro común.

A mi criterio, el plus punitivo se basa en el mayor contenido de injusto de la conducta del sujeto que, para matar, utiliza un medio que voluntariamente crea un peligro concreto que se extiende a otras personas y bienes indeterminados.

Pues bien, como más abajo se verá, entiendo que la correcta interpretación de la figura obliga a exigir la constatación del efectivo peligro contra la seguridad común. Pero a diferencia de lo sostenido por Donna, interpreto que la norma no requiere que se "provoquen daños" a terceros, sino que basta con la constatación del peligro concreto contra la seguridad común[13].

Tipo Objetivo.

La norma requiere, en su faz objetiva, el homicidio de una persona; que haya sido cometido por un determinado medio, que, a su vez, debe ser idóneo para generar peligro común.

En consecuencia, la *acción típica* requerida por la figura agravada consiste en matar[14] a otra persona por un medio apto para generar un peligro común.

La ley no determina cuáles son los *medios de comisión* típicos: obviamente que son idóneos los correspondientes a los delitos contra la seguridad pública[15], es decir, el incendio, explosión, inundación, sumersión o varamiento de nave, derrumbe de edificio, naufragio, varamiento o desastre aéreo, descarrilamiento de tres, etc.[16].

Incluso Breglia Arias – Gauna[17] sostienen que la figura vigente es más amplia que la anterior a la reforma legal, ya que ahora comprende -además de los mencionados en el párrafo anterior- la utilización de medios que no causan estragos, pero sí un peligro común (como ejemplo mencionan los gases venenosos en pequeña escala, radiactividad, veneno en el agua corriente, etc.).

---

[13] En el caso que los peligros creados se concretan en resultados lesivos, a mi modo de ver, concurrirán en forma ideal con el art. 80 inc. 5º, resultando aplicable el art. 54 del C.P..

[14] Con respecto a las diferentes posturas sobre el momento de muerte de la persona me remito a lo señalado en la nota N° 1.

[15] Debe recordarse que para satisfacer la tipicidad objetiva de estos delitos contra la seguridad pública no alcanza con haber provocado un incendio, inundación, etc., sino que la conducta además debe haber generado un peligro concreto y efectivo contra otras personas y bienes indeterminados.

[16] sobre sus definiciones y alcances ver, entre otros: Palacios (n), ob. cit., págs. 47/56 y 79/85; así como Castelli – Berón de Astrada: ob. cit., págs. 619/622 y 645/647, respectivamente.

[17] "Código Penal y leyes complementarias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 268.

Buompadre[18] sostiene que el medio es idóneo para crear un peligro común si posee capacidad para colocar en riesgo de daño a bienes o personas en forma indeterminada.

La exigencia de peligro común se refiere a la falta de dominio por parte del autor, por lo que el peligro se extiende a personas y bienes indeterminados[19].

Por ello, aplicarle fuego a una persona directamente y sin peligro para los demás ni para los bienes, podría llegar a constituir ensañamiento, pero no esta agravante[20].

Por otro lado, el tipo objetivo también impone verificar la relación causal entre el medio empleado y el resultado típico producido[21]. A tal fin, resultan de suma utilidad las reglas de la teoría de la imputación objetiva. Como explica Claus Roxin[22], un resultado causado por el agente sólo se le puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

En función de ello, deberá constatarse que la muerte de la persona haya sido la realización del riesgo jurídicamente desaprobado que creó el autor con la utilización del medio comisivo empleado.

Ahora bien, hasta aquí la doctrina parece bastante coincidente en cuanto al alcance de la figura. En cambio, a continuación veremos si alcanza con que el medio de comisión empleado para cometer el homicidio doloso importe un peligro abstracto para la seguridad común o si es necesario que ocasione un peligro real y efectivo (es decir, un peligro concreto).

Ello no es una cuestión menor, como parece, ya que tanto el homicidio simple como el agravado exigen que se haya producido la muerte de una persona, entonces este resultado típico no es el que explica el incremento de penalidad de la figura agravada. En el caso del art. 80 inc. 5º, queda en evidencia que el plus que determina el sometimiento a semejante sanción[23] resulta ser el medio de comisión utilizado para el homicidio y el peligro[24], o la posibilidad de peligro[25], que genere para terceros indeterminados.

Existen respetados autores que entienden que en la figura del art. 80 inc. 5º, el medio de comisión utilizado debe poner en peligro concreto al bien jurídico seguridad común (así, Molinario – Aguirre Obarrio[26] y Buompadre[27]).

[18] "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, pág. 134.

[19] Así Fontán Balestra – Ledesma: ob. cit., t. III, pág. 367, con respecto a los delitos contra la seguridad pública, pero también resulta aplicable al presente.

[20] Soler: ob. cit., t. I, pág. 42. En forma similar Enrique Bacigalupo descarta la agravante si la persona que mata a otra mediante incendio se asegura primero que nadie más que la víctima correrá peligro (citado por Omar Breglia Arias: "Homicidios agravados", Astrea, año 2009, pág. 27).

[21] Siguiendo a Quintano Ripollés, Breglia Arias (ob. cit., pág. 352) afirma que esta agravante no se presenta cuando el empleo del medio es posterior a la acción homicida (por ejemplo, incendiar la vivienda para ocultar los rastros del homicidio ya cometido).

[22] "Derecho Penal. Parte General", Ed. Civitas, traducción de la segunda edición por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, año 1997, pág. 363.

[23] De reclusión perpetua o de prisión perpetua con posible aplicación del art. 52 del Código Penal, a diferencia de la escala de 8 a 25 años de prisión que contempla la figura básica de homicidio simple (art. 79).

[24] Según mi posición.

[25] De acuerdo a la interpretación literal de la norma.

[26] ob. cit., t. 1, pág. 135.

[27] "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, pág. 134.

Del mismo modo parecen pronunciarse quienes interpretan, que además de la relación causal con la muerte producida, el medio utilizado debe encuadrar en algún delito contra la seguridad pública (Soler[28], Núñez[29], Donna[30], Mariano H. Borinsky - Carlos I. Vela[31]). Al respecto, resulta apropiado aclarar que la mayoría de los delitos contra la seguridad pública exigen peligro concreto para su consumación, de lo que se deduce que los nombrados también lo exigen para el presente delito.

Sin embargo, ninguno de los autores mencionados en los dos párrafos anteriores brinda explicaciones para fundamentar sus afirmaciones; omisión que resulta relevante porque, como se verá a continuación, el texto de la norma sólo exige peligro abstracto.

Pues bien, de la propia lectura de la figura se desprende que alcanza con que el medio empleado para cometer el homicidio sea "idóneo" para generar un peligro común, es decir, que tenga "capacidad" de poner en peligro a bienes o personas indeterminadas; circunstancia que permitiría considerar que el tipo objetivo se satisface –además de la muerte de un individuo- con la utilización de un medio que constituya un peligro abstracto del bien jurídico "seguridad común"[32].

Al respecto, resulta elocuente la explicación de Fontán Balestra – Ledesma[33] cuando precisan que la figura de homicidio agravado no requiere que el peligro se haya producido, sino que basta con que sea potencialmente apto para ello; circunstancia que, según agregan, marca una importante diferencia con los delitos contra la seguridad pública, que requieren que se "cause" un peligro común o un estrago.

En la misma dirección[34], Creus - Buompadre[35] explican que el texto de "*la ley no requiere que el medio utilizado constituya un delito contra la seguridad común, por lo cual, aunque normalmente el uso de estos medios suele constituirlo[36], cuando esa utilización no llegó a originar el peligro común que exigen muchos de los tipos del respectivo título[37], no queda de suyo descartada la agravante*".

En consecuencia, advierto que la confusión se genera porque tanto la figura en trato (art. 80, inc. 5º) como los "Delitos contra la seguridad pública" requieren peligro común para los bienes o las personas, sin reparar que en la primer figura el texto de la norma sólo requiere que el medio utilizado constituya un peligro abstracto; mientras que en los segundos se exige para su consumación que el peligro común haya sido concreto y efectivo[38].

---

[28] ob. cit., t. I, ps. 41/42.
[29] ob. cit., t. III, pág. 68.
[30] ob. cit., t. I, pág. 110, quien agrega que se trata de un homicidio cometido "mediante delito" contra la seguridad común.
[31] En el artículo: ¿Es compatible el dolo eventual con las modalidades agravadas de homicidio? en "Delitos contra las Personas – II", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2003, págs. 268/269.
[32] en el mismo sentido, consideran que el texto sólo requiere el peligro abstracto: Mario Villar ("Código Penal y normas complementarias", dirección David Baigún y Eugenio Zaffaroni, t. III, Ed. Hammurabi, 2007, págs. 252/253); Breglia Arias – Gauna (ob. cit., pág. 268); Oderigo ("Código Penal anotado", Ed. Depalma, Buenos Aires, año 1964, pág. 107).
[33] t. I, pág. 108 y t. III, pág. 391.
[34] y a diferencia de lo sostenido por Soler, Núñez, Donna y Borinsky - Vela.
[35] ob. cit., t. 1, § 88, pág. 36.
[36] Es decir, que admiten la posibilidad de que el medio utilizado constituya un delito contra la seguridad pública; cuestión que comparto, pero de ningún modo coincido con la forma de concurso que proponen los mencionados autores, al indicar que si además de producir la muerte se comete un delito de peligro común, serán dos hechos que concurren en forma real entre sí (ob. cit., t. 1, § 90, pág. 37, y ratificado en el t. II, § 1399, pág. 6). En cambio, a mi entender no hay dudas que se trata de una conducta única.
[37] refiriéndose al Título VII° del Código Penal.
[38] Sobre esto último, coincido con la doctrina mayoritaria que también exige peligro concreto para la consumación de las figuras previstas en los arts. 186, 190 y 191: entre otros, Soler, Fontán Balestra - Ledesma, Palacio (n), Villada, Castelli – Berón de Astrada.

A mi entender, las posturas de Fontán Balestra – Ledesma y Creus – Buompadre se compadecen con el texto de la norma en trato. Sin embargo, a continuación procederé a explicar el doble orden de razones que me llevan a exigir la producción de peligro concreto contra la seguridad común.

Pues bien, el peligro abstracto –según Soler[39]- es el "**peligro que la ley considera como necesariamente derivado** de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, **del empleo de ciertos medios**[40]… En las incriminaciones de peligro abstracto el Derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o riesgos".

Es decir, que en el caso de la figura analizada, de la utilización de un determinado medio para cometer un homicidio, la ley presume la creación de peligro común.

Ahora bien, en primer lugar y compartiendo la posición de Blasco Fernández de Moreda[41], considero que la presunción legal debe entenderse como "*iuris tantum"*[42], por lo que no procederá la incriminación de la agravante de homicidio si en el caso concreto se demuestra que no ha existido posibilidad de peligro común[43].

En definitiva, la primera solución que propongo consiste en admitir pruebas que permitan desvirtuar la presunción legal. En consecuencia, entiendo que no corresponderá aplicar la agravante toda vez que se demuestre, en el caso concreto, la imposibilidad de crear una situación de peligro común por parte del medio empleado para perpetrar el homicidio.

Tal circunstancia resulta suficiente para rechazar la aplicación de la agravante en el siguiente ejemplo ofrecido por Creus - Buompadre[44] (y que es compartido por Donna[45]): el agente arroja un explosivo cuando pasaba la víctima por una manifestación pública, a quien mata al golpearlo en la cabeza sin que estalle el explosivo, que había sido desactivado sin que él lo supiera[46].

Debo reconocer, sin embargo, que la admisión de prueba en contrario no resulta suficiente, ya que igualmente queda latente la posibilidad de aplicar la agravante (por el hecho de haber perpetrado el homicidio por un medio de comisión sólo potencialmente apto para generar un peligro común) en el caso que no pueda desvirtuarse la presunción legal.

---

[39] "Derecho Penal argentino. Parte General", TEA, Buenos Aires, 1992, t. 1, pág. 564. Por su parte, Fontán Balestra señala que en los delitos de peligro abstracto, lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro ("Derecho Penal. Introducción y Parte General", Ed. Abeledo Perrot, 13ª edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, año 1991, pág. 228).

[40] los resaltados en negrita pertenecen al presente.

[41] citado por Marcela De Langhe: "Código Penal y normas complementarias", dirección David Baigún y Eugenio Zaffaroni, t. VIII, Ed. Hammurabi, 2009, pág. 238.

[42] En forma similar, Zaffaroni – Alagia – Slokar afirman que en derecho penal no son admisibles las presunciones *"iure et de iure"*, por lo que siempre debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no resulta admisible la tipicidad objetiva (ob. cit., págs. 468/469). También Bacigalupo cuestiona los delitos de peligro abstracto, y cita la postura coincidente de Binding, Beling y Kauffman, quien sostiene que la "objeción podría superarse si se admitiera sencillamente la prueba en contrario del peligro representado por la acción. De esta forma podría excluirse la tipicidad en los casos en los que la acción no hubiera representado en absoluto un peligro para el bien jurídico protegido" (Enrique Bacigalupo: "Derecho Penal. Parte General", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1999, págs. 232/234).

[43] En contra, D´Alessio sostiene que alcanza con que la idoneidad para generar el peligro sea propia de la naturaleza del medio y de las circunstancias en que se utilizó, aunque por razones extrañas al plan del autor no haya sido idóneo en el caso concreto para generarlo (ob. cit., pág. 16).

[44] Ob. cit., t. 1, § 88, pág. 36, quienes sostienen que la agravante igual se aplica si –como en el caso referido- el medio no fue idóneo para generar peligro común por circunstancias extrañas al plan del autor.

[45] ob. cit., t. I, pág. 110.

[46] A mi modo de ver, el ejemplo propuesto por Creus y Buompadre debe encuadrarse en el delito de homicidio simple, ya que no existió posibilidad de generar peligro común.

Por ello, la segunda opción que sostengo consiste en ir más allá de la literalidad de la norma y directamente exigir para la configuración de la agravante del homicidio que, además de ocasionarle la muerte a una persona, el medio utilizado debe poner en peligro real y efectivo otros bienes o individuos indeterminados.

O sea, que será necesaria, pero no suficiente, la utilización de un medio idóneo para generar peligro común, ya que además deberá constatarse -en el caso concreto- que efectivamente haya puesto en riesgo cierto a personas y bienes indeterminadas. Es decir, que la consumación se produce si –y sólo cuando- se constate el homicidio doloso de una persona por un medio que, además, produce un peligro concreto contra la seguridad común.

Esta interpretación resulta más compatible con los principios de culpabilidad por el hecho y de proporcionalidad de penas con respecto a la magnitud de la afectación a los bienes jurídicos (vida y seguridad común, en este caso).

Es que, según advierto, en el caso del art. 80 inc. 5, el legislador contempló una doble excepción a la regla de concursos establecida en el art. 54 del Código Penal.

Por un lado, con la creación de una figura calificada que somete a la conducta a una penalidad especial. Debe indicarse, que de no existir el agravante del inc. 5° del art. 80, el comportamiento típico podría encuadrarse como homicidio simple en concurso ideal con el respectivo tipo básico de los delitos contra la seguridad pública en grado de tentativa[47], cuya escala penal es sensiblemente inferior.

Por otro lado, no considero válido justificar semejante incremento punitivo del agravante del homicidio doloso (art. 80 inc. 5)[48] por la utilización de un medio de comisión que sólo sea "potencialmente apto" para producir peligro común (o sea, que importe un peligro abstracto contra la seguridad común), ya que resulta sancionado en forma más severa que el homicidio doloso cometido por un medio que incluso causa un peligro concreto al bien jurídico seguridad común (y que supone una afectación más intensa al bien jurídico).

De este modo, la interpretación que propongo permite restringir el alcance del tipo, al exigir que el medio de comisión empleado para el homicidio provoque una afectación más intensa del bien jurídico seguridad común. Así, al menos se supera una de las excepciones al art. 54 del C.P., y sólo permanece la decisión del legislador de reprimir con mayor énfasis la conducta típica en una figura calificada.

En definitiva, los argumentos desarrollados en el presente terminan coincidiendo con las posturas de Molinario – Aguirre Obarrio, Buompadre, Soler, Núñez, Donna y Borinsky - Vela, que también exigen que el medio utilizado para cometer el homicidio genere peligro concreto contra la seguridad común, pero sin explicar los fundamentos en los que se basan. En consecuencia, espero que los motivos indicados en el presente sirvan como aporte para explicar las posiciones de tan prestigiosos autores.

Tipo Subjetivo.

[47] La tentativa se configura con la utilización de un medio idóneo tendiente a generar un peligro común.

[48] Que prevé pena de prisión perpetua con posible aplicación del art. 52 del Código Penal, a diferencia de la escala de 8 a 25 años de prisión que contempla la figura básica de homicidio simple (art. 79).

También se encuentra discutido el alcance de la tipicidad subjetiva de la figura calificada.

Parte de la doctrina admite tanto el dolo directo como el eventual de homicidio (Núñez: ob. cit., pág. 69; Soler: ob. cit., t. I, pág. 42; Borinsky – Vela: ob. cit., pág. 268)[49].

En cambio, otros autores exigen sólo el dolo directo de homicidio para el art. 80, inc. 5 (Donna[50]; Creus – Buompadre[51]; Fontán Balestra – Ledesma[52]; Molinario - Aguirre Obarrio[53]).

Obviamente que todos coinciden en requerir la utilización dolosa del medio idóneo para crear peligro común, pero algunos exigen que haya sido especialmente elegido "para matar" (Creus, Fontán Balestra – Ledesma); mientras que otros no lo consideran necesario, puesto que la norma no lo requiere (Núñez[54]).

A mi entender, para determinar el verdadero alcance de la figura calificada no sólo deben considerarse los elementos requeridos expresamente por el art. 80 inc. 5, sino que la interpretación debe incluir un análisis más amplio, sistemático y respetuoso de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de penas con respecto a la magnitud de la afectación a los bienes jurídicos.

Pues bien, una aplicación lineal de la norma, basada en una lectura aislada, podría extender irrazonablemente su alcance[55]. Por ello, estimo que el análisis correcto debe incluir a las otras normas que también son vulneradas por las conductas que afectan los bienes jurídicos "vida" y "seguridad común", y reparar especialmente en sus respectivas escalas penales.

Un primer intento de análisis integral y sistemático, fue realizado por Fontán Balestra – Ledesma[56] cuando exigen que la tipicidad subjetiva del art. 80 inc. 5 sólo se satisface con dolo directo de homicidio; mientras que las figuras agravadas de los delitos contra la seguridad pública[57] no sólo comprenden los resultados preterintencionales sino también los casos de homicidio con dolo eventual.

Así, señalan que, por ejemplo, el art. 190 sanciona los atentados contra la navegación y el segundo supuesto del tercer párrafo prevé una pena agravada -de 10 a 25 años de prisión- si la conducta ocasionare la muerte de alguna persona. En consecuencia, advierten que esa figura no sólo comprende a las muertes que son el resultado preterintencional de las conductas, sino también cuando el autor actúa con dolo eventual de homicidio, puesto que el mínimo de la escala penal del art. 190, tercer párrafo, es dos años mayor que el delito de homicidio doloso simple (art. 79).

---

[49] A su vez, esta misma corriente considera que las figuras previstas en el Título VII del Código Penal (arts. 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º) constituyen delitos calificados por el resultado, es decir, delitos dolosos cuya comisión provoca un posterior resultado más grave, que se les atribuye a título culposo, y es sometido a un marco penal especial (Núñez, Soler, Palacio –n-: ob. cit., págs. 70/72; Castelli – Berón de Astrada: ob. cit., págs. 623/626; Jorge Luis Villada: "Incendios y otros estragos", L.L. 2006-A-1010).

[50] ob. cit., t. 1, pág. 111. En ese mismo sentido, Donna encuadra en los arts. 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º, las conductas dolosas contra la seguridad común con dolo eventual de homicidio (ob. cit., t. II-C, págs. 64 y 148).

[51] ob. cit., t. 1, § 89, pág. 37. Para Creus - Buompadre las figuras calificadas del Título VII sólo admiten resultados preterintencionales, por lo que si hay dolo eventual de homicidio habrá concurso del delito doloso contra la seguridad común y homicidio simple (ob. cit., t. 1, § 89, pág. 37).

[52] ob. cit., t. 1, págs. 107/108. Fontán Balestra – Ledesma entienden que las figuras calificadas del Título VII abarcan los resultados preterintencionales y los producidos con dolo eventual de homicidio (ob. cit., t. III, pág. 391).

[53] ob. cit., t. 1, pág. 135.

[54] ob. cit., pág. 69

[55] con el sustancial incremento de sanción que acarrea, más aún después de la sanción de la ley N° 25.892.

[56] ob. cit, t. III, pág. 391.

[57] arts. 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º.

En la misma dirección, pretendo continuar la interpretación sistemática y respetuosa del principio de proporcionalidad, que permita diferenciar la figura de homicidio calificado de los delitos contra la seguridad pública a partir de la tipicidad subjetiva[58].

Fontán Balestra – Ledesma[59] explican que la diferencia entre ellas está dada por el elemento subjetivo: en los delitos contra la seguridad pública se quiere causar el hecho que crea el peligro común (el dolo no está dirigido a causar la muerte de un hombre), mientras que en el art. 80 inc. 5 se quiere matar y se elige uno de aquellos medios para hacerlo.

En consecuencia, considero que no resulta válido someter a la misma escala penal la conducta de quien voluntariamente genera un peligro común, aún cuando haya aceptado la posibilidad de causar la muerte de un individuo, que el caso de quien mata voluntariamente y, para lograr el fin perseguido, elige un medio que además pone en riesgo a otras personas y bienes indeterminados.

Lo expuesto, me conduce a apelar a la función reductora de la tipicidad subjetiva para limitar el alcance de la figura calificada y aceptar únicamente el dolo directo de homicidio por un medio que, además, cause una situación de peligro común[60]. En cambio, los comportamientos dolosos que generan peligro común cometidos con dolo eventual de homicidio deberán encuadrarse –según el caso- en los artículos 186, inc. 5º[61]; 190, segundo supuesto del párrafo tercero[62]; y 191, inc. 4º del Código Penal[63].[64]

Como se dijo, la figura calificada sólo se completa con el dolo directo de homicidio. En consecuencia, no basta con la utilización dolosa del medio sino que, aunque la ley no lo pida expresamente, debe ser "seleccionado para matar"[65].

Pero la figura calificada admite el dolo directo de primer grado y el dolo de segundo grado, que también es dolo directo, que se presenta cuando el resultado es una consecuencia necesaria del medio elegido por el autor para matar, que debe estar abarcado por la voluntad realizadora del agente[66].

Por otra parte, la tipicidad subjetiva de la figura también requiere que el peligro concreto contra la seguridad común sea abarcado por el dolo del autor: el sujeto debe haber sabido que, para matar,

[58] Corresponde recordar, que más allá de la letra del art. 80 inc. 5, en el punto anterior sostuve que la tipicidad objetiva de la figura calificada también exige la producción de un peligro concreto contra la seguridad común, del mismo modo que ocurre con los delitos contra la seguridad pública.
[59] ob. cit., pág. 107.
[60] Al respecto, es importante recordar la severidad de la pena prevista por el art. 80 inc. 5, que establece una sanción de "reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52".
[61] que prevé una escala de reclusión o prisión de 8 a 20 años.
[62] que sanciona con 10 a 25 años de reclusión o prisión.
[63] que contempla una pena de 10 a 25 años de prisión o reclusión
[64] Desde otra posición, se encuadrará dentro del art. 80 inc. 5º la conducta de quien dolosamente genere un incendio del que resulta la muerte de una persona, que había sido aceptada como posible por el autor: es decir, cuando concurre un incendio doloso con dolo eventual de homicidio (Núñez: ob. cit., pág. 69).
[65] En tales condiciones, corresponderá aplicar la figura compleja respectiva de los delitos contra la seguridad pública si el medio es utilizado dolosamente pero el agente no lo escogió para matar, pese a haber aceptado la posibilidad de causar la muerte de alguna persona.
[66] Por ello, encuadrará en la agravante la conducta de quien hace estallar una bomba en un avión -minutos después del despegue- para matar a un determinado sujeto, sabiendo que la muerte de los otros pasajeros y tripulantes es una consecuencia necesaria de su acción y de los riesgos a los que expone a la población por la que pasaba el avión al momento de la explosión (al respecto: Zaffaroni – Alagia – Slokar: ob. cit., págs. 499/500). Del mismo modo, podría considerarse el caso de quien arroja una potente bomba molotov en una masiva movilización social, para matar al líder y orador de la reunión, pero sabe que la onda expansiva necesariamente va a causarle la muerte a las personas que lo rodean, además de poner en peligro real a los cientos de presentes en el lugar.

utilizaba un medio capaz de crear un peligro común; y haber querido (o aceptado, cuanto menos) poner en riesgo concreto a otras personas o bienes indeterminados.

A mi entender, alcanza con el dolo eventual contra la seguridad común (sin perjuicio de admitir sólo el dolo directo de homicidio). Ello lo deduzco del hecho que la ley sólo requiere la utilización de un medio idóneo para crear peligro común[67]. Entonces, basta que el sujeto sepa que, para matar, utiliza un medio de comisión potencialmente apto para generar un peligro común[68] y acepte la posibilidad de que su empleo ponga en peligro concreto a otros bienes y personas indeterminadas[69].

En conclusión, para satisfacer el aspecto subjetivo del art. 80 inc. 5, la voluntad del sujeto activo debe ser matar a otra/s persona/s, a cuyo fin elige un medio de comisión que sabe que es idóneo para generar un peligro común, ya que también quiere –o al menos acepta la posibilidad- que su conducta ponga en riesgo a otras personas y bienes indeterminados.

Por último, encuentro apropiado recordar que para completar las exigencias de la tipicidad subjetiva resulta suficiente que el sujeto haya querido y aceptado que ponía en riesgo concreto la seguridad común, sin que sea necesario que también haya querido o aceptado la materialización de los resultados concomitantes provocados[70].

En suma, sólo resultarán típicas del art. 80 inc. 5 los comportamientos ejecutados con dolo directo de homicidio (de primer o segundo grado) y dolo directo o eventual de incendio o de cualquier otro medio idóneo que cause un peligro concreto a la seguridad común.

En cambio, las conductas que provoquen un peligro común doloso con dolo eventual de homicidio, encuadrarán en las figuras complejas previstas en el Título VII° del Código Penal (arts. 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º, según el caso), quedando sometidas a las escalas penales especiales allí establecidas[71].

En tercer lugar, si el agente actuó con dolo directo de homicidio pero desconocía la aptitud del medio seleccionado para generar un peligro común, habrá un concurso ideal de homicidio doloso simple con estrago culposo.

---

67 Aunque, para su consumación, interpretamos que era necesario que se produzca el peligro concreto y real contra la seguridad común (ver el punto anterior, al analizar la tipicidad objetiva).

68 En cambio, si la persona desconocía que la utilización del medio -escogido para matar- iba a poner en peligro concreto a bienes y personas indeterminadas, entonces los resultados que cause –a lo sumo- le serán atribuidos a título culposo, si es que eran previsibles (en tal caso, a mi entender, habrá un concurso ideal de homicidio simple y estrago culposo).

69 Creus – Buompadre estiman indispensable el dolo directo de homicidio, pero respecto de la idoneidad del medio seleccionado para producir el peligro común, consideran suficiente con que el agente haya aceptado la producción de ese peligro utilizando el medio, aunque no tuviera certeza de aquella idoneidad (ob. cit., § 89, pág. 37). Por su parte, Molinario – Aguirre Obarrio exigen el dolo directo de homicidio y también de estrago (ob. cit., t. 1, pág. 135).

70 En el caso que esos peligros se concreten en resultados lesivos, habrá un concurso ideal con el art. 80 inc. 5º.

71 En sentido contrario, lo encuadran en el art. 80 inc. 5: Núñez, Soler, Palacio –n-, entre otros. En cambio, Creus - Buompadre consideran que las figuras calificadas del Título VII sólo admiten resultados preterintencionales, por lo que si se constata dolo eventual de homicidio, habrá concurso del delito doloso contra la seguridad común y homicidio simple (ob. cit., t. 1, § 89, pág. 37).

Por último, si el sujeto activo produce dolosamente un peligro común y causa un resultado de muerte que no estaba incluido en su voluntad realizadora, le resultará atribuible a título culposo si es que le era previsible, por lo que habrá un concurso ideal entre el estrago doloso y el homicidio culposo[72].[73]

Para terminar, no puedo pasar por alto que se ha considerado irrelevante el *aberratio ictus* y el error en la persona que se quería matar utilizando un medio idóneo para crear peligro común, ya que igualmente encuadra en esta figura de homicidio agravado (Creus y Buompadre[74]; en forma similar, Soler[75]).

Desde mi posición, siguiendo a Zaffaroni – Alagia – Slokar[76], corresponde hacer la siguiente salvedad en el caso del *aberratio ictus*, atendiendo a las particularidades de la figura calificada y los límites fijados en la tipicidad subjetiva. Pues bien, en cada caso concreto y según el plan concreto del autor, habrá que determinar si la muerte de otra persona es consecuencia necesaria de su acción[77] (en cuyo caso encuadrará en el art. 80 inc. 5, por tratarse dolo directo de segundo grado) o si tan sólo es una posibilidad que el sujeto aceptó, y que incorporó a su voluntad realizadora[78] (tal supuesto habrá que encuadrarlo en las figuras complejas del Título VII del Código, que subsumen las conductas dolosas contra la seguridad común con dolo eventual de homicidio).

Consumación y Tentativa.

El hecho se *consuma* con el homicidio de una persona por un medio que –del modo utilizado- ponga en peligro efectivo a otras personas y bienes indeterminados.

Como vimos, el inc. 5º del art. 80 constituye una figura calificada que, por un lado, exige como resultado la muerte dolosa de una persona; mientras que –por otra parte- resulta necesario que el medio seleccionado para perpetrarlo haya generado una situación de peligro concreto para la seguridad común.

[72] En este aspecto me diferencio de la postura de Fontán Balestra – Ledesma, quienes consideran que los artículos 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º, comprenden tanto los resultados preterintencionales como los cometidos con dolo eventual de homicidio. Por mi parte, considerando la gravedad de las penas establecidas en esas figuras, entiendo que sólo admiten los casos de conductas dolosas contra la seguridad común con dolo eventual de homicidio. En el mismo sentido, Zaffaroni – Alagia – Slokar señalan que en el caso del art. 191, inc. 4º, el resultado debe haberse producido dolosamente, puesto que la penalidad especial establecida por esa figura –en excepción a lo dispuesto en el art. 54 del Código Penal- nunca puede superar el máximo de la pena del descarrilamiento simple más el máximo de la pena de homicidio culposo (ob. cit., págs. 539/540). En contra, Núñez, Soler, Palacio, Castelli – Berón de Astrada subsumen la conducta en los artículos 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º, que los consideran delitos calificados por el resultado.

[73] El Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de Capital Federal, en el caso "Aveldaño, E." (L.L. 2003-A-527) encuadró en los artículos 84 y 186, inc. 4º, la conducta de quien provocó dolosamente un incendio en un hotel, ocasionando culposamente la muerte de una persona. Asimismo, descartó expresamente la subsunción en el inc. 5º del art. 186, al no haber probado que el sujeto vislumbrara la muerte de la víctima como una consecuencia necesaria de su acción, puesto que la norma –según sostuvo- no establece un tipo de resultado preterintencional.

[74] ob. cit., t. 1, § 91, pág. 37.

[75] ob. cit., t. 1, pág. 42.

[76] ob. cit., págs. 514/515.

[77] Por ejemplo, el caso de quien arroja una potente bomba para matar al líder de una banda musical mientras tocaba en un lugar cerrado (que sostiene una posición ideológica contraria a la suya), pero termina matando a otro integrante de ese grupo que estaba en el escenario.

[78] En el mismo supuesto, que arroja la bomba para matar a un integrante del grupo de música pero termina matando a un fotógrafo profesional, que sólo había concurrido al lugar para cubrir el evento. Esa conducta, a mi entender, deberá ser encuadrada jurídicamente como incursa en el respectivo delito doloso contra la seguridad común cometido con dolo eventual de homicidio (arts. 186, inc. 5º; 190, párrafo tercero y 191, inc. 4º) en concurso ideal con tentativa de homicidio calificado por utilizar un medio idóneo para generar peligro común.

Pues bien, los delitos de lesión se consuman con la producción del resultado que constituye el objeto de la acción (en el caso del homicidio, la muerte del individuo). Por su parte, los delitos de peligro concreto requieren para su consumación que la acción haya puesto en peligro real al bien jurídico (seguridad común, en el caso bajo análisis); cuestión que deberá constatarse en todos los casos. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la sola comprobación de la acción[79].

En consecuencia, quienes consideran que el delito bajo análisis agrava el homicidio al exigir –sólo como peligro abstracto- que el medio utilizado haya sido potencialmente idóneo para generar peligro común, no exigirán para la consumación que el peligro se haya producido[80].

En cambio, desde mi perspectiva, entiendo que más allá de la literalidad de la norma, el respeto de principios superiores obliga a interpretar que para la consumación deberá constatarse que el peligro común haya realmente existido.

Los argumentos que sustentan mi posición, resultan compatibles con la postura de Buompadre[81] cuando afirma que el delito se consuma con la muerte de la persona y si ocurre el peligro –concreto- que caracteriza a los delitos contra la seguridad común, resultando insuficiente que el peligro sólo alcance a alguna persona o personas determinadas.

Por ello, a los fines de la consumación no es necesario que la conducta termine dañando a muchas, pocas o ninguna persona. Pues bien, en el caso que los peligros creados se concreten en resultados lesivos, concurrirán en forma ideal con el art. 80 inc. 5º, resultando aplicable la pena mayor, según lo dispuesto en el art. 54 del C.P..

Sentado ello, cabe mencionar que, a mi entender, el delito admite *tentativa*, que ocurre si el sujeto no logra perpetrar el homicidio pese a haber utilizado un medio potencialmente idóneo y que generó peligro concreto contra la seguridad común. En forma similar, Núñez[82] sostiene que la tentativa se produce si con la comisión del delito medio el sujeto no logra la consumación del homicidio (así también Buompadre[83]).

Por su parte, Fontán Balestra – Ledesma[84] no consideran necesario que materialmente se haya comenzado a ejecutar el delito medio, siempre que el autor –de acuerdo con su plan- haya empezado a ejecutar actos que inequívocamente importen un peligro común como medio para matar a una o más personas. Añaden, a modo de ejemplo, que basta con que sorprendan al sujeto armando una bomba en la cochera de la casa de la víctima, ubicada en un lugar poblado.

Sin embargo, a mi entender y ciñéndome ahora a la literalidad de la norma (que requiere la utilización de un medio idóneo para generar peligro común), no resulta admisible aplicar la tentativa del homicidio agravado sin que se haya ejecutado el medio escogido por el autor para matar y que tenga capacidad para generar peligro común. Sin perjuicio de la interpretación efectuada hasta aquí, que exigía

---

[79] Enrique Bacigalupo: ob. cit., págs. 312/313.
[80] Fontán Balestra – Ledesma, ob. cit., t. I, pág. 108; Oderigo: ob. cit., pág. 107; Villar: ob. cit., pág. 252; así también D´Alessio: ob. cit., pág. 16.
[81] ob. cit., p. 134.
[82] "Análisis de la ley N° 21.338", Ed. Lerner, año 1977, pág. 14.
[83] ob. cit., pág. 134.
[84] ob. cit., t. I, pág. 108.

para la consumación de la agravante la producción de peligro concreto contra terceros indeterminados, entiendo que la literalidad de la norma (que importa una anticipación punitiva al describir una figura de peligro abstracto con respecto a la seguridad común) impone un límite que no puede ser soslayado[85].

Proceder del modo contrario, implicaría admitir la criminalización de un peligro del potencial peligro contra la seguridad común (que, en el caso, sería la realización de medidas tendientes a utilizar el medio de comisión idóneo para generar peligro), por lo que, desde mi posición, el ejemplo citado por Fontán Balestra – Ledesma no debería encuadrarse como tentativa del delito previsto en el art. 80 inc. 5º del Código Penal sino, antes bien, como tentativa de homicidio simple[86].

En conclusión, a los fines de la consumación del delito calificado se requiere la concreción del homicidio cometido por un medio de comisión idóneo que, además, genere una situación real y efectiva de peligro común.

En el caso que se perpetre el homicidio, pero el medio de comisión utilizado -pese a su aptitud- no generó una situación de peligro común, la conducta encuadrará en la figura de homicidio simple (art. 79 del Código Penal).

A mi entender, la tentativa del art. 80 inc. 5 sólo será admisible en el caso que no se materialice el homicidio pese a haber utilizado un medio de comisión idóneo, que además puso en riesgo concreto a otros bienes y personas indeterminadas.

Por último, será tentativa de homicidio simple el supuesto que no se concrete la muerte del individuo y que el medio utilizado –sin perjuicio de su capacidad- no generó peligro concreto contra la seguridad común; o incluso cuando el sujeto, según su plan concreto, todavía no había utilizado el medio para cometer el homicidio (que en principio era idóneo para generar peligro común), puesto que es sorprendido mientras se encontraba realizando actos tendientes a ejecutarlo.

Sujeto Activo.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, teniendo en cuenta que la figura legal no exige ninguna calidad especial.

Sujeto Pasivo.

Toda persona que haya nacido y esté viva puede ser sujeto pasivo del delito de homicidio agravado[87]. Debo aclarar, sin embargo, que no constituyen homicidio –sino aborto- las acciones

---

[85] Sobre la improcedencia de la tentativa en las figuras de peligro abstracto, ver: Zaffaroni – Alagia – Slokar, ob. cit., pág. 469, en cuanto señalan que es un claro ejemplo de tipicidad sin lesividad, puesto que serían casos de triplicación de peligros: es decir, riesgo, de riesgo, de riesgo.

[86] No hay dudas que de acuerdo al plan concreto, se había empezado a realizar la acción inmediatamente anterior a la de matar (peligro real contra la vida de un determinado sujeto), pero considero improcedente aplicar la tentativa del homicidio calificado sin que se haya utilizado el medio idóneo para generar peligro común, y aún cuando se hayan comenzado a realizar actos tendientes a emplearlo (porque, como dije, el considerable incremento de la sanción se basaría en el castigo del riesgo que importa la realización de aquellos actos dirigidos a utilizar un medio sólo potencialmente peligroso contra la seguridad común).

[87] Sobre la discusión dogmática -aún vigente- sobre el momento en el que se produce el nacimiento y desde cuándo se considera que la persona ha fallecido, me remito a lo señalado en la nota al pie N° 1.

ejercidas contra el feto con anterioridad al nacimiento, aún cuando la muerte se produzca fuera del seno materno (Soler[88])[89].

Sin embargo, atento a las particularidades de la presente figura, admito que resulta sumamente difícil concebir una conducta que procure terminar con la vida del feto por un medio que, a su vez, implique un peligro concreto contra la seguridad común, sin que el autor haya tenido –al menos- dolo directo de segundo grado con respecto a la muerte de la mujer embarazada[90].

Autoría y Participación.

La figura admite todas las formas de participación criminal. Donna[91] señala que se puede matar por medio de omisión impropia, en el caso que el sujeto asuma el papel de garantía de la vida del otro.

Al respecto corresponde recordar, que aún cuando no se haya aplicado la agravante en trato, la Sra. Jueza de Instrucción procesó al organizador del recital realizado en el boliche "República Cromañón" por considerarlo autor, por omisión impropia, del delito de homicidio simple reiterado, reprochándole que no hizo nada para neutralizar el riesgo creado para los bienes y las personas con la organización del evento en las condiciones en las que estaba el local en la noche del recital y no pudo por ello confiar en que no se produjeran resultados perjudiciales. Al respecto, se sostuvo que el sujeto no había causado el incendio, sino que el fundamento de la imputación era que él sabía que no podía dominar el hecho de que los asistentes al recital ingresaran y prendieran elementos pirotécnicos, motivo por el cual, debió haber contado con ello a la hora de calcular los costes del contacto social afrontado (ello se desprende de la resolución adoptada por la Sala 5ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, La Ley 25/10/2005)[92].

---

[88] ob. cit., t. III, pág. 12.

[89] En contra, condenaron por homicidio –entre otros delitos- a los autores de un disparo a una mujer embarazada en una salidera bancaria, cuyas heridas, sufridas por la madre que no murió, obligaron a los médicos a realizar la urgente extracción del feto del seno materno, pero a los pocos días el bebé falleció como consecuencia de las lesiones que había sufrido su madre. Los jueces fundaron su postura indicando que era indudable que la criatura había "nacido" (Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de La Plata, en el conocido caso "Píparo"; resuelto el 13/5/2013).

[90] No obstante, en la medida que la conducta sólo implique un riesgo contra la salud o la vida de la mujer embarazada y de su hijo que está en el seno materno, tampoco alcanza para aplicar la agravante, puesto que no se habrá causado un peligro común contra personas indeterminadas.

[91] ob. cit., t. I, pág. 111.

[92] Corresponde señalar que ese Tribunal recalificó la conducta atribuida al considerarlo autor, en la modalidad de comisión por omisión, del delito de estrago doloso seguido de muerte (art. 185 inc. 5 del Código Penal, a la que consideró una figura preterintencional, que exigía que sólo el peligro sea realizado con dolo mientras que el resultado de muerte se realiza por imprudencia). Posteriormente, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 también calificó el hecho como estrago doloso seguido de muerte; mientras que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal condenó por estrago culposo seguido de muerte (ambos fallos publicados en La Ley Online).

Homicidio Agravado por el modo de Comisión

Por **Carolina Bressia y Javier A. De Luca**

Art. 80 inciso 6*: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

6) Con el concurso premeditado de dos o más personas;"

Antecedentes Históricos, Legislativos y Proyectos.

La figura en cuestión no se encontraba en el Código Penal de 1921. Rodolfo Moreno (h.) excluyó a la premeditación como agravante general del código en tanto entendió que cuando se discuten las circunstancias de hecho en concreto, además de las dificultades probatorias que trae su comprobación, la premeditación se confunde con la alevosía y le da amplios márgenes de discrecionalidad al juez.

Por eso, la descartó como circunstancia agravante y prefirió incluir todas aquellas que revelan "por medio de hechos", una resolución criminal ejecutada luego (alevosía, veneno, ensañamiento, precio, etc.).

El primer proyecto de código penal que propició la introducción del concurso de personas como circunstancia agravante fue el de Coll-Gómez de 1936 que castigaba al que mataba con el concurso de dos o más personas[1].

Luego, el Proyecto de Soler de 1960[2] también previó el concurso dos o más personas, pero exigió que sea premeditado y que los coautores interviniesen en la ejecución del hecho (art. 111 inc. 7º).

---

[1]Véase la evolución legislativa por VERDE, Claudia; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); *Codigo Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial;* Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pag 257/258.

[2]ZAFFARONI, Raúl Eugenio; ARNEDO, Fernando; *Digesto de Codificación Penal Argentina,* T. 6, Editora A.Z, Madrid, España, 1996, p. 437.

Por su parte, el Decreto-ley 4778/63 preveía como agravante del homicidio, "cuando en el hecho intervengan dos o más personas". Lo dispuesto, seguía la propuesta del Proyecto de 1963 y, según Molinario-Aguirre Obarrio[3], tenía en cuenta la cantidad de intervinientes en el hecho, es decir, se trataba de una cuestión exclusivamente cuantitativa.

Posteriormente, la ley de facto 17.567 modificó el artículo y reprodujo el Proyecto de 1960 de Soler que rezaba: "*con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho*."

Los autores de este proyecto entendían que: *"responde a la idea de la comisión considerar específicamente los casos en que la pluralidad de autores tiene significado. No se trata de una mera concurrencia, sino de un acuerdo para ejecutar el delito. La pluralidad de agentes preordenada al delito se ha considerado, siempre, a justo título, como índice de mayor peligrosidad que la del que obra por sí solo, y porque al disminuir la posible defensa de la víctima impone que la protección social sea más enérgica a través de la pena acentuada. Por lo demás, si tal circunstancia se toma en cuenta para calificar de agravados los hurtos y robos, debe igualmente aceptarse aquélla para el caso de homicidio cuando dicho concurso fuere premeditado, esto es, que responda a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparezca subjetiva y objetivamente vinculada con la de los otros partícipes y no por simple reunión ocasional".*

En la Exposición de Motivos de esa ley de facto, se indicó que esta fórmula era *subjetivamente* más restringida que la anterior ya que se exigía tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo el concurso premeditado, es decir, el acuerdo preordenado para efectuar el delito todos los partícipes y la intervención de éstos en el ámbito de los actos de ejecución de la muerte excluyendo así cualquier modo de complicidad[4].

Sin embargo, con posterioridad, la ley de facto 21.338 suprimió el requisito de que los partícipes intervinieran en la ejecución del hecho. Es la redacción vigente, porque así lo dispuso la ley 23.077.

---

[3]MOLINARIO, Alfredo-AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, Tipográfica Argentina Editora, Buenos Aires, 1996, pág. 143.

[4]Véase la evolución legislativa por VERDE, Claudia; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial;* Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pag 257/258.

El Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación del año 2006, mantuvo la redacción actual[5].

Bien Jurídico.

El tipo penal en cuestión se encuentra en el Capítulo I del Primer Título del Código Penal que se refiere a los delitos contra la vida y las figuras allí contenidas reprimen las conductas que ofenden el interés de cada ser humano de gozar de la vida[6] o en cualquier caso, que vulneran la relación de disponibilidad de cada ser humano con su propia vida[7].

La persona física, ante todo, supone un "soporte biológico" que la distingue de la persona moral y es esa unidad biológica en la que descansa la personalidad, la que no debe suprimirse, dañarse, ni ponerse en peligro a través de las conductas tipificadas en este título[8].

Concretamente en el caso de la agravante que nos convoca, la doctrina coincide en que el fundamento es la mayor indefensión de la víctima o la mayor ofensa del bien jurídico, frente al concurso de personas que matan mediante o con premeditación o planeamiento anticipado.

Ambas circunstancias, la planificación anticipada y la cantidad de personas que concurren *al hecho*, disminuyen la posibilidad de defensa del sujeto pasivo.

Sujeto Activo.

Está fuera de discusión, sobre todo porque surge de una simple interpretación literal, que los sujetos que intervienen deben ser al menos tres. Esto así, en tanto el inciso exige el concurso premeditado "del que matare" y "dos o más personas".

Sin embargo, no existe consenso respecto de todo lo demás. No hay coincidencias en cuanto a la etapa en la que se exige la intervención de al menos tres personas. Tampoco se encuentra suficientemente aclarado si los intervinientes deben ser autores o cómplices y, en relación a esto último,

---

[5] Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Codigo Penal de la Nación, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 143/144.

[6] MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *op. cit*., p. 104.

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*; Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 489.

[8] GOSCILO, Antonieta; *Los bienes jurídicamente protegidos* en Lecciones y Ensayos, Segunda Epoca, Temas de Derecho Penal, Buenos Aires, EUDEBA, 1981, p. 26.

si basta con la complicidad secundaria para que se aplique la circunstancia agravante. Tampoco si todos los intervinientes deben haber actuado en forma típica, antijurídica y culpable.

Como puede observarse de la evolución legislativa, en un primer momento sólo se exigía la intervención de dos o más personas "en la ejecución del hecho" y posteriormente se requería, además, la premeditación.

En la redacción actual, sólo se castiga al que matare con o mediante el concurso premeditado y se suprimió la exigencia de la intervención en la ejecución.

A nuestro modo de ver, esto supone la concurrencia de al menos uno de esos tres intervinientes en calidad de autor y no obsta a que los demás intervinientes puedan concurrir al hecho a través de aportes sustanciales en la etapa preparatoria.

Pero las discordancias de la doctrina surgen de la concepción de la teoría del delito que adoptan los autores. Maggiore entiende que es posible que un inimputable actúe con premeditación[9]. Por el contrario, Buompadre señala que "los que participan del acuerdo deben ser capaces penalmente, esto es, imputables, por cuanto la exigencia de la premeditación indica que cada interviniente debe reunir un mínimo de conciencia y voluntad en la formalización del convenio. Sin discernimiento no puede haber acuerdo válido"[10]. Por consiguiente, para él quedan fuera de la agravante los inimputables por minoridad o por deficiencia mental.

Esta discusión, en realidad, dependerá de qué es lo que entiende cada autor por imputabilidad. Siguiendo a tesis que ubica el dolo en la tipicidad y no en la culpabilidad[11], aquélla es la capacidad psíquica de ser sujeto de reproche que se compone de la capacidad de comprender la antijuridicidad del comportamiento y la de adecuar la conducta a dicha compresión.

Como veremos, el tipo penal en cuestión agrava la pena del homicidio cuando se mata *mediante* el "concurso premeditado" de dos o más personas, lo que supone la verificación de elementos objetivos y subjetivos que hacen a la configuración del tipo objetivo y no a la comprensión de la antijuridicidad.

---

[9]MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho Penal Parte Especial,* Volumen IV, Delitos en particular (continuación), Ed Temis, Bogotá, 1972, p. 304/305.

[10]BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, 1, 3ª edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 144.

[11]ZAFFARONI, Raúl Eugenio; *Manual de Derecho Penal Parte General*, Sexta Edición (Segunda Reimpresión), Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 534.

Recuérdese que la agravante mira a la víctima, al bien jurídico lesionado, y no tanto a las capacidades individuales de todos los intervinientes.

Sujeto Pasivo.

Puede tratarse de cualquier persona toda vez que no se exige ninguna cualidad para la autoría.

Sin embargo, Molinario-Aguirre Obarrio indican que cuando "los acometidos son más que los delincuentes[12]", cae la posibilidad de aplicar la agravante, en tanto en este caso no existe una disminución de la posibilidad de defensa de la víctima, que es el fundamento de la agravante.

Esta solución, sin embargo, no parece derivar de una inteligencia del texto sino de razonamientos que recurren al sentido de la agravante y al menor grado de ofensa del bien jurídico. Habrá que computar todos estos datos en cada caso concreto.

Es decir, la existencia de un concurso premeditado o planificado va más allá de la mera reunión de personas para cometer un homicidio y la mayor peligrosidad o poder ofensivo del sujeto activo en un análisis estrictamente cuantitativo, porque no está simplemente vinculada a la cantidad de intervinientes durante la etapa ejecutiva.

En este sentido, si los agresores son menos pero han premeditado un buen plan, disponen de medios infalibles y cuentan con el factor sorpresa, no podrá negarse que existe un concurso premeditado. Una cosa es el acuerdo y otra la premeditación, aunque esta última no constituya alevosía. Si tres personas cierran la puerta de salida de un estadio y llenan con agua o tiran gases en el lugar y de ese modo matan a cien personas, no habría dudas de que el homicidio fue cometido mediante el concurso premeditado pese a que "los acometidos" son muchísimos más que los sujetos activos del delito.

Tipo Objetivo. Autoría y Participación.

La figura en cuestión puede contemplar distintas situaciones y la fórmula "con el concurso premeditado de dos o más personas" es lo suficientemente amplia para abarcarlas, sin forzar la interpretación literal.

[12] MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob cit*, p. 144.

Como adelantamos, la agravante exige matar con o mediante el concurso premeditado de dos o más personas, lo que supone la concurrencia de al menos uno de los intervinientes en calidad de autor, sin perjuicio de que la participación de los otros dos intervinientes pueda consistir en la realización de un aporte sustancial en la etapa preparatoria.

En este sentido pueden verificarse diversas hipótesis. Si dos de los intervinientes sólo hacen aportes fundamentales al plan premeditado en la etapa preparatoria, en cuyo caso se tratará de instigadores o de cómplices necesarios (art. 45 del CP), el tercero de los intervinientes intervendrá en la etapa ejecutiva dominando el hecho; o que lo hagan todos codominando el hecho a través de la ejecución de un tercero, etcétera. Tiene que haber al menos un autor, de conformidad con la exigencia del art. 45 del CP.

Sin embargo, también puede suceder que los que premeditan se valgan de un tercero, un instrumento que actúa en forma atípica por ausencia de dolo, de manera justificada (colocaron al ejecutor en situación de legítima defensa sin que la víctima conociera la premeditación) o de un inimputable que no domina su propio hecho.

En este caso, ninguno de los que premeditan interviene en la etapa ejecutiva y, sin embargo, se aplica la figura en cuestión, porque hay autoría mediata de ellos con domino del hecho.

A nuestro modo de ver, no es atendible que “sólo se justifica la mayor punibilidad cuando realmente la pluralidad puede aminorar la defensa de la víctima, lo que no ocurriría con los partícipes que no intervienen en el hecho”. Ya lo vimos en el ejemplo de la cancha de futbol que la cuestión estrictamente cuantitativa no es determinante a fin de tener por configurada la agravante.

Con el mismo argumento, no se sigue aquí la posición de quienes[13] señalan que es necesario que esas tres personas estén frente a la víctima porque la mayor culpabilidad se deriva una cierta superioridad o preeminencia física.

Coincidimos con Fontan Balestra-Ledesma[14] que entienden que la exigencia de la concurrencia en ambas etapas no es exigible en la ley actual, porque basta con la simple comparación de las sucesivas figuras, en tanto la redacción actual que viene de la ley de facto 21.388 se aparta de lo exigido por la ley anterior que requería el concurso premeditado y la intervención en la ejecución.

[13] MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob cit*, p. 144.
[14] FONTAN BALESTRA, Carlos- LEDESMA, Guillermo A.C; *Tratado de Derecho Penal*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p 109.

Tal como señalamos al inicio, la ley no exige que el concurso se dé en forma de coautoría, es decir, no requiere la decisión común al hecho, más la ejecución mediante división de tareas. Esta interpretación se basa en la exigencia de la anterior redacción del tipo en cuestión según la ley de facto 17.767 seguía el Proyecto de Soler.

Buena parte de la jurisprudencia sigue la postura de la coautoría premeditada[15]. Sin embargo existen otros pronunciamientos en los que se admite que los que "premeditan" sean instigadores.

En tal sentido, en un precedente de la Cámara Criminal y Correccional se señaló que: *"... habremos de diferir en torno al grado de responsabilidad, pues consideramos que lo hicieron en carácter de instigadores en los términos del artículo 45 del Código Penal.(...) Ello habida cuenta el rol desplegado por cada uno de los imputados en el cuadro antes reseñado, habiendo estado su conducta dirigida a captar la voluntad de aquellos que perpetraron el hecho, para lo cual mantuvieron insistentes y reiteradas comunicaciones -como se dijo-, que continuaron, pese a haber logrado determinarlos a cometer el suceso, en el afán de asegurar su comparecencia y, más tarde, el resultado. Si bien dentro de la "barra brava" (...) parece ubicarse a la cabeza, cierto es que aquí nos toca valorar un concreto ilícito penal en el cual, conforme los elementos obrantes en la causa, hubo un reparto de funciones para captar las voluntades de los ejecutores y luego para perpetrar el hecho de la forma en que se hizo, teniendo los causantes noticias permanentes sobre lo que ocurría, pretendiendo así asegurar que ellos, que podrían ser identificados con mayor facilidad por ser los referentes del grupo, se mantuvieran en la impunidad, mediante una coartada que los alejase del lugar de comisión. Así, en virtud a la influencia que tenían sobre el resto de los componentes de la facción, uno por ser el líder, el otro por ser su hermano, y el tercero por la relación que lo acercaba al primero, determinaron a los ejecutores materiales a la producción del hecho que aquí analizamos. (…) Consideramos dicho encuadre como el más adecuado a tenor de las constancias del proceso y en el entendimiento de que los conceptos de autor, partícipe e instigador no pueden ser determinados sino a partir de los datos que brinda la realidad. En efecto, tal como ha sido llevado a cabo el acontecer delictivo, y en cuya materialización a través de una distribución de roles no aparecen interviniendo los imputados como ejecutores, no puede sostenerse que contaron*

---

[15]Conforme Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, *Pacheco Errea, Enrique y otros*, en La Ley 1986-B-598, entre otros.

con el dominio del hecho por ser autores mediatos, ya que nada indica que la conducta de determinación hubiese sido concretada en las especiales circunstancias que demanda dicha imputación (determinado que no realiza conducta o que lo hace atípicamente, o bajo causa de justificación). Por otra parte, la significación jurídica del hecho adoptada por el juez instructor, en tanto lo considera incurso en la agravante que prevé el inciso 6° del artículo 80 del Código Penal resulta a nuestro juicio ajustada a las constancias de la causa, en virtud a las consideraciones efectuadas previamente. En efecto, lo expuesto nos permite concluir que previo al hecho existió una planificación que persistió hasta su ejecución. Véanse en ese aspecto las tareas desplegadas a los fines de obtener la concurrencia de aquellos que se señalan como los ejecutores, como también lo hecho por estos últimos ya en el lugar del hecho, hacia el cual se habrían desplazado en grupo -más de tres en el caso- para aguardar a que las víctimas salieran a la vía pública…" (C.N.Crim. y Correc, Sala IV, *SCHLENKER, Alan y otros,* del 27/02/08 nº 33.789).

En consecuencia, no es necesario para que se aplique la agravante que los sujetos activos deban intervenir todos en la etapa de ejecución. Como vimos, el plan premeditado puede llevarse a cabo de distintas maneras y dichas hipótesis quedan comprendidas dentro del tipo legal.

En segundo lugar, no compartimos aquella posición que entiende que también se aplica la agravante cuando los intervinientes en la ejecución y en el acuerdo previo realizan un aporte de menor significación al hecho, es decir, cuando se trata de cómplices secundarios[16].

El tipo penal actual exige el concurso premeditado de dos o más personas, lo que supone la concurrencia de al menos uno de los intervinientes en calidad de autor ya sea como ejecutor o autor mediato y no obsta a que los demás intervinientes hagan aportes sustanciales en la etapa preparatoria y actúen como instigadores o partícipes necesarios. Pero de ningún modo, el texto admite la complicidad secundaria.

Esto se deriva de los presupuestos de la expresión "concurso premeditado" que describe la presencia de un aspecto subjetivo (premeditación) y uno objetivo, realización del plan preordenado, lo que importa sin dudas que los intervinientes concurran al hecho de alguna de las maneras previstas en el art. 45 del Código Penal y no a través de "cualquier aporte" tal como lo prevé el 46 del código citado.

---

[16]BUOMPADRE, *Ob cit*, p. 135.

Por lo demás, no hay dudas de quedan fuera los acuerdos ocasionales, en tanto lo determinante es que exista una unidad de designio que culmine en el resultado muerte, donde las acciones de los que intervienen aparezcan vinculadas objetiva y subjetivamente entre sí para el logro de un fin común[17].

Si luego del acuerdo, surge de una modificación del curso del plan original en el desarrollo, se aplicará el art. 47 del CP, toda vez que siempre cada uno de los partícipes responde en la medida de su dolo, es decir de lo que ha conocido y querido.

Tipo Subjetivo.

Como vimos, una de las características de esta agravante que permite distinguirla de otras, es la exigencia de un "concurso premeditado".

Carrara[18] y Maggiore[19] se refieren a la premeditación de acuerdo a su terminología y concepción del dolo. Ambos coinciden en que se trata de un caso de intensificación y reforzamiento del dolo, lo que implica una duplicación del designio (en el dolo hay una escala que va subiendo por grados, desde el llamado dolo de ímpetu hasta la reflexión normal, y hasta la premeditación misma) y un menor poder en la víctima para defenderse contra la agresión. Es lo que Carrara denomina una "mayor cantidad de dolo".

La premeditación da cuenta de un cálculo maduro, mediante el cual el sujeto activo puede eludir con más seguridad todas las precauciones de su víctima. Es decir, la mayor dificultad que la víctima tiene para defenderse contra el enemigo que fríamente calculó la agresión aunque no debe tratarse de un caso de alevosía en la que el hecho se realiza "sin peligro para el autor".

Para que se verifique esta circunstancia, tienen que comprobarse manifestaciones positivas del ánimo en coincidencia con la forma de dar muerte. Es decir, una preordenación tranquila y calculada de los medios dirigidos a efectuar la muerte tal como fue realizada.

---

[17] CN Crim. y Corr., Sala de Feria B, 26/1/99, "J.C.R.", causa 93, BJCNCyC, nº 1/99, entre muchos otros citado en VERDE, Claudia; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); *Codigo Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial;* Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pag 257/258

[18] CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, volumen 1, segunda reimpresión de la tercera edición,Temis S.A., Bogotá, 2005, p. 110/117.

[19] MAGGIORE, *ob cit*, p. 303/304.

Por eso, no puede tener una existencia puramente subjetiva, pues en su naturaleza misma lleva la esencia de una dirección determinada, y por lo tanto debe definirse de manera acumulativa, teniendo en cuenta condiciones subjetivas y objetivas.

Por su parte, Rodolfo Moreno (h.)[20] señala que se entiende por premeditación el designio formado de antemano para la ejecución del acto. Supone un plan pensado con tiempo y ejecutado en el momento oportuno.

Tal como señalamos, la premeditación entre nosotros, recién aparece con este inciso y, en la redacción actual, se producirá cuando se verifique en el plan de al menos tres personas que concurren al hecho ya sea en la ejecución como en la etapa preparatoria.

En esa planificación o anticipación en el modo de matar, deberán confabularse al menos tres personas. Es en esta circunstancia en la que ha hecho hincapié el informe de la comisión a la ley de facto 17.567 ya citada, cuando señala que el concurso es premeditado si responde "a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparezca, subjetiva y objetivamente, vinculada con la de los otros partícipes y no por simple reunión ocasional".

Fontan Balestra-Ledesma[21], por su parte, señalan que el elemento subjetivo que contiene la figura, el concurso premeditado, no es la mera concurrencia de voluntades que satisface la participación; aquí se requiere que los partícipes se hayan puesto de acuerdo previamente para matar.

Toda premeditación es anterior al hecho y supone que los intervinientes se han puesto de acuerdo para matar en concurso de *ese* modo. La preordenación o planificación anterior al hecho tiene que manifestarse en la ejecución, pese a que no es necesario como ya vimos que se exija que al menos tres personas estén frente a la víctima.

Consumación y Tentativa.

Hay tentativa cuando de conformidad al plan concreto del autor o de los autores hay comienzo de ejecución del delito de que se trata. Esto no implica la realización del verbo típico sino de actos que según aquella proyección son inmeditamente anteriores e implican un peligro para el bien jurídico[22]. El plan individual de los autores definirá el asunto en cada caso concreto. Como se suele decir, el "cómo"

[20]MORENO, Rodolfo (hijo); *El Código Penal y sus antecedentes*; Tomo III, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 337.
[21] *Ob cit*, p. 108.
[22]ZAFFARONI, Raul Eugenio, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 153.

(se propusieron hacerlo) definirá el "cuándo" (se pasa de la etapa de actos preparatorios y hay comienzo de ejecución).

En el ejemplo de la cancha de futbol, cuando los que participan del acuerdo premeditado, cierran las puertas del estadio y abren la llave de gas, hay tentativa de homicidio bajo esta modalidad agravada.

En cambio, en el caso de que los autores premeditados se valen de un tercero que actúa en forma atípica por ausencia de dolo, de manera justificada (colocaron al ejecutor en situación de legítima defensa sin que la víctima conociera la premeditación) o de un inimputable que no domina su propio hecho, es decir, se trata de un supuesto de autoría mediata, la tentativa comienza con la determinación. Si se trata de la instigación a un inimputable que domina el hecho, hasta que el determinado no comience la ejecución, no habrá tentativa.

El tipo agravado estará consumado, cuando el supuesto de hecho fáctico cumplimenta todas las características del tipo. En este caso cuando se produzca la muerte del sujeto pasivo como consecuencia de los actos de los intervinientes que acordaron esa determinación en forma premeditada.

Homicidio Agravado por la Condición Especial del Autor

Por **Gisela A. Icardi y Gabriel M A Vitale**

Art. 80.- ***"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:***

Inc. 9. ***(Incorp. por ley 25.816) Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (B.O. 9/12/03);"***

Antecedentes

La ley 25.816 ha modificado el Código Penal de la Nación incorporando el inciso 9° al artículo 80 tipificando como conducta agravada, el homicidio cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, que actuare con abuso de su función.

Dicha norma tuvo su génesis en los proyectos de ley elaborados por los senadores Beatriz S. Halak y Juan C. Maqueda. (S-2385 y 2691/02); unificados por la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios que efectuó un dictamen favorable, siendo sancionado el 12 de noviembre, promulgado el 5 de diciembre y publicado en el Boletín Oficial el día 9 de diciembre de 2003.

Como surge de la Exposición de Motivos y del Debate Parlamentario, el propósito del legislador fue combatir el aumento en el número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas mencionadas.

Las cifras destacaban que la principal causa de detención de miembros o ex miembros de estas fuerzas de seguridad, era el homicidio. En efecto, en el sistema federal, el 20 % de los miembros de la fuerza de seguridad estaban detenidos por homicidio y el 18 % por delitos contra la propiedad. En ese contexto, se creó un nuevo tipo penal con el convencimiento de que el aumento de la pena en una conducta ya tipificada era una solución eficaz a la lucha contra la inseguridad. [1]

[1] Antecedentes parlamentarios, año XI, n° 1, p.318

En palabras de los legisladores los fundamentos para ello fueron que "*La seguridad constituye un derecho elemental de todo ciudadano y es deber fundamental del estado otorgarla a toda la población. En cumplimiento de este deber resulta imperioso el dictado de normas dirigidas a construir un país mas seguro, tendiente a proteger la vida, la salud y la integridad de las personas como valores básicos*".

La Senadora Halak opinó que "*…la seguridad, base fundamental de toda convivencia social, esta en crisis; las medidas habitualmente adoptadas como el refuerzo policial y la inversión en equipamientos y armamento, han sido insuficientes para frenar el deterioro de la seguridad en nuestro país…Es fundamental crear mecanismos legales capaces de impedir el aumento de la participación de personal policial en hechos delictivos…".*

A su entender, la severidad de la pena a imponer tenía razón de ser a partir de que "…*No se puede castigar con igual rigor por la comisión de un delito, a un ciudadano común, que a aquel a que la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito. De allí que la propuesta contempla concretamente que la intervención de un miembro de las fuerzas de seguridad en algunos de los hechos contemplados en el articulo 79, o en los capítulos I y II del titulo VI del Código Penal de la Nación, es suficiente motivo para alterar la escala penal…Es necesario contribuir al perfeccionamiento de las fuerzas de seguridad, cuya mayor o menor credibilidad afecta a todas las áreas de la actividad económica y social".*

Por ello presentó el proyecto, con el objetivo de *"… recobrar la confiabilidad en las instituciones de seguridad y beneficiar a toda la sociedad"*.

A ello se suma que, desde la visión de los senadores, el incremento de los casos de homicidios con la intervención de miembros de esta fuerza ameritaba la imposición de penas mas severas, pues "*endurecer las penas es un reclamo de nuestra sociedad y de muchos países del mundo, quienes se han replanteado o ya han realizado una modificación de pena para combatir los delitos*". Por lo tanto, "*para que exista una adecuada convivencia social debemos contar con fuerzas de seguridad creíbles y con miembros cuya actitud sea ejemplificadora para el resto de la población*".

El senador Agundez, informante de la Comisión, explicó que el proyecto propiciaba un aumento de las penas no solo *"… para disuadir sino para equilibrar las penas en el distinto disvalor social que tiene la acción de los delincuentes alcanzados por los procesos penales argentinos"*. Ello

debido a que los delitos alcanzados por esta reforma (homicidio, robo, hurto y secuestro extorsivo) *"…violan los derechos fundamentales de la Constitución Nacional que son el derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad"*. Respecto de los demás que pudieren cometer estos agentes, será el Juez quien regulará la pena a partir de las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal.[2]

La Senadora Escudero expresó que:"… *Como se trata de una modificación del Código Penal, en el agravamiento de penas tiene que estar absolutamente claro quien va a ser el sujeto pasivo de esta norma. La categoría de fuerzas de fuerzas de seguridad pública no existe en nuestro derecho… La ley de seguridad interior 24.059 califica fuerzas policiales a la fuerza federal y policías provinciales; fuerzas de seguridad a la Gendarmería y Prefectura Naval y fuerzas penitenciarias a las fuerzas de los servicios penitenciarios. Esta terminología fue usada en el Art. 80 Inc., 8 (Ley 25601)…"*. Por lo que sugirió reemplazar la expresión "*fuerza de seguridad pública*" por "*fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario*".

En tanto, el senador Yoma disintió parcialmente con el proyecto, entendiendo que "…*El espíritu del proyecto tiene que ver con que así como se estableció una suerte de reconocimiento o de privilegio para aquel miembro de alguna fuerza de seguridad que sea victima de un delito. Del mismo modo que se propone un agravamiento en la responsabilidad cuando alguno de sus miembros cometa un delito usando las armas que la ley, La Constitución y la sociedad le ha otorgado.*

La disidencia parcial se trata de que frente a hechos conmocionados, como el avance de la criminalidad en los delitos, la respuesta más fácil o más simple del congreso consiste en modificar el Código Penal y agravar las penas como si los problemas fuesen legislativos y no pasaran por determinar las políticas correctas en materia de criminalidad.

Entonces la respuesta facilista hacia los medios de difusión, pero muy poco efectiva hacia la sociedad en la que estamos dando permanentemente, pero no conduce a una disminución de los delitos o en mayor protección de la sociedad; al contrario, día tras día vemos como se agrava la situación de inseguridad en nuestro país, a pesar de que reiteradamente el congreso viene sancionando agravamiento de penas que coloca en una situación de absoluta incoherencia a todo el sistema Penal Argentino.

No se puede seguir con sanciones que impliquen modificaciones del sistema punitivo argentino porque un delito tiene un efecto conmocionante en los medios de difusión. Así se dejaría

---

[2] Antecedentes Parlamentarios, año XI, n° 1, p.327.

de decirle a la sociedad algo absolutamente incorrecto; que la solución a los reclamos de seguridad es sancionar una ley que agrave las penas.

La verdad es que hasta ahora lo que ha visto la sociedad es que, día a día, crece el índice de delitos a pesar de las sanciones mediáticas del congreso". [3]

Como resultado, en el mes de diciembre del año 2003, entró en vigencia la ley 25.816, creando la figura agravada del homicidio en el inciso 9° del artículo 80 del Digesto Penal de Fondo.

Como se expresó al inicio, esta norma sanciona con pena de prisión o reclusión perpetua al que matare a otro abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

La finalidad manifestada por el legislador fue la de disminuir, a través de la incorporación agravamiento de la pena, el número de delitos cometidos por miembros de las fuerzas sindicadas, lo cual dio lugar a cuantiosas críticas, ya desde el recinto legislativo por un sector minoritario de congresistas, entre otros, el senador Yoma, cuya opinión expuse anteriormente; como por la doctrina penal.

Señala Claudia Verde[4] en su análisis doctrinal, que si bien en el caso concreto era necesario adoptar medidas frente al incremento de delitos cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, no surge como acertada y eficiente la respuesta de mayor punición.

Es que se le exige al derecho penal que cumpla funciones de estabilización social de los valores culturales constantemente en crisis, ante la falta de mecanismos y de políticas de Estado que llevan a cabo esta labor.

Este uso alternativo desmedido del derecho penal, entre las funciones de control y prevención, puede tener efectos nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general.

Sin embargo, el deterioro de la confianza pública en el desempeño del funcionario - y en consecuencia, de la institución- que se produce a partir de la conducta homicida perpetrada por quienes son los principales custodios de la seguridad pública, justifica la afirmación de la existencia de un mayor contenido de injusto en el hecho, de un mayor disvalor de acto.

En estos casos, no sólo se atenta contra la vida humana, sino que el autor omite cumplir con su deber de otorgar seguridad y protección a los ciudadanos, defraudando con ello las expectativas

[3] Boletín oficial; "Tratamiento en el Senado"; 2002; P.311-315/327-328.

[4] Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores) articulo de Claudia Verde; 2007, p 304/306.

depositadas en el correcto desempeño de su cargo o función. Esta circunstancia objetiva es la que califica el homicidio, pues a la conducta lesiva hay que añadir la transgresión al deber especial derivado de la posición oficial.

Por ende, no es discutible la necesidad de una mayor punición frente al delito de homicidio ejecutado por un agente de las fuerzas de seguridad, pero sí el modo de prevenir la futura comisión de hechos ilícitos. A ello debe sumarse la elección de una pena rígida (prisión o reclusión perpetua) que impide al magistrado, en el caso concreto, individualizarla.[5]

Así, algún sector doctrinario sostienen que la gravedad de la conducta en cuestión podría ser contemplada por el Juez al momento de graduar la pena, atento a la mayor comprensión del injusto penal, teniendo en cuenta las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal. Para otros, debería haberse utilizado una agravante genérica (vgr.20 bis, 41bis, 41 quater CP) de aplicación para todos los casos en los que un funcionario público cometiere un delito en ejercicio de su cargo.

No obstante las objeciones manifestadas, el proyecto de ley tuvo tratamiento y es ley 25.816 incorporando al homicidio calificado el abuso de función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Bien Jurídico Protegido

La presente figura se encuentra en el Capítulo I del Primer Título de la Parte Especial del Código Penal que alude a los "*Delitos contra la vida*".

El bien jurídico salvaguardado es la vida humana y su protección comprende el lapso que va desde la concepción hasta la muerte por causas naturales.

Jorge Buompadre enmarca las diferencias desde una perspectiva puramente *naturalística*, atendiendo a la propia existencia "fisico-biológica" a la comprendida desde una perspectiva *valorativa*.

No obstante ello, con claridad manifiesta que *"...no es tarea del derecho penal, ni del legislador, fijar un determinado momento como comienzo en el proceso de la vida; no se trata de un problema político criminal sino científico; el legislador sólo debe fijar el momento en el que debe tener comienzo su protección penal. Por ello, frente a la casi imposibilidad práctica de determinar*

[5] Ob. Cit. BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores) articulo de Claudia Verde.

el momento exacto de la concepción, e inclusive del embarazo en el primer mes de la gestación[6]*, razones de seguridad jurídica, estrictamente normativas, aconsejan aceptar al momento de la anidación como el comienzo de la vida humana y, por lo tanto, el comienzo de su protección penal, por cuanto es, a partir de este momento, que puede afirmarse con mayor precisión el embarazo de la mujer…"* [7]

Para la determinación del fin de la vida, existen dos clases de muerte: la *muerte natural o real* [8] y la *muerte cerebral*, [9] por lo cual debe considerarse fallecida para el derecho penal si se dan los criterios establecidos por la nueva legislación que complementa a la ley penal.

Es por ello que el delito de homicidio, se materializa al matar a otra persona, es decir, el terminar con su vida. En consecuencia, resulta fácil advertir que ese comportamiento lesiona el bien jurídico "vida humana", que se encuentra protegido por Constitución Nacional[10] y por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional[11].

Sujeto Activo

---

[6] Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18º edición, pag. 82,. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010) citado por J. Buompadre.

[7] Comentario al art. 79 del Codigo Penal Comentado wwww.pensamientopenal.org.ar

[8] establecida por el art. 103 Código Civil.

[9] Ley 21.541, leyes 23.464 y 24.193, sobre trasplantes de órganos y material anatómico, en donde: "*El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corrobora por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Unico Coordinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en el caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible*".(art. 23)

[10] Dentro de los derechos implícitos reconocidos en el art. 33 de la Carta Magna (María Angélica Gelli: "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", La Ley, Buenos Aires, 3ª edición, año 2006, págs. 382/386). Artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[11] Comentario al artículo 80, inciso 5°CP realizado por Ignacio Carlos Fornari en Codigo Penal Comentado wwww.pensamientopenal.org.ar

Esta figura agrava el delito básico o base del homicidio, previsto en el artículo 79 del Código Penal, por la calidad que reviste el autor.

Se trata de un tipo penal que exige en el sujeto activo revista la calidad de integrante de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario. Es trascendental que se encuentren en actividad o en retiro activo, ya que si fue exonerado o excluido de la institución, pierde la calidad de sujeto activo especial (*delicta propia*).

Es interesante la reflexión que realizan al respecto Castro y Guardia[12] en su meduloso trabajo, en cuanto sostienen que no son alcanzados por la figura los jubilados o retirados, salvo que vuelvan al servicio activo por disposición de la superioridad. En este sentido entienden; que la condición policial no cesa con el retiro, pues justamente pueden volver al servicio activo ante una convocatoria, de modo que, en tales casos, la agravante concurre, quedando sí exceptuados los funcionarios exonerados o dados de baja, debido a que pierden su condición policial.

Asimismo, se establece como clara exigencia del tipo, que el sujeto activo realice la acción típica "*abusando*" de su función o cargo.

No se trata de causar una muerte dentro de la faz negativa de la antijuricidad o como consecuencia preterintencional o culposa, sino que debe ocasionarse un homicidio, excediendo, "*abusando*" de sus funciones.

Abusa del cargo o de la función, quien aprovecha las facilidades que le otorga la condición que ostenta para cometer el homicidio.

El art. 1071 del Código Civil establece que "*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Haciendo una paráfrasis de esta concepción podría decirse que es abusivo un acto, desde un criterio subjetivo, cuando es ejecutado con la intención de dañar, y desde un punto de vista objetivo, cuando se lo ejercita de manera antifuncional, contra las finalidades que la ley tuvo en cuenta al

[12] Laje Anaya Justo "La condición de la víctima y el homicidio calificado", p. 3 en "Semanario jurídico", N° 1373 del 8/2/02.

reconocerlo o excede los límites impuestos.

Para explicar ello Prieto Molinero se centra en que el ejercicio de un derecho entrará en el terreno de lo que la ley toma por "*abusivo*" cuando se incurra en alguna de las hipótesis previstas por la propia ley para calificarla de esta manera. Y, cuando esto ocurra, habremos entrado en el terreno del injusto, dado que nos encontraremos ante una conducta que sobrepasa la faz negativa de la antijuricidad. Por eso, el ejercicio calificado como "*abusivo*" respecto de una facultad que, por lo demás, es legal, importa una conducta ilícita.[13]

Es entonces que el delito exige "*abuso del cargo*", es decir, ejercicio efectivo de aquella condición de funcionario.

Aquí, surge otra de las cuestiones esenciales a individualizar, esto es, el sujeto activo que queda alcanzado por la norma, pues, sólo puede perpetrar este delito un miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Para ello, resulta conducente realizar un acto de valoración de los términos empleados.

Así, por "*Fuerzas de Seguridad*" debe entenderse a todos los integrantes de la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Aeronáutica.

En las "*Fuerzas Policiales*", están comprendidos los miembros de la Policía Federal, las Provinciales y la Metropolitana y en las "*Fuerzas del Servicio Penitenciario*" quedan incluidos aquellos agentes que integren las instituciones estatales que tienen a su cargo el cuidado y custodia de las personas privadas de su libertad en calidad de detenidos, procesados, o condenados, alojados en establecimientos carcelarios. Esta función puede ser permanente o accidental y no refiere distinción entre rangos jerárquicos o funciones. En cambio, será necesario comprobar que el autor estaba en ejercicio de sus funciones. [14]

Se trata de un delito especial impropio que sólo puede ser cometido por un sujeto que reúna las condiciones exigidas por el precepto legal.[15]

En este sentido, "*La agravante incorporada por la reforma en el inciso 9º del artículo 80 del Código Penal, motivada por la creciente intervención de efectivos de fuerza de seguridad y*

[13] Revista Derecho Privado, Año I-N°2-Octubre 2012; Reforma del Código Civil I, Aspectos generales. Directores Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso; Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; p 209/216.

[14] Véase Tipo Objetivo por Claudia Verde; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p 306/307.

[15] Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p 39

penitenciarias en diversos delitos contra las personas, la libertad y la propiedad que se han producido en los últimos tiempos, en donde se ha llegado a comprobar que los prenombrados actuaban a veces como miembros o jefes de bandas delictivas. Es por eso que la calificante agrava la pena ante el hecho de matar abusando de la función o cargo que desempeña el sujeto activo, lo que importa exceder los límites que la ley le acuerda llegando a dar muerte a una persona en forma arbitraria y violando claramente los deberes propios de su función". (CPen.Exhortos de Catamarca, 2-8-2005, "S.,R.C.", LL NOA 2005).

Sujeto Pasivo

El sistema utilizado por el Código Penal para establecer circunstancias particulares de los sujetos, se ve referenciado en el inciso **1° del articulo 80** que castiga cuando el homicidio recayera sobre "*su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia*"; o en el **artículo 119** cuando dispone que "*abusare sexualmente… y el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente…*" o el **artículo 133** cuando fija que:" *Los ascendientes, descendientes, cónyuges,…que cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores".*

A su vez, existen referencias equivalentes cuando derivados de los sujetos en los **artículos 82** del Código Penal: "*Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior…*" el **artículo 92** del Código Penal enunciando: "*Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80...*", en el **artículo 105** del Código Penal formulando: " *Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 ...*".

El **artículo 107** del código penal formula: "*… serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge*" en **el artículo 185** cuando reza que: "*Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:…1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta…*" y en la privación de la libertad, del **artículo 142** ya que "*Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes*:**…***2º. si el hecho se cometiere en*

la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular;…".

En estos tipos penales el legislador demuestra su claro interés, en modificar la responsabilidad criminal, de acuerdo a su calidad especial.

En el caso del inciso 8° que lo hace cuando fuere cometido contra un "*miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función cargo o condición*", siendo la contracara de la agravante que nos encontramos comentando ya que se tiene en cuenta la calidad de la víctima, ya sea por el vínculo personal o por la condición o cargo que ésta ostenta. En el Inciso 9° el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, ya que no establece algún requisito dentro de la norma, incluso un miembro de las fuerzas de seguridad.

Acción Típica

La acción consiste en "*ocasionar la muerte de cualquier persona por el abuso de la función o cargo de un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario*".

Jorge Buompadre[16] establece que el homicidio consiste en matar a otro y sus elementos constituyen una acción u omisión causal, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) que supone la voluntad de suprimir la vida. La acción es la de "*matar a otro*", siendo un delito de comisión.

Ahora bien, el tipo penal no establece un medio especifico de comisión por lo que cabría la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal.

La norma establece que "*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.*

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

Es claro que, la figura contempla en forma expresa el empleo de violencia o intimidación por medio de un arma de fuego.

[16] Comentario al art. 79 del en Código Penal Comentado wwww.pensamientopenal.org.ar

Ahora bien, el hecho del homicidio se encuentra agravado por haber sido cometido por abusar de su función como miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario; lo cual podrá ser de cualquier forma de abuso que termine con la vida de la víctima.

D'Alessio expone que es discutida la aplicación de la agravante a la figura del homicidio desde que dicho delito ya incluye la seguridad del daño mayor imaginable en las personas (la muerte).

Sobre el punto, sería interesante debatir sobre la aplicación de la agravante uso de arma de fuego por parte de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, ya que tienen un régimen propio y diferenciado con respecto a su utilización. [17]

Mas allá de esta consideración la aplicación genérica del art. 41 bis no es pacífica. Sobre el punto, Alejandra Andrea Nader [18] estudia las interpretaciones dadas por distintos Tribunales.

Explicó que*,* el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba entendió que[19] la naturaleza jurídica del art. 41 bis del C.P. la regla no es una mera agravante general, sino que la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquéllos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en la que se dice que sólo es posible considerar que la utilización de un arma de fuego no determina per se un agravamiento de la respuesta punitiva, sino sólo cuando ello hubiera importado una violencia innecesaria, suplementaria, sumatoria a la sancionada por el ilícito respectivo, lo que impone su examen en cada suceso en particular.[20]

Tipo Subjetivo

[17] Capítulo X, Superintendencia de Planificación y Desarrollo, Reglamento General de Armas y tiro (RGPFA N 8).

[18]Nader, Alejandra Andrea, Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" en Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales; Mayo de 2011, A2.VI. http. Iniure.unlar.edu.ar. p 163/172.

[19] "En los autos "Nieto Víctor Hugo p.s.a. Homicidio, etc. "Recurso de Casación" Sala Penal y mediante Sentencia Número Setenta y Cuatro del veintisiete de agosto de dos mil tres.

[20] mediante Sentencia pronunciada en los autos "Clari, Gaspar M. p.s.a. Homicidio -Recurso de casación" con fecha 16 de junio de dos mil cuatro.

Si bien la figura admite tanto el dolo directo como el eventual, Villada sostiene que el delito exige dolo especial. En concreto, al momento de dar muerte se debe tener conciencia de que se esta excediendo o abusando de las funciones. [21]

No basta la sola cualidad funcional del autor (*delicta propia*), sino que es necesario que el homicidio se produzca abusando del cargo o función. Por consiguiente, el delito es compatible sólo con el dolo directo porque se debe tener conciencia al *momento de matar* que se esta excediendo o abusando de sus funciones y no obstante obrar con voluntad homicida.

La norma es restrictiva en tanto exige, como elemento subjetivo del tipo, que el sujeto activo cometa el homicidio "*abusando de su función o cargo*", lo cual importa el aprovechamiento de las atribuciones que legalmente posee para el ejercicio de las tareas que su empleo o puesto jerárquico le imponen para el resguardo de las personas y de sus bienes. De no existir tal aprovechamiento por parte del funcionario, de haber ejecutado el homicidio sin utilizar las facilidades que tales atribuciones legales le brindan, ello excluye la circunstancia agravada y lo ubica en el tipo básico.

Ahora bien, quien mata dolosamente en dicho contexto, es decir, quien lo hace mediante el uso de los medios o facultades que le provee el estado por su situación de revista, queda inmerso en el artículo 80 inciso 9° del Código Penal, siempre que no resulte amparado por una causal de justificación o exculpación.

La jurisprudencia ha entendido que actúa amparado en la legítima defensa el oficial de policía que, en el marco de un enfrentamiento armado, iniciado luego de dar la voz de alto al constatar que dos delincuentes estaban perpetrando un robo en un local, disparó fatalmente contra uno de ellos, ya que el accionar del encartado se exhibe justificado desde la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión ilegítima y a cuenta de la legislación que rige la actuación de los integrantes de la policía." (CNCrimCorr, Sala VII, 21/12/2007, "Pintos Omar" LL, 2008-A-45 y DJ, 2008-655).

Sobrepasando el actuar justificado, el artículo 35 del Código Penal establece el supuesto de exceso en el ejercicio de una causa de justificación; en donde el autor inicia su actividad amparado en un tipo permisivo pero la agota antijurídicamente, excediendo el ámbito de la causal justificante. [22]

---

[21] Véase Tipo Subjetivo por Claudia Verde; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p 307.

Cuando el autor que se encuentra inmerso en el ámbito de su competencia funcional produce la muerte de una persona, sin hallarse amparado por un tipo permisivo, se excluye de la esfera de atribuciones legalmente asignadas para el cumplimiento de las tareas de su cargo. Ello es así en razón de que el ordenamiento jurídico no obliga a sus agentes a cometer injustos penales como parte del ejercicio de sus tareas.[23]

En esa inteligencia, el artículo 13 de la ley 13.482 de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires establece entre los principios básicos de actuación policial, el ejercicio de "*la fuerza física o coacción directa en función del resguardo de la seguridad pública solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medios de persuasión empleados por el funcionario policial, se persista en el incumplimiento de la ley o en la inconducta grave y utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia del infractor y siempre que no le inflingiera un daño excesivamente superior al que se requiere hacer cesar*". (inc. f) recurriendo "*al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa propia o de terceros y/o situaciones de estado de necesidad en las que exista peligro grave, inminente y actual para las vidas de las personas o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese peligro, debiendo obrarse de modo de reducir al mínimo los daños a terceros ajenos a la situación. Cuando exista riesgo de afectar la vida humana o su integridad, el policía debe anteponer la preservación de ese bien jurídico al éxito de la actuación o la preservación de bien jurídico propiedad*" (Inc. i).

Los Jueces de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional establecieron que *"Al tiempo del suceso, el autor pertenecía al numerario de la Policía Federal Argentina –institución que desconocía su actividad de custodia privada ese día-, como el uso del arma reglamentaria que le fuera confiada por aquella fuerza de seguridad, con la que diera muerte a la víctima, además de que, bajo tal condición, se acreditó cuando se constituyeron en el lugar los funcionarios de prevención, exhibición de una credencial mediante.*

Si la víctima no portaba un arma de fuego, sumado a que luego de que recibiera los disparos, se escucharon otras detonaciones, por lo que el imputado no pudo haber repelido una agresión, resultan elementos suficientes para afirmar que el imputado no fue víctima de una agresión ilegitima por parte de la víctima que haya justificado su accionar, primera y esencial

[22] Zaffaroni Eugenio R. –Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, Derecho Penal, parte general, 1° edición, Ediar, Buenos Aires, 2000, p 616

[23] Revista de Doctrina Judicial, año 2010, pg.2426/2437

condición para que sea procedente la legítima defensa.

Habrá de excluirse la posibilidad de un exceso, puesto que se ha descartado la existencia objetiva de una situación de legítima defensa, ya que solo existe legitima defensa cuando la acción defensiva es necesaria para repeler la agresión: descartada como esta la agresión, mal puede analizarse la necesidad de la defensa o la racionalidad del medio empleado. Descartado ese peligro, tampoco procede el estado de necesidad disculpante, como causal excluyente de la culpabilidad." CNCCorr., sala VII, 2-3-2005, "A., R. D. –procesamiento y falta de mérito-homicidio agravado", c.25.936.

Otra consideración judicial afirmó: "*se ha dicho que resulta improcedente aplicar la agravante prevista en el art. 80, inc. 9° del Cód. Penal, al homicidio cometido por un policía cuando se encontraba fuera de servicio, pues, tal circunstancia, pone en evidencia que no ha existido abuso del cargo exigido para la configuración de la mencionada agravante*". [24]

También, como causal de justificación, se puede encontrar el estado de necesidad exculpante. En el caso "Russo", se resolvió que "*Si el policía imputado, en atención a su grado y situación de revista, no podía desconocer las recomendaciones que efectúa la orden del día número 7 de la Policía Federal Argentina, respecto de la necesidad del uso del arma reglamentaria y los pasos previos a seguir, ello autoriza a pensar que su accionar ante la situación de un individuo que no acata la voz de alto y de descender del automóvil, de acercarse a la ventanilla del automóvil del acompañante, sin tomar ningún recaudo por su propia seguridad, fue al menos imprudencia o se erigió en un aumento del riesgo en su propio perjuicio, lo cual lo expuso al riesgo del que estimó se estaba defendiendo. Pretender que la actuación previa del imputado importó una decisión encaminada al resultado del proceso –el cual terminó con la muerte del tripulante del vehículo-sería adjudicarle intencionalidad dolosa, en tanto no de otro modo podría considerarse el disparo efectuado. Admitir que la actitud previa del incurso causó el resultado, importaría que una actividad negligente y antirreglamentaria conforma el aspecto subjetivo de un delito doloso. Este planteo sólo guardaría similitud con la teoría de la "actio libera in causa", que no es admisible.*

El accionar del imputado de acercarse, arma en mano, a la ventanilla del occiso no puede considerarse una agresión ilegítima en tanto el inculpado actuó en el marco de su deber jurídico. La conducta no puede atribuírsele a título de delito si a partir de la vista que portaba el occiso, la

[24] Cámara Penal y Exhortos, Catamarca, 2/8/05, LLNOA, 2005-1200.

actitud posterior del disparo se encuentra abarcada por una causa de inculpabilidad en tanto a nadie le es exigible dejarse matar. Así, si el policía creyó hallarse amparado por una causa de justificación inexistente, si se considera que su actuar negligente constituyó una provocación suficiente al momento de ver el arma del sospechoso, se erigió en un error invencible para él, que torna su conducta inculpable. Sin perjuicio de ello, de no resultar admisible el error invencible sobre la jurisdicción de la conducta, el imputado, al momento de hallarse frente al arma que lo apunta ingresa en una situación de necesidad exculpante, para la cual resulta indiferente que su actitud precedente resultara provocadora, en tanto la fórmula del art. 34 inciso 1° del C.P., no prevé ninguna exclusión para quien provocó la situación de necesidad, como si lo exige el estado de necesidad".[25]

Consumación y Tentativa

Una acción punible se considerará consumada cuando concurran todas las circunstancias que conforman el tipo objetivo y el subjetivo.

De esta forma, en lo que respecta a la agravante que nos ocupa, el delito se consumara cuando se produzca la muerte de cualquier persona por el abuso de la función o cargo de un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Por tratarse de un tipo penal de resultado, se admite en esta figura, al igual que en las demás receptadas por el art. 80 del Código Penal, la tentativa.[26]

D´Alessio entiende que la tentativa constituye un delito incompleto, más no por la ausencia de sus requisitos típicos estructurales, sino porque éstos no se han podido realizar en el tiempo.

En consecuencia, se afirma que el art. 42 del Código Penal establece un dispositivo amplificador de la tipicidad, mediante el cual se capta la acción desde el momento en que el agente comienza su ejecución.

Zaffaroni explica que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el

[25] CNCrimCorr, Sala IV, 22/3/05, "Russo Edgardo H", c. 24.730, voto de la Dra. Garrigós de Rébori.

[26] Si bien en algunos de los incisos del art. 80 del CP existen discusiones en cuanto al momento de la consumación.

autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuado entre ésta y aquel no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor. [27]

En este sentido, cabe tanto la llamada tentativa acabada, cuando el autor durante la ejecución, al menos con dolo eventual, puede juzgar que la consecución ya puede producirse sin necesidad de otra actividad de su parte para consumar el resultado; como la inacabada, cuando se interrumpe la acción ejecutiva, es decir, el autor no ha realizado todo lo que, según su plan, es necesario para la producción del resultado y desde un punto de vista objetivo no existe peligro de que ésta tenga lugar. [28]

Penalización. Prisión Perpetua. Cuestiones sobre la Constitucionalidad.

La pena prevista en el artículo 80 del Código Penal es de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 –accesoria por tiempo indeterminado-.

[27] Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal, parte general; EDIAR; segunda edición; año 2006.

[28] Ricardo Levene "Conductas agravadas por los delitos contra la vida y propiedad cometidos por miembros de la fuerza de seguridad que introduce la ley 25816 al Código penal de la Nación"; Adla; 2004.

Ambas penalidades están cuestionadas en su constitucionalidad, tanto la prisión perpetua[29] como la pena accesoria por tiempo indeterminado. [30]

Ricardo Núñez relativiza esta perpetuidad diciendo que no es absoluta, por cuanto aun cuando tal situación pueda darse, la admisibilidad de la libertad condicional puede limitar esa duración. Junto a ello señala que, con carácter de eventualidad, los institutos de amnistía, indulto o la conmutación de pena también podía hacer excluir la perpetuidad. Por su parte Soler sostiene que las penas perpetuas, sin embargo, pueden tener un límite, pues el artículo 13 hace procedente, aun en

[29] "Bachetti Sebastián Alejandro y otra p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo" (Expte. letra "B" nº 135579, año 2006, Secretaría Nº 21), de fecha 02-11-07 Excma. Cámara Undécima en lo Criminal Córdoba, bajo la Presidencia del Dr. Nereo Héctor Magi, e integrada por los Sres. Vocales Dres. Graciela Bordoy y Daniel Ernesto Ferrer Vieyra con la intervención de Jurados Populares. **2)** Caso B.C., C.R, SCBA 18-04-07, condenado a prisión perpetua declarado reincidente, llevaba cumplido 42 años de prisión, la Suprema Corte de Buenos Aires consideró que impedir la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar, a través de una presunción iure et de iure, que la ejecución de la pena pueda surtir un efecto resocializador, finalidad consagrada constitucionalmente en la persona del delincuente lo que le impide absolutamente reintegrarse a la sociedad, vulnerándose derechos fundamentales del ser humano; **3)** Caso Arzani Vilma Rosa Homicidio doblemente calificado –similar al caso sub lite- en donde la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal Sala Segunda de Rosario 28-12-07 declaró la inconstitucionalidad en el caso concreto de la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto se entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión perpetua dado que no aparece como muy sincero fundar la resocialización de la condenada, con cincuenta y seis años de edad, que recién tendrá la posibilidad de recobrar la libertad solamente a partir del transcurso de treinta y cinco años todo lo cual llevó al tribunal a imponerle una pena de prisión temporal. **4)** Catan Alberto Irineo s.d. homicidio doblemente calificado por el vínculo y alevosía e.p. Raúl Alberto Catan. Sentencia de fecha 13.05.08 Expte 6366 Excma. Cámara de Juicio Oral de Tercera Nominación Santiago del Estero (voto. Juan Carlos Storniolo –disidencia parcial-) Declaró la inconstitucionalidad de la prisión perpetua con otros fundamentos a los casos citados anteriormente.

[30] CSJN "Marcelo Eduardo Gramajo s/ Robo en grado de tentativa- El Tribunal Oral en lo Criminal condenó al imputado a la pena de dos años por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, declarándolo reincidente, (arts 42, 45, 164 y 50 del CP). También declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 CP, sobre cuya base el fiscal de juicio había solicitado se le aplicara al penado la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. El MF interpuso contra dicha resolución recurso de inconstitucionalidad ante la CNCas Pen sosteniendo que la interpretación del art 52, efectuada por el tribunal aquo, resultaba errónea dado que la mencionada norma no es inconstitucional. La Casación Nacional casó la sentencia haciendo lugar al reclamo fiscal contra ello la defensa oficial dedujo recurso extraordinario cuya denegación originó presentación directa. La CSJN resolvió hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Coincidimos con la decisión de la Corte que más allá la heterogeneidad ideológica y profesional de sus integrantes han coincidido sobre la inconstitucionalidad de la pena (mal llamada medida de seguridad) de reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

tales casos, la libertad condicional, y la pena queda extinguida si transcurren cinco años sin que aquella sea revocada (artículos 13 y 16 Código Penal) En consecuencia, la pena verdaderamente perpetua es la que se impone a un sujeto a quien no puede acordarse libertad condicional, ello es, a los reincidentes (artículo 14 CP) o la que se aplica por revocarse una libertad condicional concedida, en virtud del artículo 17 CP.

Estos fundamentos están creando, en la opinión del Dr. Storniolo, una disyuntiva en el marco de la perpetuidad entre pena "verdaderamente perpetua" y la que "no es verdaderamente perpetua" generando una evolución jurisprudencial parsimoniosa en relación a la declaración de inconstitucionalidad. La individualización en abstracto que formula el legislador al imponer pena privativa de la libertad a perpetuidad en sí misma es inconstitucional. La naturaleza jurídica de la coerción personal no puede amparar, de ningún modo, la innocuización o neutralización a perpetuidad de una persona. Por otra parte, en el plano hermenéutico no se puede hacer depender un derecho constitucional –libertad y reinserción social- de condiciones personales[31] o, de la voluntad discrecional de la autoridad[32].

A continuación se reproducen algunos puntos del voto de minoría del caso Catan donde se sostuvo la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, entre otros, con los siguientes argumentos:

º "la pena de prisión o reclusión perpetua anula el derecho a la reinserción social del condenado pues, no obstante las posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico para recuperar la libertad ambulatoria, ya sea, libertad condicional, conmutación de penas o indulto, dichas circunstancias solo beneficia a algunos y no a todos"

º "La pena de prisión o reclusión perpetua, aunque parezca una perogrullada, es imperecedera y, solo, en casos excepcionales, deja de serlo cuando el penado cumpliendo exigencias temporales,

---

Además, del voto de los cuatro primeros ministros Dres. Higton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, que nada dicen de la reincidencia simple, pareciera ser que han dejado abierta una ventana para la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia simple. Todos los integrantes coinciden en que no se trata de una medida de seguridad sino que es una pena y que afecta el principio de culpabilidad como así también el de non bis in idem.

[31] Vg. que el condenado cumpla las exigencias carcelarias para ser beneficiario de la libertad condicional

[32] Vg. el dictado de indulto, conmutación de pena o amnistía.

treinta y cinco años de condena, y conductuales, observancia regular de los reglamentos carcelarios, se encuentre en condiciones de acceder a la libertad condicional".

º "Para éstos últimos –penados temporales- la reinserción social está garantizada al cumplirse las 2/3 partes de la condena o, eventualmente, al momento del agotamiento de la pena. Como se ve la solución normativa sólo garantiza aquel derecho al penado a prisión o reclusión temporal en tanto que el condenado a prisión o reclusión perpetua dependerá del cumplimiento de la condición estipulada por la norma infra constitucional".

º "Sebastián Soler enseña que ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo ni la de sus derechos, como sucede con la pena de muerte o la muerte civil (Derecho Penal Argentino, T II, pag. 407 Editorial La Ley 1945). Citando a Finger, el prestigioso jurista argentino señala los siguientes caracteres: *humanidad del medio penal* –no debe adoptase como castigo-, *moralidad* –tender al mejoramiento del individuo-, *personalidad* –aplicar al culpable-, *igualdad* –debe significar lo mismo para todos los que la sufren-, *divisibilidad* –importa la adaptación perfecta al caso-, *economía* –exigir al Estado el menor sacrificio posible-, *revocabilidad* –siendo imposición humana es admisible el error- a lo que el autor le añade una característica propia, *mínima suficiencia* –la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con mínimo de lesión- (Obra citada, pag. 408)".

º "La denominación prisión o reclusión "perpetua", ontológicamente, hace referencia a una pena inextinguible que se agota con la vida del penado. Es decir, agotamiento de pena y muerte del condenado se consuman en un mismo acto. De admitirse esta aseveración se estaría desnaturalizando la reinserción social como derecho constitucional".

º "La prisión o reclusión perpetua, como institución jurídica, si bien podría servir como prevención general negativa aparece como insustancial desde el plano de la prevención especial positiva dado que el encierro perpetuo no es constitucional".

º "En el análisis propuesto el eje de la cuestión no pasa por la "posibilidad" de recuperar la libertad ambulatoria sino en determinar la viabilidad constitucional, dentro de un Estado de Derecho, sí un derecho de raigambre constitucional, como en el caso sometido a examen, -reinserción social- puede estar condicionado al cumplimiento de exigencias legales en cierto casos y en otros no".

º "*El penado* en sí mismo, como sujeto autónomo, ya sea a prisión o reclusión temporaria, o, a prisión o reclusión perpetua no tiene un tratamiento igualitario dentro del ordenamiento jurídico ya que en la *primera hipótesis* mencionada precedentemente recobraría la libertad a través de la libertad condicional o, en su defecto, al cumplimiento temporal de la pena. En el caso de revocatoria de aquel (artículo 15 CP) igualmente tendría la posibilidad de recuperar su libertad al cumplimiento de la pena y, por ende, ejercer plenamente el derecho a la reinserción social. En cambio, en la *segunda hipótesis*, el penado a prisión o reclusión perpetua sólo recuperaría la libertad en caso de cumplir las exigencias que impone el instituto de libertad condicional, única alternativa posible, a más de las ya expuestas, conmutación o indulto que dependen pura y exclusivamente del poder político. Para el caso de obtener la libertad condicional y ser revocada (artículo 17 CP) aquel derecho desaparece".

º "La pena del ergástulo, pena de cárcel perpetua, según Ferrajoli contradice radicalmente los principios liberales y democráticos del ordenamiento jurídico añadiendo que muchos autores de la ilustración, desde Beccaría a Bentham y Constant, la consideraron más aflictiva y aterrorizante que la pena de muerte.[33]

º "El principio de humanidad, reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, impone en toda legislación el respeto por el ser humano y, en materia penal, a la humanización de la pena. La pena privativa de la libertad perpetua –en general- lesiona la intangibilidad de la persona humana. "Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad. (Voto Dr. Carlos S. Fayt) Fallos 313:1262".

º "La pena de prisión o reclusión perpetua no guarda relación con el principio de proporcionalidad que informa la función retributiva de la pena que acrecienta las posibilidades de lograr la resocialización del encartado".

º "En un Estado de Derecho, la pena efectivamente perpetua es inhumana y degradante porque lesiona el principio de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley, entre otros". "La imposición de una pena inhumana o degradante lesiona siempre el principio de proporcionalidad, por ende el de culpabilidad, y es un acto impropio de una república. (Voto del Dr.

---

[33] *Ergastolo e diriti fondamentali* publicado en Dei delitti e delle pene, n2, 1992, ps 79-87. Traducción de José Hurtado Pozo

Sodero Nievas). STJRNSP: SE. <1/04> "S., H. A. s/ Homicidio simple s/ Casación", (Expte. Nº 18754/03 - STJ), (04-02-04). Sodero Nievas - Balladini - Lutz - Nro. de sumario:43177".

º "Que de lo expuesto surge claramente la inconsistencia de la pena de prisión o reclusión perpetua prevista en la legislación de fondo, artículo 80 del Código Penal, en función de los artículos 13, 15, 17 del mismo código como así también del artículo 17 apartado I "b" de la Ley 24.660, con los dispositivos constitucionales mencionados anteriormente, a saber: artículo 18 de la Constitución Nacional; artículo 75 inciso 22 Tratados Internacionales con jerarquía constitucional: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10-1, artículo 10-3: Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 5-6 lo que me lleva a sostener la inconstitucionalidad de la prisión o reclusión perpetua sin que esto signifique desconocer que dicha circunstancia conlleva un acto de suma gravedad institucional".

º "Declara inconstitucional, en el caso concreto, la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión o reclusión perpetua modificándolo por la pena de prisión temporal…"

Por último, compartiendo el criterio sobre el punto en cuestión y en similares términos el Tribunal en lo Criminal n° 1 del departamento judicial de Necochea, Provincia de Buenos Aires, el pasado 13 de mayo del año 2013, con el voto de la mayoría de sus integrantes (esto es, del voto del distinguido Dr. Mario Juliano[34] y del Dr. Ernesto Juliano), han declarado la inconstitucionalidad de la Prisión Perpetua, manifestando al respecto que "…*La prisión perpetua es una pena cruel, inhumana y degradante. La Constitución Nacional establece que las cárceles tienen por finalidad la resocialización del delincuente y que las condenas deben apuntar a ese objetivo. Y la cadena perpetua se contradice con esos principios; ergo, es inconstitucional(...)* Agrega el voto de la mayoría *"…La imposición de una pena de prisión perpetua colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, con el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, principios inherentes al estado democrático y republicano de derecho(...) Impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado*

[34] *Ergastolo e diriti fondamentali* publicado en Dei delitti e delle pene, n2, 1992, ps 79-87. Traducción de José Hurtado Pozo

reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador –consagrada constitucionalmente– en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano…"[35]

Jurisprudencia:

I. Los hechos traídos a juzgamiento encuadran dentro de la calificación legal de homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función como integrante de la fuerza policial, para lo cual previamente deberá destacarse cual es la estructura típica…, especie que se encuentra prevista y reprimida por el articulo 80, Inc. 9 del Código Penal (incorporado por ley 25816, promulgada el 5/12/03).

La norma legal referenciada dice: "se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua,… al que matare: 9. abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario…".

En el caso se trata de un tipo de los llamados *delicta propia*, ya que requiere una característica especial en el sujeto activo – ser miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario-.

La misma queda configurada cuando se cumplen, claro esta, la totalidad de los elementos requeridos por el tipo, a saber, aspectos objetivos y subjetivos.

En cuanto al primero nos encontramos como presupuesto básico con la necesidad de la exteriorización de la voluntad. Dicha exteriorización es requerida ya que no puede considerarse que una conducta tenga relevancia penal sin que dicha "conducta prohibida" se haya exteriorizado en el mundo físico.

En cuanto al segundo de los aspectos (el subjetivo), tenemos un hecho que para ser doloso requiere, obviamente, como aspecto interno fundamental, el conocimiento efectivo de los elementos que configuran la parte objetiva del tipo.

[35] Tribunal Oral Nº 1 de Necochea, 13 de mayo de 2013 "Máximo Matías Rodríguez Ajarg (Vma.) s/ homicidio agravado por la participación de dos o más personas

Requiere también el elemento conativo, esto es la intención de llevar a cabo la conducta realizadora del tipo (de la cual se tiene conocimiento) lo que quedaría configurado en el homicidio simple (Art. 79 Cód. Penal), si el autor quiso causar la murete y en su representación mental se lesiono los medios para llegar a ese fin.

En el caso del homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función como miembro de la fuerza policial (Art. 80 Inc. 9 Cód. Penal) cuando a lo expuesto, se le agrega el elemento normativo que se da por abusar de su función o cargo, del cual también se debe tener conocimiento y como consecuencia lo utiliza para obtener el resultado querido, como ser la muerte.

El hecho del homicidio se encuentra agravado por haber sido abusando de su función como miembro de la fuerza policial. Ello, en rol de autor.

Es dable definir qué se entiende por “abuso” de la función policial, y según el diccionario el abuso es un uso indebido, excesivo, o injusto.

En este caso el abuso de su función como miembro de la fuerza policial surge claramente y sin lugar a dudas toda vez que la situación que dio origen al accionar de los agentes esa noche, no facultaba al agente… para esgrimir el arma y menos aun para dispararle al conductor de la moto luego de que la misma sobrepasara su posición.

No es posible hablar de una agresión intencionada contra los efectivos policiales pero no obstante ello, aun si el agente hubiera considerado que por dicha situación existía un peligro inminente respecto de su persona o la de sus compañeros, tampoco es posible validar un accionar que fue notablemente desmedido para repeler tal agresión.

Máxime teniendo en cuenta que el disparo lo realizo luego de la supuesta agresión, y que sus compañeros, en forma conteste, admitieron que nos extrajeron sus armas porque la situación no lo ameritaba.

Ahora bien, como se señalara supra, en todo momento debió representarse la posibilidad de ocasionar el resultado típico, máxime si consideramos su calidad de efectivo policial entrenado en el uso de armas, y mas aun, aceptar las consecuencias- muerte- como lógicas.

Este obrar doloso del agente lo fue en abuso de su función como miembro de la fuerza policial. (TOC Nº 28, 6/12/05, Tarditi, Matías E., inédito)

II. En relación con el planteo de inconstitucionalidad…la sala entiende que corresponde rechazarlo, habida cuenta que no se advierte conculcación alguna de las garantías constitucionales

alegadas… en cuanto a la norma cuestionada, puede decirse que reconoce su génesis en diversos antecedentes legislativos que ingresaron en el Congreso Nación y de los que puede destacarse como uno de los mas importantes la ley 25742 que introdujo la reforma del articulo 142 bis del Cód. Penal.

Los proyectos originales de ley, mas allá de retoque de texto tenían una característica diferencial: la agravante que la ley 25816 se aplicaba también al secuestro extorsivo cometido por un policía, mediante un agregado especifico al Art. 170 (Cáp. III, titulo VI del Cód. Penal, Daniel C. Varacalli, ley 25816. La igualdad en juego frente a la última reforma al Art. 80 del Cód. Penal, DJ, 2004- I- 391, P.392). Por ello, dada la vigencia de una calificación más gravosa, el proyecto se limito en incrementar las penas para los casos de hurto o robo ejercidos por los integrantes de las fuerzas de seguridad.

Resulta conducente recordar cierto fundamentos de interés vertidos por la senadora Halak al momento de expresar su opinión sobre la citada ley, ocasión en la que sostuvo que no se puede" castigar con igual rigor con la comisión de un delito a un ciudadano común que a aquel a quien la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito. Hay allí una idea equivalente a la del Art. 902 del Cód. Civil que podría parafrasearse en que a mayor conocimiento y atribuciones debe imputarse mayor responsabilidad (Daniel C. Varacalli, op. Cit. 393).

Es que tal aseveración no deviene temeraria, ni mucho menos, pues se parte de la idea de que las fuerzas de seguridad son el estado mismo en acción cuando actúa en función del monopolio de la fuerza publica, por lo que, al ser agraviado dicho monopolio, se ve toda la sociedad afectada.

La policía es, por encima de todo, el brazo del monopolio estatal de la violencia. Sus acciones y sus omisiones – afirma Haussemer- deciden en buena parte sobre lo bueno y lo malo de la seguridad interna, sobre el éxito de una sociedad civil y sobre la protección de los ciudadanos en el caso concreto. Por eso se dirigen hacia ella no solo las expectativas de los que necesitan a diario seguridad, sino también las de los que desean un orden justo en la sociedad (Gustavo A. Arocena, homicidio de miembros de la fuerzas de seguridad publica, policiales y penitenciarias, LL, 2003, B 812 a 827.

Es decir, anular la voluntad de los legisladores de punir una determinada conducta que lesiona un bien jurídico- "So pena" de declaración de inconstitucionalidad de la manda sancionada- no resultado acertado cuando aquella responde a la potestad que ostenta el parlamento de delinear las políticas criminológicas a desarrollarse dentro del ámbito nacional, habida cuenta de la división imperante en nuestra republica (Art. 1 const. Nac).

Tal es así el control de la constitucionalidad reservado a esta esfera de poder debe ejercerse sobre la razonabilidad de la norma atada, en función de los fines buscados y con respeto de los preceptos determinados por nuestra constitución nacional y no respecto de la política criminal que deben discutir nuestros representantes en el seno legislativo (Art. 22 y 39 const. Nac.).

A nuestro entender, y sin evaluar lo acertado de la norma atada, la misma no resulta violatoria del principio constitucional consagrado en el Art. 16, como se expuso, existen argumentos suficientes y razonables para agravar la responsabilidad del agente que se valiere de su posición frente a la sociedad para llevar a cabo la comisión de una conducta disvaliosa y que no puede asemejarse de manera alguna con la cometida por un ciudadano que no ostente tal posición.

Es por lo expuesto que se habla de rechazar el planteo de institucionalidad intentado por el recurrente. (CNCrim y Corr., Sala IV, 26/11/04, “Regina, Jorge A.” causa 25936, www.pjn.gov.ar).

III. a.- Tribunal Colegiado de la Ciudad de Trelew. Autos caratulados "Antillanca, Gonzalo Julián s/muerte - Trelew", Carpeta Nº 3024, legajo N° 27022. Sentencia Nº 893 del año 2012. Dres. Ana Laura Servent, Ivana María González y Alejandro Gustavo Defranco.

Descripción de los hechos: “… *durante el curso de la madruga y la mañana del día 5 de septiembre del año 2010, en un segmento horario comprendido, entre las 06.00 y las 7.08 horas, de aquel mismo día, los empleados policiales **S., A. y C.**, una vez concluida la actividad laboral, prosiguieron con sus tareas de prevención, permaneciendo por las inmediaciones de la denominada **“zona de boliches”**, lugar éste en que también se hallara, entre otras personas, la víctima del presente caso, Gonzalo Julián Antillanca**,** quien, concurrió aquella madrugada al boliche “KU”, próximo a “MISTICO”, junto a varios amigos, siendo visto, por última vez alrededor de las 6.00 horas, cuando éstos se retiraron del local bailable.*

*Así las cosas, alrededor de las 06.20 horas, en ocasión en que Gonzalo Julián Antillanca, caminaba en dirección a su domicilio, al transitar por la Rotonda “5 de Octubre”, y quizá, luego de haber participado de un entredicho con otras personas que también se desplazaban por el sitio, fue interceptado por los uniformados sindicados, a quienes se sumó el empleado policial del Comando Radioeléctrico **M.,** que había ingresado al servicio a las 06.30 horas de ese día, y asignado con el móvil policial R.I. 234 a la Jurisdicción de la seccional Cuarta, y así todos ellos a sabiendas de lo que hacían, con pleno conocimiento del resultado de sus acciones, mediando un excesivo abuso de sus funciones, y con el pleno dominio y control de la fuerza (tanto por la cantidad de uniformados presentes, cuanto por la portación de las armas reglamentarias y bastones -tonfas-*

que esgrimían), con una clara distribución de tareas, teniendo cada uno de los intervinientes algo más que el dominio sobre su porción del hecho, y sabiendo que todo hubiese tenido un final diferente, con la sola intervención de uno sólo de los partícipes, en particular la que correspondía a la Oficial ***C.****, empleada de mayor jerarquía funcional en esos momentos, esto es impedir la muerte, teniendo a la víctima reducida en el piso, mientras uno de los uniformados le pisaba la parte posterior de su cabeza, otro lo hacía en la parte posterior de sus piernas, en tanto los restantes mediante la utilización de los bastones, que blandían al aire, evitaban el acercamiento de otras personas que deambulaban por el lugar y observaban lo que ocurría, pues el horario del acaecimiento coincidía con la salida de los boliches, todos le propinaron a Gonzalo Julian Antillanca, quien se hallaba sin posibilidades de resistir la agresión y en un estado de total indefensión, una brutal golpiza en distintas partes de su cuerpo, rostro, cabeza, tórax y extremidades, mediante trompadas, patadas, y con el uso de elementos contundentes (quizá los bastones de goma que portaban), algunos de cuyos rastros han quedado registrados en las prendas de vestir de la víctima (estos son las suelas de los calzados de los agresores).*

Como resultado de la brutal agresión recibida, Gonzalo Julián Antillanca, sufrió las siguientes lesiones: *"En el rostro: equimosis con excoriación de 3 x 3 cm. en región frontal derecha, adyacente al borde de implante piloso. En región frontal, 2 cm. por encima del tercio medio del arco superciliar, excoriación de forma ovalada a diámetro mayor horizontal de 3 cm., que asienta sobre un hematoma difuso, amplio, que involucra párpado superior de ojo izquierdo. En el borde externo de la órbita izquierda, adyacente a la cola del arco superciliar, una excoriación profunda ligeramente cuadrangular con prolongación anterior redondeada de alrededor 2,5 x 2 cm., que asienta sobre área equimótica que se fusiona con la descripta en el párrafo anterior. Sobre el extremo posterior de la apófisis zigomática izquierda, otra excoriación profunda de 3 x 3 cm., compuesta por trazos paralelos horizontales, que también asienta sobre área equimótica. Una serie de excoriaciones superficiales, irregulares, ninguna mayor de 1 cm. en ambas mejillas, alrededor de los surcos nasogenianos y labio superior. Este muestra lesiones puntiformes y el inferior, equimosis redondeada de 0,5 cm. en el lado derecho, con mínimo compromiso de la mucosa yugal. Adyacente a la comisura bucal derecha, una excoriación profunda irregular de 3 x 2 cm. en la región zigomática derecha, pómulo y mejilla, amplia excoriación profunda, forma rectangular de alrededor de 5 x 3 cm. con otras lesiones semejantes satélites a ésta. También asienta sobre área equimóticas. En la región maxilar inferior derecha y porción superior del cuello del mismo lado, presenta*

excoriaciones profundas, de trazos horizontales... La nariz presenta movilidad anormal sin crepitaciones óseas... En esta asienta equimosis y excoriación, lo mismo en proximidad de la punta de ala derecha. En la cara interna de la 2da. Falange del pulgar izquierdo, se aprecia excoriación profunda de forma redondeada de 1 cm. de diámetro. En la región postero – externa del tercio proximal del antebrazo izquierdo, un área equimótica muy tenue de 6 x 5 cm. En el miembro inferior derecho, se observa excoriación superficial de 2 x 1 cm. sobre la cara externa de rodilla y otra de 1 x 1 cm. a nivel sub – rotuliano interno. En tobillo, una excoriación redondeada de menos de 1 cm. de diámetro a nivel retromaleolar interno en el izquierdo, tenue equimosis irregularmente distribuida en región rotuliana con pequeña excoriación de menos de 1 cm. de diámetro sobre la cara antero – externa de la rodilla. Otra equimosis de 4 x 3 cm. en cara anterior del tercio medio de pierna... A nivel bilateral de la región lumbar y lumboilíaca izquierda posibles lesiones presumiblemente equimóticas... Las lesiones descriptas, son de carácter pre-morten, de origen traumático, contusas, de diferentes intensidades, sin poder ser identificados los elementos productores, a excepción que éstos, serían romos, duros, sin filos o aristas evidentes..."; lesiones éstas que según el Cuerpo Médico Forense resultaron la causa generadora, directa e inmediata de su deceso.

La Fiscalía así presentó el caso, atribuyendo en cabeza de ***S., A., C. y M*** dicha materialidad infraccionaria.

La defensa técnica de los imputados apoyaron su estrategia en demostrar que los elementos mencionados por el Ministerio Público Fiscal en modo alguno alcanzaban para acreditar la autoría del hecho en cabeza de sus representados, por lo que correspondía la absolución de sus defendidos, o en su caso, le fuera aplicable el principio del in dubio pro reo.

El Tribunal Colegiado de la Ciudad de Trelew, decidió por unanimidad absolver a ***S., A., C. y M*** en orden al delito de **Homicidio Calificado (art. 80 inc. 9 del CP),** por el hecho presuntamente ocurrido en fecha 05/09/10 entre las 06:00 y las 07:08 hs., en la rotonda 5 de octubre de esta ciudad y en perjuicio de quien en vida fuera Gonzalo Julian Antillanca; basando su fundamentación en la no credibilidad de los testigos y en la carencia de valor probatorio de la pericia genética; aplicando por tanto el beneficio de la duda a favor del imputado.

Contra ese pronunciamiento interpuso impugnación extraordinaria la Fiscalía y la querella.

b.- Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial de Chubut. Autos "ANTILLANCA, Gonzalo J. s/muerte. Tw. ...". Expte Nº 22.755, Fº 114, Año 2012.

En el debate el Juez Alejandro Javier Panizzi expresó que "…*En la sentencia atacada, al desmerecerse arbitrariamente los dichos de los testigo, esos efectos se trasladaron a los resultados de la pericia. Es que, si ponderamos aisladamente los aportes científicos, ellos son limitados, pero si los vinculamos con el conjunto de evidencias adicionales, de acuerdo al alcance dado en los párrafos anteriores, ese carácter desaparece".*

Entendió que *"... El indicio referido a la configuración de una suerte de "espiral de violencia" que fue aumentando desde el incidente de los "Aballay" y culminó con la muerte de Julián, tampoco fue aceptado por el a quo pues los jueces consideraron que contravenía el derecho penal de acto".* Cabe citar aquí, que el "incidente de los Aballay" sucedió horas antes del presente evento; ambas causas fueron acumuladas y en la sentencia el Tribunal de Primera Instancia dictaminó absolver a los imputados por el caso Antillanca y condenarlos por el delito de "Vejaciones" que tuvo como víctima a los hermanos Aballay.

Continuó su desarrollo explicando que "… *Para establecer la correspondencia, la relación entre particularidades de distintos delitos o una serie de éstos, y reflexionar si en cada uno existen iguales aspectos, no hay otra posibilidad que examinar hechos anteriores. No para fundar la peligrosidad del autor, sino para determinar un singular rasgo de comisión. Es decir, para desentrañar si la modalidad de un hecho, se corresponde inequívocamente con otros ya probados.*

Los hechos del pasado son parte de la realidad, y los jueces no están obligados a darles la espalda, si éstos son relevantes para contrastar el peculiar modo de ejecución de un hecho juzgado con otro que se está juzgando en el presente. El límite, claro, será la medida de culpabilidad del hecho presente, pero no los aspectos concernientes a la autoría de ese mismo hecho…no se incurre en el ejercicio de derecho penal de autor si para establecer, a modo de indicio, un aspecto del hecho juzgado, fuera del orden o común modo de obrar, el tribunal lo compara con el de otros hechos ya juzgados.

El caso Aballay demuestra una particularidad extraordinaria en la personalidad de los imputados: que eran capaces de golpear a los jóvenes que detenían".

A su turno, el Dr. Jorge Pfleger opinó en similar sentido *"Invariablemente he sido del criterio que en el ámbito de libertad probatoria que consagra el ritual, las decisiones -casi una obviedad- pueden basarse tanto en prueba directa como circunstancial. Y esta última, los hechos*

indiciarios que son fuente de presunciones, pueden legitimar la verdad de una fijación fáctica (la adopción de hipótesis en conflicto). En otros casos he manifestado que el requisito de validez o de valor -incurro otra vez en campo trillado- es que esos hechos base de reflexiones estén debidamente sentados (no vale especular a partir de una especulación anterior, dispensas por la reiteración), sean coherentes, unívocos y además variados. En fórmula de viejo cuño: firmes, múltiples, precisos y concordantes. He persistido, también, en que debe aceptarse, a no dudar, que frente a un hecho indicativo –y en algún punto- pueda razonarse en otro sentido y que con ello aparezcan fisuras en la construcción de presunciones unívocas. Una última anfibología es posible, pero ello no desmerece la construcción si se acude, para resolver el problema, al argumento de la lógica prevaleciente, que no es sino la aceptación de la opción más fuerte en términos lógicos dentro de un esquema de reflexión medio normal. Lo que resulta inadmisible es que -despejado el tema de la variedad y la existencia de base firme - el proceso de cavilación sea infundado o arbitrario; que se genere a partir del mero discurso del Juez; que sea el producto de un análisis pre-juicioso o infundamentado o que se utilice un argumento "ad hoc" para la validación del predicado. Así lo he formulado otras veces."

El Dr. Daniel A. Rebagliati Russel votó en disidencia.

El Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial de Chubut resolvió admitir los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y la Querella en desmedro de la sentencia Nº 893/2012, dictada por el Tribunal Colegiado de la ciudad de Trelew y, en consecuencia, revocar dicho pronunciamiento y remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de aquella ciudad para la realización de un nuevo juicio. *(Autos "ANTILLANCA, Gonzalo J. s/muerte. Tw. y su acumulado "ABALLAY...." (Expte Nº 22.755, Fº 114, Año 2012).*

Bibliografía Consultada:

- Andrés José D´Alessio, Código Penal Comentado. Tomo I, Parte General, pg. 457.-
- Andrés José D´Alessio, Código Penal Comentado. Tomo II, Parte Especial, pg. 22.-
- Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, pgs. 39/40.-
- Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, Código Penal Comentado, Tomo I, Parte Especial, g. 811.
- Omar Breglia Arias, "Homicidios agravados"; editorial Astrea, 2009, pg. 465/470.
- Revista de Doctrina Judicial, año 2010, pg.2426/2437
- Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales; Mayo de 2011, A2.VI. http. Iniure.unlar.edu.ar. "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" por ALEJANDRA ANDREA NADER. p 157/172.
- Revista Derecho Privado, Año I-N°2-Octubre 2012; Reforma del Código Civil I, Aspectos generales. Directores Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso; Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; p 209/216.
- Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, Directores BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); Autora Claudia Verde p 303/311.
- Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal, parte general; EDIAR; segunda edición; año 2006; ps. 649/650.

Homicidio Agravado (de un superior militar)

Por **Carolina Bressia y Javier A. De Luca**

Art. 80 Inc. 10: ***"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:***

10) A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas."

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyecto.

El inciso fue incorporado al art. 80 del Código Penal que regula los homicidios agravados, por art. 2° del Anexo I de la Ley N° 26.394 de agosto de 2008[1].

Esta ley, derogó el Código de Justicia Militar y modificó distintas disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, en la necesidad de adecuar las disposiciones de fondo y de forma para que la jurisdicción civil (justicia federal), llevase a cabo el juzgamiento de los llamados delitos militares y evitar así que las cuestiones castrenses quedasen al margen de los principios constitucionales del derecho penal y del derecho procesal penal.

Entre los fundamentos expresados durante el debate parlamentario, los diputados y senadores hicieron hincapié en la necesidad de adecuar la legislación interna en materia militar, a los estándares constitucionales y de los derechos humanos para dejar atrás lo que había constituido durante largo tiempo un verdadero "derecho de excepción" en cual se soslayaban diversos derechos y garantías.

Es que más allá de que las cuestiones castrenses pudieran requerir cierta "especialidad" en función de las circunstancias que tienen en mira, esta rama del derecho no puede ser ajena a los preceptos del Estado de Derecho.

En este orden de ideas, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Corte

[1] Entró en vigencia el 29 de febrero de 2009.

Interamericana de Derechos Humanos ya habían señalado con anterioridad algunas de las incompatibilidades del régimen castrense con los principios constitucionales de derecho penal y de derecho procesal penal, tales como la garantía de juez natural, el principio de culpabilidad, algunos aspectos del derecho de defensa, entre otros.

En el precedente "*López, Ramón Angel s/recurso del 445 bis del Código de Justicia Militar*", causa n° 2845 (Fallos 330:339) de 2007, la Corte Suprema puso de resalto de manera expresa, la imposibilidad de coexistencia de algunas disposiciones del Código de Justicia Militar con la garantía de juez natural prevista en el art. 18 de la CN y normas concordantes de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Asimismo, allí se ratificó la jurisprudencia de precedentes anteriores (Fallos 54:577 y 310:1797) en los que había indicado que los individuos sometidos a la denominada jurisdicción castrense, gozaban de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no podían ser privados.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos había señalado la incompatibilidad del proceso y de algunos principios del ámbito castrense en el orden jurídico argentino, con derechos y garantías elementales del derecho penal internacional. Al respecto, cabe mencionar los casos n° 11758 "*Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina"* y el n° 12.167 "*Argüelles y otros vs. Argentina",* a partir de los cuales el estado se había comprometido a impulsar una reforma integral del sistema de administración de justicia penal en ese ámbito, para adecuarla a los estándares internacionales de derechos humanos.

En definitiva, la reforma se basa principalmente en la necesidad de realizar esta adecuación, por lo que dejó fuera de la normativa militar aquellas disposiciones habilitaban el juzgamiento delitos sin tribunales imparciales, las que sancionaban conductas que no lesionaban ningún bien jurídico, etcétera.

Bien Jurídico.

Como vimos, la ley 26.394 derogó el Código de Justicia Militar e incorporó algunos de los denominados "delitos militares" al Código Penal y, de tal forma, unificó la legislación penal.

En esta tarea, se despenalizaron ciertas conductas que sólo quedaron castigadas como faltas disciplinarias y otros comportamientos fueron incluidos en el Código Penal como delitos.

Respecto de esto último, algunos como tipos penales que *únicamente*[2] pueden ser cometidos por militares en tanto lesionan bienes jurídicos estrictamente militares y en otros se incluyeron como circunstancias agravantes de delitos del derecho penal común, porque la conducta lesiona bienes jurídicos civiles y militares[3].

La agravante en cuestión pertenece al segundo grupo[4]. Por un lado el bien jurídico afectado es la vida porque se trata de un homicidio, pero el fundamento de la agravante está vinculado con la ofensa de bienes jurídicos castrenses.

En definitiva, se trata de delitos en los que el bien jurídico es complejo porque al causar la muerte de un superior militar, además de la vida humana se ofende otro bien jurídico que se traduce en una negativa influencia sobre los demás integrantes de la fuerza y la observancia de las órdenes de mando. Es decir, lo que la agravante contempla es la grave falta de disciplina[5], la insubordinación, el desgobierno, el riesgo para el cumplimiento de las órdenes impartidas por la superioridad en miras a objetivos más amplios, que importa el ataque a un superior militar "frente al enemigo" o "frente a tropa formada en armas".

La disciplina militar se manifiesta por la subordinación de grado a grado, el respeto y la obediencia confiada e instantánea a las órdenes del superior, a la vez que por la voluntad sincera y tenaz de alcanzar el fin que tales imperativos se proponen. De allí que la legislación militar sea tan celosa en custodiar y velar por tan valioso bien jurídico castrense.

A fin de precisar cuál es el bien jurídico que se afecta, en el Anexo IV de la ley en cuestión, se prevé el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que se refiere a precisamente a los alcances actuales de esta noción en el ámbito militar.

En primer lugar, el art. 1° indica cuál es el fin de la disciplina militar, indicando de manera expresa que *es un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su*

---

[2] Se trata de los llamados *delitos especiales propios* en los que la calidad de autor es requerida en el tipo básico. Ver al respecto, ZAFFARONI, Raul Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*; Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 788.

[3]En este caso se trata de los *delitos especiales impropios* en los que la cualidad en el sujeto activo es requerida para el tipo calificado. Al respecto ver también esta categoría en ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR*, ob cit*. P. 788 y ZAFFARONI, Raul Eugenio; CAVALLERO, Juan Ricardo; *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, Ariel, 1980, p. 28 que denominan a este grupo de delitos en el comentario al Código de Justicia Militar (derogado) como *delitos militarizados* entre los que mencionan las "vías de hecho" contra el superior que causen su muerte, lo que afecta la disciplina militar gravemente y al mismo tiempo la vida.

[4] FILIPPINI, Leonardo y TCHRIAN, Karina; *El nuevo sistema de justicia militar argentino. Comentario a la Ley 26394* publicado en la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 1191.

[5]En este mismo sentido ZAFFARONI, CAVALLERO, *ob cit*, p. 557

comandante en jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las fuerzas armadas.

Por otra parte, ese mismo artículo indica que "*todo militar debe ajustar su conducta al cumplimiento estricto de la Constitución Nacional y las demás leyes de la República, así como la observancia cabal de las leyes y reglamentos militares, el respeto a las órdenes del mando, la subordinación al régimen jerárquico y el cumplimiento de todas las obligaciones que surgen del estado militar.*"

En base a estos lineamientos, resulta claro que el fin último de la disciplina militar hoy en día se orienta a la observancia y cumplimiento de los preceptos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Sujetos Activo y Pasivo.

Nos encontramos frente a una agravante especial porque exige una cualidad específica tanto en el sujeto activo como en el pasivo. Ambos deben ser militares, lo que se deduce obviamente de la expresión el que matare "a su superior militar".

Este elemento normativo se encuentra actualmente definido en la parte general del Código Penal en el artículo 77, 4° párrafo, también a partir de la ley 26.394: *se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.*

La Ley para el Personal Militar nro. 19.101 del 30 de junio de 1971 que se encuentra vigente, define en forma detallada y pormenorizada el *estado militar*, que es aquél que posee el personal de las fuerzas armadas (art. 1) integrado por su cuadro permanente (art. 2) y su reserva incorporada, y el que, proveniente de su cuadro permanente se encuentra en situación de retiro (art. 6) y es definido como "la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas" (art. 5).[6]

[6]Conforme ZAFFARONI, CAVALLERO; *ob cit.*,157/158. Asimismo, ver ARTICULO 5º de la ley de facto 19.101 en el que se definen también el *grado, la jerarquía, la actividad y el retiro*. Grado es la denominación de cada uno de los escalones de la jerarquía militar. Jerarquía es el orden existente entre los grados. Actividad es la situación en la cual el personal militar tiene la obligación de desempeñar funciones dentro de las instituciones militares o cubrir los destinos que prevean las disposiciones legales y reglamentarias. Retiro es la situación en la cual el personal militar, sin perder su grado ni estado militar, cesa en las obligaciones propias de la situación de actividad, salvo los casos previstos en esta ley y su reglamentación.

Ambas circunstancias, la condición de militar de ambos y la relación de jerarquía deben ser alcanzadas por el conocimiento del sujeto activo en el momento del hecho en tanto se trata de elementos del tipo objetivo.

Tipo Objetivo.

La conducta descripta consiste en causar la muerte de un militar por un subordinado.

Más allá de la exigencia de determinada cualidad del sujeto activo para establecer la autoría, el tipo penal efectúa una referencia situacional. Es decir, se individualiza una acción que, para ser típica, debe desarrollarse en un determinado contexto, porque es necesario que el que matare lo haga "frente a enemigo" o "tropa formada con armas".

Para desentrañar el alcance de tales expresiones, además de recurrir a algunos lineamientos de las interpretaciones al CJM en el que también estaban mencionadas, resulta sustancial hacer hincapié en la legislación que actualmente fija los límites de la actuación de las Fuerzas Armadas en el Estado de Derecho. Estas disposiciones serán decisivas para definir el contexto situacional al que se refiere el tipo penal en cuestión.

Son de aplicación: la Ley de Defensa Nacional N° 23.554, la Ley de Seguridad Interior N° 24.059 y la Ley de las Fuerzas Armadas N° 24.948.

De conformidad con lo establecido por el art. 2° de la primera de ellas, *"la Defensa Nacional es la integración y la acción coordinada de todas las fuerzas de la Nación para la solución de aquellos conflictos que requieran el empleo de las Fuerzas Armadas, en forma disuasiva o efectiva, para enfrentar las agresiones de origen externo"*. Asimismo, el art. 4° indica que: *"Para dilucidar las cuestiones atinentes a la Defensa Nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la Defensa Nacional de la Seguridad Interior. La Seguridad Interior será regida por una Ley Especial"*.

Por su parte, el art. 2 de la Ley de Seguridad Interior define a esta última como *"la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional"* y en relación a la posible actuación de las Fuerzas Armadas en la seguridad interior indica en el art. 31, que dichas fuerzas *"serán empleadas en el restablecimiento de la seguridad interior dentro del territorio nacional, en aquellos casos excepcionales en que el sistema de seguridad interior descrito en esta ley resulte insuficiente a*

criterio del Presidente de la Nación para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 2º".

Por último, la ley n° 24.948 que estableció las bases políticas, orgánicas y funcionales fundamentales para la reestructuración de las fuerzas armadas, en su art. 2° indica que *"La política de defensa implica la protección de los intereses vitales de la Nación Argentina, de acuerdo a lo determinado en el artículo 2º de la ley 23.554. Se sustenta en lograr consolidar e incrementar las capacidades espirituales y materiales que tomen eficaz una estrategia disuasiva, coadyuvando, además, al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en particular, las de nuestro continente"*. Asimismo, indica que *"La Nación Argentina ejerce su derecho a organizar fuerzas armadas aptas para el ejercicio de la legitima defensa, contemplado expresamente en el artículo 51 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas".*

Ahora bien, el Código de Justicia Militar derogado definía en forma expresa ambas expresiones. El artículo 883 del código mencionado establecía que: *"se considera que una fuerza está frente al enemigo, desde el momento que ha emprendido los servicios de seguridad contra el mismo"* y los denominados "servicios de seguridad" consistían en las previsiones tácticas de detección y contención ante eventuales encuentros no esperados aun con el adversario. Se trata de verdaderas operaciones militares de aplicación tanto en defensa como en ataque[7].

También el código definía la segunda expresión "frente a la tropa armada en armas" en el art. 881 y establecía que *"un hecho se ha producido delante de tropa, cuando lo presencian más de cinco individuos con estado militar"*.

Si bien estos conceptos pueden orientar al intérprete, por ejemplo en cuanto a que una "tropa" es la reunión de más de cinco individuos con estado militar o que se está "frente" al contrario cuando efectivamente se emprende alguna operación militar en defensa o ataque, lo cierto es que expresiones tales como "enemigo" deben ser delineados en base a la estricta distinción que efectúan tanto la ley de Defensa Nacional como la de Seguridad Interior en cuanto a la actuación de las Fuerzas Armadas.

Ambas, son contestes en la imposibilidad de que dichas fuerzas cumplan funciones de seguridad interior, lo que implica por ejemplo que si la tropa está formada frente a una manifestación o una protesta social, aunque alguien los pudiera considerar "enemigos" o "contrarios", lo cierto es que no se podría aplicar la agravante en tanto no se trata de una agresión de origen externo ni se encuentra previsto como un caso de excepción.

---

[7]IGOUNET(h)-IGOUNET, *Código de Justicia Militar* , Librería del Jurista, Buenos Aires, 1985, p. 423.

Tipo Subjetivo.

Se trata de una agravante activa dolosa en la que es necesario que el sujeto activo sepa que mata a un militar de rango superior y en el contexto que la norma exige.

En principio se admiten todas las modalidades dolosas, incluso el dolo eventual, siempre que el sujeto activo cuente con la posibilidad de dar muerte a su superior militar delante del enemigo o de la tropa armada[8].

Consumación y Tentativa

Como en este caso el delito se agrava porque se trata de la muerte de un militar superior realizada por un subordinado frente al enemigo o la tropa armada, habrá tentativa cuando de acuerdo al plan concreto del autor, haya al menos un peligro para los bienes jurídicos en cuestión.

En este caso, el comienzo de ejecución del tipo básico y la circunstancia calificante son inescindibles. Por eso, la tentativa del tipo agravado se verificará en caso de que un inferior militar de acuerdo al plan concreto haya puesto en peligro la vida del superior *frente a enemigo o tropa formada con armas*.

La consumación coincide con la muerte del sujeto pasivo que en este caso tiene que tratarse de un superior del sujeto activo.

Autoría y Participación.

Por tratarse de un *delicta propia*, nos encontramos con ciertas particularidades en lo que hace a la autoría y participación. Solo puede ser autor un militar que reúna las características ya mencionadas en el art. 77 del CP y además debe encontrarse en una jerarquía inferior al sujeto pasivo.

Por lo demás, no se descarta la eventual participación en este delito de personas que no reúnan la condición de militar exigida por el tipo, en cuyo caso serán de aplicación las reglas generales sobre participación criminal contenidas en los arts. 45 a 48 del CP.

[8] En contra, por considerar que sólo se prevé el dolo directo, BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Tratado de Derecho Penal, Parte especial*, 1, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 145.

Lesiones Culposas

Por **Francisco Olavarría**

Art. 94: ***"Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.***

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 ó 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84[1], el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses."

Antecedentes Históricos y Legislativos.

En el supuesto de las lesiones culposas, en un primer momento el artículo 94 únicamente imponía penas de multa (de doscientos a mil pesos) e inhabilitación (por uno a cuatro años). No se agravaban las penas en relación al tipo de lesión que se había causado (leve, grave o gravísima), ni en relación al número de víctimas, ni a cualquier otra agravante; además, se debía iniciar las investigaciones de oficio en cualquiera de los casos, es decir, no era necesario la instancia privada en las lesiones leves.

Obviamente, esta cuestión trajo muchos inconvenientes, sobre todo a medida que el automóvil fue usándose cada vez más, pues la justicia debía iniciar pesquisas de oficio por cualquier tipo de lastimadura o raspón y esto hacía que los tribunales se llenaran de causas por temas muy insignificantes.

Por ello, luego del proyecto del año 1891, se dictó la ley N° 17.567 (sin dar mayores fundamentos acerca de cuáles fueron las razones) que impuso la obligatoriedad de instar la acción penal en los casos del delito de lesiones culposas cuando éstas fueran leves. Sin embargo, no se

[1] Dicho párrafo del artículo 84 contempla los siguientes supuestos: *"si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor."*

realizó ningún cambio en las escalas penales, de acuerdo el tipo de lesiones causadas. Tampoco se hizo esto en el proyecto del año 1960.

Posteriormente, con el dictado de la ley N° 25.189, el artículo 94 quedó redactado como en la actualidad, por lo que si bien en el primer párrafo no se hacen distinciones acerca del tipo de lesiones causadas, en el segundo párrafo sí se agravan las penas si las lesiones son graves o gravísimas y si concurren algunas de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 84 del Código Penal.

Por otro lado, considero importante señalar que la última ley que reformó este artículo (ley N° 25.189) fue sancionada el 29 de septiembre del año 1999 (y promulgada el 26 de octubre de ese año), y que en el marco de la misma no sólo se trató el delito denominado *"lesiones culposas"*, sino también los delitos de: (i) homicidio culposo (art. 84); ii) incendio o estrago culposo (art. 189); (iii) causación culposa de accidentes (art. 196); y iv) figuras culposas de algunos delitos contra la salud pública (art. 203).

Básicamente, lo que esta ley hizo fue actualizar los montos de las multas y agravó las escalas penales para este tipo de hechos ilícitos, todo ello (en parte) en base a la reacción social surgida por el caso "Sebastián Cabello", un joven de 19 años que mientras corría una "picada" con su automóvil impactó por atrás a otro vehículo, matando a sus ocupantes, la veterinaria Celia González Carman y su hija.

Pese a esta reforma, lo cierto es que las estadísticas de los fallecimientos producidos por estos temas siguen en aumento, razón por la cual se continúa debatiendo si conviene o no reformar una vez más los artículos 84 y 94 del Código Penal con el objeto de agravar las penas y los años de inhabilitación, sobre todo en los casos en que el piloto que causó el homicidio o las lesiones haya estado conduciendo con un grado de alcohol en sangre superior al tolerado legalmente, o habiendo consumido algún tipo de estupefacientes, o habiendo conducido a una velocidad superior a la permitida.

Este debate es amplísimo, y se está dando en muchos países, a causa de la evolución en el ámbito de la industria automotriz y la mayor cantidad de automotores que circulan por las ciudades. A modo de ejemplo, puede citarse la reforma realizada en España durante al año 2007, mediante la ley orgánica 15/2007 del 30 de noviembre de ese año, por medio de la cual se agravaron severamente las penas y los años de inhabilitación para conducir en este tipo de hechos ilícitos.

Por último, destaco que existen muchísimos proyectos de ley presentados por distintos diputados y senadores[2], los que se encuentran en labor parlamentaria. La mayoría de los proyectos coinciden y están dirigidos al agravamiento de las penas y de los años de inhabilitación en los casos de homicidios y lesiones imprudentes causados por la conducción (a) habiendo sobrepasado el límite legal tolerado de alcohol en sangre, o (b) habiendo consumido algún tipo de estupefaciente, o (c) habiendo sobrepasado el límite de velocidad permitido en más de 40 km., o (d) habiendo escapado una vez producido el accidente, etc.

Los fundamentos brindados por los legisladores al presentar los proyectos en cuestión fueron, esencialmente, que este tipo de "accidentes" producidos por la falta gravísima del conductor (ya sea ingesta de drogas, alcohol, o la conducción a alta velocidad) en rigor de verdad no son accidentes ya que pueden evitarse fácilmente. Por ello, son delitos que deben ser penados muy severamente con el fin de disuadir a los potenciales autores a que no cometan dichas faltas al conducir.

En fin, la verdad del asunto es que muy probablemente en los próximos meses se realice algún tipo de reforma a éste artículo, pues existen muchos proyectos presentados que deberán ser tratados y, además, los jueces, a la hora de encuadrar este tipo de sucesos en este delito, poseen varias complicaciones debido a las contradicciones que existen en materia doctrinaria y jurisprudencial, y muchas veces deben recurrir al tan discutido dolo eventual.

Bién Jurídico Protegido.

Al igual que en el delito de lesiones, y encontrándonos en el mismo capítulo del Código Penal, el bien jurídico protegido es la *incolumidad de la persona en su integridad física o psíquica*.

[2] Hasta el cierre de este comentario al artículo 94 del Código Penal, se han presentado los siguientes proyectos en la Cámara de Diputados: (1) Expte: 4692-D-2013 de fecha 12/06/2013; (2) Expte: 4691-D-2013 de fecha 12/06/2013; (3) Expte: 4566-D-2013 de fecha 6/06/2013; (4) Expte: 4454-D-2013 de fecha 03/06/2013; (5) Expte: 3190-D-2013 de fecha 17/05/2013; (6) Expte: 2755-D-2013 de fecha 7/05/2013; (7) Expte: 2615-D-2013 de fecha 2/05/2013; (8) Expte: 2064-D-2013 de fecha 16/04/2013; (9) Expte: 0951-D-2013 de fecha 15/03/2013; (10) Expte: 0835-D-2013 de fecha 13/03/2013; (11) Expte: 0094-D-2013 de fecha 4/03/2013; (12) Expte: 4729-D-2012 de fecha 10/07/2012; (13) Expte: 3080-D-2012 de fecha 16/05/2012; (14) Expte: 0356-D-2012 de fecha 6/03/2012; (15) Expte: 0316-D-2012 de fecha 6/03/2012; (16) 0089-D-2012 de fecha 1/03/2012; (17) 4042-D-2011 de fecha 11/08/2011; (18) Expte: 4090-D-2011 de fecha 17/08/2011; (19) Expte: 4085-D-2011 de fecha 16/08/2011; (20) Expte: 1509-D-2011 de fecha 4/04/2011; (21) Expte: 1212-D-2010 de fecha 18/03/2010; (22) 1702-D-2010 de fecha 6/04/2010; (23) Expte: 1646-D-2010 de fecha 5/04/2010; (24) Expte: 6224-D-2009 de fecha 15/02/2010: (25) Expte: 0137-D-2009 de fecha 2/03/2009; (26) Expte: 1426-D-2009 de fecha 6/04/2009; (27) Expte: 1863-D-2008 de fecha 29/04/2008; (28) Expte: 2835-D-2006 de fecha 30/05/2006; (29) Expte: 2682-D-2006 de fecha 22/05/2006; (30) Expte: 0784-D-2008 de fecha 17/03/2008; y muchos otros.

Esto quiere decir que, lo que se busca proteger a través de la tipificación de este delito es que las personas no sufran daños en su cuerpo o en su psiquis a causa del actuar imprudente o negligente de otro individuo, tal como lo veremos más adelante[3].

Sujeto Activo y Pasivo.

El sujeto activo en este delito, es decir la persona que comete la conducta delictiva, puede ser cualquier individuo, pues el tipo penal no exige características especiales para serlo. Excepcionalmente, en uno de los casos del segundo párrafo (si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor), sí es necesario que el sujeto activo tenga la particularidad de haber estado conduciendo algún vehículo automotor.

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito (la víctima) puede ser cualquier individuo desde que comienza el nacimiento y durante el tiempo que la persona esté con vida. En ese sentido, sin acceder a la discusión –profunda y filosófica– doctrinaria acerca de qué es lo que ocurre con el ser antes del nacimiento, sólo dejo dicho que cualquier lesión que se produzca en esos momentos, a causa de alguna acción imprudente o negligente, no puede ser considerada lesión en el sentido típico, sino que deberá ser analizada desde otras tipificaciones penales en el caso particular.

Además, también puede aclararse que en el caso de una de las agravantes del segundo párrafo, se requiere que sea más de uno el sujeto pasivo para que pueda aplicarse, por lo tanto, en esos casos va a ser necesario que haya, al menos, dos víctimas a causa de la imprudencia cometida por el conductor del vehículo.

La Acción Típica.

La acción consiste en **causar un daño en el cuerpo o en la salud a otro.** No voy a ingresar a esta cuestión, pues ya ha sido ampliamente comentada al comenzar este capítulo acerca del delito de lesiones[4].

---

[3] *"(...) El tipo del artículo 94 del Código Penal resulta ser complejo y alternativo, ya que cualquiera de sus dos formas –daño en el cuerpo o daño en la salud– constituyen el delito de lesión, aunque no sea admisible una separación radical entre ellos por la estrecha relación que tienen entre sí. Sin embargo, puede conceptualizarse el daño en la salud como toda "perturbación del tono vital", es decir, la causación de una ruptura del estado de equilibrio. Por lo tanto, producir dolor físico, con cierta duración, aunque fuere breve, implica lesión, aunque no exista daño en el cuerpo"* Cám. Crim. y Corr., sala IV, causa 43.770, "rey, Amadeo", 17-2-94.

[4] Ver comentario realizado por María Gabriela Cortazar a los artículos 89, 90 y 91, donde se hace hincapié en qué es lo que significa jurídicamente un daño en el cuerpo y en la salud. Asimismo, sobre esta cuestión puede verse también, entre

Lo que sí diré es que para que el daño en el cuerpo o en la salud sea punible en el caso de las lesiones culposas, **el autor tiene que obrar con culpa**, esto es, con **imprudencia o negligencia**, **por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.** Es decir, si el autor **viola su deber de cuidado** mediante cualquiera de estos institutos, debe responder penalmente.

Previo a ingresar a esta cuestión, resulta necesario aclarar que en el Código Penal Argentino se decidió la modalidad de un número cerrado de delitos culposos, es decir, sólo estaremos frente a un tipo culposo cuando haya sido expresamente tipificado el mismo. Aclaro esto ya que, en otras legislaciones, la elección es otra, y se trata todo lo relativo a este tipo de delitos en forma general y posteriormente se acepta la figura culposa en todos los delitos tipificados en el Código.

En relación al concepto de culpa, si bien nuestro Código no lo define expresamente, voy a transcribir la definición que da Carlos Fontán Balestra, pues considero que es la más clara y completa: *"(...) la culpa se caracteriza por la falta de previsión del resultado o por su previsión no seguida de la observancia del deber de cuidado para evitarlo. De esto se infiere que es de la esencia del delito culposo la previsibilidad, cognoscibilidad o advertibilidad, en abstracto del resultado típico, puesto que lo que no puede ser previsto, lo imprevisible, no puede ser reprochado…"*[5].

Ahora bien, como es sabido, el delito de lesiones culposas es uno de los denominados tipos penales abiertos, al igual que el homicidio culposo[6], pues no se especifica concretamente cuándo se tipifica, sino que sólo se indica que estaremos frente a él cuando se presente el resultado y se haya violado el deber de cuidado, ya sea por imprudencia, negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo. Por lo tanto, en adelante analizaré lo relativo al deber de cuidado.

La imprudencia se caracteriza en que el autor toma más riesgos que los permitidos, es decir, no se mantiene en el deber de cuidado y elige asumir más peligro en su accionar. Fontán Balestra ha dicho: *"(...) Incurre en esta causal quien conduce a excesiva velocidad o con la puerta de un*

---

muchos otros, CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, Parte Especial 1*, 7ª ed. actualizada y ampliada. Astrea, 2007, págs.. 76/77; o FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial 1*, 1ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, 2013, págs. 259/260; o SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino 3*,11ª reimpresión total, 1999/2000, Tea, págs. 118/119.

[5] FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial 1*, 1ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, 2013, pág.167. Sobre este asunto, también puede verse ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada 1*, ed hammurabi, 1995, págs.. 140/141.

[6] Ver comentario realizado por Sebastián Amadeo al artículo 84 (homicidio culposo).

transporte pública abierta, manipula peligrosamente un arma frente a terceros, enciende fuego en las cercanías de material inflamable, etc…”[7].

En la negligencia el autor no guarda los recaudos que debería guardar ante dicha acción, es decir, es indiferente a los riegos no permitidos que pueda causar. Se ha dicho al respecto en la doctrina: *“(...) La negligencia es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza. Es hacer menos que lo que indica el deber objetivo de cuidado o la debida diligencia de un hombre correcto y cuidadoso (salir de viaje en un automóvil con las cubiertas gastadas…”*[8]. En definitiva, mientras que en la imprudencia lo que se le reprocha al autor es haber hecho más de lo que indica el deber objetivo de cuidado (haberse excedido), aquí se reprocha haber hecho menos.

Cuando se habla de la impericia en su arte o profesión, claramente se está refiriendo a los errores que pueda cometer algún sujeto en su profesión o en cualquier otra situación en la que esté especializado. Es decir, no hace falta que sea una persona que haya estudiado algo en especial o tenga un título, sino que sólo basta con que sepa hacer esa acción o la haga cotidianamente.

Por último, en la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, se está frente a algún sujeto que haya producido el resultado motivo de haber incumplido con alguna norma que regule la acción que estaba llevando a cabo, o bien con alguna obligación que debía cumplir[9].

En definitiva, muchos autores (Donna, Zaffaroni, Alagia, Slokar) enseñan que, en rigor de verdad, sólo deben diferenciarse la negligencia de la imprudencia, pues explican que tanto la impericia como la inobservancia se encuentran dentro de estos dos conceptos.

Aquí también entran en juego muchas cuestiones relativas al tipo culposo que no analizaré, pues ya han sido estudiadas en el comentario efectuado al artículo 84 del Código Penal, y puede profundizarse en *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed. BdeF, 2010, de MIR PUIG, Santiago, págs. 281/303, quien a mi juicio trata muy claramente el tema.

Sí pienso que puede resultar interesante la cita de algunos fallos que han tratado lo relativo al tipo culposo. Veamos.

“La característica esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. De esta manera, la observancia del deber objetivo de cuidado constituye el punto de referencia obligado del tipo de

---

[7] FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial 1*, 1ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, 2013, pág.170

[8] FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial 1*, 1ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, 2013, pág.170

[9] Aquí también puede verse el comentario efectuado por Sebastián Amadeo al artículo 84 (homicidio culposo).

injusto del delito culposo. El concepto de cuidado es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál fue el cuidado del autor en el caso concreto sino cuál es el requerido en la vida de la relación social respecto a la realización”[10].

“El delito culposo implica la construcción de un síndrome de riesgo, debiendo el autor realizar conscientemente el conjunto de circunstancias que integran aquel síndrome que, visto por el observador objetivo –el ordenamiento jurídico–, genera un riesgo para el bien jurídico. En cada caso, habrá que determinar cuál es la norma específica que lo rige, es decir, hallar en qué consiste aquello que está prohibido”[11]

El Resultado y su Vinculación con la Acción.

Como ya he dicho, para que estemos frente a este delito es requisito indispensable que se produzca el resultado (daño en el cuerpo o en la salud) y que el mismo tenga una vinculación estrecha con la acción. En otras palabras, el resultado debe ser consecuencia de la acción (violación al deber de cuidado en cualquiera de sus supuestos)[12].

Sobre esta cuestión pueden verse los fallos 313:691; 314:685 de la Corte Suprema de la Nación, o el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Bs. As. (19/02/2003, P 71677 –JUBA–), o bien el de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III (causa 3296, “M., C.D.”, 17/10/2001, cit. por Donna, t. II, p. 193). Además, transcribiré los siguientes fallos: *“Al evaluar el actuar culposo no sólo debe tenerse en cuenta si el actor ha obrado con imprudencia o negligencia –o, en su caso, en violación de los reglamentos u ordenanzas, lo que conlleva la presunción de haber obrado con imprudencia o negligencia– sino también si tal obrar imprudente o negligente ha sido la causa del resultado dañoso porque, si falta relación causal, no habrá responsabilidad por el resultado”*[13]

“1. La cuestión que separa la culpa penal de la mera responsabilidad objetiva finca en saber si le era posible al sujeto activo y le era exigible que previese la posibilidad de producción de

[10] CNCCorr., sala V, 3-7-2001, “E., J. L.”, c. 16.411, BCNCyC, N° 3/01, p. 200.
[11] CCrim. de Trelew, Sala Penal, 9-5-96, “M., J.”, Revista de Derecho Penal, N° 2002-2, 9. 445.
[12] Ver el comentario de Sebastián Amadeo al artículo 84, quien ha tratado esta cuestión de manera más amplia y profunda.

[13] Cpen. de Dólares, 22-8-97, 8837 (JUBA).

resultado y, en su caso, de qué resultado, sin que siquiera sea requisito que haya habido una previsión efectiva de éste, pues para la existencia de culpa, como la afirma unánimemente toda la doctrina y jurisprudencia, es suficiente la culpa inconsciente o sin representación. 2. Lo trascendente en el tipo culposo es la relación determinante de la negligencia en la causación del resultado y no el mero proceso causal, pues en estos supuestos, la cadena causal es ajena al autor"[14].

Tentativa y Participación.

El delito de lesiones culposas, como cualquier otro tipo culposo, no permite la tentativa, pues es necesario que haya un resultado para que se configure el mismo.

Asimismo, a mi juicio tampoco es posible que haya participación en este delito, pues no puede haber un acuerdo previo entre sujetos ya que no existe intención de delinquir (ver FONTAN BALESTRA, Carlos, LEDESMA, Guillermo, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial I*, 1ª ed. actualizada y ampliada, La Ley 2013, pág. 178).

Sobre este punto, *"(...) Está discutido. E. Gomez y Soler entienden que es posible la participación, ya que para que se de la misma debe existir concordancia intencional o sea intenciones convergentes en un tipo que deben ser recíprocamente integrantes dentro del mismo. Es intuitivo que la convergencia intencional puede darse dentro de la figura culposa, de forma que varios partícipes estén de acuerdo en el hecho antirreglamentario o imprudente que da origen al resultado delictivo (ej. si dos amigos resuelven guiar un automóvil a velocidad excesiva y cada uno presta a ello su colaboración). Fontan Balestra y la mayoría de la doctrina en la cual me sumo afirman que no, ya que participar en el sentido jurídico penal es participar en un delito no en una conducta imprudente sin relevancia penal en si misma, ej. el pasajero que se pone de acuerdo con su conductor para marchar en exceso de velocidad participa en eso, y no en el delito que pueda resultar de la conducta imprudente, se hubiera acuerdo para esto último no podría pensarse en un delito culposo sino doloso…"*

La Pena de Inhabilitación.

[14] CNCCorr., sala VI, 10-6-92, "D.A., J.", c. 23.403.

Claro está que la pena de inhabilitación puede imponerse siempre y cuando el suceso se haya cometido en base al ejercicio de alguna actividad que requiera poseer conocimientos especiales, por ejemplo, la conducción de vehículos o bien el ejercicio de la medicina.

Merece un comentario especial la situación de la suspensión del juicio a prueba (artículo 76 bis y siguientes del Código Penal) en este tipo de delitos en donde existe la pena de inhabilitación. De acuerdo a lo que surge del artículo 76 bis del C.P.: *"(...) Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación"*; no es posible otorgar este beneficio al imputado, sin perjuicio de lo cual hayan existido muchos planteos en contrario y sea una cuestión muy debatida.

Sobre este asunto, resalto que existe un plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal, "Kosuta, Teresa R."[15], en donde se llegó a la conclusión de que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando hay pena de inhabilitación. Sin embargo, posteriormente la Corte Suprema de Justicia emitió dos fallos un mismo día, "Acosta"[16] y "Norverto"[17], a partir de los cuales muchos Tribunales, y la propia Cámara de Casación, se apartaron de lo resuelto en Kosuta y aceptaron la suspensión del juicio en casos en los que se impone pena de inhabilitación. Lo cierto es que hasta la actualidad no está zanjada la cuestión y los distintos tribunales resuelven de una forma o de otra en base a la interpretación de los mismos fallos.

Lesiones Culposas Agravadas.

Tal como puede verse en el propio artículo 94, este tipo penal culposo puede agravarse si se dan algunas circunstancias. Hay que decir que al usarse la conjunción "y", para que se aplique la agravante es necesario que se hayan producido lesiones graves o gravísimas (art. 90 y 91 del C.P.) ya sea en más de una víctima, o bien por la conducción culposa de un vehículo automotor.

No existen mayores dudas en relación a la cuestión relativa a la pluralidad de las víctimas, es decir, para que se aplique la agravante en este caso es necesario que haya habido más de una víctima. La discusión, en todo caso, se centra en si es legítimo una agravante únicamente por la pluralidad de las víctimas, cuando en rigor de verdad la violación al deber de cuidado por parte del sujeto activo es idéntica en el caso de que sea una víctima, o bien más de una.

[15] CNCP, 17/8/1999, fallo plenario N° 5.
[16] Fallos: 331:858 de la C.S.J.N.
[17] CSJN, causa N. 326, Lº.XLI, "Norverto, Jorge Braulio s/infracción artículo 302 del CP" (LLO).

Por otro lado, en el supuesto de la conducción de un vehículo automotor violando el debido cuidado, tampoco se generan mayores dudas, con excepción de qué debe considerarse vehículo automotor y qué no. Fontán Balestra dijo al respecto: *"(...) debe entenderse todo medio que sirva para el transporte por tierra, aire o agua que se desplaza por tracción mecánica, sin ayuda exterior. Están Comprendidos los automóviles, camiones, ómnibus, colectivos, helicópteros, aviones, lanchas, motocicletas, motonetas, etc. A la luz de lo expresado más arriba, es evidente que la causa de la agravación es la mayor peligrosidad que implica la conducción imprudente o negligente de esos medios en el tránsito."*[18]

También existe otra agravante genérica, que surge del artículo 2º de la ley N° 24.193 (espectáculos deportivos), por medio de la cual se agravan las penas cuando el hecho se cometiere con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, ya sea en el ámbito de concurrencia pública en el que se desarrollare el evento, o en sus inmediaciones; antes, durante o después de él[19].

Delito de Instancia Privada.

El artículo 72 del Código Penal de la Nación[20] establece, entre otras cosas, que las lesiones leves, ya sean dolosas o culposas, son acciones dependientes de instancia privada, es decir, no le es posible a la Justicia avanzar en la investigación de oficio, pues es requisito indispensable que la víctima decida instar la acción penal contra el imputado.

Sin embargo, también expresa el artículo que existen excepciones a esa regla, por lo que la Justicia sí deberá avanzar en la investigación de oficio, y sin perjuicio de que la víctima no quiera hacerlo, en los casos en los que exista razones de seguridad o interés público, en los que un menor de edad sea víctima y no posea representante, o que alguno de sus representantes haya cometido el

---

[18] FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial 1*, 1ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, 2013, pág.180.

[19] Ver el comentario de Sebastián Amadeo del artículo 84 del Código Penal.

[20] Art 72 del C.P: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuera cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que le fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

delito. También, el fiscal podrá decidir si avanza o no cuando existieren intereses contrapuestos entre el menor y su representante.

Por último, hay que aclarar que esto se da únicamente en las lesiones leves, cuando se produzcan lesiones graves o gravísimas a causa de algún accionar imprudente o negligente sí se debe avanzar de oficio.

-

Promoción y Facilitación de la Prostitución.

Por **Javier Augusto De Luca y Valeria A. Lancman.**

Art. 125 bis*: "El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima."*

1 – Antecedentes legislativos.

Históricamente, existieron distintas formas que castigaban el delito de promoción o facilitación de la prostitución ajena que, en la mayoría de los casos, fue contemplado junto al de corrupción.

La promoción o facilitación de la prostitución de una persona mayor de dieciocho años aparece en el Proyecto de 1906. En este caso, se exigía que el autor se hubiera valido de fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de cualquier otro medio de coerción. También, en el art. 129 se establecía una presunción *iuris tantum* de autoría para los regentes de una casa de prostitución pública o clandestina donde se encontrara alguna víctima de los delitos previstos en los artículos anteriores, mientras que en el art. 131 del mismo proyecto se sancionaba a quien, por algún medio coercitivo, hubiera detenido, facilitado, o permitido la detención de una persona, aunque fuera mayor, contra su voluntad, y aun por causa de deudas, en casa de prostitución, o la hubiera obligado a entregarse a la prostitución.

Aquella forma de delito se mantuvo en el Proyecto de 1917 y en el Código de 1921. Se castigaba la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviera o facilitara la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediara el consentimiento de la víctima, y también la acción de promover o facilitar la corrupción o prostitución de mayores de edad.

En el Proyecto de 1937, elaborado por Coll y Gómez, se sancionaba a quien, para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la corrupción o prostitución de un menor, induciéndolo a

realizar actos sexuales con un tercero (art. 170). En el caso de mayores, se exigía algún vicio del consentimiento o que el autor fuera el marido de la víctima o hiciera con ella vida marital (art. 172).

En el Proyecto de 1941 se castigaba a quien, para satisfacer la lasciva ajena, promoviera la prostitución o corrupción de una persona menor de edad o en estado de enfermedad o deficiencia psíquica. De igual modo, se preveía la promoción de la prostitución o corrupción de mayores de edad, siempre que hubiera mediado engaño, fuerza o intimidación, o el autor fuera ascendiente, marido, amante, hermano, tutor o curador, o se le hubiera confiado la persona por motivos de cura, educación, instrucción, vigilancia o custodia.

En ambos casos –tanto de víctimas menores, como mayores– se disponía una sanción menor si el agente se hubiera limitado a facilitar la prostitución o corrupción.

En el Proyecto de reforma de 1951, se trató en forma separada la promoción o facilitación de la corrupción, de la promoción o facilitación de la prostitución. En este último supuesto se preveía la conducta de quien promoviera o facilitara el trato sexual promiscuo de personas menores de veintiún años o que se encontraran en la misma situación al tratar la corrupción, mientras que en el caso de mayores se exigía que el autor se hubiera valido de violencia física, amenaza o engaño.

El Proyecto de 1953 incluyó, en el art. 202, bajo el capítulo III "Delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres", la promoción o facilitación, a persona de uno u otro sexo, al trato sexual promiscuo y habitual, exigiéndose para el caso de mayores que se encontraran en una situación de imposibilidad de resistir (art. 202 inc. 2°) o que se hubiera empleado engaño, violencia o intimidación.

El Proyecto de 1960 contempló en el art. 169, bajo el título "Proxenetismo", la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de edad. El Proyecto no incluía la promoción o facilitación de la corrupción de mayores de edad.

La ley *de facto* 17.567 –derogada por la 20.509– también contempló el delito de promoción o facilitación de la prostitución. Así, en el art. 126 reprimía a quien, con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de sexo ni edad, previendo una agravante en caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años. Se advierte aquí un claro antecedente de la redacción actual de la ley, aunque ésta ya no exige elementos subjetivos del tipo distintos del dolo.

La ley *de facto* 21.338 de 1976 mantuvo, sustancialmente, la redacción del Código de 1921 en las figuras de promoción y facilitación de la corrupción y prostitución. Agregó el art. 127 *bis,* que castigaba la rufianería, y el art. 127 *ter* que penaba la trata de personas -mujeres y menores- para el ejercicio de la prostitución.

Luego, la ley 23.077 de 1984 derogó las modificaciones efectuadas por la anterior, restableciendo el código originario, y el art. 17 de la ley 12.331 y mantuvo como art. 127 *bis* al art. 127 *ter* de la anterior ley *de facto* 21.338.

Con posterioridad, la ley 25.087 modificó el título de los delitos, que pasó a ser la integridad sexual, y reguló en dos artículos la promoción y facilitación de la prostitución de mayores y menores. Así, introdujo el art. 125 *bis* que establecía: "*El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años.*

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda."

Por otra parte, el delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años se hallaba previsto en el art. 126, que disponía: *"Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad, mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción".*

También, en el art. 127 se castigaba la explotación económica del ejercicio de la prostitución, mientras que en los arts. 127 *bis* y *ter* -luego derogados por ley 26.364- se sancionaba la trata de personas -menores y mayores- para el ejercicio de la prostitución.

Actualmente, el art. 125 *bis* fue modificado por la ley 26.842 –que, a su vez, modificó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas– y pasó a contemplar como sujeto pasivo a cualquier persona, sin efectuar distinciones en cuanto a su edad, previéndose una agravante en caso de que la víctima fuera menor de edad. Además, el tipo básico le restó cualquier clase de efecto al consentimiento de la víctima y ya no exige que las acciones sean cometidas por algún medio en particular *–engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad, o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima–*, que quedaron previstos en la figura agravada del art. 126.

2 – Bien Jurídico.

El título del Código penal en el que se inserta el art. 125 *bis*, los debates parlamentarios[1] y su texto indican que las acciones allí descriptas reclaman una ofensa al bien jurídico integridad sexual, término que, por su imprecisión, debe ser identificado con la libertad sexual, que consiste en el derecho de disponer del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir "no" a diversas expresiones de contenido sexual[2].

Tradicionalmente se entendió que el proxenetismo ofendía las buenas costumbres y la moralidad sexual[3], o incluso la salud pública[4].

Actualmente, en función de reforma introducida por la ley 26.842, resulta más adecuado hacer referencia a la libertad sexual como el bien jurídico cuya lesión exige la figura comentada.

No obstante, el concepto merece algunas precisiones, porque el tipo penal quedará perfeccionado *aunque mediare el consentimiento de la víctima.* Es decir, la ley ya no alude a la falta de consentimiento de las víctimas mayores de edad. Esta siempre fue una cuestión independiente de su demostración pero, sin embargo, ese asunto generó gran confusión en la doctrina y la jurisprudencia al requerir la prueba de la falta de consentimiento en casos donde el sujeto pasivo era explotado y, de esa manera, no tener en cuenta que nadie puede consentir jurídicamente su propia explotación. En fin, ahora se aclara expresamente que la conducta es delito aunque mediare consentimiento de la víctima, lo cual nos ubica en una figura difícil de contextualizar dentro de aquellos supuestos de hecho que deben lesionar o poner en peligro este bien jurídico, que no debe ser confundido con la moral o decencia pública.

La situación de las víctimas menores quedó contemplada en la figura agravada, prevista en el artículo siguiente, lo cual sí guarda lógica con el sistema de estos delitos, en tanto la ley descarta la validez del asentimiento de los menores de edad, en un contexto de protección de los niños, en el ámbito del desarrollo hacia la madurez sexual.

Recordemos que el anterior texto del art. 126 sólo reprimía la conducta de quien promoviera o facilitara la prostitución de mayores de dieciocho años por alguno de los medios allí previstos –*engaño, abuso de una relación de dependencia o poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción*–, que resultaban elementos constitutivos del tipo penal. El problema de los medios comisivos para vencer el consentimiento pasaba, entonces, por interpretar qué se entendía por consentimiento y concluir de buena fe cuándo éste no existía, aunque con la expresión "cualquier

[1] Versión Taquigráfica, Cámara de Senadores, 10ma. Reunión, 8va. Sesión ordinaria del 31 de agosto de 2011 y, Cámara de Diputados, Reunión 23ra., sesión del 19 de diciembre de 2012.
[2] De Luca, Javier Augusto y López Casariego, Julio, *Delitos contra la Integridad Sexual*, ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, 1ra. Edición, 2009, Buenos Aires, p. 28.
[3] Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen VI, reimpresión de la sexta edición, ed. Temis, Bogotá, 2001, § 2923, aunque también advierte las críticas de tal posición, ob. cit., § 2938 y 2939.
[4] Nuñez, Ricardo C., ob. cit., pág, 369

otro medio de intimidación o coerción" se encubrían las formas más sutiles de viciarlo.

Sin duda, la nueva redacción de la ley ha implicado un cambio de paradigma en la concepción de este delito, porque la promoción y/o facilitación de la prostitución ajena pasó a estar concebida como una forma de explotación. Así quedó plasmado en el inc. c) del art. 2° de la ley de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas[5], y condujo, como lógica consecuencia, a restarle validez al consentimiento de las personas mayores de edad objeto de esas prácticas.

De modo que, si bien en nuestro Código Penal la prostitución no contiene una punición autónoma, existirán situaciones en las que todo indica que, para la ley, su ejercicio no es enteramente libre. Se reprime tanto la promoción y facilitación de la prostitución (art. 125 *bis*), su explotación económica (art. 127), como el ofrecimiento, captación, traslado, recibimiento o acogimiento de personas con esos fines (art. 145 *bis*) sin exigirse ninguna clase de torcer la voluntad de los sujetos pasivos. Además, siguen estando prohibidas las casas o locales donde de ejerce la prostitución, llamadas casas de tolerancia, y reprimidos quienes las sostienen, administran o regentean (cfr. arts. 15 y 17 de la ley 12.331, referida a la profilaxis antivenérea) y, finalmente, en algunas jurisdicciones se encuentra contemplada, pero como contravención, la conducta de quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados, como por ejemplo, en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires[6].

En el art. 125 *bis*, el foco está puesto sobre quien promueve o facilita la prostitución de otro, y atrapa más supuestos que el clásico lenón, proxeneta o alcahuete. Al hablar de promover o facilitar, el autor ya no se circunscribe a un agente intermediario en la prostitución[7], que concierta una relación amorosa[8], y se aleja del que explota la prostitución ajena, porque esa situación está contemplada en otra figura. Aquí no es necesario que el autor procure obtener para sí una ganancia o provecho material, como lo exigía la vieja redacción del art. 126 para el caso de víctimas mayores de edad. En este punto, cabe repetir que la figura se distingue de la prevista en el art. 127. La primera

---

[5] El art. 2° de la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas con las reformas introducidas por la ley 26.842, establece que *"A los fines de esta ley, se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: […] c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos"*, aclarándose luego que *"El consentimiento dado por la víctima de trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores"* (art. 2, *in fine*).

[6] La conducta está prevista en el art. 8, que prevé una sanción de uno a cinco días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos a cuatrocientos pesos. Por otra parte, en la Cláusula Transitoria del mismo código se establece que *"Hasta tanto se apruebe la autorización a la que se hace referencia en el artículo 81, no se permite la oferta y demanda ostensible de servicios de carácter sexual en espacios públicos localizados frente a viviendas, establecimientos educativos o templos o en sus adyacencias"*, entendiéndose por tales una distancia menor de doscientos metros de las localizaciones descriptas. Por último, se aclara que *"En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales"*.

[7] Carrara, Francesco, ob, cit., pág. 53, § 2960, quien al describir al lenocinio en su primera forma más general explica que éste se manifiesta castigando cualquier intervención de un tercero, como incitación, instigación o ayuda de toda especie, por la cual ese tercero facilite un acto carnal o cualquier otro acto impúdico entre dos personas.

[8] Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición, primera acepción del término "lenón" (www.rae.es).

sanciona a quien promueve o facilita la prostitución; la segunda, a quien explota las ganancias que la otra persona obtiene con ese ejercicio.

La problemática del "lenocinio" o "rufianismo"[9] es muy profunda y en ella se entremezclan situaciones de violencia y coerción, pero también de poder de hecho sobre la voluntad del sometido, pero sin violencia, por causas sentimentales, económicas, culturales y de todo tipo, las cuales difícilmente se den en forma asilada en cada caso particular[10].

La ley quiso concentrarse en la conducta de aquellos que, de algún modo, configuran formas que contribuyen a la degradación humana. Si se quiere, puede considerarse que son formas incipientes o que contribuyen a la explotación de los seres humanos en materia sexual.

Ya al quitarle cualquier clase de efecto al consentimiento de quienes se prostituyen, la ley concibe que las personas que ejercen tal actividad no lo hacen porque le place o con un consentimiento informado y libre. No son casos de violencia sexual ni de aprovechamiento de la actividad sexual de otro. Se trata de castigar a todo aquel que contribuye a la prostitución simple otros.

Esta concepción se inspira en la idea que no existe la "prostituta feliz", que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa cuando quiere. Pone de manifiesto el verdadero problema, éste es, que generalmente no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones. No se trata de una violación, sino de prostitución, donde no hay violación porque existe consentimiento en el trato sexual individual, pero ello no significa que, desde otra mirada, exista un consentimiento libre en prostituirse, porque esa actividad es degradante, desde el punto de vista psicológico y de la dignidad. Lo mismo sucede con otras situaciones, como los trabajos denigrantes, matrimonios serviles, etcétera. Se trata de dos consentimientos distintos: uno es el de la disponibilidad de tradicionales bienes jurídicos en igualdad de partes contratantes; el otro, el que se da dentro de una situación global de explotación humana, en donde quien tiene el poder se vale de las necesidades del otro. La línea es sutil, pero la ley obliga a trazarla[11]. Si no lo hacemos, caeríamos en la sencilla tarea de ver en esta figura un ataque a la decencia pública, a la moral pública o algo similar, y difícilmente pueda sortearse el escollo constitucional de nuestro artículo 19 CN, en tanto se trata de acciones llevadas a cabo entre adultos, que no afectan derechos de terceros.

---

[9] Ambos conceptos son utilizados en sentido genérico como sinónimos. Al respecto, explica Carrara, Francesco, ob cit., pág. 51, § 2958, que la palabra lenocinio tiene un sentido vulgar muy extenso, que expresa toda manera, aun honesta, con que se induce a otros a satisfacer nuestros deseos. Pero, en sentido jurídico esa palabra expresa un acto deshonesto, y con más precisión, todos los modos con que un tercero se entromete entre dos personas para hacer que una acceda al deseo carnal de la otra, o para facilitar sus recíprocos deseos. Y en su nota, se aclara: se trata, naturalmente, de la connotación que tiene en italiano, idioma en el cual la voz lenocinio, además de significar rufianería, proxenetismo, alcahuetería, denota también encanto, seducción, artificio, atractivo, o señuelo.
[10] De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 170.
[11] El tema se encuentra desarrollado por De Luca, Javier A., al comentar los arts. 145 bis/ter, CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Directores, Terragni, Marco A., coordinador, Tomo 5, ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2008, pág. 442.

Corresponde aclarar que valerse u obtener un beneficio de esas situaciones de vulnerabilidad no se refiere a los clientes de la prostitución, porque no son facilitadores ni promotores, sino parte necesaria de la prostitución misma, como situación. También debe advertirse que, al momento en que esto se escribe, existen proyectos legislativos para reprimir al cliente, lo cual volvería a cambiar el paradigma de todos estos delitos.

Aquí estamos en el ámbito de quienes ejercen la prostitución por cuenta propia y con pleno dominio de la situación o autonomía. Esto deberá ser analizado en cada caso, pero cuidando de razonar en el sentido que conduce a la tipificación de una inmoralidad. No debe olvidarse que detrás de todo esto existe una desgracia, donde aparece una persona que debe sustentarse a través del trato sexual ejercido no con quien le place (en el sentido afectivo y erótico del término), sino con quien le pague[12].

En definitiva, la única forma de interpretar constitucionalmente estas dos modalidades delictivas del art. 125 *bis* del Código Penal, será considerar que la simple promoción o facilitación de la prostitución ajena configura una especie particular y menor de explotación que el legislador consideró que merecía ser sancionada, aun cuando mediare el consentimiento de personas adultas y libres.

De esta manera, no cualquier promoción o facilitación en el sentido literal de las expresiones, será apta para habilitar castigo penal. Por ejemplo, la de quien le facilita a un/a amigo/a el teléfono de un/a prostituto/a mayor de edad y "cuentapropista" para que se contacte por su cuenta y arregle el trato sexual; o la del carpintero que arregla la cama donde se concretan los tratos sexuales; o la de quien diseña un volante o tarjetas personales de propaganda para que el/la prostituto/a distribuya en la vía pública o donde sea; o quien lo deja entrar y estar en un bar o local bailable, a sabiendas de que esa persona allí contacta los clientes, etcétera. Todas estas conductas, de no restringirse la interpretación del texto a verdaderos ataques a la libertad sexual (aunque sean más remotos), serían punibles.

Es que cabe cuestionar la conveniencia del empleo de una fórmula tan amplia, comprensiva de cualquier forma de promoción o facilitación de la prostitución de personas mayores. Es muy sencillo caer en la trampa de ver en ello sólo una ofensa a las buenas costumbres o la moral. Como decía Carrara *"la cuestión se vincula con el tema general de la prostitución, contra la cual han sido tan variables las opiniones de los filósofos y de los publicistas, pues unos las rechazan como peste social, y otros la defienden como un mal necesario que debe preferirse a los graves desórdenes que, gracias a ella, se impiden en las repúblicas [...]. La solución de ese problema debe llevarnos a un dilema inevitable, en el caso presente: si os parece oportuno arrojar de las ciudades a las*

[12] De Luca, Javier A., y López Casariego, Julio, ob. cit. pág. 170.

prostitutas, sois lógicos en castigar a sus ayudantes; pero si os parece conveniente tolerarlas, es una estupidez concentrar vuestra persecución sobre sus sirvientes. Y creo que esta conclusión es irrefutable"[13].

Con el texto anterior esto no ocurría, porque la promoción o la facilitación, lo eran a situaciones donde existía violencia, intimidación, fraude, aprovechamiento de situaciones de sometimiento, etcétera, con lo cual quedaba claro el ataque a la libertad sexual entre adultos, y porque además, el autor debía conocer la situación a la que contribuía con su promoción o facilitación (dolo).

3– Los sujetos.

Sujeto activo de la promoción y facilitación de la prostitución puede ser cualquier persona de uno u otro sexo, pues la ley no efectúa limitación alguna. Sin embargo, si se tratara de alguna de las personas unidas con la víctima por alguna relación particular *–ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima–* o si ésta fuere un *funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad policial o penitenciaria*, la conducta se subsumirá en el tipo agravado (incisos 2° y 3° del art. 126).

De igual modo, *sujeto pasivo* de este delito puede ser cualquier persona, previéndose una agravante en caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años (art. 126, *in fine*).

4– Tipo objetivo.

a- La prostitución.

La prostitución es considerada un estado, que se logra mediante un trato sexual venal, múltiple e indeterminado[14]. Se trata de una actividad que, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual a personas indeterminadas, a cambio de una prestación de contenido económico.

La mayoría de la doctrina entiende que los tres requisitos –entrega carnal indeterminada, habitual y por precio–[15] son necesarios para que se configure la prostitución, de modo tal que la realización de un solo acto sexual, aun cuando se realice por dinero, no encuadra en el tipo. Tampoco

---

[13] Carrara, Francesco, ob. cit.,pág. 63, § 2966.

[14] Nuñez, ob. cit. pág. 341; Soler, ob cit., pág. 340, Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, actualizado por Ledesma, Guillermo A. C., Tomo V, Parte Especial, 4ta. edición actualizada, ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, pág. 121.

[15] En contra, Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, ed. Astrea, 5ta. ed., 1996, pág. 218, quien cuestiona el requisito del lucro por entender suficiente depravación la entrega habitual a sujetos indeterminados.

es suficiente la entrega sexual a una o a varias personas determinadas, pues a la venalidad y multiplicidad de personas habrá de agregarse la entrega indiferenciada.

La nota característica es que las capacidades sexuales de esa persona deben estar a la venta, sin que se derive del concepto de “venta” una obligación de yacer con todo aquel que pague el precio, porque el sujeto pasivo se reserva la potestad de elegir entre sus clientes y, aun así, habrá prostitución[16].

El concepto exige una mayor exactitud, porque el hecho de que se trate de un estado conduce al problema de determinar si éste se alcanza luego de una determinada cantidad de prácticas, o si es prostituto/a la persona que ya ha puesto a la venta sus servicios sexuales pero aún no ha concretado ninguno[17].

Lo cierto es que la prostitución, en sí misma, no es un comportamiento delictivo[18], sino que se requiere que el sujeto activo la promueva o facilite. En consecuencia, al igual que sucede con el delito de corrupción, por tratarse de un delito de peligro, no es necesario que la víctima haya alcanzado un “estado” de prostitución o que finalmente se haya prostituido, sino que se sancionan aquellas conductas tendientes a alcanzarlo. Nuevamente, véase la gravedad de alejarse tanto del núcleo de lesión al bien jurídico integridad sexual.

B- Las acciones de promover o facilitar.

Dentro del tipo objetivo, las acciones que la ley castiga son la promoción y la facilitación de la prostitución.

Promueve quien engendra en el otro la idea del ejercicio de la prostitución, lo impulsa a que se mantenga en ella, o lo persuade para no abandonarlo[19], de modo que también una persona ya prostituida puede ser sujeto pasivo de este delito. En todos los casos la iniciativa parte del autor.

Facilita quien pone a disposición del sujeto pasivo la oportunidad o los medios para que se prostituya, como el hecho de procurar el lugar para el ejercicio de la actividad, o colaborar con publicidad para el negocio y la captación de clientes[20]. No es el caso del cliente que paga el precio y tiene trato con el/la prostituto/a, pues el pago es un presupuesto de la prostitución[21]. De lo contrario, se llegaría a la paradójica conclusión de castigar al/la prostituto/a porque también facilita o promueve su propia prostitución. En otras palabras: como para el ejercicio de la prostitución se requieren al

[16] De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 161.
[17] Idem.
[18] A esta altura, habrá que decir, “por ahora”.
[19] Fontán Balestra, ob. cit., págs. 113 y 122.
[20] De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 162.
[21] Ello, por ahora, porque existen proyectos legislativos para castigar al cliente. Y dicho, además, sin perjuicio de que el hecho pueda encuadrar en la contravención prevista en el art. 81 del Código Contravencional de la CABA, en caso de que se demande o se ofrezca en forma ostensible servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad.

menos dos sujetos, pues nadie puede prostituirse en soledad, el que facilita o promueve no puede ser uno de esos dos[22].

En la facilitación, a diferencia del supuesto anterior, el sujeto pasivo ya se encuentra decidido a ejercer la prostitución, pero ello no significa que deba ser éste quien convenza a otro para que le facilite la continuación o mantenimiento de tal actividad, pues de ser así se estaría tratando al sujeto pasivo como un codelincuente no punible o provocador de la situación de la que se lo intenta proteger. Por eso, para la facilitación basta con una persona ya iniciada en la prostitución[23].

Finalmente, entendemos que la prostitución no puede promoverse ni facilitarse por medio de una omisión, dado que ambas acciones exigen conductas activas. Y si bien muchas situaciones de facilitación se componen de conductas complejas que pueden comprender acciones y omisiones, ello no puede conducir a sostener que la prostitución pueda ser cometida por una pura omisión[24].

5– Tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso. En consecuencia, el autor debe conocer y querer que la realización de su conducta promueva o facilite la prostitución de la víctima.

Además, en el caso de las modalidades agravadas, previstas en los artículos siguientes, el autor debe conocer y querer dichas circunstancias, ya sean referidas a los medios empleados, al vínculo que lo une con la víctima o a su edad.

El error sobre la edad de la víctima, en la figura agravada, puede traer aparejado una distinta consecuencia cuando, por ejemplo, el autor supone que la víctima es mayor de dieciocho años. En tales casos, se excluirá la figura agravada, pero podrá aplicarse el tipo básico previsto en el artículo que se analiza, dado que éste no contempla un límite mínimo de edad a partir de la cual sea punible la promoción o facilitación de la prostitución.

Como se dijo previamente, la figura no reclama elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, como el ánimo de lucro o la satisfacción de deseos ajenos, que en su momento fueron exigidos por la vieja redacción de la ley –en el caso de víctimas mayores– y que tantas discusiones habían generado en la doctrina.

Anteriormente se requería que el lenón, proxeneta o alcahuete procurara obtener para sí una ganancia o provecho material, que podía o no consistir en una suma de dinero, resultando indiferente, a los fines de la consumación del delito, la obtención efectiva de esa ganancia, pues bastaba que hubiera integrado los planes del autor[25]. Estos supuestos están contemplados en los artículos

---

22 De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 162/163; en contra, Tenca, Adrián M., *Delitos sexuales*, ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 168, quien considera que la conducta del cliente promueve la prostitución.
23 De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 149/150 y 162.
24 Ídem.
25 Donna, Edgardo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 147/148; Nuñez,

subsiguientes, pero no en éste.

En cuanto a la satisfacción de deseos ajenos, se entendía que eran aquellos de naturaleza sexual, pero resultaba indiferente que dicha satisfacción fuera alcanzada[26].

En la actualidad el tipo penal no exige tales elementos.

6– Consumación y tentativa.

Como se trata de un tipo penal de peligro, no es necesario que la víctima se prostituya para lograr la consumación, sino que basta la realización de actos idóneos tendientes a lograrlo. También se sostiene que, en general, se trata de un delito plurisubsistente, que supone actos plurales y variados, cuya consumación se prolonga en el tiempo como los delitos permanentes, pero esta exigencia puede resultar contradictoria con lo que acaba de decirse anteriormente, en tanto no es necesario que la prostitución que se promueve o facilita comience a ejecutarse. En todo caso, lo que se exige es que se promueva o facilite una actividad que, de no haber comenzado, en el futuro tendrá la característica de ser reiterada.

Como las acciones típicas consisten en promover o facilitar la prostitución, y no en lograr dicho estado, se torna sumamente dificultoso distinguir en los casos concretos los actos preparatorios de los ejecutivos, con lo cual la tentativa resulta prácticamente inconcebible en función del principio de lesividad (art. 19, CN)[27].

7 – Autoría y participación.

El tipo penal no posee limitación alguna en cuanto a las formas de participación. No obstante, como la prostitución no es un delito en sí mismo, sino que las acciones típicas consisten en promoverla o facilitarla, se presentan algunas características especiales, porque es justamente la víctima quien ejercerá tal actividad. De este modo, cualquier impulso o colaboración que tradicionalmente constituirían supuestos de instigación o complicidad, en este caso serán de autoría.

El autor tendrá el dominio del hecho sólo con promover o facilitar las condiciones para que el sujeto pasivo se prostituya. Otras figuras penales contemplan supuestos similares, por ejemplo, la instigación o ayuda al suicidio (art. 83), la inducción a un menor para que se fugue de la casa de sus padres (art. 148) y la instigación a cometer delitos (art. 209).

Por otra parte, la figura del facilitador, que es una forma de participación autónomamente tipificada, no esta concebida sólo como si se tratase de un caso de colaboración en el accionar de la

---

ob. cit., pág. 351, Fontán Balestra, ob. cit., pág. 125; De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 175.

[26] De Luca y López Casariego, ob. cit., pág. 176.

[27] De Luca y López Casariego, ob. cit. pág. 157/158 y 163. Por su parte, Donna, ob. cit., pág. 145, sostiene que se trata de un delito de mera actividad, en el cual la realización del tipo coincide con el último acto y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella, coincidiendo la tentativa acabada con la consumación del delito.

víctima, sino también incurre en facilitación quien ayuda a un promotor de la prostitución.

La redacción del tipo penal, al tratar como autor tanto al promotor como al facilitador de la prostitución, genera que éste último también puede colaborar con el primero para prostituir al sujeto pasivo.

Sin embargo, nuevamente corresponde efectuar algunas aclaraciones, pues pareciera que de acuerdo a la redacción literal de la ley cualquier forma de colaboración con la prostitución ajena podría quedar abarcada por el tipo. Los ejemplos se multiplican. Así la situación del titular de un inmueble que lo alquila a personas adultas, donde luego éstas ejercen la prostitución, la del encargado de ese edificio o a la de quien se dedica a la limpieza del lugar, el administrador del consorcio, etcétera. Entendemos que el legislador no se ha referido a estos sujetos que, claramente, solo cumplen roles banales, cotidianos o inocuos. En estos casos, entendemos que la banalidad del rol tornará típicamente irrelevante el aporte de quienes podrían llegar a considerarse partícipes, o bien, permitirá establecer una prohibición de regreso respecto de la imputación por complicidad.

Difusión de imágenes y espectáculos pornográficos de niños, niñas y adolescentes

Por Fabián Luis **Riquert*** y Marcelo Alfredo **Riquert****

Art. 128[1]: "*Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.*

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años."

** Profesor Titular de la "Práctica Procesal Penal", Universidad Atlántida Argentina, Sede Mar del Plata. Docente de "Derecho Constitucional", Universidad Nacional de Mar del Plata.

**** Profesor Titular Regular de "Derecho Penal I. Parte General", Universidad Nacional de Mar del Plata.

1 Artículo sustituido por art. 2° de la Ley 26388, B.O. 25/6/2008

1. Antecedentes (genealogía del tipo)

Se comenzará por la presentación de la genealogía típica en el derecho argentino y, además, se brindará un breve paneo sobre el estado actual de la legislación similar en el ámbito regional más inmediato, es decir, el Mercado Común del Sur (Mercosur)[2].

a) Normativos nacionales

a.1. *Código Penal de 1906:* tipificaba la conducta de "Escritos é imágenes obscenas" en el art. 133, que decía: *"Será reprimido con prisión de quince días á un año, el que publicare, fabricare, ó reprodujere libros, escritos, figuras, imágenes ú objetos obscenos, y el que los expusiere, distribuyere ó hiciere circular"*[3].

a.2. *Texto originario, Código de 1921 (Ley 11179):* fue texto inmediato anterior a la reforma vigente. Tenía su fuente en el art. 133 del Proyecto de 1906 y en los arts. 36, 97, inc. 3º, y 141, inc. 1º de la ley 816[4]. El texto derogado decía: *"Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que*

2 Al momento de formular este trabajo resultan ser sus miembros plenos Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Está en trámite la solicitud de pasar tal condición del estado asociado Bolivia, siendo los restantes que tiene esta última calidad Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

3 E. Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, *"Digesto de Codificación Penal Argentina"*, A-Z editora, Madrid, España, diciembre de 1996, Tomo III, pág. 347.

4 Cf. Jorge L. Marín, "*El Código Penal argentino"*, 2ª ed., Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1997, pág. 166.

publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular". Esta redacción estuvo vigente también durante los períodos comprendidos entre el 29/4/22 y el 31/3/68, así como entre el 6/6/73 y el 15/7/76. En los interregnos que fueron primero entre el 1/4/68 y el 5/6/73, y después entre el 16/7/76 y el 3/9/84, estuvo vigente un texto reformado introducido por las leyes 17.567 (derogada por ley 20.509) y 21.338 (derogada por ley 23.077), respectivamente, en ambos casos con idéntico contenido, que decía: *"Será reprimido con prisión de dos meses a dos años el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, con el propósito de difundirlos o de exponerlos al público y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que diere espectáculos obscenos de teatro, cinematográficos o televisión, o efectuare transmisiones radiales de ese género. La misma pena se impondrá al que exhiba, venda o entregue a un menor de dieciséis años, libros, escritos, imágenes u objetos que aun no siendo obscenos, puedan afectar gravemente el pudor de aquél, o excitar o pervertir su instinto sexual".* Sufrió modificaciones por la reforma introducida al Código Penal por la ley 25.087 (*BO*, 14/5/99), art. 9°.

a.3. *Proyecto Coll - Gómez, de 1937:* preveía la figura de "Publicaciones obscenas y otros hechos similares" en el art. 168, con este texto: *"Se impondrá prisión de tres meses a dos años o multa de cien a mil pesos, al que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. Se impondrá prisión de uno a tres años, si el delito fuere cometido con fines de lucro o mediante transmisiones de radiotelefonía o en espectáculos teatrales o cinematográficos"*[5].

a.4. *Proyecto Peco, de 1941:* regulaba las "publicaciones y espectáculos obscenos" en el art. 191, que decía: *"Al que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, así*

---

5 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo IV, pág. 692.

como al que los expusiere, distribuyere o pusiere en circulación, se les aplicará privación de libertad de tres meses a tres años"[6].

a.5. *Proyecto de 1951:* en el Capítulo II, "Ofensas al pudor y al honor sexual", del Título V, "De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres", mediante su art. 274 punía los "Fines comerciales o de distribución". Su texto: *"Se impondrá prisión de uno a tres a años al que, con fines comerciales o de distribución o exposición pública, introdujere al país, exportare, publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos; los expusiere, distribuyere o pusiere en circulación; adoptare cualquier medio de publicidad para favorecer la circulación o el comercio de tales objetos; o ejecutare o hiciere ejecutar espectáculos o audiciones obscenas"* [7].

a.6. *Proyecto Soler (1960):* el art. 174 decía: *"Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que con propósito de lucro publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular. La misma pena se aplicará al que con propósito de lucro diere espectáculos obscenos de teatro, cinematógrafo o televisión, o efectuare transmisiones radiales de ese género"* [8].

b) Derecho comparado regional

La reforma introducida por Ley 26388, en general, ha servido no sólo para actualizar el Código, sino para acercar nuestra legislación interna a las demandas del *"Convenio sobre Cibercriminalidad"* de Budapest (2001) en materia fondal. En el Título 3 dedicado a las *"Infracciones relativas al contenido"*, se prevé un solo artículo, el 9 "Infracciones relativas a la pornografía infantil"[9], que incluye no sólo una

---

6 José Peco, *"Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos"*, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Instituto de Criminología, Universidad Nacional de La Plata, 1942, pág. 726..

7 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo VI, págs. 104/105.

8 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo VI, págs. 455/456.

serie de conductas que propone tipificar, sino también de conceptos que precisan lo que serían para nosotros elementos normativos del tipo.

La propuesta del Convenio con relación a la pornografía limita la intervención penal a los casos que compromete a menores por lo que, desde esta perspectiva, la conflictividad con los ordenamientos locales –en principio– no existe. La salvedad corresponde, en general, porque resulta inevitable la verificación de discrepancias al momento de interpretar los alcances de un elemento normativo teñido fuertemente por condicionantes culturales como es "pornografía" (al igual que, por ejemplo, "obscenidad") y, en particular, porque la punición de casos en lo que efectivamente no hay intervención de menores en el material pornográfico, sino de persona que aparece como menor o se trata imágenes realistas que representen a un menor (incs. 2.b y 2.c), por lo que quedarían comprendidos casos de imágenes puramente virtuales, sin ninguna base real.

Aquel alcance jurídico del concepto de "pornografía infantil", para muchos estados que lo han firmado, viene delineado por el *"Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía"* (Asamblea General de Naciones Unidas, sesión plenaria del 25 de mayo de 2000). Su art. 2º inc. c), en concordancia con la previsión de Budapest que ahora nos ocupa, dice que *"por pornografía infantil se*

---

9 Su texto: *"1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:*
a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;
e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.
2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la «pornografía infantil» comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:
a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.
3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término «menor» designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.
4. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c)".

entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o todo representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

En la región, tanto en Argentina como en Brasil (en su primera aproximación en 2003), en la discusión parlamentaria de sus respectivas leyes modificatorias internas se optó por excluir las meras simulaciones de los tipos penales por su conflictividad constitucional, ya sea por contraposición con la libertad de expresión (representaciones artísticas, por ejemplo) o por posible derecho penal de autor (punición de la tendencia pederasta). No obstante, se trata conforme el inc. 4 del Convenio de dos de los casos en que los estados pueden formular reserva (los otros son el procurarse o procurarle a otro, y la simple posesión de material prohibido). Corresponde aclarar que, en su segunda reforma del año 2008, en Brasil, se cambió de posición e incluyó a la pornografía "virtual" y también a la simple tenencia de imágenes como las referidas.

Escrutadas las legislaciones nacionales, se encuentran tipos específicos en:

b.1. *Brasil:* el Estatuto del Menor y del Adolescente (ECA, Estatuto da Criança e Adolescente, Ley 8069/90), tipifica la conducta desde su reforma por Ley 10.764 (del 12/11/03) al art. 241, ampliando el crimen de *"pornografía infantil"*. En 2008, el "ECA" fue de nuevo modificado masivamente en sus previsiones penales por Ley 11829/08, con la intención de actualizarlo en el tema pedofilia.

Al presente las normas de interés en la materia que nos ocupa son los arts. 240[10], 241[11], 241-A[12] (cuyo parág. 2° incluye la responsabilidad del ISP que debidamente notificado no deshabilita el acceso

---

10 Su texto: *"Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*
§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contraseña.
§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:
I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;
II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou
III – prevalecendo-se de relações de parentesco consangüíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento".

11 Dice: *"Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa".*

al contenido), el 241-B[13] (punición de la simple tenencia de material pornográfico infantil), el 241-C[14] (incorpora la punición de las escenas simuladas, que son también incluidas en la previsión de aclaración conceptual en el art. 241-E[15]) y, finalmente, el art. 241-D[16] (punición del grooming).

b.2. *Chile*: por ley Nº 19927 del 14/1/04, modificatoria tanto del código sustantivo como adjetivo, entre otros delitos contra la integridad sexual de los menores se trata la pornografía infantil. En lo que hace al primero, que es lo que aquí interesa, los tipos de mayor interés son los de los arts. 366 quáter[17] (conductas de significación sexual frente a menores), 366 quinquies[18] (producción de material pornográfico con menores), 374bis[19] (cadena de comercialización a exhibición en cualquier soporte del

---

12 Con esta redacción: *"Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*
§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:
I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;
II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.
§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo".

13 Su texto: *"Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:*
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.
§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:
I – agente público no exercício de suas funções;
II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;
III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.
§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido".

material prohibido, así como adquisición y almacenamiento de aquel) y 374ter[20] (fija competencia a partir de un punto de acceso en territorio chileno).

b.3. *Colombia*: los tipos penales concernientes a la pornografía infantil han quedado delineados mediante sendas reformas al C.P. del año 2009. La pornografía con personas menores de 18 años en el art. 218[21] (cf. Ley 1336) y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años en el art. 219-A[22] (cf. Ley 1329).

b.4. *Ecuador*: mediante la Ley 2005-2 (del 23/6/05) introdujo en su C.P. un capítulo sin número concerniente a los "Delitos de Explotación Sexual" que, a través de varios artículos también sin número,

14 Dice: *"Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*
Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo".

15 Con la siguiente redacción: "*Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais".*

16 Su texto: *"Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*
Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;
II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita".

17 Su texto: *"Artículo 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.*

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.

pune la pornografía infantil entre otras conductas disvaliosas que incluyen hasta la oferta de turismo sexual. La norma que aquí interesa es el primer artículo sin número[23].

b.5. *Paraguay*: la Ley 2861/06 *"De represión del comercio y la difusión comercial o no comercial de material pornográfico, utilizando la imagen u otra representación de menores o incapaces"*, introdujo la punición de la utilización de niños, niñas y adolescentes en pornografía (art. 1º) o su exhibición en actos sexuales (art. 3º), la difusión o comercialización de pornografía infantil (art. 2º), contemplándose diversas situaciones agravantes (art. 4º). Luego, la reforma por Ley 4439 (2011) al C.P.,

---

Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363".

18 Dice: *"Artículo 366 quinquies.- El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.*

Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales"

19 Tiene la siguiente redacción: *"Artículo 374 bis.- El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio".

20 Su texto: *"Artículo 374 ter.- Las conductas de comercialización, distribución y exhibición señaladas en el artículo anterior, se entenderán cometidas en Chile cuando se realicen a través de un sistema de*

modificó su art. 140[24] que es el ahora regente y entre su variado catálogo de conductas típicas incluye la simple posesión de material prohibido (parág. 4°).

b.6. *Perú:* por la modificación al art. 181-A[25] del CP mediante Ley Nº 29408 (18/9/09) se tipificó la promoción, publicidad, favorecimiento o facilitación de la explotación sexual comercial de menores por cualquier medio, incluyendo expresamente los electrónicos, magnéticos y a través de Internet. A su vez, dentro de las ofensas al pudor público, el art. 182-A sanciona la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores, mientras que más específico a nuestro objeto,

---

telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional".

21 Su texto: *"El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.
La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima".

22 Dice*: "El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad ($^1/_2$) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años".

23 En su parte pertinente dice: *"Art. … (1).- (Agregado por el Art. 18 de la Ley 2005-2, R.O. 45, 23-VI-2005).- Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio.*

Con la misma pena incurrirá quien distribuyere imágenes pornográficas, cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas sea (SIC) grabado o fotografiado la exhibición de mayores de doce y menores de dieciocho años al momento de creación de la imagen.

el art. 183 pena las exhibiciones y publicaciones obscenas a menores y el art. 183-A[26] se ocupa de la pornografía infantil (texto modificado por Ley 28251 del 8/6/04).

b.7. *Uruguay*: el viejo art. 278[27] del C.P. mantiene la punición de la pornografía en general. No obstante, por Ley 17559 (27/9/02) se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía. Además, por Ley 17815 (6/9/04), se reguló la "Violencia sexual comercial o no comercial cometida contra niños, adolescentes e incapaces", consagrando varios nuevos tipos penales: la

---

Con la misma pena será reprimido quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en cuyas imágenes participen menores de edad…".

24 Dice: *"Pornografía relativa a niños y adolescentes.*
1° El que:
1. produjere publicaciones, en el sentido del Artículo 14, inciso 3°, que representen actos sexuales con participación de personas menores de dieciocho años de edad o la exhibición de sus partes genitales;
2. organizara, financiara o promocionara espectáculos, públicos o privados, en los que participe una persona menor de dieciocho años en la realización de actos sexuales, o;
3. distribuyera, importara, exportara, ofertara, canjeara, exhibiera, difundiera, promocionara o financiara la producción o reproducción de publicaciones en sentido del numeral 1, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.
2° El que reprodujera publicaciones según el numera l 1 del inciso 1°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.
3° La pena de los incisos anteriores podrá ser aumentada hasta diez años cuando:
1. las publicaciones y espectáculos en el sentido de los incisos 1° y 2° se refieran a menores de catorce años o se dé acceso a los menores de dicha edad a publicaciones y espectáculos, en sentido de los incisos citados;
2. el autor tuviera la patria potestad, deber de guarda o tutela del niño o adolescente, o se le hubiere confiado la educación o cuidado del mismo;
3. el autor operara en connivencia con personas a quienes competa un deber de educación, guarda o tutela respecto del niño o adolescente;
4. el autor hubiere procedido, respecto del niño o adolescente, con violencia, fuerza, amenaza, coacción, engaño, recompensa o promesa remuneratoria de cualquier especie; o
5. el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda dedicada a la realización reiterada de los hechos punibles señalados.
4° El que obtuviera la posesión de publicaciones en el sentido de los incisos 1° y 3°, será castigado con pena privativa de libertad d e hasta tres años o con multa.
5° Se aplicará, en lo pertinente, también lo dispuesto en los Artículos 57 y 94".

25 Dice: *"Artículo 181-A.- Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo*

fabricación o producción de material pornográfico con utilización de personas menores de edad o incapaces (art. 1[28]), el comercio y difusión de material pornográfico en que aparezca la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o personas incapaces (art. 2[29]), el facilitamiento de la comercialización y difusión de material pornográfico con la imagen u otra representación de una o más personas menores de edad o incapaces (art. 3[30]), la retribución o promesa de retribución a personas menores de edad o incapaces para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo (art. 4[31]), la contribución a la explotación sexual de personas menores de edad o incapaces (art. 5[32]) y el tráfico de personas menores de edad o incapaces (art. 6[33]).

El que promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años.
Si la víctima es menor de catorce años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de ocho (8) años.
El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4 y 5.
Será no menor de ocho (8) ni mayor de diez (10) años de pena privativa de la libertad cuando ha sido cometido por autoridad pública, sus ascendientes, maestro o persona que ha tenido a su cuidado por cualquier título a la víctima".

26 En su parte pertinente dice: *"Artículo 183-A.- Pornografía infantil. El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de catorce a dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.*
Cuando el menor tenga menos de catorce años de edad la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa...".

27 Dice: *"Comete delito de exhibición pornográfica el que ofrece públicamente espectáculos teatrales o cinematográficos obscenos, el que transmite audiciones o efectúa publicaciones de idéntico carácter. Este delito se castiga con la pena de tres a veinticuatro meses de prisión"*.

28 Con la siguiente redacción: *"El que de cualquier forma fabricare o produjere material pornográfico utilizando a personas menores de edad o personas mayores de edad incapaces, o utilizare su imagen, será castigado con pena de veinticuatro meses de prisión a seis años de penitenciaría".*

b.8. *Venezuela*: en el capítulo IV "De los delitos contra niños, niñas o adolescentes" de la LECDI de 2001 se pune la difusión o exhibición de material pornográfico (art. 23[34]) y la exhibición pornográfica de niños o adolescentes (art. 24[35]) usando tecnologías de información.

b.9. *Bolivia*: es el estado que no ha actualizado su legislación pese a su relativamente joven código de 1997, en el que mantuvo la tradicional punición de los llamados "ultrajes al pudor" en sus arts. 323[36] y 324[37].

---

29 Su texto: "*El que comerciare, difundiere, exhibiere, almacenare con fines de distribución, importare, exportare, distribuyere u ofertare material pornográfico en el que aparezca la imagen o cualquier otra forma de representación de una persona menor de edad o persona incapaz, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría*".

30 Su texto: "*El que de cualquier modo facilitare, en beneficio propio o ajeno, la comercialización, difusión, exhibición, importación, exportación, distribución, oferta, almacenamiento o adquisición de material pornográfico que contenga la imagen o cualquier otra forma de representación de una o más personas menores de edad o incapaces será castigado con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría. A los efectos del presente artículo y de los anteriores, se entiende que es producto o material pornográfico todo aquel que por cualquier medio contenga la imagen u otra forma de representación de personas menores de edad o incapaces dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o la imagen o representación de sus partes genitales, con fines primordialmente sexuales*".

31 Dice: "*El que pagare o prometiere pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a persona menor de edad o incapaz de cualquier sexo, para que ejecute actos sexuales o eróticos de cualquier tipo, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría*".

32 Su redacción es: *"El que de cualquier modo contribuyere a la prostitución, explotación o servidumbre sexual de personas menores de edad o incapaces, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría.- La pena será elevada de un tercio a la mitad si se produjere con abuso de las relaciones domésticas o de la autoridad o jerarquía, pública o privada, o la condición de funcionario policial del agente"*.

2. Tipo Objetivo

a) Bien jurídico

Respecto del originario art. 128 del C.P. de 1921, recuerda Reinaldi que un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia consideraban que se trataba de una excepción al título de los "Delitos contra la honestidad", porque no se protegía al individuo sino a la sociedad, toda vez que lesionaban al pudor público, mientras que otros estimaban que, en esos casos, el bien jurídico protegido no era la sociedad

---

33 Su texto: "*El que de cualquier modo favorezca o facilite la entrada o salida del país de personas menores de edad o incapaces, para ser prostituidas o explotadas sexualmente, será castigado con pena de dos a doce años de penitenciaría".*

34 Dice: *"Todo aquel que, por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de información, exhiba, difunda, transmita o venda material pornográfico o reservado a personas adultas, sin realizar previamente las debidas advertencias para que el usuario restrinja el acceso a niños, niñas y adolescentes, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias".*

35 Con esta redacción: *"Toda persona que por cualquier medio que involucre el uso de tecnologías de la información, utilice a la persona o imagen de un niño, niña o adolescente con fines exhibicionistas o pornográficos, será penada con prisión de cuatro a ocho años y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades tributarias".*

36 Dice*: "(ACTOS OBSCENOS).- El que en lugar público o expuesto al público realizare actos obscenos o los hiciere ejecutar por otro, incurrirá en reclusión de tres meses a dos años".*

37 Su texto: "*(PUBLICACIONES Y ESPECTACULOS OBSCENOS).- El que con cualquier propósito expusiere públicamente, fabricare, introdujere en el país o reprodujere libros, escritos, dibujos, imágenes u otros objetos obscenos, o el que los distribuyere o pusiere en circulación, o el que públicamente ofreciere espectáculos teatrales o cinematográficos u otros obscenos, o transmitiere audiciones de la misma índole, será sancionado con reclusión de tres meses a dos años".*

sino la libertad del individuo[38]. Con mayor ceñimiento, Jiménez de Asúa apuntaba que el problema de la punición era sólo respecto a los menores de edad: *"es decir la protección de la moralidad, del pudor y de la honestidad de quien aún no es adulto"*[39].

Luego de la reforma, siguiendo en este punto a Cafferata Nores, parece claro que *"el objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas"*[40]. De lo expuesto se puede colegir, que ya no se protege lo que puedan ver mayores de edad, sino que el paradigma es otro: es la prohibición de utilizar menores de 18 años para la realización de las acciones que prescribe la norma, en cuanto implican un ataque la indemnidad o integridad sexual de los menores, sin diferencia obviamente de sexo, ni interferencias de terceros en su desarrollo. Por eso, tanto Gavier[41] como Reinaldi[42] apuntan que el bien jurídico que se ha querido tutelar es el normal

---

38 Reinaldi, Víctor Félix; *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087,* Marcos Lerner Editora, 1999, pág. 203.

39 Jiménez de Asúa, Luis; "*La protección penal del pudor público",* en "El Criminalista", 2º serie, Tomo V, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1961.

40 "Antecedentes Parlamentarios", LL, Año VI, N°5, junio 1999, p.1616

41 Gavier, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual. Análisis de la ley 25.087*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, pág. 89.

42 Ob.cit., pág. 206.

desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido la edad de dieciocho años y que, por lo tanto, no han alcanzado suficiente madurez, e impedir que se recurra a ellos para protagonizar esas exhibiciones sin medir los daños que a causa de ello puedan sufrir. Nosotros hemos agregado en su oportunidad, patentizando la complejidad del objeto de protección, a la dignidad del menor que es ciertamente un bien jurídico comprendido y al que se atiende cuando se penalizan conductas como las de producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en que se exhiben menores[43].

El límite de edad viene establecido por normas convencionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). Así, la Convención sobre los Derechos del Niño que establece en el art. 1° hasta los 18 años de edad para ser considerado menor y que, por ende, el legislador nacional no lo puede trasvasar (art. 75 inc. 12 C.N.). Con acierto advierte Reinaldi que debería ampliarse la protección comprendiendo no sólo a los menores de edad, sino también a los incapaces, como lo hace el código penal español[44].

El problema de la extensión del tráfico de material y producción de contenidos de pornografía vinculada a los menores se ha visto facilitado por las nuevas tecnologías de la información y reflejado, en los últimos tiempos, en el incremento de procedimientos judiciales internacionales sobre los que a diario dan cuenta diversos medios periodísticos. La NHC, organización no gubernamental del Reino Unido dedicada a la protección de la infancia, ha revelado estadísticas que indican que los delitos relacionados con la pornografía infantil, gracias a Internet, se han incrementado un 1500 % desde 1988[45]. Hay quien, incluso, aventura la detección de un nuevo tipo de "delincuente sexual", que establece contacto con un niño por medio de Internet *"y está dispuesto a recorrer distancias quizás*

---

43 En el comentario a esta norma que realizara M.A.Riquert en AAVV *"Código Penal y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial"*, dirigido por Baigún-Zaffaroni, Hammurabi, Bs.As., tomo IV, 2° edición, 2010.

44 Ob.cit., p.206/207.

45 Cf. informa Martín Rico, en su trabajo *"La interpretación del art. 2 de la ley 26388 a la luz de las recomendaciones internacionales en materia de ciberdelitos"*, pub. en el "Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías" de la Biblioteca Jurídica Online "el Dial.com" (www.elDial.com.ar), edición del 13/6/08.

enormes, a través de Estados, continentes y países, a fin de encontrarse con el niño y abusar sexualmente de él"[46].

Estamos frente a una actividad gravemente disvaliosa en la que la nota de globalización se ha acentuado justamente por la aparición de herramientas que permiten la configuración de verdaderas "redes" delictivas. Se trata, además, de un tema que genera alto nivel de consenso en cuanto a la necesidad de afrontarlo a nivel global, siendo muy importante la cantidad de documentos suscriptos sobre el particular, partiendo de la "Convención sobre los Derechos del Niño" de Naciones Unidas, en vigor desde 1990, aprobada en Argentina por ley 23849 y que goza de jerarquía constitucional, por vía del art. 75 inc. 22 desde la reforma de nuestra Carta Magna de 1994 y prevé en su art. 34 la protección al menor *"contra todas las formas de explotación y abusos sexuales"*, formando parte de las obligaciones que impone, como resalta Marcelo P. Vázquez, *"la adopción de todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral para impedir la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos"*[47].

b) Verbo Típico

El artículo establece en sus párrafos distintos tipos penales que, además, siguiendo una práctica asumida por el legislador en otras ocasiones, utilizan una sucesión de verbos típicos con los que procura alcanzar todo lo que configuraría la cadena de elaboración y comercialización de la pornografía infantil. Así, las diferentes acciones son presentadas como una secuencia o conformando una suerte de cascada en la que, sin importar el momento o eslabón en que se detenga la actividad, a todo se lo conmina con la misma pena en abstracto. Pasemos al detalle:

---

46 Cf. Marcelo P. Vázquez, en su trabajo *"La explotación sexual comercial de la niñez y su relación con la red Internet"*, pub. en CDJP, Ad-Hoc, Bs.As., Nº 18-19, 2005, págs. 644/645.

47 Antes citado, pág. 646.

b.1. En el primer párrafo se punen las acciones de *producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir*, por cualquier medio, imágenes pornográficas de menores de 18 años, así como *organizar* espectáculos en vivo de aquel tenor en que participen menores.

Así, debemos entender las acciones típicas con los siguientes alcances:

a) Produce: aquella persona que las fabrica, las hace o las crea por medios mecánicos o electrónicos[48].

b) Financia: debe entenderse como aquel que aporta el dinero necesario para llevar a cabo la actividad.

c) Ofrece el material: quien compromete la entrega del material en forma voluntaria.

d) Comercia: quien como eslabón intermedio entre quien produce y quien consume, realiza una actividad de facilitación y promoción de la cadena del circuito comercial, a título lucrativo, ya sea comprándolas, vendiéndolas o de alguna otra forma que implique una circulación de dinero o bienes de naturaleza económica.

e) Publica: en principio es lo que hace quien las imprime a las fotos o imágenes en un soporte físico con la intención de que otros conozcan. Como el tipo dice que puede serlo por cualquier medio, se incluiría a quien las "publica" subiéndolas y poniéndoles a disposición en la Internet. Queda claro que la facilidad de propagación de una imagen en la web es muy superior a la de un medio gráfico. No obstante, advertimos que no sería de descartar se propiciaran interpretaciones más cerradas, vinculadas al mundo físico, con base en supuesto quebranto del principio de *lex stricta,* por aplicación de una suerte de analogía *in mala partem.* Sin embargo, parece que la actual redacción, al no distinguir entre medios, aventa tal posibilidad.

f) Facilita: aquel que proporciona o hace entrega a otro el material.

g) Divulga o distribuye: significa entregar o hacer llegar a los adquirentes o destinatarios el material sabiendo de su contenido[49].

---

48 Reinaldi, Víctor F; ob. cit.; pág. 207/08. Señala el autor, citando a Adolfo Roberto Vázquez, que muchas veces que a partir de fotografías inocuas obtenidas a niños o niñas luego se alteran por medio de la tecnología y aparecen desnudos y en posiciones sexuales con mayores de edad.

49 En igual sentido Núñez, ob.cit., T.IV, pág. 382; Creus, ob.cit. T.I., pág. 244, Donna, T.I, ob.cit., pág.735.

h) Organiza espectáculos en vivo: aquel que se encuentra a cargo de la coordinación de todos los medios, ya sea personas, técnicos e infraestructura para poder llevar a cabo la representación. Cumpliría esta persona la función de una suerte de *productor ejecutivo.*

Adviértase que la última parte, vinculada a la organización de espectáculos, bien podría haber sido un párrafo separado ya que no guarda la estrecha vinculación que tienen los otros verbos que le preceden al no relacionarse con una actividad en vivo y directo. En todos los casos, se trata de tipo activo, de resultado e instantáneo, de pluralidad de actos, también denominado mixto alternativo[50].

Referencia jurisprudencial de interés, la Sala 1 de la CNCyC, ha señalado que *"La figura de la distribución de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años de edad que regula el artículo 128, 2º párrafo del Código Penal, castiga la distribución de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años de edad y no el mero hecho de recibir este tipo de fotografías. Es necesario no sólo recibir, sino además, enviar a otras personas imágenes pornográficas de menores de edad. Aquí también es importante señalar que la descripción penal alude a la voz distribución de imágenes, hecho éste que descarta el mero envío de textos sólo referidos a ella"*[51].

Por lo pronto, es claro que las TICs han dado lugar al surgimiento de nuevas formas de intercambio y obtención de representaciones sexuales de menores que van desde la difusión mediante la creación de páginas web (primera fase), la aparición de los "clubes de pornografía infantil" (segunda

---

50 Arocena, Gustavo A; *"Ataques a la integridad sexual",* Astrea, Bs.As., 2012, pág. 107.

51 Fallo del 25/4/02, causa Nº 18108 "N., G.A.", citado por Donna, de la Fuente, Maiza y Piña, en su obra *"El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia"*, Rubinzal-Culzoni editores, Tomo II, arts. 79 a 161, Bs.As./Santa Fe, 2003, pág. 630. Allí, puede consultarse la síntesis del caso "M., E." de la Sala V del mismo Tribunal (fallo del 16/10/02, causa Nº 19902), que sobreseyó respecto de la conducta de distribución sobre la base de entender que pune algo más que el simple envío a un destinatario, sino que presupone un número indeterminado de receptores, el que fuera revocado por prematuro por la Sala 1 de la C.N. de Casación Penal.

fase) y la información, captación, publicidad y puesta en contacto con el cliente consumidor de materiales o servicios (tercera fase) ─sin desconocer que convive junto al comercio un fenómeno asociativo informal y sin ánimo de lucro económico─[52]; así como *"otros modos de satisfacer o incitar las inclinaciones sexuales con menores a través de la red, generando un amplio debate en torno a su criminalización, al entenderse como propiciadoras o favorecedoras de la explotación sexual infantil, pues la estimulan o justifican: la pornografía infantil técnica, la pseudopornografía infantil, la pornografía infantil virtual, la apología de la pornografía o de la pedofilia, etc."*[53].

b.2. En el segundo párrafo se introduce como típica la *tenencia* de tales representaciones con fines inequívocos de distribución o comercialización. La nota de "inequivocidad" es producto acertado de la intervención de la llamada Cámara "vieja", ya que la Diputados no había incluido tal precisión.

Refiriéndonos al texto ahora sustituido[54], habíamos señalado nuestra coincidencia con la acertada observación de Hugo Alfredo y Gustavo Juan Vaninetti sobre la necesidad de un debate acerca de la eventual incorporación de las figuras de posesión simple de material pornográfico infantil y posesión preordenada para venta, distribución o exhibición de material pornográfico infantil. El 2° párrafo del tipo actual, recoge la previsión del Protocolo aprobado por Ley 25763, cuyo art. 3º dispone: *"todo Estado parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeren queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente... c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil"*[55].

---

52 Ruiz Rodríguez y González Agudelo, *"El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado"*, pub. en AAVV *"Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de política criminal"*, Comares, Granada, 2008, págs. 25/27.

53 Ruiz Rodríguez y González Agudelo, ob.cit., pág. 24.

54 En M.A.Riquert, *"Comentario…"*, ya citado, T. 4, 1° edición.

Similar en el derecho comparado puede citarse el art. 189.1.B del C.P. español, vigente desde 1999, que incluye con pena de forma atenuada la mera posesión si es para uso propio. Si bien ofrece como dificultad la de probar tal preordenación, esto es un problema de índole procesal que en nada obstaculiza la razonabilidad del tipo.

En cuanto a la simple posesión, no incorporada por la Ley 26388, si bien como ya se vio tiene un antecedente importante en el Convenio de Budapest, ciertamente se trata de un tipo que merece un debate amplio que, por un lado, conlleva el problema de la polémica acerca de su posible incursión en ámbitos de reserva de moral sexual en equiparación con otras conductas mucho más graves y de directa lesividad[56] y, por otro, no difiere demasiado del genérico alrededor de las figuras de "tenencia" punibles y los delitos de peligro abstracto, que excede el objeto de este trabajo. Martín Rico sostiene que, al no incorporar la ley como supuesto típico este orden de tenencias, se estaría obedeciendo a lo normado en el art. 19 de la C.N. (principio de reserva), por lo que *"no estaría cometiendo delito quien navega en páginas que contienen pornografía infantil"*[57].

b.3. Por último, el tercer párrafo tipifica la *facilitación* de acceso al menor a *ver espectáculos pornográficos* o el *suministro* de material de ese cariz. Los acciones típicas establecidas en la norma son las de facilitar el acceso, que es lo que hace quien permite el ingreso de un menor, ya sea no controlando su documento de identidad, o directamente permitiendo el ingreso y que puede serlo a título gratuito u

---

55 Cf. Vaninetti-Vaninetti, *"La posesión simple y preordenada de material con pornografía infantil. Internet: su incidencia. Necesidad de una doble inclusión en el Código Penal"*, pub. en "El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia", ED, Nº 7, julio de 2007, págs. 6/12.

56 Cf. Ruiz Rodríguez y González Agudelo, ya citados, pág. 22.

57 Antes citado, pág. 2.

oneroso; y además la de suministrar material, que es lo que realiza aquel que se lo provee al menor para que pueda verlo en el lugar o se lo lleve[58].

Un tema interesante que plantea este párrafo cuando pune el "suministro" de material pornográfico a menores de 14 años es mencionado por Pont Vergés, quien entiende que esta acción alcanza a quienes crean y mantienen un sitio web (proveedores de contenidos), que pone a disposición del público en general material pornográfico, siempre que no tomen los recaudos plausibles para que los menores de 14 años no ingresen a ellos. Recuerda además, en cuanto a los ISP, la vigencia de la Ley 25690, que les obliga a ofrecer software de protección (filtros) que impida el acceso de menores a sitios específicos para adultos, al momento de prestar su servicio[59].

b.4. Para cerrar este punto, si se hace un rápido repaso de las modificaciones más significativas introducidas mediante la Ley 26388, deben destacarse las siguientes:

b.4.1. Se pasó de no mencionar ningún medio de concreción para las acciones típicas a explicitar que puede serlo cualquiera;

b.4.2. El elenco de conductas típicas anterior ("produjere", "publicare", "distribuyere" y "organizare", de sus primeros dos párrafos), se concentraron en el primer párrafo actual, en el que se agregaron las de "financiare", "ofreciere", "comerciare", "facilitare" y "divulgare";

b.4.3. Con pena atenuada se incorporó en el nuevo segundo párrafo la conducta de *"tenencia… con fines inequívocos de distribución o comercialización"* de las representaciones pornográficas de menores.

c) Otros Elementos

El primer párrafo de la norma nos ayuda, en una interpretación sistémica, para comprender el último del artículo en estudio, toda vez que se reemplaza el concepto de lo "obsceno" (como lo establecía el texto originario de 1921), por lo "pornográfico". Si bien ambos conceptos resultan ser

58 En igual sentido Gustavo Arocena, ob.cit.; pág.115

59 Francisco Pont Vergés, en su trabajo *"¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?"*, pub. en el "Suplemento de Derecho y Altas Tecnologías" de la Biblioteca Jurídica Online "el Dial.com" (www.elDial.com.ar), edición del 12/9/07, pág. 8.

ambiguos, a la hora de encontrar un concepto normativo satisfactorio que exige la ley penal, debemos recordar que el primer párrafo establece *"actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales"* lo que, como primera aproximación diferencial, implica un requerimiento de mayor grado de intensidad que el texto anterior. Se alude a que esas imágenes (pinturas, fotografías, películas), deben tener contenido de sexo explícito y no meramente de carácter sexual u obsceno. Debe tratarse de imágenes de menores de 18 años de edad, lo que se conoce como "pornografía infantil".

Pero, insistimos, se afronta la siempre difícil determinación conceptual de elementos normativos de enorme porosidad e imprecisión que llevan este tipo de figuras, como qué debe entenderse justamente por "pornografía infantil". En anterior trabajo[60] hemos señalado que, para un sector de la doctrina, habiendo quedado fuera la pornografía entre y para adultos, podría entenderse que algo del problema se ha minimizado. Así, Fernando M. Bosch recuerda que la Corte Suprema estadounidense en el caso "New York c. Ferber", de 1982, resolvió que la pornografía infantil no requería siquiera ser legalmente calificada como obscena antes de ser prohibida[61]. Sobre lo correcto de aquella limitación, tan postergada, puede recordarse que ya decía a comienzos de la década del sesenta Jiménez de Asúa: *"Me parece una pretensión absurda tratar de obligar a gente adulta a que vea o deje de ver lo que a una ley, a un fiscal, a un juez o a un censor se le antoje ordenar o prohibir... El único problema, a mi juicio, es el de los menores: la protección de la moralidad, del pudor y de la honestidad de quien aún no es adulto"*[62].

60 En la obra de M.A.Riquert *"Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur"*, prologada por el Dr. David Baigún, Ediar, Bs.As., 2009.

61 Bosch, en su trabajo *"Las publicaciones obscenas, la pornografía y un fallo ejemplar"*, pub. en L.L., T. 1986-D, pág. 441.

62 Luis Jiménez de Asúa, en "La Protección Penal del Pudor Público", pub. en *"El Criminalista"*, 2º serie, Tomo V, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1961, págs. 146/147.

Por su parte, Zulita Fellini señala que la pornografía infantil equivale a la utilización abusiva del niño y que puede llevar a otras formas de explotación, entendiéndose por tal *"la representación visual o auditiva de un niño para el placer sexual del usuario, y entraña la producción, la distribución o el uso de ese material"*. Aclara que la expresión "utilización de niños en la pornografía" dio paso a varias interpretaciones, entre las que destaca las siguientes: *"todo material audiovisual que utilice a los niños en un contexto sexual"* y *"Una representación permanente de un menor de 18 años en un acto sexual explícito, real o simulado, o la exhibición obscena de sus órganos genitales. Se incluye en el acto sexual explícito, sin quedar limitada a ellas, las siguientes operaciones: relación vaginal, relación anal, fellatio, cunnilingus y analingus"*[63].

Más allá de que podrían enumerarse cantidad de opiniones y conceptos, en nuestro derecho se ha entendido en tiempos recientes que el alcance jurídico del concepto de pornografía infantil viene delineado por la Ley 25763[64], cuyo art. 1º aprueba el *"Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía"* (Asamblea General de Naciones Unidas, sesión plenaria del 25 de mayo de 2000). El art. 2º inc. c) dice que *"por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o todo representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales"*.

Adviértase la inclusión expresa de las simulaciones de acto sexual explícito de un menor. Destaca Palazzi con referencia al trámite parlamentario de la Ley 26388 que el texto de Diputados incluía las actividades "simuladas", que fueron excluidas en Senadores por considerárselo un tema controvertido pese a su previsión por el Protocolo citado[65]. Ciertamente tema espinoso, en la medida que

---

63 En su trabajo "Comentarios a la ley 25.087 sobre *"Delitos contra la Integridad Sexual"*. Modificaciones al Código Penal", pub. en L.L., Actualidad, diario del 25/11/99. La cita corresponde a págs. 2/3.

64 Pub. en el B.O. del 25 de agosto de 2003.

65 En el trabajo *"Análisis de la ley 26388 de reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos"*, pub. en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", dirigida por D'Alessio y Bertolino, LexisNexis, Bs.As., N° 7/2008, julio, pág. 1214.

se hiciera públicamente, surgirá rápidamente la dificultad de deslindar límites entre libertad de expresión/manifestación artística y simple apología del delito, en general reprimida por el art. 213 del código penal.

d) Sujeto Activo

Puede ser cualquier persona que realice las conductas establecidas en la norma por lo que se trata de un delito común, pudiéndose aplicar las reglas generales de la participación. No se ha contemplado agravante por la calidad del autor (por ejemplo, el padre, tutor, curador, etcétera).

e) Sujeto Pasivo

Hay una razonable diferenciación, ya que las asimétricas modalidades de victimización lo justifican (se insiste desde esta perspectiva en la exigencia de actividad y la nota de pasividad que ofrecen los distintos segmentos del tipo). En definitiva, sólo lo serán los menores de edad de 18 años con relación a la primera parte de la norma. El límite desciende a los de 14 años respecto a menores a los que se le facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o le suministren material pornográfico (3er. párrafo).

3. Tipo Subjetivo

En principio, estamos frente a un tipo penal doloso, no sólo directo sino compatible con un posible dolo eventual. Cuestión que aparece conflictiva es el error acerca de la edad de los menores en las distintas figuras, toda vez que no existe la figura culposa.

Con relación al segundo párrafo, se verifica la exigencia de una ultraintencionalidad, ya que la *tenencia* demanda que sea con fines inequívocos de distribución o comercialización.

4. Iter críminis

Todas las conductas descriptas por la norma admiten en el íter criminis la tentativa, sin perjuicio de tratarse en la mayoría de los verbos típicos de un delito de mera actividad. Situación diferente, por ejemplo, es la relativa a la publicidad o puesta en circulación de imágenes, filmaciones de menores establecidas en el primer párrafo. Allí, el delito de consuma una vez realizadas las tomas o filmaciones, sin necesidad de que se acredite su divulgación a terceras personas, más allá de las que participaron en la toma de las imágenes. Debemos recordar que lo que protege es la indemnidad sexual y la dignidad de los menores.

El profesor Reinaldi sostiene que al cambiar el bien jurídico protegido, la publicidad deja de ser un requisito del tipo penal, por lo que bastará para que el delito se consuma con la realización de las acciones típicas. Destaca que se utiliza menores como objeto y por ende se los deshumaniza[66].

Si no fuese un caso de incriminación autónoma de acto preparatorio, el segundo párrafo podría constituir un supuesto de tentativa cuando por razones ajenas a su voluntad, se lo sorprende al distribuidor o comercializador con la tenencia del material pero aún no lo ha puesto en circulación o no alcanzó a venderlo.

De igual forma admitiría la tentativa, el caso del menor al que se le facilita una revista con contenido pornográfico y no logra mirarla por razones ajenas a su voluntad, (ej., vienen sus padres u otro mayor y le sacan el material). O el caso de la persona que le entrega al menor la entrada correspondiente para un espectáculo pornográfico, pero un tercero, que puede ser la persona encargada de recoger los boletos, exige la exhibición del documento de identidad y, por carecer de este o haberse verificado su real edad, se le impide la entrada[67].

5. Concursalidad

Según Donna, citando a Núñez y Creus, la multiplicidad de conductas del mismo sujeto sobre un mismo objeto no multiplica la delictuosidad, ya que se trata de un delito continuado[68].

---

66 Ob.cit., pág. 211.

67 Ejemplo mencionado por Gustavo Arocena, ob.cit., pág. 116.

Las figuras descriptas admiten la posibilidad de concurso de delitos, ya sea ideal o real con otros que le preceden en el mismo título, como eventualmente con otras figuras vinculadas a la protección de la integridad física o de la libertad que pudieran conformar el marco en que se da el abuso de los menores.

6. Pena

Como se anticipó al momento de presentar los verbos típicos del primer párrafo, el problema básico de la pena conminada en abstracto (recordamos, seis meses a cuatro años de prisión), es que a toda la secuencia de conductas alternativas que allí se enuncian se la asigna idéntica escala y, realmente, cuesta ya no sostener sino entender cuál es la lógica de atribuir idéntico contenido de injusto a quien produce que a quien divulga, a quien ofrece que a quien financia. Valorativamente, ¿es lo mismo publicar unas imágenes pornográficas con intervención de menores que organizar un espectáculo de sexo en vivo con ellos?.

La reducción de pena del segundo párrafo, cuatro meses a dos años de prisión para la tenencia inequívoca con fines de distribución o comercialización, rompe con la tradición propia del régimen de estupefacientes (art. 5, Ley 23737), donde la tenencia con fines es equiparada a la comercialización y la distribución. Digámoslo así, en este último régimen, esta particular tenencia se inserta en la secuencia del primer párrafo. Pareciera entonces que, al menos, aquí, al separarse y conminarse con distinta sanción se supera el defecto apuntado respecto de aquel párrafo inicial. Sin embargo, no queda nada claro por qué el mínimo se reduce a dos tercios de aquella escala mientras que el máximo lo hace a la mitad. ¿Por qué esa desproporción?. Vale la pena aclarar que la reducción se debe al trámite en la Cámara de Senadores, ya que la de Diputados la preveía equiparada con la del primer párrafo (manteniendo el criterio ahora abandonado).

68 Donna, *"Derecho penal. Parte especial"*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 1999, t. I, pág. 167, donde cita de idéntico temperamento a Núñez y Creus.

Y en cuanto al tercer párrafo, la *facilitación* de acceso al menor de 14 años de edad a *ver espectáculos pornográficos* o el *suministro* de material de ese cariz (en ambos casos, se entiende que protagonizado por mayores), tiene también una reducción que aparece como lógica toda vez que la actitud del menor frente al hecho pornográfica es pasiva –está en posición de observador- y no es el actor o participe del acto sexual, como en los supuestos anteriores. Ahora, frente a esta escala de un mes a tres de prisión, también luce incongruente que si el anticipo punitivo que importa la criminalización de la tenencia del segundo párrafo es considerado, en principio, tres veces más grave en su escala mínima (4 meses) que las conductas de facilitar y suministrar, esto también debiera haber tenido correlato en el máximo. Aclaramos que no estamos postulando incremento de pena, sólo enunciando problemas de proporcionalidad que habría que solucionar.

Reducción a la Servidumbre

Por **Marta Paz y Sebastián Lowry**

Art. 140: ***"Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil."***

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

Introducción

La ley Nº 26.364[1] fue la primera norma sancionada a nivel nacional para adecuar nuestra legislación a los términos de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional"[2] y del "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños"[3] que la complementa.

Ante el repudio generalizado que disparó a nivel social la sentencia dictada por un tribunal tucumano que absolvió a trece personas que habían sido acusadas por la privación ilegítima de la libertad y la promoción de la prostitución de María de los Ángeles Verón[4], desaparecida el 3 de abril del 2002, el Estado Argentino tomó medidas en orden a adecuar su legislación a las normas internacionales en relación a la explotación sexual.

[1] Ley de "Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas", sancionada el 9/4/2008 y promulgada el 29/4/2008.

[2] Disponible en http://www.unodc.org

[3] El "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños" (más conocido como "Protocolo de Palermo", suscrito en el año 2000), complementa la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional" y fue ratificado por la República Argentina el 29/8/2002 mediante ley Nº 25.632 (disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf).

[4] Sentencia dictada el 11/12/2012 por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la provincia de Tucumán en la causa Nº 23.554/2002, caratulada "Iñigo, David Gustavo, Andrada, Domingo Pascual y otros s/ Privación ilegítima de la libertad y corrupción (María de los Ángeles Verón)".

La Presidenta de la Nación Argentina Cristina Fernández de Kirchner promovió el tratamiento urgente del proyecto de ley que había sido aprobado por unanimidad por la Cámara de Senadores de la Nación el 31 de agosto de 2011 y había sido girado a la Cámara de Diputados ese mismo año y que finalmente fue aprobado por ésta última en sesiones extraordinarias a fines del año 2012 y sancionado como ley Nº 26.842[5], la que introdujo modificaciones sustanciales en la ley Nº 26.364, en diversos artículos del Código Penal –entre ellos, el que aquí comentamos- y en el Código Procesal Penal de la Nación.

La Norma Típica

La anterior redacción del artículo 140 del Código Penal castigaba con reclusión o prisión de *tres a quince años* a quien *redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella*.

Con las modificaciones introducidas a través de la ley N° 26.842, se incorporaron nuevos tipos penales a los ya existentes y se agravó la pena mínima prevista para el autor de dichas conductas de tres (3) a cuatro (4) años.

Antecedentes Históricos, Legislativos y Proyectos Vinculados a las Conductas Reprimidas por el Artículo 140

En el Derecho Romano se encuentran antecedentes de las conductas reprimidas por el Título V del Libro Segundo del Código Penal en la figura denominada crimen *vis* que, en una primera etapa comprendía los delitos de amenazas y coacciones[6], dentro de las cuales fueron incluídas posteriormente ciertas formas de abuso de autoridad, detención ilegal, exacción, extorsión, rapto, cárcel privada y estupro violento[7].

Más allá de la amplitud de las conductas que abarcaba el crimen *vis* en el Derecho Penal Romano, bajo el nombre de *plagium* se castigaba la violación de los derechos dominicales respecto de los esclavos y la compra o venta de hombres libres[8], tutelándose así el derecho de propiedad y no la libertad en sí misma. El fundamento del castigo de tales conductas se remontaba a la necesidad de

---

[5] Sancionada el 19/12/ 2012 y promulgada el 26/12/2012.
[6] Donna, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*; Tomo II-A; pág. 112, con cita de Carlos Fontán Balestra; Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fé; 2005; reimpresión.
[7] Donna; op. cit.; págs. 112-113, con cita de Sebastián Soler.
[8] Soler, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Tomo IV, pág. 5; Tipográfica Editora Argentina S.A.; Bs. As.; 1999/2000; reimpresión total.

poner coto al *robo de esclavos y hombres libres*, actividad que se multiplicó durante los últimos tiempos de la República[9].

Por otro lado, los Códigos Penales Italiano, Holandés y Húngaro receptaron tipos penales similares al previsto y reprimido por nuestro ordenamiento represor[10].

En lo que hace a los antecedentes nacionales del artículo 140 del Código Penal en su anterior redacción, podemos citar:

a) el proyecto de 1891, que incorporó en su artículo 168 la pena de penitenciaría de tres a quince años al que redujera a una persona a servidumbre u otra condición análoga y al que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella, que tomó del artículo 145 del Código Italiano de 1890;

b) el proyecto del Código Penal de 1906, que contenía la disposición adoptada por el Código de 1921 (*sic*), aunque imponiendo penas de prisión y reclusión alternativamente y

c) el proyecto de 1960 que reprimía como delito la reducción a esclavitud y la realización de cualquier contrato de compraventa de personas[11].

Con la incorporación de dicha figura típica a nuestro código adjetivo, la Comisión que redactó el proyecto de 1891 entendió que con ello se castigaba el delito previsto por el artículo 15 de la Constitución Nacional[12] que establece: *"En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República."* (el subrayado no obra en el original).

Con respecto a la evolución legislativa de la figura, podemos destacar:

i) el proyecto Segovia de 1895, en que aparecía el vocablo *esclavitud* pero no *servidumbre*;

ii) el Código Penal reformado de 1903, que reemplazó el término *esclavitud* por el de *servidumbre*;

---

[9] Aboso, Gustavo E.; *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; dirigida por David Baigún y Raúl E. Zaffaroni; Tomo 5, pág. 179; Hammurabi S.R.L.; Bs. As.; 2008.
[10] Donna, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*; Tomo II-A; pág. 116; Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fé; 2005; reimpresión.
[11] Donna; op. cit.; pág. 117.
[12] Soler; op. cit.; pág. 35.

iii) el proyecto de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de 1917, presidida por Rodolfo Moreno (h), que redactó el texto del artículo 140 del Código Penal que estuvo vigente hasta su modificación por ley Nº 26.842;

iv) el proyecto Peco de 1941, proponía modificar el verbo típico *reducir* por *sujetar* para abarcar el supuesto en que la víctima se encontrara *a priori* en estado de servidumbre y suprimía "y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella" porque consideraba esta idea comprendida por el uso del término *sujetar*;

v) el proyecto de De Benedetti de 1951, que regulaba de manera autónoma los delitos de reducción a esclavitud y plagio;

vi) el proyecto de Levenne-Maldonado-Laplaza de 1953, que unificaba en un mismo artículo distintos supuestos de tráfico de esclavos e imposición de servicios personales ilegítimos a otro:

vii) el proyecto de 1979, que conservaba la figura básica de reducción a esclavitud o condición análoga pero agravaba la pena de cinco a veinte años de reclusión para el caso que la víctima fuera menor de dieciséis 16 años[13].

El Bien Jurídico Protegido

El Título V del Libro Segundo del Código Penal contiene seis capítulos bajo el Título *Delitos contra la libertad*. Ellos son: Delitos contra la libertad individual; Violación de domicilio; Violación de Secretos y de la Privacidad; Delitos contra la libertad de trabajo y asociación; Delitos contra la libertad de reunión y Delitos contra la libertad de prensa.

El artículo que aquí comentamos se ubica en el capítulo que castiga los delitos contra la *libertad individual*, la que no debe entenderse como un *derecho absoluto* ya que su ejercicio se encuentra limitado a otros que el hombre puede ejercer en la medida en que no afecte los de otros ni traspase los límites fijados por el ordenamiento jurídico para mantener el orden social[14].

El bien jurídico protegido por el artículo 140 del Código Penal debe ser entendido como la libertad en el sentido que establece el artículo 15 de la Constitución Nacional[15] y los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.

---

[13] Aboso; op. cit.; págs. 178/179.

[14] D´Alessio, Andrés (Director); *Código Penal de la Nación comentado y anotado*; Tomo II, págs. 340-341, con cita de Fontán Balestra; Ed. La Ley; Bs. As.; 2009; 2ª edición, actualizada y ampliada.

[15] Similar redacción se encuentra en el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estos últimos prohíben expresamente el sometimiento a esclavitud y servidumbre. Entre ellos, la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (artículo 4); la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (artículo 6); el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (artículo 8) y el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (artículo 8). Otro instrumento internacional que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado es el "Convenio Europeo de Derechos Humanos" (artículo 4).

Si bien no hay consenso entre los doctrinarios sobre cómo debe ser entendido el término *libertad* en razón de que este engloba una amplitud de definiciones y puede ser utilizado en una pluralidad de sentidos[16], a efectos de configurar el bien jurídico protegido por la norma consideramos que la nota definitoria está dada porque en una sociedad civilizada la dignidad, la personalidad y la libertad se consideran atributos esenciales de la persona humana, por lo que la esclavitud y la servidumbre sólo pueden ser interpretadas como degradantes.

Análisis de los Supuestos Típicos Reprimidos por el Artículo 140 del Código Penal

1) *"Reducir a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad"*

1.A) *"Esclavitud"*

Con anterioridad a la reforma introducida al artículo 140 del Código Penal por la ley Nº 26.842, la doctrina debatía la posibilidad de que dicha norma castigara la reducción a la *esclavitud* al utilizar el término *servidumbre*

Quienes argumentaban a favor de tal interpretación sostenían que el concepto *servidumbre* no debía definirse únicamente según su etimología o interpretación histórica, y que la figura castigaba una relación de sometimiento, enajenación de la voluntad y libre albedrío de una persona en el sentido genérico de ambas potencias, en que ésta era sometida al dominio de otro como si se tratara de una *cosa* y no una simple relación de servicio. Por otro lado, consideraban que la esclavitud estaba contemplada en la frase *otra condición análoga*[17] que preveía la norma en su anterior redacción.

Quienes estaban en contra de dicha interpretación sostenían que los conceptos *servidumbre* y *esclavitud* no eran equivalentes, ya que la servidumbre implicaba una situación de hecho y la

[16] Ver definición del término "libertad" según el Diccionario de la Real Academia Española
[17] En ese sentido cabe destacar que el Diccionario de la Real Academia Española define entre muchas acepciones el término *siervo* como *esclavo de un señor*.

esclavitud un estado jurídico que no se encontraba vigente en nuestro ordenamiento legal por expresa prohibición del artículo 15 de la Constitución Nacional.

La ley Nº 26.842, al incluir la esclavitud junto a la servidumbre en el artículo 140 del Código Penal, puso punto final a la discusión que se daba en torno a la inclusión o no de aquél concepto en la redacción anterior de la norma.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, la "Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud"[18], que fue adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 608 (XXI) del 30 de abril de 1956 y aprobada por nuestro país a través del artículo 8 del Decreto Ley N° 7.672/1963, define la *esclavitud* como el *"estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuídos al derecho de propiedad*, y *"esclavo"* como *"toda persona en tal estado o condición"* (artículo 7, inciso "A", cfr. artículo 1 de la "Convención sobre la Esclavitud" de 1926[19]).

La esclavitud es una forma de trabajo forzoso que implica el control absoluto de una persona por otra o, en ocasiones, de un colectivo social por otro. Una persona que se encuentra en una situación de esclavitud puede ser utilizada para la realización de cualquier actividad, sea lucrativa o no. La condición de esclavo, por otro lado, no tiene una duración determinada.

Cabe destacar que, de acuerdo a lo previsto por el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional"[20], la esclavitud, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, es un "crimen de lesa humanidad" (artículo 7.1."C").

1.B) *"Servidumbre"*

El "Grupo de trabajo sobre la trata de personas" de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen ha propuesto definiciones de algunos conceptos contenidos en el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". Interpreta, de acuerdo a lo previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que el término *servidumbre* engloba *"las condiciones de trabajo o*

---

[18] Disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm
[19] Disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/esclavitud.htm
[20] Disponible en http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

la obligación de trabajar o prestar servicios de que la persona en cuestión no puede escapar y que no puede modificar" (punto IV, "H")[21].

1.C) *"Bajo cualquier modalidad"*

Al reemplazar la reforma el vocablo *"o se la sometiere a prácticas análogas"* por *"bajo cualquier modalidad"*, se centró en el medio utilizado para someter a la persona a la condición de esclavo o siervo, lo que implica un avance ya que evita la posibilidad de que se efectúe una aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal, lo que permitía la indefinición que surgía del vocablo *prácticas análogas* utilizado en la anterior redacción de la norma.

Cabe destacar que el "Grupo de trabajo sobre la trata de personas" define como *prácticas análogas a la esclavitud "la explotación económica de otra persona sobre la base de una relación real de dependencia o coerción, conjuntamente con la privación grave y de largo alcance de los derechos civiles fundamentales de esa persona, y esas prácticas abarcan la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio forzado o servil y la explotación de niños y adolescentes."* (punto IV, "E"). De ahí que, si se hubiere mantenido la anterior redacción del artículo 140 del Código Penal el agregado de la figura referida al *matrimonio servil* resultaría redundante por estar subsumido en el concepto de *práctica análoga*.

Al contemplar la norma actual la reducción a servidumbre o esclavitud *"bajo cualquier modalidad"*, la conducta reprimida podría ser cometida a través de engaño; fraude; violencia; amenaza; abuso de autoridad; concesión o recepción de pagos; el consentimiento de la víctima (viciado o no) o el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre ella; etc.

Respecto a la posibilidad de ser sometido voluntariamente a un estado de servidumbre, cabe recordar que la doctrina minoritariamente sostenía que el *consentimiento libre* de una persona capaz de entender el significado del hecho de estar sometido a tal condición no constituía *reducción*, por abusiva y viciosa que fuera y aunque se opusiera a las leyes y costumbres, pues la servidumbre requería que la condición de víctima hubiera sido impuesta por el autor[22].

La doctrina mayoritaria, en cambio, rechazaba esa posibilidad porque la condición de *hombre libre* es irrenunciable o porque dicha posibilidad contraría la dignidad del ser humano.

---

[21] Disponible en http://www.unodc.org

[22] En ese sentido: Nuñez, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*; p. 26; T. IV; ed. Marcos Lerner, Córdoba; 1989 y Creus, Carlos; *Derecho Penal Parte Especial*; p. 275; T I; ed. Astrea; Bs. As.; 1999.

No es razonable, por otra parte, sostener que alguien pueda prestar su consentimiento para ser reducido a condición de esclavo o siervo, pues resulta ilógico suponer que una persona capaz y mayor de edad pueda querer ser sometida a explotación. Por otro lado, la voluntad de las personas que se encuentran en estado de servidumbre o esclavitud suele estar viciada por los mismos medios utilizados por el sujeto activo para lograr mantenerlas en tal estado o, por lo menos, porque se encuentran en una situación de vulnerabilidad tal que no tienen posibilidad de discernir entre continuar bajo ese estado o conducirse como un *hombre libre*, lo que impide que la persona sometida previamente a explotación pueda abandonar dicha relación por su propia voluntad.

La ley Nº 26.842 puso fin al debate en torno a la posibilidad de ser sometido voluntariamente a la figura reprimida por el artículo 140 del Código Penal al sustituir el artículo 2° de la ley Nº 26.364 y establecer que el consentimiento dado por la víctima de reducción o mantenimiento en estado de servidumbre o esclavitud *"no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores"*.

1.D) Estructura típica

▪ *Tipo Objetivo*

La figura exige la reducción de una persona a la condición de *cosa*, lo que implica que pueda ser vendida, comprada, cedida o que un tercero se sirva de ella sin reconocerle ningún derecho o prestación por su trabajo.

Cierto sector de la doctrina sostiene que la reducción no implica necesariamente la privación de libertad física de la víctima, pues el tipo penal no resguarda la incolumidad de la libertad de desplazamiento de la persona sino que el ámbito de tutela proporcionado por esta norma alcanza la condición de dignidad y libertad inherente a ella[23].

Compartimos la postura sentada por Soler en el sentido que el tipo penal exige un verdadero *dominio psíquico* sobre la víctima y no sólo un dominio *físico* sobre su cuerpo, ya que ésta última posibilidad ha sido contemplada y sancionada por el artículo 141 del Código Penal que prevé penas sustancialmente menores que la establecida por el artículo 140[24].

▪ *Tipo subjetivo*

[23] Aboso, Gustavo, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, directores, ed. Hammurabi, Bs. As., 2008, tomo V, págs. 183/5, con cita de Ricardo Núñez.

[24] El artículo 141 del Código Penal fija penas de prisión o reclusión de seis meses a tres años, mientras que el 140 impone penas de reclusión o prisión de entre cuatro y quince años.

La figura exige el *dolo directo* del autor.

▪ *Sujeto activo y pasivo*

No se exigen condiciones o calidades especiales para ser considerado autor o víctima.

▪ *Acción típica*

La norma castiga a quien somete a una persona a su dominio, por cualquier medio.

▪ *Autoría y participación*

Reviste condición de autor quien verdaderamente logra someter a la persona a su dominio; no así quien ejerce tal dominio sobre su persona una vez que haya sido sometida.

▪ *Consumación y tentativa*

Se trata de un delito permanente y de resultado que se consuma cuando el sujeto pasivo queda sometido al verdadero dominio de otro sobre su voluntad, sin importar el modo utilizado para ello.

La tentativa también es viable; por ejemplo, en el caso que se haya intentado reducir a una persona sin que se hubiere logrado cometer tal propósito.

E.2) *"Recibir a una persona reducida a servidumbre o esclavitud para mantenerla en ella"*

<u>Estructura típica</u>

▪ *<u>Tipo objetivo</u>*

Para que la conducta subsuma en el tipo penal no resulta suficiente recibir a una persona en estado de servidumbre o esclavitud, sino que requiere que el sujeto activo haya logrado efectivizar un poder sobre la víctima, aunque sea fugaz.

▪ *<u>Tipo subjetivo</u>*

La figura exige el *dolo directo* del autor, quien tiene que recibir a la víctima con la intención específica de mantenerla en las condiciones que implican la esclavitud y servidumbre.

▪ *<u>Sujeto activo</u>*

La figura no exige condiciones o calidades especiales para ser considerado autor.

▪ *<u>Sujeto pasivo</u>*

La víctima del delito debe haber sido *previamente reducida* a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad.

▪ *<u>Acción típica</u>*

La norma castiga a quien *recibe* a una persona previamente colocada en estado de *esclavitud o servidumbre bajo cualquier modalidad* para *mantenerla* en dicha situación, pudiendo o no darse la privación de la libertad ambulatoria de la víctima.

El término *recibir*, en este caso, debe ser entendido en sentido amplio, sin importar que la víctima sea acogida en forma gratuita u onerosa, siempre y cuando medie la intención de mantenerla en el estado al que hubiere sido reducida.

Con respecto al significado que debe otorgarse al verbo *mantener* la conducta debe ser interpretada en el sentido de no modificar el estado al que la víctima fue reducida por un tercero, entre las muchas acepciones que le asigna el Diccionario de la Real Academia Española[25].

▪ *Autoría y participación*

Es autor del delito quien recibe al sujeto pasivo con la intención de continuar la relación de sometimiento a la que necesariamente debe haber sido reducida previamente por un tercero.

▪ *Consumación y tentativa*

El delito se consuma en el momento en que la víctima es recibida por el autor con el fin específico establecido por el tipo penal. Es de carácter permanente en la medida en que el sujeto activo mantenga al sujeto pasivo en condición de esclavitud o servidumbre.

El delito habrá sido tentado si la recepción no se consuma por circunstancias ajenas al autor teniendo éste el fin de recibir a la víctima para *mantenerla* en situación de esclavitud o servidumbre.

La conducta resultará atípica, dada la particularidad que presenta esta figura, si el sujeto activo hubiere recibido a la víctima para liberarla, aún en el supuesto que, por ejemplo, la hubiese comprado, de haber obrado en ese momento con esta finalidad.

.3) *“Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados”*

Debido a que nuestra legislación no contiene una definición de los términos *trabajo* o *servicio forzado*, el agregado de este supuesto demanda el análisis de varios convenios internacionales para poder interpretar dichos conceptos.

De acuerdo a lo establecido por el “Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio” de 1930[26] y por la “Convención sobre la Esclavitud” ya referida, la expresión *trabajo forzoso u obligatorio* designa todo *trabajo o servicio* exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena

[25] Disponible en http://lema.rae.es/drae/?val=mantener
[26] Disponible en http://www.mpf.gov.ar

cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente, que podrá emplearse durante un período transitorio, únicamente para fines públicos, a título excepcional, por el cual se debe percibir una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia.

A los efectos de ese Convenio, la expresión *trabajo forzoso u obligatorio* no comprende:

a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población;

e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Por otro lado, el "Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso" (núm. 105, 1957)[27] establece que ningún miembro de la Organización Internacional del Trabajo impondrá trabajos forzosos u obligatorios: a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa (artículo 1).

[27] Disponible en: http://www.ilo.org/

En la "Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación" (2006)[28], la Organización Internacional del Trabajo aclara que la imposición de un trabajo o de servicios "bajo la amenaza de una pena cualquiera", no significa que se vaya a aplicar una sanción penal sino que la sanción podría revestir la forma de una pérdida de derechos o privilegios.

Por otro lado, el proyecto de "Ley modelo contra la trata de personas"[29] elaborado en 2010 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito a pedido de la Asamblea General de la O.N.U. contiene diversas disposiciones que recomiendan que los Estados incorporen en sus leyes a fin de poner en práctica la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos", que entiende que *trabajo* implica una actividad de valor económico o financiero; mientras que *servicio* refiere a una relación permanente entre una persona y el agente, en la que aquella realiza actividades bajo la supervisión y en beneficio de éste o de un tercero.

Siendo entonces que la imposición de *trabajos o servicios forzados* es una práctica que se encuentra legitimada para alcanzar objetivos de interés público, en las condiciones y con las garantías establecidas en el "Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio" aunque distintas organizaciones internacionales pretendan que dichos institutos sean suprimidos[30], la figura típica prevista por el artículo 140 de nuestro ordenamiento represivo debe ser interpretada en el sentido de que lo que se castiga es la reducción a la esclavitud o servidumbre de quien fue obligado a realizar los trabajos o servicios forzados y no su mera imposición.

De ahí que si bien podamos sostener que las tareas que se exigen a quienes se encuentran en situación de esclavitud o servidumbre pueden implicar cierto grado de trabajo forzoso, no subsume en esta hipótesis el trabajo forzoso que no se presta en condición de esclavitud o servidumbre.

En ese sentido, un hecho subsumible en el tipo penal previsto por nuestro código represivo es el que motivó la queja presentada en 1993 ante la Organización Internacional del Trabajo por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, en razón del supuesto incumplimiento del "Convenio sobre el trabajo forzoso" por parte del Gobierno Militar de Myanmar (Birmania). La Confederación denunció en esa oportunidad que hombres, mujeres y niños eran atrapados al azar en las redadas que la policía local o los militares organizaban en lugares públicos

[28] Disponible en http://www.ilo.org
[29] Disponible en https://www.unodc.org
[30] Si bien las Naciones Unidas han condenado la práctica del *trabajo forzoso u obligatorio*, la Organización Internacional del Trabajo es el principal organismo que se ha encargado de luchar por su erradicación.

(estaciones de trenes y las salas de cine, por ejemplo) o en sus propios hogares o lugares de trabajo. Además, en muchos casos se obligaba a los jefes de las aldeas a entregar "cuotas" de personas o, en su defecto, pagar fuertes sumas de dinero a los militares. Esas personas eran obligadas a transportar pesados cargamentos de municiones, alimentos y otros suministros de un campamento del ejército a otro, por lo general subiendo y bajando montañas escarpadas en las que no había caminos transitables para los vehículos, prácticamente sin descanso. Al llegar, solían ser obligados a construir los campamentos para los militares. Por sus tareas no percibían remuneración alguna, sino que sólo se les proporcionaba algún alimento y un poco de agua. Solían pasar las noches hacinados en grupos de 50 a 200 personas. No se les daba tratamiento médico. Los soldados a quienes servían habitualmente golpeaban a los hombres y violaban a las mujeres. Se los exponía al fuego enemigo y se los colocaba desarmados a la cabeza de las columnas militares para hacer detonar las minas, activar las trampas explosivas y servir de carnada ante posibles emboscadas[31].

Estructura típica

▪ *Tipo objetivo*

El delito se configura cuando se modifican las condiciones en que deberían ser realizados los trabajos o servicios forzados, de modo tal que la víctima termina sumida en condiciones análogas a la esclavitud o servidumbre.

▪ *Tipo subjetivo*

La figura exige el dolo directo del autor.

▪ *Sujeto activo y pasivo*

El tipo penal no exige condiciones o calidades especiales para ser considerado autor o víctima.

Sujeto activo es quien somete a la persona obligada a prestar los trabajos o servicios forzados a un estado de servidumbre o esclavitud.

Sujeto pasivo sólo puede ser quien hubiera sido obligado a prestar servicios o trabajos forzados en los términos previstos por el "Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio" y la "Convención sobre la Esclavitud".

▪ *Acción típica*

[31] Organización Internacional del Trabajo - "Reclamación (artículo 24) - MYANMAR - C029 – 1994 - http://www.ilo.org

La norma castiga a quien violando las condiciones y garantías establecidas por el "Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio" y la "Convención sobre la Esclavitud", somete a quien debe realizar los trabajos o servicios forzados a un estado de servidumbre, esclavitud o a una situación que puede ser equiparada a ellas, aprovechando la amenaza de pena que pesa sobre ella en caso de no prestar los trabajos o servicios forzosos que se le impusieron.

▪ *Autoría y participación*

Autor del delito es quien tiene la potestad de establecer las tareas que debe realizar el sujeto obligado a llevar a cabo los trabajos o servicios forzosos y modifica las condiciones o viola las garantías fijadas por el "Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio" y la "Convención sobre la Esclavitud, sumiendo por ello a ésta última en un estado de servidumbre, esclavitud o a una situación que puede ser equiparada a ellas.

▪ *Consumación y tentativa*

Se trata de un delito que se consuma cuando las condiciones de trabajo impuestas al sujeto pasivo son equiparadas a los trabajos que realiza una persona sometida en estado de servidumbre, esclavitud o situación análoga.

La tentativa también es viable.

4) *"Obligar a una persona a contraer matrimonio servil"*

El "Grupo de trabajo sobre la trata de personas" define entre las prácticas análogas a la esclavitud *el matrimonio forzado o servil*.

El proyecto de "Ley modelo contra la trata de personas" sostiene que el término *matrimonio forzoso o servil* debe ser entendido como *"toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer [persona] o una niña sin derecho a negarse a ello es prometida o dada en matrimonio con arreglo al pago de una suma en dinero o en especie a sus padres, tutores, familia o a otra persona o grupo; o ii) El esposo de una mujer, su familia o su clan tiene el derecho de transferirla a otra persona por un valor recibido u otra consideración; o iii) Una mujer, a la muerte de su esposo, puede ser heredada por otra persona"* (artículo 5, inc. "J", cfr. artículos 7 y 1 de la "Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud"). Sin perjuicio de ello, dicho proyecto considerando conveniente actualizar la definición del término *matrimonio forzoso o servil* con el fin de que puedan ser tenidos como sujetos pasivos de dicha práctica tanto mujeres y niñas, como así también hombres y niños.

De acuerdo a lo que surge del debate llevado a cabo en la Cámara de Senadores de la Nación al tratar el proyecto que finalmente fue sancionado como ley Nº 26.842, los legisladores se hicieron eco de las propuestas efectuadas en el proyecto de ley elaborado por las Naciones Unidas al dejar en claro que por *matrimonio servil* debía entenderse la definición que allí se sugiere.

Ahora bien, debido a que nuestro ordenamiento civil no contempla ninguna de las prácticas que según la "Ley modelo contra la trata de personas" deberían ser entendidas como *matrimonio forzoso o servil*, debemos interpretar la norma penal en el sentido que ella castiga la imposición de la celebración del matrimonio ante las autoridades correspondientes, con el fin último de sumir a uno de los contrayentes víctima de un estado de esclavitud o servidumbre.

En otro orden de ideas, al utilizar la norma el término *persona* puede ser sujeto pasivo del delito tanto una mujer como un hombre. Aunque la norma no hubiera previsto que fuera sujeto pasivo de este delito un hombre, dicha posibilidad resulta acorde con la actual redacción del artículo 172 del Código Civil de la Nación Argentina, modificado por el artículo 2° de la ley Nº 26.618[32], que contempla la unión en matrimonio civil de personas del mismo sexo.

Como corolario de lo antes expuesto entendemos que esta figura no busca proteger el estado civil de las personas, sino la libre determinación del sujeto pasivo para unirse en matrimonio.

Estructura típica

▪ *Tipo objetivo*

Para que se configure el delito la víctima debe haber sido coaccionada o forzada a contraer matrimonio ante las autoridades correspondientes, con el fin último de sumirla en un estado de esclavitud o servidumbre. En este sentido, el concepto *servil* remite al término latino *servus*, que se traduce como "esclavo de un señor"[33].

▪ *Tipo subjetivo*

La figura exige el dolo directo del autor.

▪ *Sujeto activo y pasivo*

El tipo penal no exige condiciones o calidades especiales para ser considerado autor o víctima.

▪ *Acción típica*

[32] Sancionada el 15/7/2010 y promulgada el 21/7/2010.
[33] Disponible en http://lema.rae.es

La norma castiga a quien obliga a otro/a a contraer matrimonio con el fin de reducirlo/a a un estado de esclavitud o servidumbre, pudiendo mediar o no una situación de privación de la libertad ambulatoria de la víctima.

▪ *Autoría y participación*

Es autor de este delito quien impone a otro la celebración del matrimonio y lo somete a condición de esclavitud o servidumbre.

▪ *Consumación y tentativa*

Para que el delito se consume la norma exige el sometimiento de la víctima a un estado de esclavitud o servidumbre luego de haber sido forzada a contraer matrimonio. De ahí que, si el sometimiento a la relación servil se diera en el marco de cualquier tipo de unión de hecho que presentare características similares al matrimonio (el concubinato, por ejemplo), nos encontraríamos ante un supuesto de reducción a esclavitud o servidumbre *bajo cualquier modalidad* y no ante una conducta que podría ser encuadrada dentro de la figura que ahora comentamos.

La tentativa es viable en la medida en que el sujeto pasivo hubiera sido obligado a contraer matrimonio, mediando la intención del sujeto activo de someter a aquél a un estado de servidumbre o esclavitud que no se haya materializado.

No obstante lo expuesto, advertimos que la norma típica presenta un problema cuya solución estará librada a la interpretación que, en último caso, deberán efectuar los jueces. Repárese en que de acuerdo a lo previsto por el Código Civil (artículos 172, 175 y 220, inciso 4º), el matrimonio celebrado mediando *violencia* de un cónyuge sobre el otro puede ser anulado y *"no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe"*, debido a que *"Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo."*(artículo 172, párrafos 3º y 1º). En consecuencia, y sumado a ello que este tipo penal no contempla un agravamiento de la sanción, le corresponderá a los operadores judiciales determinar si una conducta podría ser encuadrada en este supuesto o subsumiría en la hipótesis que castiga la reducción de una persona a esclavitud o servidumbre *bajo cualquier modalidad*.

Diferencias entre los Delitos de Reducción a Esclavitud o Servidumbre, La Trata y El Tráfico de Personas

No podemos dejar de vincular los delitos reprimidos por los artículos 140 y 145 bis y ter del ordenamiento represivo vigente con el artículo 116 de la ley Nº 25.871 (de Migraciones).

En relación a la figura típica prevista y reprimida por el artículo 140, la diferencia principal que existe entre ella y las penadas por el artículo 145 bis del Código Penal radica en que ésta última sanciona la comisión de un delito que contempla diferentes etapas que no requieren la efectiva reducción previa del sujeto pasivo al estado de sometimiento que exige el artículo 140.

En ese sentido, repárese en que el artículo 2 de la ley Nº 26.364, cfr. modificación introducida por la ley Nº 26.842, luego de establecer que *"Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países"*, define por *explotación*, entre otros supuestos, todas las conductas penadas por el artículo 140 del código adjetivo (ver incisos "a", "b" y "e").

De ahí que el legislador haya agravado en el artículo 145 ter la pena prevista para el sujeto activo del delito de trata de ocho (8) a doce (12) años de prisión cuando se lograre consumar la explotación de una persona mayor de edad y de (10) a quince (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años[34], y no haya introducido una disminución o agravamiento de las penas previstas por el artículo 140.

De todo lo anterior se colige que el hecho de que el sujeto pasivo sea captado, ofrecido, trasladado, recibido o acogido *con fines de explotación* implica que la reducción a esclavitud o servidumbre se consuma una vez que éste sea sometido a dicha explotación y no antes. Por otro lado, las figuras previstas en el artículo 140 se consuman con independencia de que la víctima de la reducción haya sido *ofrecida, captada o trasladada con fines de explotación* en los términos previstos por el artículo 145 bis. Tal sería el caso, por ejemplo, de los aborígenes que fueron incorporados a la institución del *yanaconazgo* por los españoles en la época colonial y sometidos así a un estado de servidumbre; de las personas que pertenecen a un grupo religioso o a una secta y son luego reducidas a esclavitud o servidumbre por su "maestro"[35] o de los padres que invocando un fin educativo y basados en supuestas costumbres de su país de origen (República Popular China), sometían a su hija menor a diversos castigos y la encerraban en un sótano, a oscuras y sin los más mínimos cuidados de higiene, por períodos de hasta 24 horas[36].

[34] Cfr. surge del debate llevado a cabo en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación al tratar el proyecto que finalmente fue aprobado como ley Nº 26.364.

[35] En este sentido *in re* "FULQUIN, LEONARDO JORGE S/RECURSO DE CASACIÓN" (Cámara Nacional de Casación Penal - Sala I - Madueño, Catucci, Rodríguez Basavilbaso - 14/11/1996 - elDial.com AD57F).

[36] "Su Shao Mei y otra s/procesamiento" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala I, Donna, Navarro, Filozof – causa Nº 18.023 – 18/03/2002).

Con respecto a la utilización como sinónimos de los términos "trata de seres humanos", a que alude el artículo 145 bis del Código Penal, y "tráfico de migrantes", a que refiere el artículo 116 de la ley de Migraciones, corresponde aclarar que ellos refieren a conceptos diferentes.

El artículo 145 bis del Código Penal pena a quien ofrezca, capte, traslade, reciba o acoja en contra de su voluntad a la víctima, sea una persona mayor o menor de edad; mientras que el artículo 116 de la ley Nº 25.871 castiga a quien obtiene un beneficio económico por *realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas* a través de las fronteras (cfr. definición sugerida por el artículo 3, inc. "A", del "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional"[37]).

Por otro lado, debido a que el fin del delito de trata se vincula con el eventual sometimiento de una persona a explotación no resulta indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo; cuestión que, en cambio, específicamente exige el delito de tráfico para su consumación.

Por último, cabe agregar que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ("ACNUR") define el "tráfico" como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material[38].

Posibles Concursos de Delitos

Analizando las normas penales consideramos que podrían darse supuestos de concursos ideales entre las figuras previstas en los artículos 140, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal o el artículo 17 de la ley Nº 12.331 (de profilaxis), en el supuesto en que la víctima de alguna de las conductas reprimidas por el artículo 140 del Código Penal sea explotada sexualmente.

También podría haber concurso ideal entre los tipos contenidos en los artículos 140, 141 y 142 del Código Penal, en caso de que la víctima de explotación fuera privada de su libertad ambulatoria.

Por último, habría concurso ideal entre la conducta reprochada por el artículo 140 del Código Penal y el artículo 117 de la ley Nº 25.871 (con la posibilidad de aplicar la pena agravada prevista en el artículo 120 de la ley Nº 25.871), para el caso que se acreditara la explotación de un sujeto de

[37] Disponible en http://www.unodc.org
[38] Disponible en http://www.acnur.org

nacionalidad extranjera cuya permanencia en el país se facilitara para obtener directa o indirectamente un beneficio.

Jurisprudencia

1) "ROSA FERNANDEZ, Vicente" (Cámara Nacional Criminal y Correccional - Sala I - Bruzzone, Barbarosch, Rimondi – causa Nº 27.080 – 23/11/2005)

El individuo está reducido a la condición de servidumbre cuando ha sido adaptado o sujetado al trabajo u ocupación propios de siervo, estado que implica su posesión, manejo y utilización incondicional por el autor, de la misma manera como éste usa, goza y dispone de su propiedad, sin correlativo por ello.

No excluye la configuración del delito de reducción a la servidumbre el hecho de la permisión de salida durante los fines de semana, dado que este delito no consiste en una privación de la libertad personal, ya que el hombre puede estar privado de ella y no encontrarse, sin embargo, en condición de servidumbre.

El art. 140 del C.P. no resguarda la incolumidad del poder físico de individuo para trasladarse de un lugar a otro, sino que, dentro del ámbito de la libertad individual, defiende su derecho a que sus servicios o su persona no sean materialmente sometidos al dominio absoluto de otro.

Procede revocar el sobreseimiento y dictar el procesamiento de los responsables del inmueble de pequeñas dimensiones en el que nueve personas estuvieron viviendo y trabajando bajo llave durante 11 horas diarias, más las mañanas de los sábados por un salario paupérrimo, en misérrimas condiciones, obligando de esta forma a aceptar el tácito contrato a las víctimas, debido a que la única opción alternativa era regresar a su país de origen, donde no existe posibilidad laboral alguna.

2) "CORONEL MONTES, Víctor y otro s/ procesamiento" (Cámara Nacional Criminal y Correccional – Sala II – Horacio Rolando Cattani - Martín Irurzun - Eduardo G. Farah - causa n° 28.641 - 13/04/2010)

"Es decir, la idea que subyace en el concepto de servidumbre, abarca la anulación de la voluntad del sujeto pasivo, por eso su permanencia en esta situación, no significa una aceptación de dicha relación servil. Desde esta óptica, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas era aprovechada por los imputados para "obligarlas" a aceptar el tácito contrato, pues carecían de opciones dignas de trabajo debido a que la única alternativa era regresar a su país de origen, donde no tenían posibilidad laboral alguna."

"Asimismo, cabe agregar las dificultades que tenían las víctimas para cobrar sus haberes. (…) Sobre la cuestión refiere Silvia Choque Mamani, que en dos oportunidades los echaron a la calle cuando reclamaron su paga, sin dinero ni tener a donde dirigirse ni donde pasar la noche con sus hijos menores."

"Las situaciones detalladas denotan la existencia de una relación de servidumbre, desarrollada en el marco de una prestación de servicio caracterizada por la violencia psíquica y en condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana. El cuadro descripto no se desvanece frente a la constancia de habilitación del taller textil por parte del Gobierno de la Ciudad, como pretende el abogado defensor."

3) "Actuaciones instruidas pta. inf. art. 142 bis C.P. y ley 25.871" (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata – Sala II – Gregorio Julio Fleicher -César Álvarez - Leopoldo Héctor Schiffrin - causa N° 5136 – 18/08/2009)

"Para que se configure la conducta descripta en el artículo 140 no se trata simplemente de obligar a la víctima a realizar determinadas tareas bajo amenaza o coerción, o de la coexistencia de privación de libertad y trabajo impuestos contra la voluntad de quien los realiza. Debe darse un vínculo que permanezca en el tiempo, y del cual sean consecuencia los trabajos o tareas impuestas."

"El sometimiento a la voluntad del autor es central en el tipo penal bajo análisis, ya que se trata de una situación de enajenación de la voluntad y el albedrío de una persona en el sentido genérico de aquellas potencias."

"En consecuencia en situaciones de dominio psíquico la divergencia carece de efectos prácticos; en estos casos no hay posibilidad alguna de consentimiento no viciado."

"La existencia de una prestación alimentaria, e inclusive una retribución económica por parte de quien tiene el dominio de la situación no excluye la configuración del tipo penal bajo examen. Esto es así toda vez que tales circunstancias, pueden y deben ser vistas como una mínima inversión de aquel que se aprovecha del reducido a servidumbre para sostener su capacidad de producción y para mantener la situación de fraude, de violencia moral o de engaño por la que la víctima continúa en la situación de vulnerabilidad determinante para la existencia de la relación servil."

"Respecto a la posible exclusión de delito de reducción a servidumbre por el hecho de que se les permitiera salir los fines de semana, esta no corresponde toda vez que este delito no consiste, como ya se ha expresado anteriormente, en una privación de la libertad personal, ya que la persona puede estar privada de ella y no encontrarse sin embargo en condición de servidumbre."

4) <u>“FULQUIN, Leonardo Jorge s/ Recurso de Casación” (Cámara Nacional de Casación Penal - Sala I - Madueño, Catucci, Rodríguez Basavilbaso - 14/11/1996)</u>

Cabe distinguir esclavitud, como estado jurídico, de servidumbre que significa la sujeción de una persona bajo la autoridad de otra, subordinada a la voluntad del autor mediando violencia física o moral se trata de un delito contra la libertad, bien jurídicamente protegido por el título quinto del Código Penal, entendiendo la libertad personal como el derecho a la independencia de todo poder extraño al individuo. Pero el código no sólo castiga la sujeción a servidumbre, sino que es mas amplio, y comprende también todas aquellas situaciones que impliquen una condición análoga, lo que necesariamente lleva a una valoración de los elementos probatorios para establecer el grado de sometimiento de una persona a la voluntad y capricho de otra, con pérdida de su libre albedrío, en un proceso gradual de despersonalización que implica la captación de la voluntad.

El Delito de Desaparición Forzada De Personas

Por **Verónica HEREDIA**[1]

José Raúl HEREDIA[2]

"La desaparición forzada es el crimen de crímenes, porque se viola todos los derechos de una persona, se la priva de todos sus derechos.

Es imprescriptible y permanente, todos los días la persona sigue desaparecida"

Nora Cortiñas – Madre de Plaza de Mayo Línea Fundadora

I. La Norma Incorporada en el Código Penal Argentino. Normas Relacionadas. Proyectos Fuentes. Otros Proyectos

1. Por la Ley 26.679[3], se incorporó en el Código Penal la siguiente norma:

Art. 142 ter: ***"Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.***

[1] Abogada. Representante Legal de las víctimas en caso Torres Millacura y otros vs. Argentina ante la Corte IDH. Defensora de los Derechos Humanos FRONT LINE N° 1032. Secretaria de la Gremial de Abogados y Abogadas de Argentina.
[2] Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
[3] Sancionada en 13 de abril de 2011, promulgada en 6 de mayo y publicada en 9 de mayo.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.”

Se integra así en el Capítulo I, “Delitos contra la libertad individual”, del Título V, “Delitos contra la libertad”.

2. La ley 26.679, declaró de competencia del juez federal la instrucción de este delito incorporándolo en la enumeración del artículo 33, inciso e), del Código Procesal Penal de la Nación [CPrPenNac]. Incorporó también el artículo 194 bis en el mismo Código, con este texto:

El juez, de oficio o a pedido de parte, deberá apartar a las fuerzas de seguridad que intervengan en la investigación cuando de las circunstancias de la causa surja que miembros de las mismas pudieran estar involucrados como autores o partícipes de los hechos que se investigan, aunque la situación sea de mera sospecha.

Asimismo, el artículo 215 bis:

El Juez no podrá disponer el archivo de las causas en que se investigue el delito previsto en el artículo 142 ter del Código Penal, hasta tanto la persona no sea hallada o restituida su identidad. Igual impedimento rige para el Ministerio Público Fiscal.

3. Cabe citar como fuentes inmediatas los proyectos en la Cámara de Senadores: Expediente 933/10[4] y Expediente 941/10[5]; y en la Cámara de Diputados: Expediente 1006-D-2010[6].

4. Añadimos como antecedentes parlamentarios, los siguientes proyectos:

- **Proyecto 1984 elaborado por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos.** Incorporaba al Código Penal el 140 bis por entender afinidad con la servidumbre prevista en el art. 140.

- **Proyectos en Diputados:**

- Proyecto 0315-D-84[7]: cuyo Título era **'REPRESION DEL DELITO DE SECUESTRO Y OCULTAMIENTO O DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS'.** No estaba previsto como modificación del Código Penal sino como una Ley.

- **Proyecto 1084-D-86**, incorporaba en el artículo 140 bis las figuras del secuestro y la desaparición forzada.

- **Proyecto 0736-D-89**[8], preveía incorporar los artículos 144 sexto a décimo.

- **Proyecto** presentado por Fernández Mejides, Federico Storani, Negri, Garré, de texto elaborado por el Dr. Eugenio Zaffaroni y la Dra. Alicia Olivera, que incorporaba el art. 142 ter al Código Penal.

- **Proyecto 247-D-2000.** En el año 2001 la Cámara de Diputados aprobó el proyecto presentado por el Diputado Teodoro Fúnez en el año 2000[9], que tramitó en Senadores bajo el número 0150-CD-01, el que sustituía el artículo 144 bis.

---

[4]V. Expediente Número 933/10 Extracto: "ESCUDERO Y OTROS: PROYECTO DE LEY MODIFICANDO EL CODIGO PENAL Y EL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION, RESPECTO AL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS". Autores: ESCUDERO, SONIA MARGARITA, MORANDINI, NORMA ELENA, JUEZ, LUIS ALFREDO, BORTOLOZZI, ADRIANA RAQUEL.

[5]Con ingreso en 21/04/2010 - Suscribían Blanca Osuna. - Pedro G. Guastavino.- Cesar A. Gioja. - Marina R. Riofrío. – Nanci Parrilli. - Lucia B. Corpacci. – Ada Iturrez de Cappellini.

[6]Firmado por: CARLOTTO, REMO GERARDO, ARETA, MARIA JOSEFA, BARRANDEGUY, RAUL ENRIQUE, DI TULLIO, JULIANA, GULLO, JUAN CARLOS DANTE, GIL LAVEDRA, RICARDO RODOLFO, PERIE, JULIA ARGENTINA, SEGARRA, ADELA ROSA, VARGAS AIGNASSE, GERONIMO, RIVAS, JORGE (Iniciado: Diputados Expediente: 1006-D-2010 Publicado en: Trámite Parlamentario nº 15 Fecha: 16/03/2010).

[7]Elaborado por Abuelas de Plaza de Mayo, Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas y Madres de Plaza de Mayo. Presentado por el Diputado Augusto Conte junto a Raúl Octavio Rabanaque.

[8]Simón Lázara junto a Matilde Fernández de Quarracino, Ricardo E Felgueras, Lucía Teresa Alberti, Roberto Edmundo Sanmartino, Osvaldo Álvarez Guerrero, Marcos A Di Caprio, José Luis Lizurume.

[9]Expte-Dip: 247-D-2000. La Comisión Legislación Penal dejó constancia de los expedientes 1360-D-99 (reproducción del expediente 6629-D-97) y 4163-D-00 (reproducción del expediente 6672-D-97).

- **Proyecto 84-D-04.** También fue remitido a la Cámara de Senadores con media sanción, el Proyecto presentado por la Diputada Rosario Margarita Romero –**Proyecto 2858-D-04-**, el que incorporaba el 142 ter tipificando el delito de DFP.

- **Proyecto 123-D-07.** Presentado por la Diputada Romero, tuvo media sanción y se remitió a Senadores; junto a otros legisladores[10] en el año 2006 presentó un proyecto -**5960-D-2006-** a fin de tipificar el delito de DFP, pero como delito de lesa humanidad, junto al delito de genocidio y tortura[11].

- **Proyectos en el Senado:**

- Proyecto S-110-86. Proyecto de Ley sobre el Delito de Desaparición Forzada de Personas, sobre el Procedimiento judicial para investigar el destino de las personas desaparecidas y hacer justicia intentando que aparezcan con vida, del senador Dr. Jorge Alberto Giovannoni.

- **Proyectos S-106-88, S-372-90, S-13-92 y S-932-94**: El Dr. Hipólito Solari Yrigoyen presentó en la Cámara de Senadores en el año 1988 un proyecto para la tipificación del delito; ante su caducidad, lo reprodujo en los Proyectos S-372/90, S-13/92 y S-932/94, archivándose finalmente el 23/04/1996. El proyecto preveía que este delito estuviera, no ya en el Título 5, Capítulo 1: Delitos contra la libertad individual, sino en el Título 11: Delitos contra la administración pública, Capítulo 4: Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos, ya que incorporaba los artículos 253 bis y 253 tercero al Código Penal.

- **Proyectos S-594/98 y S-1650/03**: En el año 2003, el entonces Senador Jorge Raúl Yoma reprodujo su Proyecto del año 1998 en el trámite S-1650/03, archivado el 20/01/2006, que incorporaba el Capítulo 7 al Título I 'Delitos contra las personas', denominado 'Delitos de lesa humanidad', con los artículos 108 bis –que tipificaba el genocidio- y 108 ter, el que tipificaba el delito de DFP. También

[10]Rodolfo Roquel, Emilio Arturo García Méndez, Graciela Zulema Rosso, María Graciela de la Rosa, Paulina Esther Fiol, Blanca Inés Osuna, Carlos Miguel Kunkel, María Araceli Carmona, Marta Sylvia Velarde, Diana Beatriz Conti, Edgardo Fernando Depetri, Ana María Carmen Monayar, Héctor Pedro Recalde, Oscar Massei

[11] Expte. 5960-D-06 "**Título:** DELITOS DE LESA HUMANIDAD, MODIFICACIONES AL CODIGO PENAL: GENOCIDIO Y DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, CRIMENES DE GUERRA; CODIGO PENAL: INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 34, INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 61, INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 62, INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 68, MODIFICACION DEL ARTICULO 77, SUSTITUCION DEL ARTICULO 78 Y DEROGACION DEL ARTICULO 78 BIS."

previó como últimos párrafos de los artículos 62 y 65 la imprescriptibilidad de las acciones y las penas de los delitos de genocidio, DFP y tortura. Asimismo, incorporaba como último párrafo del artículo 34, la no concurrencia como causa de justificación de la obediencia debida prevista en el inciso 5°, para dichos delitos.

Antecedentes Históricos. Desaparición Forzada en el Ámbito Internacional

1. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha dicho en su Folleto informativo Nº 6/Rev.3 'Desapariciones forzadas o involuntarias':

… Según la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados, se producen desapariciones forzadas siempre que "se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley" (preámbulo).

Una desaparición es una forma de sufrimiento doblemente paralizante: para las víctimas, muchas veces torturadas y siempre temerosas de perder la vida, y para los miembros de la familia, que no saben la suerte corrida por sus seres queridos y cuyas emociones oscilan entre la esperanza y la desesperación, cavilando y esperando, a veces durante años, noticias que acaso nunca lleguen. Las víctimas saben bien que sus familias desconocen su paradero y que son escasas las posibilidades de que alguien venga a ayudarlas. Al habérselas separado del ámbito protector de la ley y al haber "desaparecido" de la sociedad, se encuentran, de hecho, privadas de todos sus derechos y a merced de sus aprehensores. Incluso si la muerte no es el desenlace final y tarde o temprano, terminada la pesadilla, quedan libres, las víctimas pueden sufrir durante largo tiempo las cicatrices físicas y psicológicas de esa forma de deshumanización y de la brutalidad y la tortura que con frecuencia la acompañan.

La familia y los amigos de las personas desaparecidas sufren una angustia mental lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud. Además, conscientes de que ellos también están amenazados, saben que pueden correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad tal vez les exponga a un peligro aún mayor.

La angustia de la familia se ve intensificada con frecuencia por las consecuencias materiales que tiene la desaparición. El desaparecido suele ser el principal sostén económico de la familia. También puede ser el único miembro de la familia capaz de cultivar el campo o administrar el negocio familiar. La conmoción emocional resulta pues agudizada por las privaciones materiales, agravadas a su vez por los gastos que hay que afrontar si los familiares deciden emprender la búsqueda. Además, no saben cuándo va a regresar, si es que regresa, el ser querido, lo que dificulta su adaptación a la nueva situación. En algunos casos, la legislación nacional puede hacer imposible recibir pensiones u otras ayudas si no existe un certificado de defunción. El resultado es a menudo la marginación económica y social.

La desaparición forzada se ha usado a menudo como estrategia para infundir el terror en los ciudadanos. La sensación de inseguridad que esa práctica genera no se limita a los parientes próximos del desaparecido, sino que afecta a su comunidad y al conjunto de la sociedad.

La desaparición forzada se ha convertido en un problema mundial que no afecta únicamente a una región concreta del mundo. Las desapariciones forzadas, que en su día fueron principalmente el producto de las dictaduras militares, pueden perpetrarse hoy día en situaciones complejas de conflicto interno, especialmente como método de represión política de los oponentes. Es motivo de especial preocupación el acoso de los defensores de los derechos humanos, los parientes de las víctimas, los testigos y los abogados que se ocupan de los casos de desaparición forzada; el uso por los Estados de la lucha contra el terrorismo como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones; y la todavía generalizada impunidad por la práctica de la desaparición forzada. Debe prestarse también especial atención a los grupos de personas especialmente vulnerables, como los niños y las personas con discapacidad.

2. El Grupo de Iniciativa para una Convención contra las Desapariciones Forzadas de Personas[12] ubicó la desaparición forzada '[d]espués de la Segunda Guerra Mundial –durante la cual los nazis mediante el decreto Noche y Niebla institucionalizaron las desapariciones-'. Así apareció 'esta metodología… como práctica generalizada en distintos países de América Latina desde mediados de la década del '60. Utilizada a partir de entonces en escala masiva por diversos regímenes de seguridad nacional, en Argentina fue la forma predominante de la represión ilegal que aplicó la dictadura [cívico] militar instaurada en marzo de 1976'[13].

Pero, tal como se advierte por especializada doctrina[14] "[si] bien la técnica de 'desaparecer' personas fue ampliamente utilizada por la antigua Unión Soviética en la década del treinta del siglo

---

[12] Organismos que integraban en octubre de 1989 el Grupo de Iniciativa: Abuelas de Plaza de Mayo, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Asociación Americana de Juristas, Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos, Asociación Ex Detenidos Desaparecidos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, FEDEFAM, Institutos de Relaciones Internacionales, Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Madres de Plaza de Mayo –Línea Fundadora, Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, Movimiento Judío por los Derechos Humanos, Oficina de Solidaridad con los Exiliados Argentinos, Servicio de Paz y Justicia.

[13] 'Introducción' en "LA DESAPARICION FORZADA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD – El 'NUNCA MAS' y la Comunidad Internacional. Instrumentos jurídicos internacionales para la prevención y contra la impunidad", pág. 1. Acaso pueda remitirse a un antecedente remoto, sucedido en nuestro país: "Desde 1820, las expediciones contra los aborígenes pampeanos inauguraron la costumbre nefasta de hacer desaparecer al combatiente enemigo y sus familias, apoderarse de sus propiedades y justificarlo todo con la defensa de la Nación". "…la sola denominación que recibió la expedición contra los pueblos nativos –y que aún sigue vigente en los libros de historia- deja expuesta su ideología: la Campaña del Desierto hace imaginar un enorme espacio despoblado y yermo, cuando en realidad se trataba de grandes áreas con considerables riquezas naturales y habitadas durante miles de años por pueblos nativos. Al despojar de entidad a los que iban a ser desalojados, se los desaparecía previamente y se aflojaban los debates morales en torno de los métodos utilizados para hacerlo…" [V. HISTORIA DE LA ARGENTINA OLVIDADA. 1810-1955, por Ignacio MONTES DE OCA, edhasa, Buenos Aires, setiembre de 2011, p. 64 y p. 109].

[14] KAI AMBOS/MARIA LAURA BÖHM 'LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO - Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa', en "Desaparición Forzada de Personas - ANÁLISIS COMPARADO E INTERNACIONAL", Ed. TEMIS S.A., págs. 198/200.

pasado[15], fue conocida a partir de prácticas de desaparición en el Tercer Reich alemán[16], y aun continúa vigente en numerosos países[17], puede afirmarse sin duda que la extensión temporal y territorial de esta práctica en Latinoamérica hace de la desaparición forzada de personas un fenómeno con características regionales y temporales indudablemente ligadas a las dictaduras militares latinoamericanas del último tercio del siglo pasado". Lamentablemente, tal como lo refleja la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta aberrante práctica continúa en los gobiernos democráticos de la región en el siglo XXI.

---

[15] Interesa esta cita de los autores; "KAI CORNELIUS, Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, págs. 116 y ss., realiza un detallado estudio de las prácticas soviéticas de detención sin información sobre ella, y critica (pág. 401) que se identifique en general la desaparición forzada de personas con Latinoamérica y que se quiera ver el primer antecedente en el decreto emitido por Hitler en 1941, ya que la antigua Unión Soviética habría hecho uso habitual de esta práctica de detenciones que llevaban al Gulag (acrónimo ruso de "Glávnoye Upravliéniye Ispravítel'no-trudovij Lagueréi" [Dirección General de Campos de Trabajo], que existía desde mucho antes que Hitler hubiera llegado al poder. Como consecuencia de las prácticas de detención soviéticas, entre 1930 y 1953 fueron detenidas en cárceles y campos de trabajo y rehabilitación 11,8 millones de personas, de las cuales entre 1,6 y 1,7 millones murieron durante el encierro (ibíd., pág. 403). Más del noventa por ciento de las ejecuciones llevadas a cabo por la extinta Unión Soviética entre 1937 y 1938 (632.000 de 683.000) tuvieron lugar sin haber habido proceso ante jueces, sin testigos y sin defensores (ibíd., pág. 403). CORNELIUS reconoce sin embargo que no ha habido respecto de las prácticas soviéticas un juicio, como sí en Alemania, que las hubiera hecho visibles (ibíd., pág. 401). Cfr. también críticos sobre el "olvido" respecto de las prácticas soviéticas MICHAEL KLONOVSKY y JAN VON FLOCKEN, Stalins Lager in Deutschland 1945-1950. Dokumentation, Zeugenberichte, München, dtv, 1993, pág. 14".

[16] "Por medio del decreto secreto del 7 de diciembre de 1941, conocido luego a partir de los Juicios de Núremberg como "Nacht-und-Nebel-Erlass" (Decreto Noche y Niebla), Hitler ordenó el secuestro de aproximadamente siete mil sospechosos de resistencia desde Francia, Bélgica, Holanda y Noruega y su traslado secreto a Alemania, a fin de evitar que en caso de ser sometidos a juicio y condenados a muerte fuesen convertidos en mártires por sus nacionales. De acuerdo con el decreto, estas personas podían ser detenidas por simples sospechas y ser "desvanecidas", de modo que no pudiera obtenerse información sobre su paradero y situación. El fin de la medida era sembrar el terror mediante una "intimidación efectiva" de la población y de los familiares, ya que era de esperar que el miedo paralizase toda acción opositora. Cfr. sobre este decreto CORNELIUS, Vom spurlosen Verschwindenlassen..., op. cit., págs. 85 y ss.; Amnistía Internacional, Desapariciones, Barcelona, Edit. Fundamentos, 1983, pág. 8; MESEKE, Der tatbestand, cit., pág. 229 y s.; SCOVAZZI y CITRONI, The struggle, cit., págs. 4 y ss.; DARRYL ROBINSON, "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference", pág. 56. En el mismo sentido CHRISTOPHER HALL, "Article 7º" (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2ª ed., München, C.H.Beck, 2008, nota marginal 73, remite a este decreto como primer documento en que se dispuso la desaparición forzada de personas, y señala que habría sido fruto de la admiración que profesaba Hitler al terror generado por Stalin y al sistema de arrestos secretos utilizado por este. El primer juzgado y condenado por el delito de desaparición forzada de personas —en cumplimiento del decreto Nacht und Nebel— fue el mariscal de campo Wilhelm Keitel, en los Juicios de Núremberg, juicio por el cual se hicieron visibles y conocidas estas prácticas del Tercer Reich. Cfr. sobre este primer caso MANFRED NOWAK, Questions of Dissappearances, UN.Doc.E-CN.4-2002-71, págs. 7 y 27; CORNELIUS, Vom Spurlosen Verschindenlassen, cit., pág. 401; GERHARD WERLE y WULFF BURCHARDS, "§ 7 VStGB", en Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 6-2, München, C. H. Beck, 2009, núm. 85, nota al pie 277. Véase también la sentencia del Tribunal Militar Internacional del 1° de octubre de 1946, en Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, t. I, 1947 (págs. 189 y ss. para la sentencia contra Keitel y págs. 324-328, donde se especifica el veredicto)" (Ibídem).

[17] "Cfr. los informes más recientes que dan cuenta de la actual y continua utilización de esta práctica en el mundo: Amnesty International, *United States of America-Jordan-Yemen-Torture and secret detention:Testimony of the "dissappeared" in the*

Aquel Grupo de Iniciativa convocó a un Coloquio Internacional que se realizó en la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires del 10 al 13/10/1988, donde se examinaron un proyecto de Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un anteproyecto de Convención Internacional para la prevención y la sanción de las desapariciones forzadas de personas y un proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[18].

La Asamblea General de Naciones Unidas, aprobó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[19], el 18/12/1992. Tuvo como fundamento el art. 55 de la Carta de las Naciones; su Resolución 33/173 de 20/12/1978; los Convenios de Ginebra de 12/08/1949 y los Protocolos Adicionales de 1977; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; los Principios fundamentales sobre la utilización de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figuran en el Anexo de su resolución 43/173, de 9/12/1988; los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, formulados por el Consejo Económico y Social en el Anexo de su resolución 1989/65, de 24/05/1989, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 44/162, de 15/12/1989.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[20] el 9/06/1994. Tuvo como fundamento la

---

"war on terror" (AI Index: AMR 51-108-2005, 4 Aug 2005); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, "Alleged secret detentions in Council of Europe member states", Information Memorandum II, Rapporteur: Mr. Dick Marty, AS-Jur (2006) 03 rev, 22 Jan. 2006; Reporte de Christos Pourfourides, Enforced Disappearances (Council of Europe Disappearances Report), Council of Europe, parl. Ass., Doc. 10679, 19 Sep. 2005, paras. 14.19 [donde se trata de desapariciones en Azerbaiyán, Belarús, Turquía, Rusia (República Checa) y Ucrania]; Amnesty International, Urgent Action (Sri Lanka) "Disappearance" —fear of torture or ill-tratment— health concern: Professor Sivasubramanium Raveendranath (m), AI Index: ASA 37-035-2006, 20 Dec. 2006. Véase también SCOVAZZI y CITRONI, The struggle, cit., págs. 62 y ss., sobre la extensión de estas prácticas en Europa, Asia y África".

[18] Proyectado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[19] http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument

[20] http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html

Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Asamblea General de Naciones Unidas, adoptó la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas[21], el 6/02/2007.

Desaparición Forzada como Delito de Lesa Humanidad: Estatuto de Roma - Ley 26.200

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[22], establece la competencia complementaria y posterior a la entrada en vigor, de la Corte Penal Internacional en relación a los crímenes de genocidio, lesa humanidad[23], guerra y agresión[24]. Declara a estos crímenes imprescriptibles, dolosos, establece causales eximentes de responsabilidad penal, admite el error de hecho como de derecho si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen –delito-, y admite la obediencia debida, excepto para el genocidio y la desaparición forzada.

En el artículo 7, dispone cuáles son los crímenes de lesa humanidad[25], que resultan ser aquellos actos que se indican *cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una*

---

[21] http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm

[22] Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

[23] 'Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional', por ALICIA GIL GIL, Revista de derecho penal – 2003-1, Director EDGARDO ALBERTO DONNA, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 215/270.

[24] Artículo 5. En relación al delito de agresión indicó que será competente una vez que se defina dicho crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará.

[25] **Artículo 7 - Crímenes de lesa humanidad:** 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (…)

población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entre aquellos actos se encuentra la desaparición forzada de personas –inciso i)-, descripta como:

> i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

La Ley 26.200[26], implementó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[27], aprobado por el Estado de Argentina mediante Ley 25.390[28] que depositó el 8/02/2001 en poder del Secretario general de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación[29]. Aclaró que la expresión 'crimen' debe entender 'delito'. Estableció como pena para el delito de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad, la prisión de 3 a 25 años y, en caso de la muerte de la persona, la pena de prisión perpetua.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas[30] [GTDFI], en su Comentario General sobre el delito de desaparición forzada como crimen contra la humanidad[31], aclaró que:

7. A partir de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se puede observar que los crímenes de lesa humanidad son delitos que se cometen en un contexto. En otras palabras, crímenes de lesa humanidad se caracterizan por los elementos contextuales. Los elementos específicos que permiten diferenciar, por ejemplo, el asesinato como un delito común de asesinato cuando se presenta como un crimen contra la humanidad.

---

[26] Sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 5 de enero de 2007.
[27] Adoptado por las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998.
[28] Sancionada el 30 de noviembre de 2000 y promulgada de hecho el 8 de enero de 2001.
[29] La Argentina fue el Estado número 28 en ratificar el Estatuto de Roma y quinto de los Estados Americanos (OEA) tras Trinidad y Tobago, Belice, Venezuela y Canadá, entrando en vigor.
[30] http://www.ohchr.org/SP/Issues/GTDesaparecidos/Pages/DisappearancesIndex.aspx
[31] http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCas_crime_against_humanity.pdf

8. Lo mismo se aplica a las desapariciones forzadas, que sólo pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad cuando se cometen en un contexto determinado.

(…)

10. La jurisprudencia de los dos tribunales internacionales ad hoc penal se ha resuelto, entre otros, por la sentencia del Tribunal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia, la Cámara de Apelaciones en el caso Kunarac y otros (12 de junio de 2002, TI-96-23 y 23/1-A, véase el apartado 71 a 105), en el que la Sala de Apelaciones consideró que los elementos contextuales del crimen contra la humanidad son los siguientes:

a. existencia de un "ataque"

b. el ataque tenía como objetivo la población civil;

c. este ataque debe haber sido generalizado o sistemático;

d. el autor tuviera conocimiento de dicho ataque.

Esos mismos elementos son los que dispone el artículo 7 del Estatuto de Roma. Así, la Ley 26.200 regula el delito de desaparición forzada de personas [DFP] como delito de lesa humanidad y la ley que incorpora el artículo 142 ter que comentamos, número 26.679, tipifica el delito de DFP de manera individual.

Desaparición Forzada como Delito Individual: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas - El Tipo Penal de la Ley 26.679

1. Tal como se indicara, el 13/04/2011, la Cámara de Diputados[32] sancionó la Ley 26.679 que introdujo el artículo 142 ter al Código Penal argentino y tipificó el delito de desaparición forzada de personas [DFP].

Si bien todos los proyectos de tipificación de la DFP tuvieron como antecedentes solo a los aberrantes hechos ocurridos durante la dictadura cívico-militar padecida por la Argentina desde 1976 a 1983, al momento de sancionarse la Ley 26.679 se tuvieron en cuenta, además, las desapariciones forzadas que continúan produciéndose en Argentina luego de retomada la democracia.

La tipificación del delito de DFP era un mandato constitucional incumplido desde el año 1997, cuando mediante la Ley 24.820[33] se constitucionalizó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[34] [CIDFP], aprobada por Ley 24.556[35]. El artículo III de la CIDFP establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] en el marco del Caso 12.533 Iván Eladio Torres contra Argentina y en cumplimiento del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dictó el Informe de Fondo 114/09 el 28/10/2009 y concluyó, entre otras cuestiones, que el Estado de Argentina era responsable por la violación al artículo III de la CIDFP y recomendó al

[32] http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/129-3.htm
[33] Sancionada el 30/04/1997 y Promulgada el 26/05/1997.
[34] Aprobada por la Vigésima Cuarta Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la Ciudad de Belén, Brasil, el 9/06/1994.
[35] Sancionada el 13/09/1995 y Promulgada el 11/10/1995.

Estado adoptar, entre otras, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la DFP en Argentina. El Estado de Argentina no cumplió ni ésta ni las otras recomendaciones dispuestas por la CIDH en su Informe 114/09; por ello, el 18/04/2010 la CIDH presentó su demanda contra Argentina.

Este es el antecedente de la afirmación del Diputado de la Nación, Dr. Gil Lavedra en la reunión de la Comisión de Legislación Penal conjunta con la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la Cámara de Diputados de la Nación, realizada el 12/04/2011 –el día previo a la sanción de la Ley 26.679-:

(…) En relación con el proyecto, por supuesto que vamos a acompañarlo -pensamos que es necesario-, pero no puedo dejar de señalar algunas circunstancias. En primer lugar, en el caso de Iván Eladio Torres la Argentina se comprometió -incluso ante la Comisión Interamericana- a suscribir una ley que estableciera la tipicidad de la desaparición forzada de personas individual. Remarco “individual” porque el delito de desaparición forzada figura también como uno de los desagregados del Estatuto de Roma como delito de lesa humanidad. La Argentina ya ha aprobado el Estatuto de Roma y ha aprobado esos delitos a través de la ley 26.200; pero son colectivos, es decir, cuando esa desaparición forzada forma parte de un ataque sistemático o generalizado a una población civil. El que estamos incorporando ahora es de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y trata de un caso individual que no forma parte de ese ataque sistemático. (…)[36]

El 18/5/12, en la audiencia oral y pública ante la Corte IDH en el Caso Iván Eladio Torres[37], la Comisión Interamericana afirmó a través de la Comisionada Luz Patricia Mejías:

[36] En el Senado, sin embargo, se escuchó esta aseveración: “…debemos agregar que la Argentina, en virtud de la ley 26.200, incorporó al derecho interno el Estatuto de Roma, que define este delito exactamente igual que el proyecto en examen, aunque con un agregado. Alude no sólo a la desaparición de personas por parte del Estado sino que agrega ‘u otra organización política’, expresión que aparece excluida en el proyecto en tratamiento. Siempre, ante normas que concurren a una misma protección, nos enseñaban en derecho penal que ha de estarse a la especificidad y, en este sentido, honestamente, creo que la norma abarca el tema en discusión. Cierto es también –y aquí se ha dicho hace un rato– que la ley 26.200 contempla la desaparición de personas en casos de ataque generalizado o sistemático. Pero creo que esto no es suficiente para considerar que el bien jurídico en discusión esté inadecuadamente protegido…” [del senador UCR, Chubut, Cimadevilla].

[37] http://www.youtube.com/watch?v=bvW569HKvC0&feature=autoplay&list=PL38170D0AD4E70875&playnext=1

(…)

En este proceso y en este reconocimiento que hizo el Estado y en el seguimiento que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del Informe del artículo 50, logramos un hecho que para la Comisión ha sido significativo y que fue reconocido por mi persona hace tres semanas en Argentina como Relatora de Argentina, el hecho de que se tipificara la desaparición forzada en el Código Penal.

La desaparición forzada en Argentina, pese a la relevancia que tuvo, no había sido tipificada porque se entendía que se había superado esa práctica, y el Caso de Iván lo que hace es precisar que la práctica, y muchas prácticas de la dictadura, se repiten aun en democracia. Lamentablemente como señalé, durante la dictadura se identificó al joven como principal objetivo peligroso, hecho que se repite aun con la aplicación de la ley 815[38].

Por esta razón, la Corte IDH en su Sentencia Serie C No. 229 *Fondo, Reparaciones y Costas*, de fecha 26/8/2011, dictada en el Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina[39], no condenó al Estado por la violación al artículo III de la CIDFP, conforme fuera solicitado en su demanda por la Comisión Interamericana.

---

[38] Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Chubut, mediante la cual permitía, y permite, detener a las personas por averiguación de antecedentes y ‘k) Ejercer la policía de seguridad de los MENORES, especialmente en cuanto se refiere a su protección, impedir su vagancia; apartándolos de los lugares y compañías nocivas; y reprimir todo acto atentatorio a su salud física o moral, en la forma que las leyes o edictos determinan. Concurrir a la acción social y educativa que en materia de minoridad ejerzan entidades públicas y privadas; l) Velar por las buenas COSTUMBRES en cuanto pueden ser afectadas por actos de escándalo público. Actuar en la medida de su competencia para impedir actividades que impliquen incitación o ejercicio de la prostitución en los lugares públicos; m) Vigilar las REUNIONES deportivas y de esparcimiento, disponiendo las medidas que sean necesarias para proteger la normalidad del acto y las buenas costumbres; n) Recoger los supuestos DEMENTES que se encuentren en los lugares públicos y entregarlos a sus parientes, curadores o guardadores. Cuando carezcan de ellos, se enviarán a los establecimientos creados para su atención dando intervención a la justicia. Detener a los supuestos DEMENTES cuando razones de peligrosidad as¡ lo aconsejen y ponerlos a disposición de los funcionarios judiciales correspondientes y confiarlos preventivamente a los establecimientos mencionados …’

[39] http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm

Bien Jurídico

El artículo 142 ter se encuentra en el Título 5: Delitos contra la libertad, Capítulo 1: Delitos contra la libertad individual. Se ha dicho que 'las conductas acuñadas dentro de este capítulo agreden la libertad física o ambulatoria de la persona'[40].

En la ejecución de una DFP, suelen concurrir delitos que afectan diversos bienes jurídicos: la vida -homicidio agravado, art. 80; instigación al suicidio, art. 83; aborto, art. 85.1, C.P.-; el honor -calumnias e injurias, arts. 109 y 110 C.P.-; la integridad sexual -abuso sexual, art. 119 C.P.-; el estado civil -arts. 138 a 139 bis C.P.-; la libertad -servidumbre, art. 140 C.P.; privación ilegítima de la libertad agravada, art. 142; retención indebida en detención o prisión, art. 143, 144 C.P.; privación abusiva de la libertad, vejaciones, severidades y apremios ilegales, art. 144 bis C.P.; tortura, arts. 144 ter, quater y quinto C.P.-; sustracción de menores art. 146 C.P.; el domicilio –violación de domicilio, art. 151 C.P.; allanamiento ilegal, art. 151 C.P.-; los secretos: art. 153 C.P.-; la libertad de trabajo y asociación, art. 158 C.P.; la libertad de reunión, art. 160 C.P.; la libertad de prensa, art. 161 C.P.; la propiedad -arts. 165 a 167 C.P.; arts. 168 y 169 C.P.; art. 181 C.P.; art.183 C.P.-; el orden público -instigación a cometer delitos, art. 209 C.P.; Asociación ilícita, art. 210 bis C.P.; Intimidación pública, arts. 211 y 212 C.P.; Apología del crimen, art. 213 C.P.-; la seguridad de la Nación –traición; la paz y la dignidad de la Nación-; los poderes públicos y el orden constitucional -atentados contra el orden constitucional y a la vida democrática; sedición-; la administración pública - usurpación de autoridad, títulos u honores; abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, arts. 248 a 253 C.P.; prevaricato,

[40] Título V Delitos contra la libertad, por Gustavo E. Aboso, en 'CÓDIGO PENAL y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial – David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni – dirección – Marco A. Terragni coordinación', Tomo 5, Ed. Hammurabi, pág. 166.

arts. 269 y 270 C.P.; denegación y retardo de justicia, arts. 273 y 274 C.P.-; la fe pública -falsificación de documentos en general, arts. 292, 293, 294/298 bis C.P.-).

Corresponde señalar que el solo hecho que el tipo penal DFP afecte a múltiples bienes jurídicos no autoriza a otorgarle el carácter de delito de lesa humanidad como se sostuviera[41], sino que el mismo para tener tal carácter, conforme lo define el Estatuto de Roma y el Comentario General sobre el delito de desaparición forzada como crimen contra la humanidad del GTDFI, debe darse en un contexto determinado –a) sistematicidad o generalidad del ataque, b) la participación del poder público, c) ataque contra población civil y, d) conocimiento del ataque-. Hay que poner cuidado, entonces, en advertir que la figura que regula el art. 142 ter del Código Penal es la desaparición forzada como delito individual.

La DFP, ya sea como delito de lesa humanidad o individual, tiene naturaleza continuada o permanente y con carácter pluriofensivo, siendo un delito autónomo y no la sumatoria de varios delitos. Así lo ha dicho la Corte IDH[42]:

94. En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se

[41] María Susana Ciruzzi, 'EL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS', Ed. Fabián J. Di Plácido, pág. 406: "Así como GONZALEZ GARTLAND… entiende que esta multiplicidad de bienes jurídicos quedará bien abarcada por lo que él propone denominar 'delitos contra la incolumnidad jurídica de las persona', me permito disentir con tal ilustre opinión. En el desarrollo actual del derecho penal nacional y, fundamentalmente con la irrupción de la nueva corriente internacionalista que propugna la vigencia de un derecho penal internacional; los numerosos y variados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos nos brindan la posibilidad de reunir en un 'solo bien jurídico' (si se me disculpa la expresión), la multiplicidad de bienes jurídicos que hemos señalado como conculcados por el delito de desaparición forzada de personas …; éste es el concepto de 'delito de lesa humanidad', tal cual ha sido definido por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, del 8 de Agosto de 1945, y confirmado por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13/2/46 y 95 (I) de 11/12/46". Debe advertirse que esta publicación es de septiembre de 2005, previo a la Ley 26.200 y al Comentario General del Grupo de Trabajo de la ONU. En igual sentido 'DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS – Análisis Jurídico de los Instrumentos Internacionales y de la Ley Colombiana 589 de 2000 sobre Desaparición Forzada de Personas' de Marco Gerardo Monroy Cabra y Hermes Navarro del Valle – Profesores de Derecho Internacional, Ed. Librerías del Profesional, 2001, pág. 95: "… la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad que implica el desconocimiento de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad, a la libertad individual, a la seguridad personal, y al debido proceso.".

[42] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Torres Millacura y otros *Vs.* ARGENTINA. *Fondo, Reparaciones y Costas.* - Sentencia de 26 de agosto de 2011 – Serie C No 229.

conozca con certeza su identidad. De conformidad con todo lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas[43].

95. La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada, plasmada en la jurisprudencia de este Tribunal[44], se desprende no sólo de la propia definición del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los *travaux préparatoires* a ésta[45], su preámbulo y normativa[46], sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales[47] que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada[48]. En ocasiones anteriores, este Tribunal ya ha señalado que, además, la jurisprudencia

[43] Citó la Corte: "*Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, supra* nota 14, párr. 59, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra* nota 70, párr. 103".

[44] Ídem: "*Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra* nota 21, párr. 155; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, supra* nota 14, párr. 60, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra* nota 70, párr. 104".

[45] "*Cfr.* Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, Capítulo V.II. Este delito "es permanente por cuanto se consuma no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida" (OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25.01.1994, p. 10)".

[46] "En el preámbulo de la Convención sobre Desaparición Forzada se establece que "la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos".

[47] "*Cfr.* Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Observación General al artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 15 de enero de 1996. (E/CN. 4/1996/38), párr. 55; artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005, y artículo 7, numeral 2, inciso i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento de las Naciones Unidas A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998".

[48] "*Cfr. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra* nota 70, párr. 104, y *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 65".

del Sistema Europeo de Derechos Humanos[49], las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas[50], al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales[51], coinciden con la caracterización indicada[52].

96. La Corte ha verificado la consolidación internacional en el análisis de este crimen, el cual configura una grave violación de derechos humanos, dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, por lo que implica un claro abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano[53] y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*[54].

[49] "Al respecto, pueden consultarse los siguientes casos sobre desaparición forzada de personas: C.E.D.H. *Caso Kurt Vs. Turquía.* Sentencia de 25 de mayo de 1998, párrs. 124 a 128; *Caso Çakici Vs. Turquía.* Sentencia de 8 de Julio de 1999, párrs. 104 a 106; *Caso Timurtas Vs. Turquía.* Sentencia de 13 de junio de 2000, párrs. 102 a 105; *Caso Tas Vs. Turquía.* Sentencia de 14 de noviembre de 2000, párrs. 84 a 87, y *Caso Chipre Vs. Turquía.* Sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 132 a 134 y 147 a 148".

[50] "Sobre la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para revisar violaciones continuadas, véase, el *Caso de Ivan Somers v. Hungría*, Comunicación No. 566/1993, 57º período de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996, párr. 6.3, y el *Caso de E. y A.K. v. Hungría*, Comunicación No. 520/1992, 50º período de sesiones, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 de mayo de 1994, párr. 6.4".

[51] "*Cfr. Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007 (declarando la naturaleza pluriofensiva y permanente del delito de desaparición forzada); Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tesis: P./J. 87/2004, "Desaparición forzada de personas. El plazo para que opere su prescripción inicia hasta que aparece la víctima o se establece su destino" (afirmando que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y que la prescripción se debe comenzar a calcular a partir de que cesa su consumación); *Caso Caravana*, Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 20 de julio de 1999; *Caso de desafuero de Pinochet*, Pleno de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 8 de agosto del 2000; *Caso Sandoval*, Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, sentencia de 4 de enero del 2004 (todos declarando que el delito de desaparición forzada es continuo, de lesa humanidad, imprescriptible y que no puede ser objeto de amnistía); *Caso Vitela y otros*, Cámara Federal de Apelaciones de lo Criminal y Correccional de Argentina, sentencia de 9 de septiembre de 1999 (declarando que las desapariciones forzadas son delitos continuos y de lesa humanidad); *Caso José Carlos Trujillo*, Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia de 12 de noviembre del 2001 (en el mismo sentido); *Caso Castillo Páez*, Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004 (declarando, a razón de lo ordenado por la Corte Interamericana en el mismo caso, que la desaparición forzada es un delito permanente hasta tanto se establezca el paradero de la víctima); *Caso Juan Carlos Blanco* y *Caso Gavasso y otros*, Corte Suprema de Uruguay, sentencia de 18 de octubre de 2002 y sentencia de 17 de abril del 2002, respectivamente, (en igual sentido)".

[52] "*Cfr. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 83; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra* nota 70, párr. 104, y *Caso Gelman Vs. Uruguay, supra* nota 76, párr. 65".

[53] "*Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra* nota 21, párr. 158; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra* nota 70, párr. 105, y *Caso Gelman Vs. Uruguay, supra* nota 76, párr. 75".

[54] "*Cfr. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, supra* nota 80, párr. 84; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, supra* nota 70, párr. 105, y *Caso Gelman Vs. Uruguay, supra* nota 76, párr. 75".

También el GTDFI en su Observación general sobre las desapariciones forzadas como un delito continuado, indicó:

2. A pesar de que la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y también viola o constituye una grave amenaza al derecho a la vida, el Grupo de Trabajo considera que una forzada desaparición es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos. (…)

Así, la libertad individual en el delito de DFP es el bien jurídico afectado al inicio de su ejecución. La afectación pluriofensiva del delito de DFP, el ataque a múltiples bienes jurídicos, es lo que ha permitido afirmar que se trata de una práctica que afecta los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales[55], que constituye un ultraje a la dignidad humana[56] o una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana[57], aún sin llegar a ser un delito de lesa humanidad.

Al momento de sancionarse la Ley 26.679, en la sesión de Diputados del 13/04/2011, se tuvo en cuenta la complejidad del bien jurídico a proteger:

Diputado Vega:

(…)

---

[55] Preámbulo de la Declaración Universal sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

[56] Art. 1 de la Declaración Universal sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

[57] Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por primera vez se incorpora al Código Penal un bien jurídico protegido absolutamente diferente del que forma parte del panorama de la sistémica del Código Penal. El bien jurídico protegido detrás de esta norma son los derechos humanos.

(…)

Diputada Victoria Donda Pérez:

(…) El pueblo argentino conoce sobradamente las particularidades del delito de desaparición forzada. Sabemos lo que significa no encontrar a un ser querido; sabemos lo que significa golpear las puertas del Estado en sus distintos niveles y no encontrar respuesta; sabemos de los padecimientos que sufren los familiares y allegados de aquellas personas que no se encuentran.

Lamentablemente ese término, que está asociado a la noche más atroz que vivió nuestro pueblo durante la última dictadura, no ha perdido actualidad. Digo esto porque quienes participamos de la reunión conjunta de las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías fuimos testigos de dos testimonios: el de las mamás de Iván Torres y Luciano Arruga. Se trata de dos jóvenes… ambos desaparecidos, pero no durante la dictadura, sino en democracia.

A Luciano Arruga se lo llevaron y lo metieron preso hace dos años en una comisaría de La Matanza. Luciano todavía no apareció. Las últimas personas que lo vieron con vida testificaron cómo fue torturado en esa comisaría por la policía de la provincia de Buenos Aires y, sin embargo, la carátula todavía sigue siendo por averiguación de antecedentes.

A Iván Torres se lo llevaron en las mismas condiciones, pero este hecho ocurrió en la provincia de Chubut. En este caso también hubo testigos, pero tres de ellos, que estaban protegidos por orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, murieron en el curso de los últimos siete años en hechos muy dudosos. El último falleció hace dos meses, porque lo dejaron desangrarse en un hospital de la provincia de Chubut.

Lamentablemente estos hechos se repiten, incluso con las jóvenes víctimas de la trata de personas. Muchas de esas mujeres aún permanecen desaparecidas. Aclaro que digo que los hechos se

repiten porque tienen características similares. En todos los casos nos encontramos con familias de escasos recursos, persecución policial, ingresos a las comisarías, torturas, silencio, negación y la complicidad de los aparatos policial y político, todo lo cual se suma a la venganza, la violación y la muerte de los testigos y de los allegados a las víctimas que nunca llegan a conocer lo que es la justicia. Por eso consideramos que el proyecto venido en revisión del Honorable Senado significa un paso adelante para que nuestros jueces apliquen adecuadamente esta figura penal. Queremos que estos hechos se investiguen en toda la magnitud que comprende su atrocidad.

(…) Pero hay algo que me parece importante destacar: con la incorporación de esta figura tal como está tipificada, hay algo que no estamos contemplando. Tiene que ver con la cadena de complicidades políticas que son necesarias e indispensables para que este delito se cometa. Acá no existe ningún policía loquito que sale a hacer desaparecer pibes. Acá no existe ninguna red de trata de personas que funcione totalmente al margen de la ley. Acá existe connivencia entre los sectores delictivos, la política y algunos sectores de la policía.

Hasta que no realicemos una reforma policial en serio con valores democráticos en base a la libertad; hasta que no metamos presos a quienes cometen estos delitos atroces, la impunidad va a seguir siendo moneda corriente en nuestro país.

La complejidad de este delito nos permite aconsejar que hoy votemos el proyecto tal como vino del Senado para que esta figura sea incorporada así al Código Penal. Sin embargo, debemos pensar qué hacemos con aquéllos que tienen la responsabilidad política de que esto se lleve adelante. Ellos deben hacerse cargo de esa responsabilidad cuando alguna persona desaparece o es víctima del delito.

Por esta razón, entendemos que a fin de respetar el método del Código Penal Argentino y adecuar los delitos previstos tanto en la Ley 26.200 como aquellos tales como el delito de DFP y la tortura –art. 142 ter, 144 ter a quinto-, deberían incorporarse dos nuevos títulos en el Libro Parte Especial del Código Penal Argentino: el Título Primero, cuyo bien jurídico debería ser la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad –según preámbulo del Estatuto de Roma-, incorporándose en

este título los delitos de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Luego, el Título Segundo, cuyo bien jurídico protegido sería la incolumidad de la persona humana o la dignidad intrínseca de la persona humana o la personalidad jurídica[58] de la persona humana, incorporándose en este título los delitos de desaparición forzada de personas y la tortura[59].

3. Tipo Objetivo

3.1. Conducta Típica

El art. 142 ter C.P. indica como conducta típica:

a) cualquier forma de privación de la libertad, de una o más personas;

b) seguido de

- falta de información o,

- negativa a reconocer dicha privación de libertad o,

- informar sobre el paradero de la persona.

Según la Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI:

7. Bajo la definición de desaparición forzada que figura en la Declaración, el delito en cuestión se inicia con un arresto, detención o secuestro en contra de la voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede ser iniciado por una detención ilegal o por una detención inicialmente

[58] IVAN MEINI, 'PERÚ' en "Desaparición Forzada de Personas - ANÁLISIS COMPARADO E INTERNACIONAL", Ed. TEMIS S.A., pág. 122. Coinciden Kai Ambos y María Laura Böhm en la obra citada en nota 3, pág. 206.

[59] Natalia Barbero sostiene en relación a la tipificación del delito de tortura en el C.P.A.: "A pesar de la ubicación sistemática dada por el legislador argentino, el bien jurídico no tiene que ver con la libertad propiamente dicha, sino principalmente con la dignidad fundamental de la persona. (…) Sin perjuicio de que puede ser considerado un delito pluriofensivo, sería deseable que se estipulara de manera expresa que la tortura atenta contra la dignidad como primer bien jurídico protegido. Sentado ello, debe admitirse que es un delito pluriofensivo porque no solo atenta contra la dignidad, sino también contra la libertad, la integridad, incluso la vida. … Además, debe admitirse que se trata de un delito pluriofensivo en atención a la tipificación de conductas relacionadas con la tortura que no se refieren directamente a la causación de sufrimientos, como la omisión de denunciar y de instruir sumario." en *Análisis dogmático-jurídico de la tortura – La tortura en Derecho Internacional – La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho Argentino y español – Colección AUTORES DE DERECHO PENAL – dirigido por Edgardo Alberto Donna,* Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 257 y 258.

legal o la detención. Es decir, la protección de una víctima de desaparición forzada debe ser efectivo en el acto de privación de libertad, de cualquier forma de privación de libertad tiene, y no limitarse a los casos de privaciones ilegítimas de la libertad.

8. A pesar de que el Grupo de Trabajo, en su observación general sobre el artículo 10 de la Declaración, ha dicho que cualquier detención que se prolonga indebidamente constituye una violación de la Declaración, esto no significa que toda detención a corto plazo es permitido por la Declaración, ya que el Grupo de Trabajo aclara inmediatamente que una detención cuando el detenido no lo ha sido para ser llevado ante un tribunal, es una violación de la Declaración.

9. A medida que el Grupo de Trabajo dijo en la misma observación general, la detención administrativa o preventiva no es per se una violación del Derecho Internacional o de la Declaración. Sin embargo, si una detención, aunque a corto plazo, es seguida por una ejecución extrajudicial, esta detención no puede ser considerada de naturaleza administrativa o preventiva en virtud del artículo 10 de la Declaración, sino como una condición en la que la consecuencia inmediata es la colocación del detenido más allá de la protección de la ley. El Grupo de Trabajo considera que, cuando el cadáver de la víctima se encontró mutilado o con señales claras de haber sido torturado o con los brazos o las piernas atadas, las circunstancias indican claramente que la detención no fue seguida inmediatamente por una ejecución, pero que la privación de la libertad tenía cierta duración, incluso de por lo menos un par de horas o días. Una situación de tal naturaleza, no sólo constituye una violación al derecho a no desaparecer, sino también al derecho a no ser sometido a tortura, el derecho a ser reconocido como persona ante la ley y al derecho a la vida, como previsto en el artículo 1.2 de la Declaración.

10. Por lo tanto, una detención, seguida de una ejecución extrajudicial, como se describe en el párrafo anterior, es una desaparición forzada adecuada, siempre y cuando dicha detención o privación de la libertad se llevó a cabo por agentes gubernamentales de cualquier rama o nivel, o por grupos organizados o los particulares que actúen en nombre de, o con el apoyo, directo o indirecto, su autorización o la aquiescencia del gobierno, y, con posterioridad a la detención, o incluso después de la ejecución se llevó a cabo, los funcionarios estatales se niegan a revelar la suerte o el paradero de la personas que se trate o se niegan a reconocer el hecho que se haya perpetrado en absoluto.

Si bien el Estatuto de Roma, art. 7.2.i), indica como conductas típicas la aprehensión, detención o secuestro de personas, el art. 142 ter C.P. resulta más amplio en cuanto indica 'cualquier forma de privación de la libertad'.

La RESOLUCIÓN 1/08 'Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas' dictada por la CIDH, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, de 13/03/2008, entiende por "privación de libertad":

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

Finalidad

Nada dice el art. 142 ter en cuanto a la finalidad típica de la DFP.

El artículo 7.2.i) del Estatuto de Roma –DFP como delito de lesa humanidad- establece la 'intención' de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado, finalidad no contemplada en el actual C.P. argentino.

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, establece como consecuencia de todo acto de desaparición forzada, el de sustraer a la víctima de la protección de la ley y causarle graves sufrimientos, lo mismo que a su familia [art. 1.2]; la CIDFP indica como efecto el impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes [art. 2 in fine]; al igual que la Convención Internacional que establece que, con la conducta típica, se sustrae a la persona de la protección de la ley [art. 2 in fine].

La Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI, resulta clara al respecto:

5. De conformidad con el artículo 1.2 de la Declaración, todo acto de desaparición forzada tiene la consecuencia de la colocación de las personas sometidas al mismo fuera de la protección de la ley. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo admite casos de desaparición forzada, sin necesidad de que la información mediante el cual un caso se informó por una fuente debe demostrar, ni siquiera suponer, la intención del autor al colocar a la víctima fuera de la protección de la ley.

3.3. Sujeto Activo

La Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI estableció que:

1. Con respecto a los autores materiales del crimen, el Grupo de Trabajo ha establecido claramente que, para efectos de su trabajo, las desapariciones forzadas sólo se considera como tal cuando el acto en cuestión sea perpetrada por agentes estatales o de particulares o grupos organizados (por ejemplo, los paramilitares grupos), en nombre de, o con el apoyo, directo o indirecto, su autorización o la aquiescencia del Gobierno.

(…)

4. Con base en lo anterior, el Grupo de Trabajo no admite los casos relativos a actos que son similares a las desapariciones forzadas, cuando se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre de, o con el apoyo, directo o indirecto, su autorización o la aquiescencia del Gobierno, tales

como movimientos terroristas o insurgentes luchando contra el Gobierno en su propio territorio, ya que considera que tiene que adherirse estrictamente a la definición contenida en la Declaración.

El art. 142 ter establece que el sujeto activo es el funcionario público o persona o miembro de un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Se excluyen los hechos que, tal como indica el GTDFI, puedan resultar similares a las DFP pero no sean realizados por tales sujetos –por ejemplo los achacados a grupos tales como Montoneros, ERP- o aquellos en los que sólo participen particulares –por ejemplo, podría entenderse el caso de la joven Erica Soriano[60]-.

Así, el sujeto activo es un funcionario público [art. 77 C.P.] o cualquier persona, que de manera individual o como miembro de un grupo, actué con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

Sujeto Pasivo

Cualquier persona privada de su libertad de cualquier forma, ya sea de manera legal o ilegal, sin importar tampoco el tiempo, aunque sea un corto plazo, como un par de horas como indica la Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI, punto 9.

Si fuera la DFP como delito de lesa humanidad, el sujeto pasivo debería pertenecer a una población civil al que se provoca un ataque de manera generalizada o sistemática, con conocimiento del sujeto activo de la existencia de tal ataque [art. 7.2.i) Estatuto de Roma].

[60] http://www.clarin.com/policiales/Detienen-pareja-Erica-Soriano-homicidio_0_709729252.html

Tipo Subjetivo

Es un tipo penal doloso. Para ABOSO, sólo cabe admitir el dolo directo[61].

Consumación y Tentativa

Kai Ambos y María Laura Böhm en la obra citada, ante las dos fases de la conducta típica, esto es, la privación de la libertad y la no información de dicha privación de la libertad, se interrogan sobre en qué consisten y en qué forma se conectan ambas fases desde el comienzo de la ejecución y la consumación del delito al realizar un análisis comparado de la legislación de Latinoamérica.

En cuanto a la primera fase, esto es la privación de la libertad, tal como se encuentra redactado el art. 143 ter en el Código Penal Argentino, podría ser interpretada de dos formas: una, como la conducta con la que empieza la ejecución del hecho y, la otra, como presupuesto y no como elemento del comportamiento típico. Según hemos indicado, para la jurisprudencia de la Corte IDH como para el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias, la privación de la libertad es el inicio de la ejecución de la desaparición forzada, sin importar que dicha privación sea legal en su inicio.

En cuanto a la segunda fase, esto es, la no información, se evalúa desde que el sujeto activo – funcionario público o persona o miembro de un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado- tiene el deber de informar sobre esa privación de la libertad sin necesidad de ser emplazado, en resguardo además de la prohibición de la autoincriminación prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional. La DFP es el incumplimiento de un deber.

Al resultar la DFP el incumplimiento de un deber del sujeto activo, ha generado la interrogación de la permanencia de ese incumplimiento y con ello, la permanencia del delito. Así, quien deja de

[61] Gustavo Eduardo ABOSO, Código Penal de la República Argentina, editorial IBde*f*, Montevideo-Bs. As., 2012, p. 699.

revestir la calidad de funcionario público estaría relevado de aquel mandato legal. Entendemos que la respuesta la da el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Observación general sobre las desapariciones forzadas como un delito continuado:

Preámbulo

(…)

Según el derecho internacional, "La violación de una obligación internacional por un acto de un Estado que tenga un carácter continuo se extiende durante todo el período durante el cual el hecho continúa y se mantiene no está en conformidad con la obligación internacional" (Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Asamblea General, resolución 56/83, el artículo 14 § 2)

(…)

El artículo 17 § 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas Desaparición establece lo siguiente:

"Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente, mientras que los autores continúen ocultando la suerte y el paradero de las personas que han desaparecido."

Observación General

1. Las desapariciones forzadas son prototípicos de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo que el delito no se completa, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o la información comunicados relativos a la suerte o el paradero de la persona.

2. A pesar de que la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y también viola o constituye una grave amenaza al derecho a la vida, el Grupo de Trabajo considera que una forzada

desaparición es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos. Aun cuando algunos de los aspectos de la violación se haya completado antes de la entrada en vigor del correspondiente instrumento nacional o internacional, si otras partes de la violación aún continúan, hasta el momento en que el destino de la víctima o su paradero se establecen, el asunto debe ser oído, y el acto no debe ser fragmentado.

3. Así, cuando una desaparición forzada comenzó antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que el Estado reconoció la competencia específica del órgano competente, el hecho de que el desaparición continúa después de la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción da la institución de la competencia y jurisdicción para considerar el acto de desaparición forzada en su conjunto, y no sólo los actos u omisiones imputables al Estado que siguió a la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción.

4. El Grupo de Trabajo considera, por ejemplo, que cuando un Estado se reconoce como responsable de por haber cometido una desaparición forzada que se inició antes de la entrada en vigor de la correspondiente instrumento jurídico y que continuó después de su entrada en vigor, el Estado debe ser responsable de todas las violaciones que se derivan de la desaparición forzada, y no sólo de violaciones que se produjeron después de la entrada en vigor del instrumento.

5. Del mismo modo, en el derecho penal, el Grupo de Trabajo es de la opinión de que una consecuencia de la carácter continuo de la desaparición forzada es que es posible condenar a alguien por desaparición forzada sobre la base de un instrumento legal que fue promulgada después de la forzada la desaparición se inició, a pesar del principio fundamental de la no retroactividad. El crimen no puede ser separado y la convicción debe cubrir la desaparición forzada como un entero.

6. Como medida de lo posible, los tribunales y otras instituciones deben dar cumplimiento a cumplir la desaparición como un delito continuo o violación de derechos humanos durante el tiempo que todos los elementos del crimen o la violación por el que no se han completado.

7. Cuando una ley o norma de procedimiento parece afectar negativamente a la doctrina de la violación continua, el órgano competente debe interpretar como una disposición tan estrechamente como sea

posible para de que un recurso se proporciona o las personas procesadas por la comisión de la desaparición.

8. En el mismo espíritu, las reservas que excluyen la competencia de dicho órgano por los actos u omisiones que ocurrieron antes de la entrada en vigor del correspondiente instrumento jurídico o la aceptación de la competencia de la institución debe interpretarse no tanto para crear un obstáculo para mantener un Estado responsable de una desaparición forzada que sigue después de esto.

Autoría y Participación. Pena

Es preciso detenerse en este tema, renovado en la consideración de la doctrina específicamente relacionada con los delitos de lesa humanidad. En Argentina, a partir de la sentencia de la Cámara Federal que condenó a los integrantes de la junta militar surgida del golpe cívico-militar de 1976, se introdujo la cuestión del dominio del hecho para caracterizar al autor del delito. Cabe citar al mismo tribunal:

“En oportunidad de expedirse en la sentencia del juicio a las juntas militares que usurparon el poder en Argentina entre los años 1976 y 1983 (conocida como causa 13/84), este Tribunal ya se pronunció a favor del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizar al autor de un delito.

“En este sentido, y luego de describir la evolución doctrinaria sobre el punto, la Cámara dijo que ‘...[e]n la República Argentina, si bien un número importante de autores siguió los lineamientos de la teoría formal-objetiva en materia de autoría...., se advierte un notable giro de la doctrina más moderna hacia la teoría del dominio del hecho lo que permite suponer su definitiva aceptación, especialmente en punto a la autoría mediata’ (considerando séptimo, punto 3, a de la causa 13/84).

“Puntualmente sobre la autoría mediata, y con base en lo señalado anteriormente, este Tribunal sostuvo que ‘...la forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de la voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta

típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios....

Se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total' (considerando séptimo, punto 5, a de la causa 13/84)".

"Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de revisar la sentencia de este Tribunal, que '...los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá'.

"'Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos' (Fallos: 309:1689, considerando 15 del voto de los Ministros Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué)".

"Los párrafos precedentes son suficientes para ilustrar el criterio de este Tribunal a partir del cual puede considerarse autor (mediato) de un hecho criminal al jefe que, a través de un aparato de poder, domina la voluntad del ejecutor (subordinado al jefe)"[62].

Se ha dicho: "En esta materia de *participación criminal* y con especial énfasis en la teoría del autor, la comisión de este delito presupone por lo general la intermediación de un aparato organizado de poder (…) cuya valoración judicial se ha inclinado de manera decidida por la aplicación de la autoría mediata por organización"[63]

Según se ha recordado en diversas obras y trabajos de doctrina, en el año 1963 Roxin presentó su doctrina del "*dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*", desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho. En Argentina, fue introducida por el Dr. Julio MAIER a mediados de los años ochenta del anterior siglo cuando en el país se desarrollaba el recordado proceso de enjuiciamiento a los integrantes de las Juntas militares que usurparon el poder en el país. Esto lo sabemos por boca del propio ROXIN; ha escrito este autor:

"(…) merece ser especialmente puesto de relieve lo que científicamente tengo que agradecer a Julio MAIER. Ya a mediados de los años ochenta, con motivo de los procesos contra las Juntas militares, hizo conocida mi teoría del 'dominio por medio de una organización' y, de ese modo, colaboró a su difusión internacional"[64].

El tema de la autoría reconoce un relevante y actual debate doctrinario. ABOSO lo deja reflejado de modo ilustrado. Por su parte, dice Maximiliano RUSCONI: los problemas relativos a la autoría se han transformado en una de la cuestiones más debatidas en las últimas tres décadas. Referencia, desde luego, a aquella sentencia sobre la junta y a los avatares que se sucedieron luego con diversas decisiones en el

[62] C. 36.873 - "OLIVERO ROVERE, s/procesamiento con P. P." - CNCRIM Y CORREC FED - Sala I - 09/02/2006.
[63] ABOSO, op. cit.
[64] "*Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*", "ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA PENAL en Homenaje al Profesor Julio B. MAIER" (2005).

campo político y también judicial. Nos interesa aquí subrayar lo que él denomina *dilema en la base de la definición del concepto de autor*. Y asevera: “No cabe ninguna duda de que si hubiera que presentar con un haz de luz dos de las problemáticas en las cuales se expresa de modo más visible la elección fundamental por los contornos finales del modelo de imputación, deberíamos dirigir nuestra mirada al problema de la imputación al tipo objetivo y al problema de la definición de autor”[65].

Y señala, citando a un autor, que a partir de la influencia de la obra de Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, durante décadas pareció arribarse a un consenso. Así, tres puntos angulares: la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para gran parte de los delitos, la base decisiva de la autoría. Aunque destaca que probablemente no haya terminado el proceso de definición sistemática de todos los problemas que giran alrededor de la figura del llamado dominio de la organización, y aun que ya se encuentra desdibujada por claroscuros que, provenientes desde más lejos en el tiempo, desde hace una década se parte de lugares normativos alternativos -como la teoría de la autoría como infracción de deber- y del desarrollo de cierta legislación planetaria que ha tenido que pactar con tantos puntos de partida culturales –cita el Estatuto de Roma-. Pero cree útil plantear la supervivencia de la teoría del dominio del hecho en el marco de esos claroscuros. Y subraya: “*No cabe ninguna duda de que uno de los avances dogmáticos de mayor relevancia ha sido el desarrollo de la posibilidad de imputar autoría a quien domina una organización en el marco de la cual se ha ejecutado el hecho lesivo*”.

Y destaca la idea esencial de Roxin*: “al tomar al dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y –ésta es la nueva idea- puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución. El dador de la orden puede renunciar a una coacción o a un engaño al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de incumplimiento, tiene suficientemente a otros a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante. Por ello también es característica de esa*

[65] *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, RUSCONI-LÓPEZ-KIERSZENBAUM, Ad-Hoc, Bs. As., 2011, 2, p. 20.

forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato".

Añade RUSCONI: "En este contexto es como adquiere trascendencia la palabra mágica 'fungibilidad'".

Y nos dice enseguida:

"El aporte dogmático y, por qué no decirlo, también político-criminal, que representó el concepto de autoría por dominio subjetivo del aparte de poder, o, mejor aún, de autoría por dominio en la organización, fue apenas valorada como corresponde…". "La virtualidad de este desarrollo a mi juicio debe ser evaluado positivamente, en particular, desde el abandono de la reducida perspectiva causal, que aún hoy muestra ciertas colonizaciones. En este sentido, podemos decir que la teoría del dominio por organización prescinde de aquellos límites causales que, de un modo prejuiciosamente fáctico, hacían depender la posibilidad normativa de imputar autoría de la cercanía del sujeto con el desenlace lesivo: hoy hemos comprendido que ello no es rigurosamente necesario ni certero, en ciertos contextos organizacionales, incluso, podemos afirmar que cuanto más lejos se encuentra el autor mediato del hecho lesivo, más posibilidades institucionales posee de ejercer un dominio del suceso observado a la luz del total escenario de comprensión del hecho típico. Normalmente, incluso cuando el sujeto más lejos del hecho aparece, es porque más arriba se encuentra en la cadena de mandos y con ello acrecienta sus chances de que quienes más abajo se hayan presentado institucionalmente como autores inmediatos mayor grado de fungibilidad tienen frente a quien controla los niveles más altos de la jerarquía administrativa".

Citaremos todavía:

"En segundo lugar, es razonable evaluar también positivamente las posibilidades de multiplicar, por lo menos, por dos, las formas de intervenir como autor y/o partícipe en un hecho ejecutado en el marco del dominio de una organización institucionalmente desviada. Los respectivos ejes de responsabilidad institucional de autoría mediata por dominio de la organización y por ejecución de la

orden recibida en los niveles operativos generan, de modo autónomo, círculos concéntricos de posibilidad de imputación de las respectivas y no sustituibles formas de coautoría y participación en sentido estricto. Son imaginables imputaciones de instigación detrás del autor mediato, como detrás del autor inmediato, así como también podemos pensar en diversos modelos de coautoría, en ambos niveles, en el marco de los cuales tanto el plan común como la correspondiente división de tareas y el resultado imaginable del codominio del hecho, reciben insumos fácticos diversos de acuerdo con los escenarios d ejecución operativa o de conducción institucional que los nutran respectivamente."

"Adicionalmente, sin dudas, ofrece ventajas sistemáticas el hecho de que al presentar este modelo de imputación una independencia visible del devenir de los cursos lesivos en los niveles en mayor grado operativos, el umbral de la tentativa aparece para el autor por dominio de la organización sin perjuicio del éxito final que posea la indicación institucional trasmitida desde allí. Qué chances tenga ese principio de ejecución en manifestarse en una lesión del bien jurídico protegido representa un capítulo siempre permanente en la doctrina de la tentativa, y nada dice en contra de que el desarrollar acciones de dominio de la organización ya exprese un comportamiento que pueda ser abarcado por la mayor parte de los tipos penales del núcleo tradicional del derecho penal legislado".

Como el propio RUSCONI lo anticipa, hay que hacerse cargo de las diferencias en los dos caminos conceptuales: la teoría de autoría como dominio del hecho y la teoría de la autoría como infracción de deber. Y recuerda nuevamente a ROXIN:

"Comparando el concepto de autor en los delitos de dominio y de los infracción de deber, son las diferencias las que primero saltan a la vista: el criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso. En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente: basta cualquier causa de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de la conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor".

Para no abundar en el debate, muy desarrollado por RUSCONI y autores que él cita, aquí nos interesa más dejar establecido si la descripción contenida en la figura en comentario puede afectar las

garantías de legalidad y reserva penal, acudiendo a la teoría de infracción de deber. Ello así, en tanto la teoría de infracción de deber tiene potencialidad, dice la doctrina, para afectarlas si "…castiga conductas que no han exteriorizado aun nada lesivo (no se ha iniciado la tentativa) sólo por el hecho de que el obligado especial haya infringido su deber" (Robles Planas, citado por Rusconi). En tanto "Las consideraciones de orden material y ontológico están muy bien, pero no permiten prescindir de la letra de la ley e incluir en ella conductas que no están…". De donde, "La conducta del autor mediato *intraneus* sólo podrá ser castigada en base al tipo especial cuando sea subsumible en él directamente" (Gimbernat Ordeig, citado igualmente por Rusconi). Peligro al que se refirió Roxin señalando que él radica en la vaguedad de los deberes a que se refiere el legislador (Rusconi).

Es innegable para nosotros que este tipo delictivo no puede considerarse fuera de una organización con desvío ilícito. Acaso podríamos decir, con Rusconi, en una paráfrasis de su pensamiento, en un traslado libre a nuestros fines aquí, y tal vez no consentida por él, que "Respecto del carácter nocivo no hay que olvidar que, justamente, lo que termina por transformar a esas vinculaciones organizativas en un hacer común, no es otra cosa que el propio dominio desviado hacia lo ilícito de la organización".

Y conviene retener lo que Kai AMBOS, citado, subraya: "…cualquier particular que con la mera aquiescencia estatal omita información sobre las circunstancias de la privación de la libertad se niegue a darla, está cometiendo la conducta descrita (…) estarían poniendo al sujeto en posición de garante, ya sea por su asimilación al cumplimiento de una función pública –'por actuar por encargo del Estado'- lo cual lo situaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger o por obligación cumplir un deber jurídico, que se funda en que el particular por propia decisión y sin orden estatal se alineo en una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los derechos jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos".

Todo lo hasta aquí dicho, lo es a los fines de aprehender conductas que deben analizarse en el contexto de la desaparición forzada. Así, por ejemplo, en la exposición libre en la audiencia ante la

Corte IDH en el Caso Torres Millacura contra Argentina, la perita de la Corte IDH Dra. Sofía Tiscornia[66] afirmó:

… los … abusos policiales contra jóvenes de escasos recursos en la Provincia del Chubut … encuentran sus raíces y se expanden en primer lugar, por la vigencia de normativas y prácticas judiciales policiales habituales y cotidianas, cual son las detenciones por averiguación de identidad, los edictos contravencionales de policía y las razzias[;]. … sin que medie orden judicial ni la ocurrencia de un delito flagrante. Solo por lo que se conoce como “actitud sospechosa”, actitud que solo la policía define, en forma arbitraria. (…)

Este tipo de detenciones se hace en la mayoría de los casos con violencia y se somete a los jóvenes a sumisión, golpes y vejaciones. El control judicial sobre las mismas es escaso, cuando no nulo.

Es común que este tipo de detenciones resulte en golpizas y torturas que no son denunciadas, porque los jóvenes conocen en su propio cuerpo la impunidad que cubre estas conductas policiales. (…)

En segundo lugar, el acceso a la justicia de los jóvenes de las barriadas pobres de Chubut es prácticamente nulo: la presencia del Estado en los barrios está en buena medida representada por la policía de a pie y en patrullero. … En ellos, es la policía quien dirime y administra los conflictos, la mayoría de las veces, usando la fuerza y la prepotencia.

… el hostigamiento permanente es un patrón que sostiene las peores prácticas policiales…

En tercer lugar, es común que la policía incrimine tarde o temprano a los jóvenes con los que mantiene relaciones signadas por el hostigamiento. **El relato se reitera: policías que se desplazan por la supuesta denuncia de un robo común, toman por sospechosos a un joven del barrio a quien dan la voz de alto o no, a quien sorprenden en su casa o la de algún vecino y, sin importar la actitud que este adopte –sumisión o huida dadas las relaciones habituales de agresión y golpes- lo atacan en forma violenta y en algunos casos llega a ejecuciones a quemarropa. La policía en general domina la escena de estos crímenes, maneja los tiempos para dar aviso a la justicia y la investigación judicial es en general pobre, sea por connivencia o por incapacidad.**

[66] http://www.youtube.com/watch?v=9VGpI9AuZ84&feature=BFa&list=PL38170D0AD4E70875

Ni en Chubut ni en las demás provincias argentinas existen pandillas, maras o grupos de jóvenes organizados criminalmente. Así como tampoco es posible reconocer la existencia de grupos parapoliciales o escuadrones de la muerte. Por ello, **se trata de un fenómeno particular: una legislación y prácticas policiales violatorias de los derechos humanos y tribunales que –alejados de los conflictos sociales de quienes mas lo necesitan- no investigan o son cómplices de los crímenes.**

Por ello también, las posibilidades del Estado de actuar sobre estas graves violaciones es posible, además de urgente y contribuiría a devolver la dignidad a cientos de miles de personas que son detenidas, golpeadas y vejadas sin que hayan cometido delito alguno. Tal el caso del joven Iván Torres.

La figura regulada en el Código prevé pena de prisión de diez a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada. La amenaza de pena se agrava –prisión perpetua- en el caso de que resultare la muerte o la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

Particularidades de la Figura Penal

7.1. El *habeas corpus* se encuentra íntimamente relacionado con esta figura penal, ya que este recurso constitucional y convencional, resulta ser el medio eficaz a fin de prevenir el delito de DFP.

7.2. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, establece:

5. Las principales obligaciones del Estado en virtud del derecho a la verdad son principalmente de procedimiento e incluyen: la obligación de investigar hasta que la suerte y el paradero de la persona han sido esclarecidas, la obligación de tener los resultados de estas investigaciones, comunicarse a las partes interesadas en las condiciones especificadas en el párrafo 3 de la presente observación general, la obligación de proporcionar acceso completo a los archivos, y la obligación de proporcionar plena protección a los testigos, familiares, abogados y otros participantes en cualquier investigación. Hay una absoluta obligación de tomar todas las medidas necesarias para encontrar a la persona, pero no hay una obligación absoluta de resultado. De hecho, en algunos casos, la clarificación es difícil o imposible de alcanzar, por ejemplo cuando el cuerpo, por diversas razones, no se puede encontrar. Una persona puede haber sido sumariamente ejecutado, pero los restos no se pueden encontrar, porque la persona que enterró el cuerpo no se encuentra con vida, y nadie más tiene información sobre el destino de la persona. El Estado aún tiene una obligación de investigar hasta que se pueda determinar por la presunción de la suerte o el paradero de la persona.

En su Observación general sobre el artículo 19 (derecho a una indemnización), el Grupo de Trabajo hizo claro que: "Como principio general, no se presumirá con oposición de la familia, que la víctima de una desaparición forzada haya fallecido.

Jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH

Tal como lo reseña COLAUTTI[67], la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeras sentencias[68] reconoció la operatividad de los principios generales del derecho internacional, denominados genéricamente en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena con la locución latina *ius cogens*[69].

Agrega el citado autor:

[67] 'Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional', por CARLOS E. COLAUTTI, Ed. LA LEY, 1998, págs.36 y ss.
[68] Fallos 7:282 - 1869; Fallos 43:321 – 1891; Fallos 176:218 – 1936; Fallos 305:2150
[69] Principios de derecho que sin necesidad de reglas específicas aparecen con evidencia ante la razón, conforme 'Los Tratados …', por CARLOS E. COLAUTTI, ob.cit., págs.35

El art. 102 de la Constitución de 1853/60 (hoy 118) establece la competencia de los tribunales nacionales cuando fuera del territorio de la Nación se hubieran cometido delitos contra el derecho de gentes, agregando que el 'Congreso determinará por una ley especial el lugar en que ha de seguirse el juicio'.

(…) Entiendo que aunque el Congreso no ha dictado la ley especial a que se refiere la Constitución, la cláusula es directamente operativa pues existen las normas de procedimiento necesarias para su implementación. La competencia de la justicia en lo penal está claramente establecida por la ley. Como se trata de delitos que interesan al orden público internacional, la competencia debe carecer en los tribunales federales. … Los principios del derecho internacional consuetudinario integran el derecho federal y por eso la Constitución estableció la regla de que estos delitos podían ser juzgados por los tribunales de la Nación. Las leyes del Congreso aplicables son las de organización y competencia de los tribunales federales.[70]

Mas tarde, la jurisprudencia nacional dio cuenta de la operatividad de dichos principios en los fallos 'Priebke'[71], 'Arancibia Clavel'[72], 'Lariz Iriondo'[73], 'Simón'[74].

Recordamos la afirmación del Dr. Leopoldo Schiffrin en cuanto a la operatividad del artículo 118 -102 de la Constitución de 1853/1860- de la Constitución Nacional y el origen del mismo, según comenta Alejandro Luis Rúa[75]:

… no aplicar esta norma tan terminante sería preciso demostrar que en el ánimo de los constituyentes venezolanos de 1811 y los argentinos de 1853, la referencia al derecho de gentes estuvo sólo dirigida a la hipótesis de la piratería de alta mar -o sea a delitos cometidos fuera del territorio de cualquier estado-, y que este punto merece indagación.

---

[70] 'Los Tratados … ', por CARLOS E. COLAUTTI, ob. cit, págs.36
[71] Fallos 318:2148
[72] Fallos 327:3294
[73] Fallos 328:1268
[74] Fallos 328:2056
[75] "De Schwammberger a Massera" por ALEJANDRO LUIS RÚA.

Sólo como mera aproximación al tema puede referirse que contemporáneamente a aquella carta magna ya el Proyecto de Constitución de Mariano Moreno de 1810 -que también seguía el modelo estadounidense-, refería en su sección octava una aparente diferenciación en orden a que "el Congreso tendrá el poder de constituir Tribunales inferiores á la Audiencia suprema; de decidir y castigar corsarios, y crimenes perpetrados sobre los altos Mares [por un lado], y delitos contra las Leyes de las Naciones [por otro]"; en tanto el Proyecto de Constitución Provisoria de 1811 decía en su apartado 15 sobre la primacía del ius gentium que "las Leyes de Yndias dadas á las Colonias en tiempo en que lo eran, quedan sin efecto, por haver mudado de condición los Pueblos Americanos. Estas, y las de Castilla como emanadas de la usurpación, que hizieron los Reyes á la Nación, de quien es privativo el soberano poder legislativo, quedan del todo abolidas, y sólo tendrán lugar en quanto sean conformes al derecho natural y de las Gentes, al modo que decimos de la Ynstituta, y derecho de Romanos. Pero por quanto és necesario un breve Cuerpo legislativo, se nombrarán tres ó quatro Letrados los más impuestos en el Derecho natural, y de Gentes que redacten las Leyes, y formen un breve, y sencillo Codigo. [Encontrándose además testado que e]n lo Criminal tendrán presente dichos Letrados la legislación Ynglesa, por parecer la más conforme a la libertad, y seguridad de los Ciudadanos"-

Asimismo, acerca del sentido que en Moreno hubiera podido tener aquella referencia puede agregarse que nuestro más ilustrado padre fundador expuso en la Gazeta Extraordinaria de Buenos-Ayres del 13 de noviembre de 1810 que "asustado el despotismo con la liberalidad y justicia de los primeros movimientos de España, empezó á sembrar espesas sombras por medio de sus agentes; y la oculta oposición a los imprescriptibles derechos, que los pueblos empezaban á exercer, empeñó á los hombres patriotas, á trabajar en su demostración y defensa. Un abogado dió á luz en Cadiz una juiciosa manifestación de los derechos del hombre; y los habitantes de España quedaron absortos, al ver en letra de molde la doctrina nueva para ellos, de que los hombres tenian derechos. Un sábio de Valencia describió con energía los principios de justicia, que afirmaban la instalación de las Juntas, y por todos los pueblos de España pulularon escritos llenos de ideas liberales, y en que se sostenian los derechos primitivos de los pueblos, que por siglos enteros habían sido olvidados y desconocidos"; en tanto sobre la afectación de esos derechos dijo por ejemplo que "gime la humanidad con la esclavitud de unos hombres, que la naturaleza crió iguales á sus propios amos; fulmina sus rayos la filosofia contra un

establecimiento que dá por tierra con los derechos más sagrados"; y "es un enemigo de la comunidad el que ataca unos derechos que son trascendentales á ella"; agregando además que "no pueden atacarse impunemente los derechos de los pueblos", que "la impunidad de crímenes tan detestables podría ser de un exemplo fatalísimo", y que "los grandes malvados exígen por dobles títulos todo el rigor del castigo".-

Finalmente, acerca de esa otra alusión a la legislación inglesa, se tornan de referencia ineludibles los Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra que en la segunda mitad del siglo dieciocho dirigió Sir William Blackstone a aquel sujeto de derechos que es el gentleman y cuyo status se demarca por medio de una noción de ciudadanía para nada local. … la dicha efectiva de un sujeto humano -de la que hablaba también Moreno …- es objetivo primario del law of nature, de un derecho natural previo a todo derecho; y en donde los derechos de tal sujeto individual serán así absolutos, superiores y exentos del ordenamiento social, pues el principal fin de la sociedad es la protección de los individuos en el goce de tales derechos absolutos, de los que están investidos por las leyes inmutables de la naturaleza.

La Corte IDH en 'Gomez Palomino'[76], en especial el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez[77] dijo:

En este *Voto* me referiré a un punto esencial en el *Caso Gómez Palomino*, a saber, la construcción legislativa del delito de desaparición forzada en el Derecho interno y la relación que esto guarda con el orden internacional que el Estado ha reconocido. En algunos de sus aspectos más significativos, la materia ha sido frecuentemente abordada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al amparo del Pacto de San José, antes de que nuestra región contara con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994. Este instrumento llegó a integrar la

[76] Corte IDH. **Caso Gómez Palomino Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.
[77] Voto Concurrente del Juez SERGIO GARCIA RAMIREZ a la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el *CASO GÓMEZ PALOMINO VS. PERÚ* del 22 de noviembre de 2005.

normativa de la materia, precisando conceptos y estableciendo alcances cuyo núcleo figuraba ya, bajo otros rubros, en la Convención Americana.

4.… han surgido convenciones y tratados que se refieren a determinados hechos ilícitos, de manera genérica, y encomiendan a los Estados la tarea de caracterizarlos en su derecho interno y proveer a su persecución eficaz y suficiente. También hay instrumentos que adelantan varios pasos en la misma dirección y se ocupan en describir --tipificar, se diría en términos de derecho penal-- esos hechos, para unificar la reacción jurídica de la comunidad internacional y establecer un frente de protección y persecución que responda a ideas compartidas en materia de seguridad y justicia. Esto ocurre, por ejemplo, en lo que concierne al espacio interamericano mediante las caracterizaciones de la tortura (artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) y la desaparición forzada (artículo II de la Convención específica que mencioné *supra*). Si nos hallásemos frente a ordenamientos penales, diríamos que en esos preceptos residen los tipos de tortura y desaparición. En sustancia, ambas convenciones quedan inscritas, por lo que toca al extremo que ahora examino, bajo el concepto de normas penales especiales, y en tal virtud se hallan dentro del marco de un *corpus juris* penal.

5 Cuando los Estados figuran como partes en un tratado internacional sobre derechos humanos, lo que ocurre en ejercicio de su soberanía y no a despecho o en menoscabo de ésta, adquieren determinadas obligaciones dentro del sistema de Estados en el que se integra el tratado y ante los seres humanos que se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado parte del convenio. Esto es lo característico de los tratados de derechos humanos, a diferencia de otro género de pactos, que se limitan a establecer los datos de la relación jurídica entre Estados, con determinación de los derechos y deberes que éstos tienen entre sí.

6. Se ha explorado ampliamente el contenido de los deberes generales que asume el Estado cuando ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o se adhiere a ésta. … Para los efectos de este *Voto*, … es importante mencionar la obligación prevista en el artículo 2, bajo el epígrafe "Deber de adoptar disposiciones de derecho interno": si el ejercicio de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 1, esto es, los reconocidos en la Convención, "no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar (…) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

7. Es así que el orden interno debe construirse o reconstruirse en forma consecuente con el orden internacional que el propio Estado ha acogido como parte de su ordenamiento. Entre las disposiciones que tienen por materia el respeto y la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, figuran las normas penales --disposiciones generales, tipos y consecuencias jurídicas -- destinadas a proteger bienes y derechos con los medios más enérgicos de los que disponen la sociedad y el Estado.

8. Consecuencia de estos deberes generales es el compromiso específico de los Estados en relación con determinadas providencias. Volvamos a las convenciones mencionadas *supra*. El artículo 1 de la Convención contra la Tortura indica: "Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención"; y el artículo III de la Convención contra la Desaparición Forzada manifiesta: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar (…) las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad".

9.Los autores y suscriptores de los tratados --que son, al mismo tiempo, sujetos obligados por éstos-- entienden que las conductas ilícitas previstas en ellos requieren fórmulas de persecución propias, que no basta con las acostumbradas descripciones típicas de derecho interno sobre hipótesis semejantes o aledañas --como podrían ser los golpes, las lesiones o las amenazas, en el caso de la tortura, y la privación ilegal de libertad, el secuestro o la obstrucción de la justicia, en el supuesto de la desaparición forzada-- y que la caracterización aportada por el instrumento internacional es la forma suficiente y adecuada para reaccionar frente a esos delitos, cuya represión interesa a la comunidad internacional. De no ser así, carecería de sentido establecer descripciones vinculantes y generar obligaciones específicas para los Estados, a este respecto.

10. Es posible suponer que los Estados se hallan en libertad de adoptar elementos de mayor severidad en la persecución penal de estos ilícitos, si lo consideran pertinente, conveniente, justo, para la mejor tutela de los derechos humanos, siempre a condición de que al hacerlo no vulneren otros principios o normas insoslayables. La descripción internacional es el dato irreductible de la persecución, que puede ser mejorado --en favor de los objetivos que ésta se propone alcanzar y de las razones que la justifican--, pero no alterado, condicionado o desvanecido por la sustracción de elementos necesarios de

la fórmula persecutoria o la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia y desemboquen, a la postre, en impunidad de conductas cuya punición ha resuelto el orden internacional, apoyado por la voluntad del Estado parte.

Noticia Bibliográfica:

- **El delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal brasileño,** por Pablo Rodrigo Alflen da Silva (en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: http://www.derechopenalonline.com). V. también Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010) [pp. 213 - 226].
- **EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO AUTORÍA MEDIATA**, por Matías Bailone [Conferencia Magistral dictada en el III Seminario Internacional de Actualización de Derecho Penal, organizado por la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales y la Universidad Salesiana de Bolivia, Cochabamba, 28 de mayo de 2007].
- **Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares**, por Kai Ambos & Ezequiel Malarino.
- **EL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS Y LA POSIBLE AFECTACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA MIRADA INTEGRADORA**, por Sebastián Félix García Amuchástegui (UNC).
- **El impacto de la justicia internacional: el deber de justicia penal y la relativización de la cosa juzgada, especial referencia al caso peruano**, por Juan Antonio Rosas Castañeda (en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: http://www.derechopenalonline.com).
- **Obligación internacional del Estado de judicializar los casos de violaciones a los derechos humanos: un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de**

Derechos Humanos, por Juan Antonio Rosas Castañeda (en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: http://www.derechopenalonline.com).

- **La Desaparición Forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesidad de modificar su regulación en el Código Penal peruano**, por Giovanna F. Vélez Fernández (Pontificia Universidad Católica del Perú).
- **Informes de avance del proceso de implementación del Estatuto de Roma (mayo de 2011) Partes 1 y 2** (Konrad-Adenauer-Stiftung - Programa Estado de Derecho/Latinoamérica).
- **El ius cogens: un nuevo escenario de conflictos internacionales**, por Terrile, Ricardo A. (13-may-2010. MJ-DOC-4709-AR | MJD4709).
- **EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO**, por Carmen Márquez Carrasco-Magdalena Martín Martínez (Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011, pp. 251-303 [www.jurídica.unam.mx]).
- **LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS EN AMERICA LATINA**, Ana Lucrecia Molina Theissen (KO'AGA ROÑE'ETA, Revista electrónica sobre derechos humanos y derecho humanitario [Serie VII – Derechos Humanos en América Latina. KO'AGA ROÑE'ETA se.vii (1998) - http://www.derechos.org/vii/molina.html]).
- **LA DESAPARICION FORZADA: EL ARTICULO 320 DEL CODIGO PENAL NO CUMPLE CON EL TEST DE ESTANDAR INTERNACIONAL**, por Augusto Medina Otazú (PUCP y UNMSM) [V. Revista Pensamiento Penal].
- **EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL PERÚ –INFORME - De la Comisión de Estudio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima** (Rev. Derecho y Cambio Social, NÚMERO 12 - AÑO IV - 2007-2008) [www.derechoycambiosocial.com].

- **BREVES CUESTIONES RELATIVAS A LA AUTORÍA MEDIATA EN REFERENCIA A LOS APARATOS DE PODER ORGANIZADOS**, por DAVID FERNANDO PANTA CUEVA (Universidad Nacional de Trujillo).

Homicidio Preterintencional

Por **Jonathan Barraud**

Art. 81 inc. 1ro. acápite b*: "Se impondrá reclusión*[1] *de tres (3) a seis (6) años, o prisión de uno (1) a tres (3) años:*

…b) al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte".

Art. 82: *"Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años".*

Introducción:

Uno de los autores más destacados en el tema es sin duda Marcelo Finzi[2], quien enseña que "Con el nombre de 'delito preterintencional' se entiende, por unanimidad, el hecho en el que la voluntad del reo está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave"[3].

Para explicar esta cuestión, Finzi formula la siguiente pregunta: cuándo el propósito del reo fue sobrepasado por el evento, ¿debe imputarse al culpable el *más* que fue ocasionado? ¿y a qué título?[4]. A este interrogante, el autor nos brinda tres posibles soluciones.

Una extrema, a partir de la cual el evento no querido directamente se imputa en cada caso e incondicionalmente, por aplicación directa del principio consagratorio de la responsabilidad objetiva, atribuido al derecho canónico, con arreglo al cual el reo debe cargar con todas las consecuencias no queridas, derivadas de su actuación ilícita (versari in re ilícita)[5]; una limitada, que surge del derecho

[1] La pena de reclusión se encuentra tácitamente derogada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la doctrina emanada de los fallos "Méndez, Nancy Noemí s/homicidio atenuado", rta. el 22/02/2005, "Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel", rta. el 11/09/2007 y "Esquivel Barrionuevo, víctor Carlos", rta. el 17/10/2007. Sin perjuicio de ello, nos remitimos a lo mencionado en el comentario al art. 5 de este Código.
[2] 1879-1956.
[3] Finzi, Marcelo, *El delito Preterintencional*, Notas relativas al Derecho Argentino por Daniel Carrara, traducido por Conrado A. Finzi, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1981, p. 1.
[4] Ídem, p. 9.
[5] Ídem, p. 10/11.

romano a partir de la cual el evento no querido no se imputa en ningún caso, pues solamente es posible castigar lo que había en la intención; y una intermedia, según la cual el evento no querido se imputa si concurren algunas condiciones determinadas o respecto de algunos delitos especiales. En este sentido, el efecto producido se imputará a título de culpa (imprudencia) si éste no fue previsto, pero era previsible, y a título de dolo si fue previsto[6].

En nuestro país, tal como se encuentra legislado, el homicidio preterintencional del art. 82, inciso 1º, letra b), es un delito autónomo[7]. En efecto, no es un homicidio atenuado, porque no se trata propiamente ni de atenuación, ni de homicidio[8]. Tampoco un tipo de lesiones agravadas por el resultado (lesiones seguidas de muerte como se lo conoce en otras legislaciones[9]), pues como expresa Soler, ello se debe al hecho de considerar con frecuencia a los delitos preterintencionales como formas de responsabilidad objetiva, mientras lo que aquí se sostiene es que además de la base dolosa referible a las lesiones, en el fondo de la imputación yace una forma de culpa[10].

Otro argumento que le otorga autonomía al delito es que la pena que prevé es mayor que la de las lesiones leves y menor que la del homicidio. Esta cuestión lleva a preguntarse, como lo han hecho algunos autores[11], qué tipo de lesiones se encuentran abarcadas por esta figura, cuestión que será tratada más adelante.

La denominación homicidio preterintencional obedece al prefijo "preter" que significa *"más allá de"*, por lo que preterintencionalidad significa *"más allá de la intensión"*[12].

En este delito, la tipicidad supone una combinación de dolo y culpa ya que, en su aspecto objetivo, exige que el autor haya obrado con dolo de lesionar y, utilizando un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte, cause ese resultado no querido ni aceptado, aunque, como se verá, éste debe ser previsible[13].

La doctrina alemana, habla en estos casos de delitos cualificados por el resultado. Así, Hirsch distingue entre delitos cualificados por el resultado en sentido *formal*, dentro de los que se incluyen a

[6] Ídem, p. 16/23.
[7] Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, actualizado por Guillermo Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, 17º edición, Buenos Aires, 2008, p. 57.
[8] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 75.
[9] Así sobre todo en Alemania.
[10] Ídem.
[11] Cfr. por ejemplo, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Pena, Parte Especial I*, 3º edición, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 158; Núñez, *tratado de derecho penal, Parte Especial*, Tomo III, volumen I, 2º reimpresión, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 106.
[12] D´ Alessio, Andrés (Director), Divito, Mauro (Coordinador), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, T. II, , 2º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, comentario a artículo 81 del C.P., por Delia Iellin-Julio Pacheco y Niño, actualizado por Santiago Vismara, p. 41.
[13] Ídem.

todos aquellos delitos en los que respecto a un tipo básico doloso o imprudente se introduce una consecuencia especial más grave que cualifica el tipo en la prescripción de la pena del primero, a los supuestos de tipo básico doloso con consecuencia especial dolosa, y a los de tipo básico imprudente con consecuencia especial imprudente; y en delitos cualificados por el resultado en sentido *material*, donde se ubican aquellos supuestos de tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudentemente[14].

A su vez, y en consonancia con lo expuesto más arriba en cuanto a la autonomía de la figura en cuestión, expresa este autor que deben también diferenciarse los delitos cualificados por el resultado *impropios*, que en el sentido formal pertenecen al grupo de delitos, y los delitos cualificados por el resultado *propios*, es decir, los supuestos en los que, debido a la combinación de un supuesto típico doloso y una consecuencia especial producida por imprudencia, se configura un grupo cualificado de supuestos materialmente autónomo entre los puramente dolosos y los imprudentes[15].

Por tal motivo, entiende que debido al requisito de la imprudencia, la denominación "delitos cualificados por el resultado" resulta hoy imprecisa, incluso de aquellos supuestos calificados como propios[16].

No obstante la cuestión terminológica, es claro que en virtud del principio de culpabilidad no es posible imputar acciones prohibidas a quien no ha tenido —cuando menos— la posibilidad de prever el resultado de su conducta[17]. De este modo, queda desterrado totalmente del derecho penal actual el referido principio del versari in re ilícita.

Por último, en cuanto a la pena prevista para la figura en cuestión, debe tenerse presente que la ley 23.184 —modificada por leyes 24.192 y 26.358— prevé una agravación de un tercio del mínimo y del máximo, cuando el hecho fuere cometido con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después de él, como así también durante los traslados de las parcialidades, tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle. No obstante, en estos casos la pena a imponer no podrá ser mayor que la prevista en el Código Penal para la especie de pena de que se trate (art. 1º y 2º).

---

[14] Hirsch, Hans Joachim, "La problemática de los delitos cualificados por el resultado", en *Derecho Penal Obras Completas*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culsoni, Santa Fe, 2000, p. 287/311.
[15] Ídem, p. 289/290.
[16] Ídem, p. 290.
[17] Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 140.

Antecedentes históricos:

La primera fuente a nivel nacional proviene del Proyecto de 1891, que luego fue reproducido por el 1906. No obstante, fue recién en 1903 que a partir de la ley 4189 se convirtió en derecho positivo aunque sin la parte que reza *"cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte"*, que fue agregada al Proyecto de 1917 por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, incorporándose de ese modo al Código Penal[18].

Los redactores del proyecto de 1891 pensaban que con la nueva fórmula castigaban el caso del homicidio causado con dolo indeterminado. Sostenían que el homicidio causado con dolo indeterminado, o sea el homicidio simple del art. 196 del Código Tejedor, no se encontraba especialmente distinguido en el Código entonces vigente, pero podía penarse como homicidio con una circunstancia atenuante, que era, precisamente, la de no haber tenido la intención de causar todo el mal producido. Decían que era preferible mantener una disposición especial sobre este caso tan importante y con frecuencia sometido a los tribunales[19].

Sin embargo, como bien destaca Fontán Balestra, al agregarse en 1917 la última parte referida a que *"el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte"*, se dio a la figura del homicidio preterintencional una característica precisa para diferenciarlo del homicidio y de las lesiones, ya que con la sola exigencia subjetiva de causar un daño en el cuerpo o en la salud sin haber querido la muerte, no queda excluida la posibilidad del homicidio simple, cuando el medio empleado debía razonablemente causar la muerte[20].

Como se dijo, los redactores del Proyecto de 1891 se apartaron de la redacción del art. 196 del Proyecto tejedor que rezaba *"el que sin reflexión ni premeditación resuelva y ejecute contra otro un acto capaz de poner en peligro su vida, será culpable de homicidio simple, si tiene lugar la muerte; y sufrirá seis años de presidio o penitenciaría"*, pues en definitiva esta redacción hacía referencia a un dolo de ímpetu, y no a un homicidio preterintencional[21].

---

[18] Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal…,* cit., p. 156/157.
[19] Núñez, Ricardo*, Tratado de Derecho Penal…*, cit., p. 100.
[20] Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal…*, cit. p. 58.
[21] Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal…*, cit., p. 100/101.

La idea de los redactores del Proyecto de 1891 era introducir una figura que castigara más benignamente el homicidio simple del Proyecto Tejedor, cuando el autor no tuviera la intención de producir la muerte[22].

Elementos de la figura:

Siguiendo el orden establecido por Núñez[23], se distinguen como elementos constitutivos de la figura en cuestión a) el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona, b) la producción de la muerte de esa persona por el hecho del autor, c) el empleo por el autor de un medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte, y d) la previsibilidad del resultado.

I.- <u>"El propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de un tercero"</u>:

Se trata del aspecto subjetivo de la conducta. En este sentido, se discute si el tipo analizado requiere dolo directo de lesiones, o si por el contrario, alcanza para su tipificación con dolo eventual.

La primera posición —que no compartimos— es la sostenida por Soler, quien expresamente refiere que "esta condición [por el propósito de causar un daño] no está cumplida por una forma meramente eventual de dolo ni por la mera voluntad de vejar u ofender o ultrajar que no importe un ataque al cuerpo o a la salud"[24]. La segunda es la sostenida por Creus, Fontan Balestra, Buompadre y Núñez, ente otros[25]. Éste último autor, expresa con razón que "La ley no pretende que se beneficie con la preterintencionalidad el que tiene la intención directa de lesionar, sino, también, el que indirecta o eventualmente quiere hacerlo. La interpretación contraria llevaría al absurdo de que el autor anímicamente más criminal, tendría una ventaja sobre el que lo es menos".

Es necesario que el autor haya obrado con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, pero tal propósito no ha de ser abarcado por el dolo del homicidio resultante[26].

En cuanto al grado de lesión admitido por la figura (leves, graves o gravísimas), coincidimos con Buompadre en cuanto sostiene que la ley hace referencia a un daño sin mencionar a qué tipo de

[22] Idem, p. 101.
[23] Ídem, p. 103.
[24] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 75/76.
[25] Cfr. por ejemplo, Zaffaroni, Raúl, Baigún, David (Directores), Terragni, Marco (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, 1º edición, Buenos Aires, 2007, art. 81 del Código Penal, comentado por Zullita Fellini, p. 351; D´ Alessio, Andrés (Director), Divito, Mauro (Coordinador), *Código Penal de la Nación…*, cit., comentario a artículo 81, p. 42, entre otros.
[26] Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal…*, cit., p. 58.

daño alude[27], por lo que es razonable admitir todo tipo de lesión en el ánimo del autor. En este sentido, refiere que no resulta incompatible el propósito de causar una lesión grave (por ej. una deformación en el rostro) con un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte (por ej. un golpe de puño)[28].

Si el dolo de lesión no se encuentra presente el tipo penal no resultará aplicable. Por la misma razón, si la muerte ha sido querida o aceptada, la figura será desplazada por el de homicidio simple o agravado según corresponda[29].

II.- <u>la producción de la muerte de esa persona por el hecho del autor</u>:

Debe existir una relación de causalidad entre la acción del autor y la muerte de la víctima, es decir, entre el intento de lesión —doloso— y la causación —imprudente— de la muerte[30].

Para ello, es necesario atender a las reglas de la imputación objetiva y establecer por su intermedio si, la acción del autor de intentar causar un daño en el cuerpo o en la salud de otro, con un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte —creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado—, fue efectivamente la causa de dicho resultado —realización del riesgo en el resultado—[31].

En este sentido, carece de significado el tiempo que pueda transcurrir entre la acción y la muerte del sujeto pasivo, pues lo que importa es la existencia de un nexo causal[32].

III.- <u>El medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte</u>:

El homicidio preterintencional sólo es admisible si el medio empleado por el autor no debía razonablemente ocasionar la muerte[33].

---

[27] Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Pena..., cit.,* p. 158.
[28] En contra, Núñez, *tratado de derecho penal...,* cit. p. 106, quien sostiene que la ley pretende dar a entender que todo ánimo lesivo que no signifique admisión de grave riesgo para la persona, cae en los términos de la preterintencionalidad. En palabras del autor "Esto se explica porque la incompatibilidad de las lesiones graves o gravísimas como objetivos del autor, con la exigencia legal de que éste no obre con dolo homicida, se resuelve atendiéndose a la peligrosidad del medio que suponen. No es legalmente admisible que, por ejemplo, el autor pretenda cegar a la víctima o aniquilar su capacidad para engendrar, con un medio que razonablemente no resulte peligroso".
[29] Donna, Edgardo, *Derecho Penal…*, cit., p. 152.
[30] Finzi, Marcelo, *El delito preterintencional*, cit., p. 72.
[31] También es posible establecer el nexo causal aplicando cualquier teoría de la casualidad conocida (teoría de la equivalencia de las condiciones o teoría de la causalidad adecuada), como sugiere Donna. Derecho Penal, Parte Especial, cit., p. 149/150.
[32] Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 60.
[33] Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal…*, cit., p. 108.

Cuando la ley utiliza la expresión "medio" no lo hace exclusivamente en sentido instrumental, sino que alude al procedimiento utilizado por el autor[34].

Señala con acierto Buompadre que "El elemento del medio empleado por el autor constituye una regla de interpretación que debe ser apreciada en todo el contexto del caso, que exige una valoración —como lo tiene resuelto la jurisprudencia— no sólo en abstracto sino también en concreto, porque un medio por lo general no idóneo puede ser apto en determinadas circunstancias o sobre ciertos sujetos y, por el contrario, un instrumento inequívocamente mortífero deja de serlo por la forma inocua e intencionadamente menos vulnerante con que se lo utiliza".

En este sentido, Soler explica que "en el concepto de medio empleado se comprende no sólo la cosa usada sino el uso mismo que de ella se hace". Fontan Balestra, por su parte, agrega que "No es decisiva la apreciación del medio empleado en sí mismo para resolver si él debió o no razonablemente ocasionar la muerte; porque un medio puede ser o no idóneo según quien lo use, cómo se use y contra quien se use"[35].

Por definición, si el medio empleado "debía" razonablemente ocasionar la muerte, desaparece la posibilidad del homicidio preterintencional para dar lugar al homicidio doloso[36].

En definitiva, la cuestión del medio empleado y la apreciación de su idoneidad, es siempre a una cuestión de hecho[37].

Por otra parte, entendemos que el autor tiene que conocer que el medio empleado es o no razonablemente apto para producir la muerte de la persona que ataca. Ello remite al problema del error sobre la razonabilidad del medio empleado para causar la muerte, pues puede suceder que el autor crea que el medio que utilizó no debía razonablemente matar, no obstante su verdadera capacidad letal. En este caso, corresponderá aplicar las reglas del error de tipo y resolver la cuestión en función de ellas.

IV.- La previsibilidad del resultado:

Si bien la previsibilidad de ocasionar la muerte no es un elemento del tipo penal en cuestión puesto que no surge de su enunciado normativo, la importancia de él deriva de la posibilidad de conectar la intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud de un tercero, con el resultado muerte obtenido. Ello, como requisito ineludible del principio de culpabilidad.

---

34 Donna, Edgardo, *Derecho penal..*, cit., p. 156.
35 Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal…*, cit., p. 60.
36 Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal…*, cit., p. 159.
37 Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 77.

Entendemos que esto es así, desde el momento que en el homicidio preterintencional lo que se le reprocha al autor a título de imprudencia es, precisamente, que siendo previsible, no previó que con su conducta podía ocasionar la muerte del agredido.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que "…el camino de la historia dogmática que han seguido en la jurisprudencia y en la doctrina los delitos calificados por el resultado ha sido marcado por el esfuerzo de evitar una arbitraria atribución de responsabilidad por el resultado. Desde este punto de vista, se admite la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente"[38].

Consecuentemente, la doctrina mayoritaria sostiene que la muerte debe ser previsible pero que el autor no la haya previsto[39]. Entonces habría dolo inicial en el delito de lesiones e imprudencia con respecto al resultado.

Así, Soler señala correctamente que "…además de la base dolosa referible a las lesiones causadas por el sujeto, en el fondo de la imputación del evento más grave yace una forma de culpa. La diferencia entre este hecho y un homicidio doloso reside en que no se ha querido ni representado la muerte; la diferencia con el homicidio culposo, en que existe un hecho básico doloso; la diferencia con las lesiones, en que objetivamente se ha producido más que lesiones y en que el medio empleado podía razonablemente producir ese exceso"[40].

De esta manera, la falta de conexión subjetiva entre la lesión y la muerte llevará a descartar la imputación a título preterintencional y a considerar solamente la imputación por las lesiones correspondientes según el alcance que se puede otorgar al dolo del autor[41]. En caso de que el resultado sea previsible pero que el autor no lo haya previsto, se estará ante homicidio preterintencional. Finalmente, aquel hecho en el que el sujeto activo previó la muerte al menos como probable, constituirá un homicidio doloso.

---

[38] CSJN, "Antiñir, Omar M. y otros s/homicidio en riña", rta. el 4/07/2006. Cfr. en este mismo sentido el caso "S.A. Parafina del Plata", registrado en Fallos 271:297, así como también los precedentes de Fallos 303:1548; 312:149; 312:447; 316:1190, disidencia del juez Petracchi; 316:1239, disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio; 316:1261, consids. 11 del voto de la mayoría y 9 de la disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio".

[39] Cfr. entre otros, Buompadre, *Tratado de Derecho Penal..*, cit., p. 160, Fontan Balestra, *Derecho Penal…*, cit., p. 60, Núñez, *Tratado…*, cit., p. 115.

[40] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* cit, p. 75.

[41] Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 153.

No todo ataque contra el cuerpo o la salud de otra persona hace previsible la muerte de ésta. Por regla, no es previsible la muerte como consecuencia de un castigo en la región glútea, o de una cachetada en el rostro. En estos casos, la muerte de la víctima es un verdadero caso fortuito del que no tiene que responder el autor[42].

Coincidimos con Donna en que si se habla de un delito imprudente, la cuestión debe remitirse a la violación del deber objetivo de cuidado, determinando en el caso concreto cuál era el cuidado debido en base a un criterio normativo[43].

Entendemos que ello es así en la medida en que, si la imputación objetiva del resultado requiere de la creación de un riesgo típico que se realice en el mismo, la creación del riesgo típico ya viene exigida por la necesidad de infracción de la norma de cuidado. De este modo, el resultado causado deberá necesariamente realizar el riesgo creado por la infracción a la norma de cuidado, siendo preciso para ello, además de la relación de causalidad, que la causación del resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada[44].

Jurisprudencia:

Sobre el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud:

- *"de las pruebas producidas en la causa, no surge que R tuviera con anterioridad algún tipo de animosidad contra P, por lo que indudablemente, a criterio del suscripto, la actitud tomada al aplicar el golpe, era ayudar a su amigo (que en ese momento estaba peleando con la víctima) y no la de producir su muerte*"[45].

- *"En la difícil tarea de describir cual ha sido la intensión de M. R. al agredir a su hermano[46]... empiezo descartando absolutamente que haya obrado con dolo directo. De haberse propuesto dar muerte a P., habría obrado con más violencia, o le habría aplicado mayor número de lesiones, hasta lograr ese objetivo"[47].*

---

[42] Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal…,* cit., p. 116.

[43] Ob. Cit., p. 153.

[44] Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 8º edición, Ed. B de F, Capital Federal, 2010, p. 297.

[45] Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 1 de Santa Rosa, "R., C.H.; L., C.A.; B., S.M", rta. el 08/11/2006, publicado en LL on line. Del voto en disidencia del Dr. Filinto B. Rebecchi.

[46] En el caso el acusado le había producido a su hermano una herida de 1,5 cm. de longitud y de 5 a 7 cm., aproximadamente, de profundidad, en la zona periumbilical del lado derecho, a 2 cm. de la línea media, con un elemento de punta y filo, que podía tratarse de un cuchillo o elemento similar, quedando postrado en la cama de su vivienda hasta que finalmente su hermano, que era la única persona con quien compartía la vivienda y a quien no le era ajeno el sufrimiento de aquél ya que escuchaba sus quejidos, lo conduce conjuntamente con un vecino a la guardia de un Hospital, habiendo dejado transcurrir 24 hs. desde el episodio referido.

[47] TOC nº 1 de Zarate-Campana, "Robles, Mario H.", rta. el 15/07/2001, LLBA2001. Del voto en disidencia de la Dra. Dalsaso. La mayoría del Tribunal condenó por homicidio simple al considerar la Dra. Andreini que el imputado se

- *"Si hubiera tenido la sola intención de lesionar no hubiera utilizado su cuchillo de enormes dimensiones, y menos aún en la zona que lo utilizó, ya que con la referida desproporción física le bastaba con sus puños. Es por ello que descarto plenamente que su intención haya sido sólo la de lesionar a E., lo cual me aleja de la mínima posibilidad de poder admitir el homicidio privilegiado del art. 81, inc. 1° ap. b.) del CP, tal como lo pretendiera subsidiariamente la defensa, o lo peticionara alternativamente el Fiscal"*[48].
- *"previo al puntazo, no existía motivación alguna del imputado para querer matar a la víctima de quien era amigo y con quien había compartido la cena y varias partidas de truco momentos antes, tanto es así, que intentó por diversas formas menos lesivas de hacer desistir de su actitud a D. (primero interponiéndose entre éste y 'Pancho', luego aplicándole los planazos en la frente y empujándolo hacia fuera para alejarlo de 'Pancho'), escogiendo el puntazo como último recurso para lograr que D. se calmara. Ello demuestra también que H., tuvo varias oportunidades, previas al puntazo, para aplicarle un corte mortal a la víctima y, sin embargo no lo hizo, prefiriendo golpes leves de contención tendientes a tranquilizar a D. que, al parecer se encontraba muy ofuscado. Pero además cuando le aplica el puntazo, lo hace en el muslo de la pierna, y no lo dirige hacia una zona donde razonablemente una herida de arma blanca puede lesionar órganos vitales"*[49].
- *"…ninguna probanza se ha reunido que permita afirmar una intención de homicidioen el encausado; por el contrario, los elementos agregados al plexo probatorio apuntan a dar crédito a los dichos de G. en cuanto a que su intención fue la de causar una lesión en el cuerpo de Arribas que frustrara su evasión. Si repasamos los dichos de S., veremos que éste relata que G. en un momento determinado se puso en posición americana de tiro, lo que significa que no actuó descuidadamente, se dispuso a efectuar un disparo y lo hizo tomando la precaución de apuntar para no causar un daño de magnitud. Aunque equivocado, la circunstancia de haber tomado esta precaución y haber interesado la zona en la que el disparo ingresó, demuestra que no estaba en su ánimo terminar la vida de quien se evadía…En consecuencia, G. tuvo la intención de lesionar a A. y dirigió su accionar para lograr dicho objetivo que se representó debidamente. No obstante, el*

---

representó como probable el resultado lesivo, sosteniendo, en lo pertinente a este punto que *"La representación del resultado por parte de Robles, surge claramente de la lesión provocada, del medio empleado para inferirla, de la forma en que utilizó el elemento agresivo, como así también al zona del cuerpo en que la produjo"*. El Dr. Penzotti, por su parte, explicó la improcedencia de la calificación a titulo de homicidio preteintencional tras descartar que el elemento utilizado por el autor no deba razonablemente ocasionar la muerte. Así, sostuvo que *"El elemento utilizado por el encartado era objetivamente idóneo para causar la muerte y fue utilizado en circunstancias y en el lugar físico que razonablemente debía causar la muerte"*.

[48] TOC nº 2 de Mar del Plata, "Hidalgo, Osmar H.", rta. el 4/09/2006, LLBA2007 (febrero). Del Voto del Dr. Angulo.

[49] Del voto mayoritario en el fallo citado precedentemente.

resultado obtenido fue diverso, el proyectil ingresó más arriba de lo esperado, interesó la vea cava cuya ubicación es imposible suponer que el encausado conociera y luego interesó ases intestinales produciendo al parecer astillas en el sacrocoxigeo…"[50]

Sobre la razonabilidad del medio empleado para causar la muerte:

- *"el medio utilizado tenía razonabilidad letal, desde que consistió en aplicar reiterados golpes de puño y puntapié en la cabeza, rostro y cuello de la víctima, a quien una vez caída, P. continuó aplicándoselos voluntaria y concientemente"*[51].

- *"Los informes médicos evidencian que F. C., persona casi cuarenta años mayor, en estado de ebriedad, fue sometido a una severa —diría feroz— golpiza, rematada incluso con puntapiés cuando el damnificado ya se encontraba inerte en el suelo, sin atinar defensa alguna. Semejante ataque tiene aptitud como para producir diversas y graves lesiones e incluso conlleva la razonable probabilidad de ocasionar la muerte, pareciéndome irrelevante que uno ó varios traumatismos craneanos se hayan producido por reiterados golpes de puño ó puntapiés aplicados directamente sobre la cabeza, ó por la caída en el suelo que los golpes provocaron"*[52].

- *"La probabilidad razonable de que el medio empleado (golpes de puño) causara la muerte no debe ser apreciada valorando exclusivamente las cualidades intrínsecas del instrumento utilizado, sino atendiendo también a las características de la persona que lo usó y aquella contra quien lo usó, y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que fue empleado"*[53].

- *"el medio empleado —golpe de puño— no constituye un elemento que en circunstancias ordinarias sean idóneos razonablemente para causar la muerte (salvo el caso de deportistas profesionales, o habituales a las practicas de boxeo, artes marciales, etc.)"*[54].

- *"el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte, por tratarse de un par de golpes con la consecuente caída y no de una brutal paliza en donde el sujeto activo podría haberse representado el resultado"*[55].

---

[50] TOC nº 13 de la Capital Federal, "Gimenez, Jesús P. s/art. 81, inc. 1º del CP", rta. el 19/05/2004, LLonline. Del voto de los Dres. Pagano y Rawson Paz.

[51] Corte de Justicia de Catamarca, "Pachao, José", rta. el 22/05/2007, DJ2007-III, 1236 - LLNOA2007. Del voto del Dr. Oviedo.

[52] Cámara de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, "Herrera, Patricio Leonel", rta. el 1/03/2010.

[53] Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Criminal, laboral y minas, "Navarro, Walter M.", rta. el 9/05/2007, LLNOA2007 (septiembre). Del voto del Dr. Rimini Olmedo.

[54] Del voto del Dr. Llugdar en el fallo citado precedentemente.

[55] Cámara 2a en lo Criminal de Salta, "Ramos, Enrique A.", rta. el 26/04/2006, LLNOA2007.

- *"En el caso, analizada la racionalidad del medio empleado, en su aspecto objetivo —instrumento utilizado— , complementada con su aspecto subjetivo — la dirección donde se dirigió el puntazo (muslo de la pierna izquierda), la pequeña dimensión y profundidad de la herida causada, y la ausencia de reiteración de actos lesivos— , me permiten concluir que en el caso concreto, el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte"*[56].

- *"Si consideramos que sólo tuviera importancia el medio en si, en este caso un arma de fuego, no habría discusión posible. Pero esta no es la postura de la doctrina mayoritaria. A ello deberá unirse el estudio de cómo se empleó ese medio, puesto que de allí surgirá la prueba que nos conducirá a afirmar que el resultado ha sido obra de un caso fortuito o producto de una negligencia que dará lugar a la figura de que se trata"*[57].

Sobre la previsibilidad:

- *"La preterintencionalidad requiere indefectiblemente que la muerte sea previsible como una consecuencia del medio empleado pero que el autor no haya previsto efectivamente esa previsión; entonces, podemos decir, en el caso concreto, que la preterintencionalidad tiene como límite superior la falta de una razonable capacidad del medio empleado (golpes de puño), y como límite inferior tiene la previsibilidad del resultado mortal: si se excede el límite superior se debe indagar la responsabilidad dolosa, en tanto que rebasándose el límite inferior, la muerte es un caso fortuito"*[58].

- *"El golpe asestado fue tan solo la solución que encontró aquel hombre rudo para salir de la transición sin reparar que su decisión habría de ser fatal"*[59].

- *"...si bien H. podía haber previsto la muerte de la víctima, no ha previsto efectivamente dicha posibilidad, no se la ha representado y, en consecuencia, descarto que haya habido dolo eventual de causar la muerte en su actuar lesivo"*[60].

- *"considero que al aplicar el golpe en la persona de P. R no tenía la intención de matarlo y tampoco previó que pudiera producirse dicho evento"*[61].

---

[56] Cfr. Fallo "Hidalgo, Osmar H.", cit. Del voto del Dr. Angulo.
[57] TOC nº 13 de la Capital Federal, "Gimenez, Jesús P. s/art. 81, inc. 1º del CP", cit., del voto de los Dres. Pagano y Rawson Paz.
[58] Fallo "Navarro", cit. Del voto del Dr. Rimini Olmedo.
[59] Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rafaela, "Coria, Leonidas", rta. el 15/05/1996, LLLitorial 1997.
[60] TOC nº 2 de Mar Del Plata, "Hidalgo, Osmar H.", cit. Del voto del Dr. Angulo.
[61] Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 1 de Santa Rosa, "R., C.H.; L., C.A.; B., S.M", rta. el 08/11/2006, LL on line. Del voto en disidencia del Dr. Rebecchi.

- *"…a juicio de la Sala, la muerte de la víctima no fue querida ni prevista como posible por los imputados, aun cuando era susceptible de ser presagiada. Es que, como se ha dicho, los golpes que recibió —al menos dos— le fueron aplicados en el marco de una pelea que se inició a partir de una agresión ilegítima, a la que le continuaron golpes recíprocos entre los contendientes. Tal situación de ningún modo resulta reveladora de un designio homicida (aunque sí lesivo) y tampoco exhibe el caso —en función del medio empleado para lesionar— representación del resultado producido"*[62].

Art. 82: *"Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años".*

El artículo 82 del Código Penal hace referencia a la figura del parricidio preterintencional, y como tal, establece una pena atenuada respecto de la prevista en el art. 80 del Código Penal, cuando concurriere alguna de las circunstancias del inc. 1º de dicho artículo.

En efecto, la ley vigente sanciona con pena de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión al que en las circunstancias del art. 82 del Código Penal (emoción violenta o preterintención), causare la muerte a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son (art. 80, inc. 1º, C.P.).

Se establece así la concurrencia de una figura agravada con otra atenuada, resultando manifiestamente desproporcionada la pena para el caso del homicidio preterintencional, en función de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. En este sentido, coincidimos con Fontán Balestra en cuanto expresa que "una cosa es tener el propósito de causar un daño en el cuerpo o la salud del ascendiente, descendiente o cónyuge con un medio que razonablemente no debía causar tal resultado y otra cosa es tener dolo homicida"[63].

Nótese que como bien destaca este autor, la pena que prevé el art. 82 es mayor que la del homicidio simple, e igual que la del homicidio en ocasión de robo (art. 165) o el envenenamiento de aguas, alimentos o medicinas seguido de muerte (art. 200), entre otros tipos penales, que suponen acciones iniciales mucho más graves y con posibilidades más ciertas de que resulte una muerte"[64].

---

[62] CCC de la Capital Federal, sala IV, "Bragagnolo, Matías", rta. 25/08/2008, LL 13/01/2009.
[63] Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 61.
[64] Ídem

Durante la vigencia de las leyes 17.567[65] y 21.338[66] el segundo párrafo del artículo 82, preveía la concurrencia del homicidio preteintenional con cualquiera de las circunstancias del art. 80. De este modo, se entendía que cualquier circunstancia cualificativa del homicidio agravado, admitía la posibilidad de una muerte preterintencional. Además, se contemplaba la concurrencia de la preterintención con la emoción violenta, y la pena era de 2 a 8 años de prisión o reclusión[67], lo que —como dijimos— es un monto que nos parece más acorde a la culpabilidad del autor.

[65] Vigente entre el 1º de febrero de 1968 y el 28 de mayo de 1973.
[66] Del año 1976
[67] Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 61.

Bibliografía:

1. Buompadre, Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial I, 3º edición, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 156/157.
2. Donna, Edgardo, Derecho penal. Parte Especial, Tomo I, 2º edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
3. D´ Alessio, Andrés (Director), Divito, Mauro (Coordinador), Código Penal de la Nación comentado y anotado, T. II, , 2º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, comentario a artículo 81 del C.P., por Delia Iellin-Julio Pacheco y Niño, actualizado por Santiago Vismara.
4. Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, actualizado por Guillermo Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, 17º edición, Buenos Aires, 2008.
5. Finzi, Marcelo, El delito Preterintencional, Notas relativas al Derecho Argentino por Daniel Carrara, traducido por Conrado A. Finzi, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1981.
6. Hirsch, Hans Joachim, "La problemática de los delitos cualificados por el resultado", en Derecho Penal Obras Completas, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culsoni, Santa Fe, 2000.
7. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, 8º edición, Ed. B de F, Capital Federal, 2010.
8. Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, volumen I, 2º reimpresión, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 100.
9. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, E. Tea (Tipográfica Editora Argentina), Buenos Aires, 2000.
10. Zaffaroni, Raúl, Baigún, David (Directores), Terragni, Marco (Coordinador), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, 1º edición, Buenos Aires, 2007, art. 81 del Código Penal.
11. Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

Fallos:

1. CSJN, "Antiñir, Omar M. y otros s/homicidio en riña", rta. el 4/07/2006
2. CSJN, "Méndez, Nancy Noemí s/homicidio atenuado", rta. el 22/02/2005.
3. CSJN, "Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel", rta. el 11/09/2007.
4. CSJN, "Esquivel Barrionuevo, víctor Carlos", rta. el 17/10/2007.

5. TOC 1 de Zarate-Campana, “Robles, Mario H.”, rta. el 15/07/2001, LLBA2001.

6. TOC nº 2 de Mar del Plata, “Hidalgo, Osmar H.”, rta. el 4/09/2006, LLBA2007 (febrero).

7. Corte de Justicia de Catamarca, “Pachao, José”, rta. el 22/05/2007, DJ2007-III, 1236-LLNOA2007.

9. Cámara de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, “Herrera, Patricio Leonel”, rta. el 1/03/2010, LL online.

10. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Criminal, laboral y minas, “Navarro, Walter M.”, rta. el 9/05/2007, LLNOA2007 (septiembre).

11. Cámara 2a en lo Criminal de Salta, “Ramos, Enrique A.”, rta. el 26/04/2006, LLNOA2007.

12. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rafaela, “Coria, Leonidas”, rta. el 15/05/1996, publicada en LLLitorial 1997.

13. Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 1 de Santa Rosa, “R., C.H.; L., C.A.; B., S.M”, rta. el 08/11/2006, LL online.

14. CCC de la Capital Federal, sala IV, “Bragagnolo, Matías”, rta. 25/08/2008, LL 13/01/2009.

15. TOC nº 13 de la Capital Federal, “Gimenez, Jesús P. s/art. 81, inc. 1º del CP”, rta. el 19/05/2004, LL online.

Trata de Personas

Por Mariana Barbitta

Arts. 145 Bis del Código Penal.[1] **: "S*erá reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima."***

(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

Art. 145 ter: ***"En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:***

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.

3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

4. Las víctimas fueren tres (3) o más.

5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.

6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

---

1 Mariana Barbitta, abogada penalista, docente de la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Matanza, Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Universidad de Palermo. Presidenta de la Asociación de Mujeres Penalistas de Argentina (AMPA).

Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

I.- Aclaración Previa.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar dogmáticamente el delito de trata de personas incorporado al Código Penal Argentino en el año 2008 y reformado en diciembre de 2012.

Es necesario aclarar previamente al lector, que el estudio de cada uno de los dos artículos que regula el delito será efectuado desde una mirada crítica sobre el derecho penal y su impacto directo, en las garantías constitucionales, pues en rigor, más allá del análisis especifico que se realice sobre los tipos penales, no hay que olvidar que estamos utilizando la herramienta más violenta que tiene el Estado para proteger los bienes jurídicos tutelados: la pena[2].

Al profundizar el abordaje sobre la doctrina y jurisprudencia especializada en la materia, se puede observar que, como ya ha ocurrido con la penalización de otras conductas (*por ejemplo, todas aquellas vinculadas con el tráfico de estupefacientes*), el derecho penal –*sin que ello sea una novedad*-, ha seleccionado para la aplicación del castigo a la población más vulnerable sin poder profundizar las investigaciones y dirigir la sanción punitiva a quienes realmente, los instrumentos internacionales, han identificado como tratantes. Veremos entonces que, sin perjuicio de reconocer el esforzado trabajo que realizan los operadores del sistema penal, cierto es que a la luz de los casos judicializados podemos advertir una selectividad que refleja la punibilidad de sectores absolutamente vulnerables que en la actualidad se encuentran privados de su libertad. Este dato, a nuestro atender, no debería ser pasado por alto cuando además, en los últimos tiempos ha crecido de manera llamativa la persecución penal de mujeres que en los inicios de las investigaciones aparecen bajo el rotulo de "*imputadas*' pero que en la realidad, también son *víctimas* de la problemática social de la trata de personas.[3]

---

2 *"...La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario..."*. en Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General", editorial Ediar, Buenos Aires, marzo 2009, página 5.

En palabras sencillas, más allá de alegrarnos en el cumplimiento por parte de nuestro país, del compromiso internacional asumido en cuanto a la prevención, represión y sanción del delito de trata, cierto es que, las estadísticas obtenidas de los casos judicializados evidencian una preocupante selectividad de poblaciones vulnerables que, lo único que ha generado es una inflación en materia de encarcelamientos que de ningún modo soluciona, el flagelo que importa, esta nueva forma de esclavitud del siglo XXI.

La reforma del año 2012 es un claro ejemplo de ello que, ha posibilitado con el aumento de penas y la exclusión del consentimiento como causal de atipicidad, el incremento de mujeres y hombres en situación de encierro, desviando la mirada de aquellas situaciones sociales, culturales y políticas (*patriarcado, capitalismo, etc)* que favorecen la reproducción de estas prácticas abusivas.

II**.- Los antecedentes. El cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Argentina.**

El delito de trata de personas se encuentra tipificado en el Libro II, Título V del Código Penal. Fue introducido por la Ley 26.364[4] el día 29/04/08 y modificado por Ley 26.842[5] de fecha 26/12/12.

La incorporación del delito de Trata de Personas era una deuda que tenía la República Argentina toda vez que nuestro país, es signatario en particular, del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido como el Protocolo de Palermo.

---

3 El 40% de las tratantes son mujeres. De 74 procesamientos ordenados en todo el país, el 43% son mujeres. Ver en este sentido, informe elaborado entre la Procuración General de la Nación y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). El informe puede verse en la página oficial de la Procuración General: www.mpf.gov.ar.

4 Ley 26.364 "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas", sancionada el 9/04/08 y promulgada el 29/04/08.

5 Ley 26.842 "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas", sancionada el 19/12/12 y promulgada el 26/12/12.

Argentina, participó de la Conferencia Política de Alto Nivel que se realizó en Palermo, Italia, de acuerdo con la resolución 54/129 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, firmándolo el 12/12/00.

Asimismo, con fecha 01/08/02, el Congreso de la Nación sanciona la Ley Nº 25.632 que, aprueba la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional que consta de cuarenta y un (41) artículos, y sus protocolos complementarios: a) para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que consta de veinte (20) artículos, y b) contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que consta de veinticinco (25) artículos", depositando en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el instrumento de aprobación el 19/11/02.[6]

El propio protocolo afirma la necesidad de contar con un instrumento jurídico que pueda abordar los aspectos específicos del delito de trata, siendo un complemento de la convención.

En su art. 2 se definen los fines del protocolo "***prevenir*** *y* ***combatir*** *la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños;* ***proteger*** *y* ***ayudar*** *a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos y,* ***promove****r la cooperación de los Estados partes para lograr esos fines".*

La obligación internacional asumida por nuestro país, mereció la redacción de la primera de las leyes en materia de trata de personas (2008) que además, de incorporar al Código Penal los arts. 145 Bis y 145 Ter agregaba, en su artículo 6º la enumeración de los derechos de las víctimas. Esta misma protección se mantuvo en la ley reformada del año 2012 con prescindencia del rol de denunciante o querellante que tuviese la víctima, en los procesos penales correspondientes y, hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes.

Como veremos en los capítulos que siguen, la ley no solo tuvo en miras la tipificación del delito sino además, la regulación de los derechos acordados a las víctimas de trata de personas. Ello tiene fuerte impacto pues la mayoría de ellas son extranjeras.[7]

II.- a) **Disposiciones constitucionales relativas a la trata de personas y esclavitud.**

---

6 Gianelli Dublanc, María Laura "Medidas legislativas y de otra índole adoptadas por los Estados en relación a la Trata de Personas", Misión con funciones regionales para el Cono Sur, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, 2005.

7 "…El 29 % de las víctimas fueron de nacionalidad boliviana, el 20 % argentina, el 21 % paraguaya, el 12 % peruana y el 12 % dominicana…", ver informe elaborado por la UFASE en www.mpf.gov.ar.

La Constitución dispone en su artículo 15 que "*En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración…*', agregando que *"…Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República…*" Asimismo declara en su artículo 17 que ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.

Además de los arts. 15 y 17 de la Constitución Nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994, varios instrumentos de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y ello exige, un análisis más completo de todas aquellas prohibiciones contenidas en esas normas internacionales. En este sentido, el artículo 75 inciso 22 determina que corresponde al Congreso:

"*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia,* ***tienen jerarquía constitucional, no derogan articulo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos…".***

De la enumeración precedente se desprende que, los artículos 15 y 17 se complementan con las siguientes disposiciones:

a) *Declaración Universal de Derechos Humanos*:

Artículo 4.- Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas

b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Artículo 6.- Prohibición de la esclavitud y servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio [...]

c) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Artículo 8.-

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán Prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre

d) *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*

Artículo 6.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

e) *Convención sobre los Derechos del Niño*

Artículo 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Cada uno de los mencionados artículos exige a las autoridades nacionales, la obligación de erradicar todas aquellas prácticas abusivas que reproduzcan la trata de personas. En este sentido, la reciente creación de la Procuraduría de Trata de Personas y Secuestros Extorsivos[8] en el ámbito, de la

8 Resolución PGN Nro. 805/13 de fecha 30/04/13 suscripta por la Dra. Alejandra Gils Carbo, Procuradora General de la Nación.

Procuración General de la Nación es una muestra del trabajo que viene llevando adelante el Estado Nacional con miras a minimizar los riesgos que se producen como resultado, de estas prácticas ilegales.

Asimismo, con fecha 06/08/08 se creó la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata[9], en el ámbito de la Jefatura de Gabinete del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, con el objetivo de erradicar –*entre otras cosas*- los patrones socioculturales que reproducen la desigualdad de género y contribuyen a la violencia de género.

Si bien, resta aún mucho camino por recorrer cierto es que, la creación de ámbitos específicos ayudan a la minimización de la problemática de la trata de personas.

II.b) **Consideraciones generales sobre el delito de trata de personas.**

El término trata de blancas *(hacía referencia al tráfico de mujeres de tez blanca del oeste europeo*) fue utilizado en 1902 para distinguir esas conductas del comercio de esclavos negros desarrollada en el Siglo XIX. "*...Habitualmente se ha escuchado hablar de trata de blancas refiriéndose con ello a los proxenetas que viven del trabajo de mujeres que ejercían la prostitución para ellos...*".[10]

Ha sido considerado por un sector de la doctrina como, las nuevas formas de **dominación** (*un comercio sumamente redituable)* y de **esclavitud** (*posición de dominio económico, capitalismo, explotación de unos países sobre otros, forma de violencia de género).*

---

9 Resolución 2149 de fecha 06/08/08. En este mismo ámbito, se creó la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual que tiene a su cargo la aplicación y cumplimiento del Decreto PEN N° 936/2011 que establece la prohibición de la publicación de avisos de comercio sexual, por cualquier medio, con el fin de prevenir la trata de personas y erradicar paulatinamente los patrones socioculturales que reproducen la desigualdad de género y sostienen o generan violencia contra las mujeres.

10 Cilleruelo, Alejandro: "Trata de personas para su explotación", LL, 2008-D, 781, página 1.

Se ha ampliado el término explotación incluyendo la trata laboral, la sexual, la pornografía, la venta de órganos, los matrimonios serviles.

El mayor porcentaje de víctimas se encuentra entre mujeres y niños y en estos últimos años se ha incrementado la trata laboral superando los números respecto de la trata con fines de explotación sexual.

Como causas que permiten la reproducción de estas prácticas abusivas tenemos que mencionar la pobreza, el desempleo, la escasa educación, la falta de información y, las desigualdades entre hombres y mujeres presente en sociedades patriarcales, la discriminación de género.

Si bien las cifras aún no están determinadas, algunos sectores consideran que el ***delito ocupa el primer lugar como actividad lucrativa ilegal en el mundo***, superando el tráfico de drogas y el de armas.

En nuestro país, entre 1906 y 1910 operó una organización a cargo de un hombre de origen polaco (Zwi Migdal) quién organizaba traslados a los países de Europa para reclutar mujeres a las que se les prometía matrimonio en la Argentina para luego, encerrarlas y obligarlas a ejercer la prostitución. El hecho salió a la luz por la denuncia de una de sus víctimas Raquel Liberman.

"...Nuestro país fue bastante tiempo campo propicio para la trata de blancas. Al amparo y atracción de la liberalidad de nuestras leyes, del pujante desarrollo económico y del gran aluvión inmigratorio, verdaderas asociaciones, formadas casi en su totalidad por extranjeros, hicieron de la trata de mujeres un remunerador comercio que comprendía desde la importación hasta la adecuada colocación en el mercado local...".[11]

II.b) 1.- <u>El concepto de trata de personas.</u>

En cuanto al concepto de trata de personas, el Protocolo de Palermo refiere en su art. 3º, apartado a):

"Por `trata de personas´ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la

---

11 Fontán Balestra, Carlos "Delitos contra la integridad sexual. Trata de personas", Tratado de Derecho Penal, editorial Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.

prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos, o servicios forzados, la esclavitud o las practicas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órgano”[12].

Como se advierte, la definición que contempla el instrumento internacional, ha extendido las finalidades de explotación no solo a la sexual sino a distintas problemáticas como son la explotación laboral, servicios forzados, la extracción ilícita de órganos, entre otras.

Esta extensión de las finalidades de trata ha sido receptada por la doctrina en forma positiva al decir, “*...**Así, el Protocolo contiene la primera definición internacional de “trata de personas”. Se requiere de una aproximación a la trata diferente a la contenida en la Convención de 1949, la cual solamente se centraba en la prostitución y consideraba que todo tipo de prostitución, fuere voluntaria o forzada, era trata**...*”.[13]

Se ha coincidido, que la trata de personas es una de las modernas formas de esclavitud, generando un comercio humano que garantiza para los autores (*en la mayoría de los casos*), ganancias económicas que superan los beneficios obtenidos respecto del tráfico de estupefacientes y el tráfico ilegal de armas.

Maximiliano Hairabedián define a la trata de personas como *“...una versión moderna e insidiosa de la esclavitud*...”[14]

Asimismo, en cuanto a las ganancias obtenidas se ha dicho que *“...La trata de personas es la… actividad que más ingresos genera al crimen organizado, después del narcotráfico y el tráfico de armas, según estimaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)...*”.[15]

---

12 Artículo 3º, del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

13 Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal. Parte especial. Tomo II-A”, segunda edición actualizada y reestructurada, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, noviembre 2011, página 282.

14 Hairabedián, Maximiliano. “Tráfico de Personas”. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional. Apéndice legislativo. Editorial, Ad-Hoc, Monteagudo. Provincia de Buenos Aires, agosto 2009, página 15.

Las definiciones de trata de personas afirman la existencia de una relación de sujeción especial entre el autor y la víctima que se materializa como un binomio sujeto-objeto donde la víctima de trata es considerada una cosa.

En este sentido, Cilleruelo define a la trata de personas como "*...una modalidad delictiva por la cual se establece entre la víctima y los delincuentes una relación de sujeto-objeto, donde al objeto únicamente se lo mantiene en condiciones de vida exclusivamente en la medida que reporte ingresos económicos. La persona es lisa y llanamente una cosa que acarrea beneficios, cuando deja de darlos, los delincuentes se desprenden de las víctimas...*"[16].

Otro sector de la doctrina focaliza la definición en términos de un aniquilamiento de distintos derechos garantizados a los ciudadanos como la libertad, la dignidad, la libre disposición del cuerpo, entre otros, considerando que la configuración del delito de trata de personas debe ser, entendido como un delito de lesa humanidad.

Esta postura ha sido mantenida en particular, por los representantes de organismos no gubernamentales[17] dedicados a la lucha por la erradicación de la trata de personas.

"...Los crímenes contra la humanidad son actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad...La trata de personas es pues un delito de lesa humanidad y, por tanto, debería tener penas acordes a dicha gravedad...".[18]

---

15 Niremperger, Zunilda y Rondan, Francisco "Mercaderes de Vidas. Una visión histórica, sociológica y jurídica del delito de trata de personas", prólogo del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Contexto, Chaco, marzo 2010, página 41.

16 Cilleruelo, ob,cit.

17 Esclavitud Cero. Abordaje integral de la trata de personas a cargo de Mercedes Assorati (Coordinadora General), Susana Fraidenraij (Coordinadora Legal) y Cinthia Belbussi (Asesora Legal). La información relativa a la ONG pueden verse en www.esclavitudcero.wordpress.com.

18 Assoratti, Mercedes "Obligación del Estado Argentino de reparar a las víctimas de trata de personas", ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional sobre Trata de Personas, realizado en Buenos Aires en el año 2008, citada por Flores, Ercilia R y Romero Díaz, María "Trata de personas con fines de explotación", editorial Lerner, Córdoba, junio 2009, páginas 54-55.

Por su parte, Hugo D Bauché define el delito de trata como "*...la negación de los derechos fundamentales de las personas (...) es la negación de la persona, su anulación en tanto sujeto de derecho. Convertir a las víctimas, en una cosa y quebrar su subjetividad es el medio que tienen los operadores de las redes de explotación para lograr someterlas y así entregarlas a los requerimientos de los usuarios, con el fin de obtener a costa de ellas un beneficio económico u otro tipo de contraprestación. Mediante la palabra `trata´-termino oficial utilizado por las Naciones Unidas- se hace referencia al comercio de seres humanos ya sea hombres, mujeres, niñas o niños con fines de explotación...*"[19].

Todos los autores coinciden en resaltar que la problemática de la trata de personas, si bien no es novedosa, ha impactado en el mundo a partir de la utilización de instrumentos tecnológicos que posibilitan con mayor intensidad la captación de las víctimas en sus condiciones de esclavas facilitando de este modo la explotación (laboral, sexual, venta ilícita de órganos, etc).

"*...La delincuencia organizada no ha irrumpido de repente en la historia de la criminalidad sino que, por el contrario, ha ido evolucionando hasta presentarse, en los tiempos actuales, como un fenómeno nuevo y con sustanciales diferencias respecto de las formas tradicionales. La moderna preocupación en el tema no implica pues, en modo alguno, que estamos frente a un problema de nueva aparición, pero significa que la voz de la amenaza ha sonado más fuerte que nunca [Gómez de Liaño, Fonseca-Herrero, Marta, Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Colex, Madrid, 2004, p.29)]...*".[20]

II. c) **El circuito de la trata de personas en la Argentina.**

En nuestro país, existe un predominio de la trata interna sobre la internacional. Algunas provincias como puntos de origen: Misiones, Tucumán, Jujuy, Entre Ríos, Santa Fe, Córdoba.

19 Bauché, Hugo Daniel. "Trata de personas. Cosificación y negación de la persona como sujeto de derecho". Ediciones Jurídicas- Eduardo Lecca editor, Buenos Aires, Marzo 2010, página 7.

20 Luciani, Diego Sebastián "Criminalidad organizada y trata de personas", editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, septiembre de 2011, página 12.

Otras provincias como puntos de destino: Buenos Aires, Córdoba, Santa Cruz, Río Negro y Chubut.
Se produce también ingreso de víctimas desde los países limítrofes: Paraguay, Bolivia, Brasil y Perú.
Egresan hacia EEUU, Europa y Asia.
Se conocen alrededor de 5 circuitos internos:

- ✓ Circuito de la costa (Mar del Plata a Río Gallegos)
- ✓ Circuito de las rutas del norte: desde Misiones hacia Ushuaia, Córdoba, Buenos Aires.
- ✓ Circuito mediterráneo: Córdoba, Mendoza y La Rioja.
- ✓ Circuito norteño: desde Salta, Jujuy y Tucumán hacia Córdoba y Buenos Aires.
- ✓ Circuito interno triangular: une el norte de Buenos Aires con el sur de Córdoba y Santa Fe.

III.- El bien jurídico protegido en el delito de trata de personas.

La trata de personas ha sido ubicada por el legislador nacional en el título V del Libro II del Código Penal que protege el bien jurídico Libertad[21]. Si bien, este interés jurídico predomina como objeto de protección no debe olvidarse que también esta modalidad delictiva pone en riesgo otros bienes como la dignidad humana, la libre disposición del cuerpo, la intangibilidad de la persona, entre otros.

Se ha definido al concepto de libertad como "*...la facultad de todo individuo de ejecutar sus propias decisiones, sea que éstas se refieran a desempeñar una determinada actividad, o a no realizarla, o a impedir que terceros invadan un ámbito de intimidad reconocido constitucionalmente...la libertad se manifiesta no sólo como un derecho de hacer o no hacer, sino también como un derecho a impedir que otros hagan...*".[22]

Como se advierte, se trata de un bien jurídico amplio no solo desde la protección constitucional sino desde la óptica de todos y cada uno de los intereses que pueden ser afectados. Por ello, se ha dado en llamar delito *pluriofensivo* pues engloba la lesión a distintos objetos de protección.

---

21 **"...La libertad tiene un carácter complejo, con múltiples dimensiones en referencia a la satisfacción de necesidades sociales. De ahí la protección de la intimidad, de la libertad sexual, de la libertad ambulatoria, etc...",** Fellini, Zulita "Delito de trata o tráfico de niños", colaboración Carolina Morales Deganut, 2da edición actualizada y ampliada, editorial Hammurabi, Buenos Aires, abril 2007, página 147.

22 Amans, Carla V y Nager, Santiago "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", Director Carlos A Elbert, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, junio 2009, página 177.

"*Cuando se habla de trata de personas estamos refiriéndonos a una de las peores formas de degradación del ser humano, ya que se trata de la comercialización de personas con fines de explotación. Constituye una de las violaciones más graves a la dignidad de hombre y, consecuentemente, a los derechos humanos...es un delito pluriofensivo, que tiene como punto de sustentación la pobreza...si bien, atento la ubicación de la norma dentro del digesto penal, se trata de proteger esencialmente la libertad de la persona en su aspecto físico como en la posibilidad de autodeterminación, hay otros bienes amparados como la vida, la integridad física y la integridad sexual...*"[23]

Al pensar en los bienes jurídicos protegidos por el delito no escapa al lector, que la identificación de uno solo de aquellos intereses es casi una tarea imposible pues en rigor, las conductas tipificadas por el legislador, podrían poner en riesgo distintos bienes jurídicos, dificultando con ello, la correcta individualización del tipo penal y la posible afectación al principio de legalidad que exige descripciones claras, precisas y circunstanciadas.

Queda claro entonces que, el intérprete de la ley deberá ser muy estricto a la hora de definir los tipos penales sin poder utilizar tan claramente, la herramienta del concepto de bien jurídico, por su dificultosa individualización.

En palabras sencillas, y a modo de sortear las propias dificultades diría que para hablar del bien jurídico protegido en el delito de trata, podríamos usar las siguientes "**palabras mágicas**": dignidad humana, vida e integridad psíquica-física, libertad y seguridad personal, libertad sexual, indemnidad, libertad de tránsito, libertad de residencia, libertad para elegir el trabajo que realizaré, que explican por sí solas, las diferentes lesividades que producen, las conductas tipificadas en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.

"*...El bien jurídico protegido en el delito de trata comprende varios aspectos de la libertad e integridad de la persona...la dignidad humana en la más ampliar de sus concepciones: vida e integridad psíquica, física, libertad y seguridad personal, libertad sexual, indemnidad sexual del menor*

23 Rivera, Euclides Nicolás y Martínez, Gustavo "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", tomo I, Prólogo a cargo del Dr. Carlos J. Lascano. Editado con el auspicio de la Universidad Católica de Córdoba. Año del Bicentenario. Editorial Lerner, Córdoba, agosto 2010, página 388.

de edad, libertad de tránsito, y de residencia, libertad para elegir la actividad laboral, respeto a la vida privada y honra de la persona..."[24]

Tenemos entonces que, existe una problemática específica frente a la delimitación del concepto de bien jurídico en este tipo de delito, debiendo los operadores del sistema penal, ser sumamente precavidos y cautelosos a la hora de definir el objeto de protección.

IV.- **La incorporación del delito de trata de personas a nuestro Código Penal.**

El 30/04/08 se sancionó la ***Ley 26.364 "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas",*** cuyo objeto fue la implementación de medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas. El 26/12/12 se sanciona la ***Ley 26.842*** que sustituye alguno de los artículos contemplados en la primera de las leyes de trata.

Abordaremos en esta publicación la legislación actual, sin perjuicio de hacer algunas aclaraciones en cada uno de los artículos.

La primera modificación que introduce la ley 26.842 se vincula con la **definición de trata de personas.**

"Se entiende por trata entiende por trata de personas el ***ofrecimiento****, la* ***captación,*** *el* ***traslado,*** *la* ***recepción*** *o* ***acogida*** *de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. A los fines de esta ley se entiende por* ***explotación*** *la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos****. El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil, o administrativa de los autores, participes, cooperadores o instigadores".***

---

24 Niremperger, ob, cit, página 84.

El legislador argentino tomando como base la definición proporcionada por el Protocolo de Palermo, introdujo **modificaciones** a la legislación anterior (26.364) descartando la clasificación entre trata de mayores y menores, la eliminación del verbo típico "transporte" por considerarlo sobreabundante y excluyendo el consentimiento como causal de atipicidad.

Esta última cuestión relativa al consentimiento trajo acaloradas discusiones pues en rigor, se está utilizando una *presunción iure et de iure* (no admite prueba en contrario) que descarta la existencia de una anuencia por parte de la víctima que excluiría la tipicidad del delito de trata de personas.

En la redacción anterior, únicamente aparecía esta prohibición frente al delito de trata de menores de 18 años y nada decía respecto de la trata de mayores.

Ahora, legislativamente se ha cerrado la posibilidad de argumentar la existencia de consentimiento como causal de atipicidad, sin perjuicio de los posibles planteos en los casos concretos de inconstitucionalidad por violación al principio de reserva (art. 19 de la Constitución Nacional).

En un interesante trabajo formulado por Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, los autores analizando la legislación anterior *–que nada decía sobre el consentimiento de mayores de 18 años-*, adelantaban su opinión negativa en cuanto a la posibilidad de aceptar como causal de atipicidad el consentimiento en este tipo de delitos.

"…La trata de personas busca garantizar a una persona la libertad tanto física como psíquica de autodeterminación (Libertad de elegir un plan de vida en el que pueda seguir considerándoselo persona) castigando aquellas acciones que conducen a la explotación y esclavización del ser humano… Dado el contenido y alcance del bien jurídico que ampara a la trata de personas éste no resulta disponible por el particular damnificado. Por lo tanto no cabría otorgar, al menos de lege ferenda, eficacia alguna al denominado consentimiento de la víctima…".[25]

La segunda modificación que se introdujo con la Ley 26.842 es el aumento de las escalas penales. La figura básica tiene una escala penal que va desde los 4 (cuatro) a 8 (ocho) años de prisión a

25 Colombo, Marcelo L y Mángano, María Alejandra, "El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal".

diferencia de lo que ocurría con la redacción de la ley 26364 que imponía un mínimo de 3 años y un máximo de 6 años de prisión.

Esta nueva redacción ha sido claramente el reflejo de la presión que recibieron los legisladores y operadores judiciales frente al caso mediáticamente conocido como "*Marita Verón*"[26]. En ese antecedente, que se investigaban hechos que tenían vinculación con lo que hoy se conoce como trata de personas (*cuya tipificación no existía al momento de los sucesos),* los imputados salieron absueltos (diciembre de 2012) generando violentas reacciones por parte de la sociedad que reclamaba penas y justicia y empujando a los miembros del Congreso Nacional a tratar la reforma.

Ya hemos adelantado nuestra preocupación por el aumento de penas desmedido creyendo que esa solución, resuelve algún conflicto vinculado a la trata de personas. Los reclamos por aumentos de escalas penales, únicamente permiten distraer la mirada de los operadores en materia penal y acrecientan las omisiones por parte del Estado en la construcción de redes de contención social que eliminen la reproducción de modelos patriarcales, las desigualdades económicas y las distribuciones inequitativas de las riquezas.

También el Ministerio Publico Fiscal especializado, se alzó con las críticas hacia la sentencia judicial.

"…La Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE) ***criticó a los jueces que absolvieron a los 13 acusados por la desaparición de Marita Verón*** *porque no dieron "relevancia probatoria a los testimonios de las otras víctimas que pasaron por los prostíbulos que administraban las personas imputadas. Así lo expresó la UFASE que preside el fiscal* ***Marcelo Colombo*** *en un comunicado en el que advierten que los jueces de la Sala II de Tucumán que juzgaron el caso de Marita Verón no valoraron correctamente las pruebas, y que ello sienta un "pésimo precedente a futuro…No se ha dado relevancia probatoria a los testimonios de las otras víctimas que pasaron por los prostíbulos que administraban las personas imputadas, hoy absueltas. Además de afirmar haber*

26 **CIJ: Centro de información judicial. Agencias de noticias del poder judicial. Caso Marita Verón: el tribunal absolvió a todos los acusados. La Sala II de la Cámara en lo Penal de la provincia de Tucumán dio a conocer este martes la sentencia. En la causa habían sido imputadas 13 personas por privación ilegítima de la libertad y promoción de la prostitución.**

visto a Marita, relataron sus propios infiernos y padecimientos, mostrando la cara más cruel del negocio prostibulario que aún hoy es naturalizado y visto en clave edulcorada…La fiscalía sostuvo que ***"los valientes testimonios de las mujeres prostituidas fueron ignorados, mal interpretados o subestimados, o quizá todo a la vez…****La experiencia de otros casos similares demuestra que el preconcepto sexista y clasista que, en general, portan los operadores del sistema judicial conduce a que no se conciba un testimonio de esas características como un argumento que precisa de recaudos especiales para su producción e interpretación", indicó la Unidad Fiscal…Las absoluciones dan cuenta del escaso valor que se les otorgó y representan un pésimo precedente a futuro…Esta lamentable situación nos demuestra una vez más que la violencia hacia las mujeres es un problema presente que aún cuesta erradicar y que el sistema de administración de justicia necesita trabajar mucho para lograrlo…*".[27]

Más allá, de las criticas puntuales respecto de la valoración que realizo el Tribunal Oral en el marco del debate, lo que aquí interesa remarcar que la reforma en materia del delito de trata de personas, se ha sumado a la creencia, que con el aumento de penas se soluciona el flagelo del Siglo XXI. Los legisladores han escuchado el reclamo de la sociedad quienes sin conocer exactamente el funcionamiento del sistema penal, ligeramente, reclaman más encierros.

Al igual que lo sostuvimos al inicio, no debe olvidarse que el análisis de la jurisprudencia sobre los casos de trata de personas desde su incorporación al Código Penal únicamente refleja la criminalización de sectores vulnerables de la población que, lejos se encuentran de ser considerados "tratantes" según el espíritu señalado por el Protocolo de Palermo.

La Ley 26.842 también ha ampliado los fines de explotación agregando el tema de la pornografía infantil y los matrimonios forzados o cualquier tipo de unión de hecho.

Veremos al analizar la estructura típica (tanto objetiva como subjetiva) que estas nuevas incorporaciones podrían traer aparejados algunos cuestionamientos constitucionales a la luz del principio de legalidad (art. 18 CN), reserva y lesividad (art. 19 CN).

---

27 Diario On-Line, Minuto-Uno. Todas las noticias, de fecha 14/12/12.

El art. 4 de la nueva ley de trata de personas, contempla las garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas, aclarando que el Estado Nacional garantizara a las víctimas de los delitos de trata o explotación de personas distintos derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente y, hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes, sin aclarar cuál sería, la extensión de esta reparación. Entre las garantías acordadas a las victimas podemos citar:

a) **recibir información** sobre sus derechos;

b) **recibir asistencia** psicológica, médica y jurídica gratuitas;

c) **recibir alojamiento** apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada;

d) **recibir** capacitación laboral;

e) **recibir protección frente a toda posible represalia** contra su persona o su familia, pudiéndose incorporar al Programa Nacional de Protección de Testigos (Ley 25.764);

f) **permanecer** en el país, recibiendo la documentación necesaria a tal fin. Se brinda la posibilidad a la victima de peticionar (si así, correspondiere) refugio en los términos de la Ley 26.165

g) **retornar** a su lugar de origen;

h) **prestar testimonio** en condiciones especiales de protección y cuidado;

i) **ser informada** del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso;

j) **ser oída** en todas las etapas del proceso;

k) **protección de su identidad e intimidad;**

l) **incorporación** o **reinserción** en el sistema educativo;

En el caso de victimas menores de edad, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. Las medidas de protección de derechos no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo.

El art. 7º hace referencia al hospedaje de las víctimas prohibiendo su alojamiento en cárceles, establecimientos penitenciarios, policiales, o destinados al alojamiento de personas detenidas, procesadas o condenadas.

El art. 8º legisla sobre el derecho a la privacidad y reserva de identidad: se prohíbe la creación de registros especiales para la inscripción de las víctimas. Las actuaciones judiciales serán confidenciales.

V.- **La tipicidad del delito de trata de personas. La figura básica.**

Para comenzar diremos que en el art. 145 Bis del Código Penal se tipifica la figura básica del delito.

"*Sera reprimido con prisión de 4 (cuatro) a 8 (ocho) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima".*

Para comenzar el análisis, debemos sostener que se trata de **una ley penal en blanco** [28] pues remite para los supuestos de explotación al art. 1 de la Ley 26.842.

Muchas han sido las criticas constitucionales respecto a este punto pues a decir verdad, el principio de legalidad exige una descripción clara, precisa y circunstanciada de la materia de prohibición que reclama definir además, los alcances del elemento subjetivo distinto del dolo como es, la finalidad de explotación.

En concreto, podría frustrarse la investigación si por ejemplo la defensa argumenta que nos encontramos ante un caso de ley penal en blanco que pone en riesgo el debido proceso y en particular, el principio de legalidad (arts. 18 y 75, inciso '22" de la CN).

---

28 El legislador nacional, a la hora de tipificar conductas reprimidas por el derecho penal utiliza distintas formas para expresarse, en algunos casos, describe conductas que, únicamente admiten su realización en forma dolosa, esto es, exigiendo que el sujeto activo, al momento de producirlas, conozca y quiera la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo (tipos dolosos) y otras que, requieren para su realización una actividad desplegada con imprudencia, impericia o negligencia por parte del autor (delitos culposos), técnica legislativa esta última dejada de lado para los delitos aquí analizados. Por otra parte, encontramos en el catálogo de tipos penales, descripciones típicas que se enrolan dentro de los denominados delitos de omisión u omisivos, en las cuales el sujeto activo deja de realizar el mandato requerido por la norma penal (delitos de omisión).

Al definir el concepto de ley penal en blanco se ha dicho que se trata de "*…ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos…*". En términos sencillos, podemos sostener que se trata de una norma con rango de ley que habilita a otras normas de rango reglamentario, mediante una delegación expresa, para que puedan completar la materia prohibitiva. Si bien, en nuestro caso se trata de una ley emanada del Congreso Federal, nada limita la crítica constitucional, pues el autor no conoce todo lo relativo a la materia de prohibición.

La proliferación de la utilización de leyes penales en blanco podría suponer una vulneración del principio de legalidad en la medida en que la necesidad de acudir a otras normas sea de tal entidad, que no se cumpla con las descripciones mínimas en el texto de la ley penal que exigen el art. 18 CN pues, de lo contrario, se estarían afectando las características de *lex scripta*, *lex certa*, *lex previa* y "lex stricta" demandadas para que el recurso de acudir a otras leyes o disposiciones de menor rango sea constitucional.

Para evitar la posible vulneración al principio de legalidad Bidart Campos menciona las siguientes reglas: *"…a) la norma complementaria siempre debe ser anterior al hecho punible, b) esa norma no requiere necesariamente ser una ley, pero si quien queda habilitado para dictarla es el poder ejecutivo o un organismo administrativo, la ley penal en blanco debe fijarle con precisión los contornos…la norma que completa a la ley penal en blanco integra el tipo penal. Por eso decimos que quienquiera sea, según el caso, el autor de esa norma, ésta debe ser anterior al hecho punible, porque de lo contrario faltaría el recaudo constitucional de ley previa (en cuanto a incriminación y sanción) para fundar la condena. No siempre es fácil diferenciar la ley penal en blanco (constitucionalmente válida) de otras leyes en las que el núcleo esencial de la incriminación no describe una conducta típica sino que remite a un conjunto de normas no individualizadas…parece un buen perfil para la admisión constitucional de una ley penal…el núcleo esencial de la materia penalmente prohibida requiere ley; la norma integradora sólo señala condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos complementarios, pero sin entrar jamás a definir lo prohibido. Cuando este perfil no se configura, hay que admitir que no se ha respetado el requisito de validez que el principio de legalidad impone a las leyes penales en blanco. Habrá que sostener, al contrario que, el principio de legalidad penal ha quedado transgredido…"*.

V. a) **Sujeto activo.**

Se trata de un sujeto activo común porque no requiere ninguna cualidad especial, puede ser hombre o mujer (*El que)* y requiere ser una persona de existencia real.

El art. 145 Bis del CP, no reprime la conducta de una persona de existencia ideal como si lo recepta, el Código Penal Español que en su art.177 Bis, dentro del título VII Bis "De la Trata de Seres Humanos" castiga con prisión la responsabilidad de las empresas que hayan colaborado con la realización del delito (*en la mayoría de los casos se trata de aquellas sociedades que poseen transportes de pasajeros quienes podrían prestar colaboración en los traslados, a sabiendas que participan en alguna de las conductas reprimidas por la ley y con una finalidad de explotación).*

V.b) **Sujeto pasivo.**

La reforma ha descartado la distinción entre la trata de mayores de 18 años y la trata de menores, debiendo entonces considerar que los sujetos pasivos se definen como cualquier individuo hombre, mujer, niño/a, homosexual, travesti, transexual, personas con elecciones sexuales especiales que sean víctimas de alguna de las conductas tipificadas en el art. 145 bis y agravada la escala penal según las exigencias impuestas por el art. 145 ter del CP.

V. c) **Las acciones típicas.**

Por otro lado, tenemos que definir los distintos verbos típicos que integran este tipo penal.

No obstante ello, considero que un mayor cuidado debe imponerse al momento de redactar disposiciones como las que nos convocan pues los diversos problemas lingüísticos a los que nos referimos anteriormente pueden dar lugar a la opacidad de aquellas normas. *"…En verdad, no es el caso de detenerse ulteriormente en el dato según el cual, un precepto formulado con características de claridad y simplicidad, además de salvaguardar las exigencias de certeza del derecho, juntamente con aquellas subyacentes en el principio de estricta legalidad y de igualdad, evita que entre los ciudadanos difunda la tendencia a justificar las violaciones tributarias con el pretexto de la oscuridad impenetrable de la norma…"*. En el mismo sentido y tal como ya lo hemos indicado aquel tipo penal que no sea claro y que, aun recurriendo a las mencionadas pautas interpretativas, permanezca en la referida oscuridad, no deberá ser interpretado de modo tal que a partir del mismo, se amplíe inconstitucional y arbitrariamente el ámbito de punibilidad afectando así los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad y reserva.

La doctrina mayoritaria afirma que no es necesario realizar todas las conductas descriptas, por el contrario, con la sola configuración de alguna de estas acciones ya estaríamos frente al delito de trata de personas.

Veamos los verbos típicos en particular:

- Ofrecer: invitar, brindar, prometer.
- Captar: ganar la voluntad, atrapar, entusiasmar.
- Trasladar: llevar de un lugar a otro. Con la mueva redacción se ha quitado el termino transportar debido a que la mayoría de la doctrina entendía que se trataba de sinónimos. Más allá de ello, la acción se configura sin que necesariamente, se haya llegado a destino.
- Recibir: tomar, admitir a la víctima. La doctrina entiende que alude al lugar de la explotación.
- Acoger: hospedar, alojar, esconder, brindar protección física al damnificado.

Cabe aclarar que, se configura el delito de trata de personas siempre y cuando se realice alguna de estas conductas con cualquiera de las finalidades de explotación mencionadas por la Ley 26842. Se trata de un delito denominado de resultado anticipado o recortado, donde el legislador anticipa el momento de la consumación, aunque el objeto del bien jurídico no esté todavía materialmente perjudicado, o lo esté solo en parte.

"...En los delitos intencionales de resultado cortado el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad que el sujeto pretende conseguir con la mera realización de la conducta que ejecuta, necesariamente inspirada en esa finalidad intencional...En los delitos de resultado cortado la finalidad constituye una meta a alcanzar, que es ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto. Pero el delito se ve configurado con la primera acción, siendo la segunda solo el agotamiento del ilícito...".[29]

Sin perjuicio de ello, por más que se realice una de las conductas enunciadas por el legislador, si no se puede comprobar en el caso la ultra finalidad de explotación, no habrá delito de trata de personas. Pensemos, en el caso en que un sujeto recibe o acoge a la víctima con intención de liberarla, ello, de ningún modo podría ser considerado trata de personas. Ocurre lo mismo con el art. 140 del Código Penal *(reducción a la servidumbre)* que permite sostener la atipicidad de la conducta frente a la comprobación de la ultra finalidad *(elemento subjetivo distinto del dolo: "para").*

---

29 Benitez, Víctor Hugo (h) "Trata de personas. Confluencia de figuras", septiembre 2008.

V.d) **El tipo subjetivo.**

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso que únicamente se configura bajo la modalidad de dolo directo, sin chances de admitir la realización de alguna de las conductas con dolo eventual. Se suma a la exigencia del elemento cognitivo y volitivo (dolo), la ultrafinalidad (elemento subjetivo distinto del dolo) que se traduce en la finalidad de explotación. En este supuesto, el sujeto activo debe no solo conocer y querer la realización de la conducta prohibida sino que tiene que tener el fin de explotación, es decir, la ultrafinalidad que exige el tipo penal.

En este mismo sentido lo ha entendido la doctrina al sostener "*la estructura de los nuevos tipos penales que ha incorporado la ley, requieren para su realización la concurrencia de un elemento subjetivo de carácter volitivo, que consiste en alguna de las modalidades de explotación de la víctima, por lo cual los mismos solamente podrán ser cometidos con el denominado dolo directo*". [30]

"*Respecto de la faz subjetiva que requiere este tipo penal a efectos que la tipicidad se vea configurada completamente, es necesario recalcar que ésta es una figura dolosa. Entendemos por dolo la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. Asimismo, esta figura en especial exige un elemento más (elemento distinto del dolo) que la doctrina llama también, ultrasubjetividad o intención interna trascedente. Esta representación 'más' que exige el tipo penal no debe concretarse en la realidad, es decir, si bien el principio general es que los elementos del tipo objetivo deben ser representados en su totalidad en la mente del autor, en estos casos especiales el autor debe, además, de representarse todos los elementos objetivos de la tipicidad, tener una finalidad especial…*".[31]

D'Alessio-Divito en este punto también son coincidentes al sostener "*se trata de un delito doloso que requiere, en su aspecto cognoscitivo, que el autor sepa que está captando, transportando o trasladando –dentro del país o desde o hacia el exterior-, acogiendo o recibiendo personas (en*

30 Flores, Ercila R.E y Romero Díaz, María D "Trata de personas con fines de explotación", editorial Lerner, Córdoba, junio 2009, página 93.

31 Niremperger, Zunilda y Rondan, Francisco "Mercaderes de vidas". Una visión histórica, sociológica y jurídica del delito de trata de personas, Contexto, editorial Advocatus, Obispo Trejo, septiembre 2010, página 95.

principio mayores de dieciocho años de edad) a través de los medios comisivos…y en el volitivo, la intención de realizar –de ese modo- tales acciones…en relación con la clase de dolo requerida, De Luca afirma que: 'con frecuencia se dice que, por contar con una exigencia subjetiva adicional, sólo resulta compatible el dolo directo…Sin embargo, creemos que ello no es razón para excluir las otras especies de dolo, ya que a diferencia de lo ocurrido con otras figuras (veáse el art. 80, inc.1°, Cod. Penal, cuando exige la fórmula 'sabiendo' para el autor del parricidio), en ésta el elemento subjetivo va dirigido a otra finalidad –por eso la característica de ultraintención-, en este caso, a las distintas prácticas que constituyen explotación, pero no necesariamente a reforzar la trata en sí misma…".[32]

No solo la figura exige dolo directo sino que la propia ley ha descripto como un dato relevante en este punto "*el fin de explotación*" debiendo interpretarse que nos enfrentamos a un elemento subjetivo distinto del dolo. En otras palabras, al dolo exigido por el tipo penal debe sumársele la ultrafinalidad de explotación *"…el tipo requiere un elemento subjetivo distinto del dolo –una ultrafinalidad-, puesto que exige que la acción típica sea realizada 'con fines de explotación'…*".[33]

V.e) **Las agravantes.**

Con la nueva redacción de la Ley de Trata de Personas, el legislador ha decidido como técnica legislativa tipificar en el art. 145 ter del CP las conductas que, realizadas en determinadas circunstancias, agravan el delito.

Frente a estos supuestos, la escala pena se aumenta de 5 (cinco) a 10 (diez) años cuando mediare:

- Engaño: se define como una mentira con entidad suficiente para inducir a error a la víctima. Generalmente se trata de promesas laborales falsas (se le dice a la víctima que trabajará como empleada doméstica, modelo, bailarina, mesera, pero en realidad, se persigue explotación sexual/laboral).
- Fraude: el autor se vale de un ardid para colocar en una situación de error a la víctima. Se dirige a lograr una confusión en la víctima. El ardid es una maniobra, un despliegue destinado a engañar.

32 D'Alessio, Andrés José (Director) y Divito, Mauro (Coordinador) "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", 2da edición actualizada y ampliada, tomo II, editorial La Ley, Buenos Aires, noviembre 2009, página 465.

33 D'Alessio, Andrés José (Director) y Divito, Mauro (Coordinador), ob, cit, página 466.

- Violencia: es el empleo de energía física contra o sobre algo (persona o cosa). Para la legislación argentina también se incluyen medios hipnóticos o narcóticos.
- Amenaza: abarca todas las formas de coacción, con el objetivo de crear miedo en la víctima.
- Cualquier otro medio de intimidación o coerción: el autor se aprovecha de su relación con la víctima de modo intimidatorio (obligando a la víctima a hacer algo en contra de su voluntad). Esta modalidad que agrava la conducta, puede ser cuestionada desde su redacción pues se utilizan términos muy vagos, ambiguos, poco claros, poniendo en riesgo el principio de legalidad.
- Abuso de autoridad: se trata del desborde funcional o el exceso e quien tiene poder sobre otro (jerárquico, docente, laboral, económico, familiar, diferencia de edad, desamparo, etc).
- Situación de vulnerabilidad: se refiere a una especial situación de debilidad que coloca a la persona en una condición de inferioridad ante el autor. Mayor imposibilidad de la víctima para oponerse a los designios del autor.
- Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima: se trata de pagos en dinero o servicios, promesas de trabajo a los padres.
- La misma escala penal se utiliza si la victima estuviere embarazada, o fuere mayor de 70 años. Esta es una nueva incorporación que introduce la Ley 26.842 y se refiere a la mayor desigualdad que existe entre el autor y la victima pues en un caso, la obligación de preservar la vida por nacer por parte de la madre, la coloca en una situación de mayor indefensión y vulnerabilidad. La misma situación se extiende a los casos de victimas (hombres o mujeres) que superen los 70 años de edad, pues en esos casos, se entiende que la persona se encuentra en una situación de mayor debilidad frente al sujeto activo.
- La victima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. Estos supuestos, también han sido incorporados por la última reforma de diciembre de 2012 y se vinculan con la situación de escasa reacción que puede tener una víctima en situaciones de inferioridad psíquica y/o física frente al autor. Se trata de casos en los que los autores se aprovechan de la situación de debilidad de los sujetos pasivos.

- Las víctimas fueran 3 o más. Este supuesto si bien, se encuentra agregado en el art. 145 ter y considerado como agravante, podría sostenerse que en rigor, al tratarse de una única conducta que recae en distintos sujetos pasivos, la determinación judicial de la pena seria el espacio (entre el mínimo y el máximo) que reflejaría mejor el reproche penal y evitaría cuestionamientos respecto del principio de proporcionalidad.
- En la comisión del delito participaren 3 o más personas. Se trata de una agravante relacionada con la indefensión de la víctima frente a una multiplicidad de sujetos activos. De todos modos, es necesario aclarar que dentro de la escala agravada, el órgano jurisdiccional deberá resolver en cada caso concreto el grado de autoría y participación en el hecho, respetando los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad a la hora de determinar judicialmente el castigo.
- El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. Se trata de agravantes justificadas en la relación especial, en el vínculo estrecho que se genera entre el sujeto pasivo y el autor. El legislador ha pretendido aumentar la escala penal en supuestos en los cuales el autor se basa en la confianza que posee con la víctima para poder realizar de manera menos dificultosa la conducta prohibida.
- El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Se ha incluido esta agravante frente a situaciones, en las que participa una autoridad pública y específicamente vinculada a las fuerzas de seguridad. Debe aclararse que únicamente podrá imponerse esta escala penal agravada frente a la comprobación de la calidad especial del sujeto pues nos enfrentamos a un delito impropio. Solo puede obtener la calificación más gravosa quien reúna la calidad especial. El Código Penal en el artículo 77 del título XIII, del Libro I, define al funcionario público *“”...Por los términos funcionario público y empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente…”*. La discusión no aparece menor cuando nos preguntamos sobre los alcances de las reglas de autoría y participación pues en rigor, frente a un caso de agravamiento de la pena por la calidad del sujeto activo, quienes no poseen esa calidad no deberían responder con la mayor escala, salvo que conozcan las esas circunstancias. El art. 48 del título VII del Libro I del Código Penal, expresa “*Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyos efectos sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a*

quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el participe".

V.f) **Mas agravantes.**

La reforma introdujo además, una nueva escala penal de **8 (ocho) a 12 (doce) años de prisión** "*cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas*".

La escala también se agrava de **10 (diez) a 15 (quince) años de prisión** "*cuando la víctima fuere menor de 18 años".*

La primera de las agravantes evidencia una decisión legislativa que pretende adelantar la punición a actos que aún, no han configurado la explotación (sexual, laboral, etc). A la luz de los principios y garantías en materia penal este adelantamiento podría poner en riesgo el principio de acto, reserva y lesividad pues, sin perjuicio de conocer que la doctrina define a estos delitos resultado anticipado o recortado, cierto es que podríamos estar aplicando sanción penal y con ello, poder punitivo frente a conductas que ni siquiera han elevado el riesgo por encima del permitido.

Me refiero a situaciones que sin la existencia de la consumación de la explotación, adelantarían la punibilidad a actos meramente preparatorios, no abarcados por el derecho penal. Siguiendo la ruta del *iter criminis*, ni siquiera superarían el principio de ejecución en los términos del art. 42 del CP.

La agravante por la edad de la víctima si bien, ya estaba contemplada antes de la reforma legislativa, las escalas penales variaban si el sujeto pasivo era menor de 13. Con la nueva redacción de la ley de trata de personas, al haber excluido la distinción entre mayores y menores, cualquiera sea la edad del menor, la pena será de 10 (diez) a 15 (quince) años de prisión.

V.g) **Tentativa y Consumación.**

En principio, viendo la redacción de cada una de las figuras, podríamos sostener que la tentativa no sería posible en casos en los que en rigor, nos enfrentamos a delitos conocidos como de pura o mera actividad, donde con la sola realización de la conducta basta para la configuración de la exigencia típica. Sin embargo, algún sector de la doctrina considera que se puede admitir la tentativa en casos en que el

autor ha iniciado el proceso de seducción, un tercero descubre el propósito y frente a ello, el sujeto activo huye.

"...Se trata de un delito que admite tentativa...pues bien puede ocurrir que aun sin lograr alguna de las fases que lo componen el tipo penal, el autor haya llevado a cabo actos demostrativos de su intención de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir...".[34]

En la jurisprudencia nacional, hay un caso en el que se ha condenado al autor por el delito de trata en la modalidad de captación en grado de tentativa.

"*...El imputado en un primer momento había logrado entusiasmar a las menores a viajar a la Provincia de Mendoza, pero posteriormente en razón de circunstancias que le fueron ajenas, su designio criminal se vio interrumpido. Esta interrupción del iter criminis comenzó a gestarse cuando la menor...no muy segura de su decisión...llamó a la testigo...frustrando de este modo su plan de trasladar a las menores a la Provincia de Mendoza. Destaco que la tentativa es admisible para este delito, según lo expresa Javier De Luca (Delitos contra la libertad individual), en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, directores David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coordinación Marco Antonio Terragni, tomo 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p.496. Por lo dicho, entiendo que la conducta atribuida al imputado ha quedado en grado de tentativa...2) Condenar a HRP...como autor penalmente responsable del delito de trata de personas menores de 18 años de edad con fines de explotación, agravado por la utilización de engaño y el abuso de una situación de vulnerabilidad de las víctimas en grado de tentativa...*".[35]

Ya hemos explicado que según el art. 145 ter del CP no es necesario para la configuración del delito de trata la consumación de la finalidad de explotación que pasa a ser una agravante, sin embargo, debemos decir que, al tratarse en algunos casos, de conductas permanentes (delitos continuados), el agotamiento del delito se prolongaría hasta el último momento en que se dejó de afectar el bien jurídico.

Este dato no es menor, frente a los plazos de prescripción de la conducta pues, mientras dure la afectación del bien jurídico, el tiempo que tiene el Estado para perseguir se sigue alargando.

VI.- **La No punibilidad de las víctimas de trata de personas.**

---

34 Luciani, ob, cit, página 159.

35 TOCF Nº II de Córdoba, causa Nº P-9/09, caratulada "PHR s/ trata de personas menores de edad para su explotación". Sentencia de fecha 27/04/10.

La reforma introducida por la Ley 26842 no modifico el antiguo art. 5 de la Ley 26.364 que regula la No punibilidad de la victima de trata de personas.

En efecto, dicho artículo estipula*"…Las victimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara…".*

La protección a la victima de trata permite excluirla de la responsabilidad penal por aquellos delitos que sean el resultado directo de haber sido objeto de trata. En primer lugar, aparece como una buena medida para proteger a las víctimas que durante el cautiverio por ejemplo, son obligadas a realizar conductas que pueden afectar la vida, la propiedad, la fe pública, la salud pública, etc.

Sin embargo, desde una mirada absolutamente práctica esa protección puede generar mayores perjuicios. Pensemos por ejemplo, en un allanamiento donde se detienen distintas mujeres víctimas del delito de trata de personas con la finalidad de explotación sexual. En la mayoría de los casos, podrán identificarse quienes efectivamente son sujetos pasivos por su estado de vulnerabilidad pero, en otros casos, puede aparecer como coautora del delito (*la figura de la madama*), quien en realidad es una víctima más del delito. *Que ocurrirá en esos casos*?, esa mujer, que posee los mismos grados se vulnerabilidad que el resto de las mujeres, será detenida, puesta a disposición de un Juez, deberá prestar declaración indagatoria y luego, será evaluada su versión de los hechos por el órgano jurisdiccional quien, tendrá que decidir si tiene la calidad de testigo o de imputada. Mientas tanto, la mujer confiesa, declara contra sí misma, sin tener las mínimas garantías procesales.

Ya hemos dicho al inicio, que en los últimos tiempos se ha incrementado el encierro de mujeres extranjeras por el delito de trata de personas que en rigor, no dejan de ser víctimas de aquellas prácticas perversas. Por ello, es muy importante que los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público Fiscal y la Oficina de Rescate minimicen todos los riesgos que presenta la detención de mujeres que en una primera selección poseen el rótulo de imputadas cuando en rigor, siguen siendo víctimas del delito.

VII.- **Algunos antecedentes jurisprudenciales.**

- **Diciembre 2009: Tribunal Oral Federal de Santa Fe.**[36]

Hechos: la causa se inicia con la denuncia de una señora ante la Comisaría de Coronda (Santa Fe), dando cuenta que su hija de 13 años, se había retirado de su hogar 4 días antes de la fecha de la denuncia, (encontrándose ella en Buenos Aires), en compañía de una mujer de 50 años aproximadamente que se llevó el DNI de la menor y se marcharon cuando no había nadie en la casa. La investigación logró probar que la imputada mediante engaño y aprovechándose de la extrema vulnerabilidad, la entregó a un sujeto con el fin de que sea explotada sexualmente. La menor estuvo alojada en la "*Casa del Joven*", lugar del cual escapó y al momento del dictado de la sentencia se encontraba desaparecida. Los hechos dieron cuenta que la imputada se presentó en el domicilio de la menor ofreciéndole un empleo como empleada doméstica, una remuneración de $400 mensuales, casa y comida. Le prometió a la madre que la menor regresaría antes de las fiestas, situación que no ocurrió y originó la denuncia. La menor pudo escapar del lugar donde era sometida y dar aviso al personal policial.

Sentencia: condena como autora de delito de trata de personas a la pena de **10 años de prisión** (arts. 145 ter del CP).

- **Febrero 2010: Tribunal Oral Federal de Mar del Plata.**[37]

Hechos: la causa se inició con motivo de la denuncia de la Dirección Nacional de Migraciones de la Ciudad de Mar del Plata dando cuenta de una nómina de domicilios en los que podrían encontrarse ciudadanas extranjeras las que serían explotadas sexualmente. Se realizaron tareas encubiertas, intervención de las líneas telefónicas y allanamientos. Se constató en uno de los domicilios la presencia de mujeres de nacionalidad paraguaya y brasilera, una de ellas menor de edad, quienes residían en el lugar y eran sometidas al ejercicio de la prostitución por los encargados de los lugares.

Sentencia: se dio por probado que los dos imputados acogieron en el domicilio allanado a 5 mujeres mayores de edad, todas de nacionalidad paraguayas y 1 menor de edad, de nacionalidad brasilera, mediando abuso de su situación de vulnerabilidad, con fines de explotación sexual y obtención de provecho económico.

---

36 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe, Sentencia Nº 35/09 de fecha 04/12/09.

37 Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Sentencia de fecha 08/02/10.

Pena: se condenó a una de las imputadas como autora penalmente responsable del delito de trata de personas mayores de 18 años de edad, abusando de una situación de vulnerabilidad, agravado por la cantidad de víctimas en concurso real con la trata de personas menores de 18 años, ambos con fines de explotación sexual a la **pena de 4 años de prisión**. Al segundo de los imputados se lo condenó a la misma pena pero bajo la modalidad de arresto domiciliario por tratarse de una persona no vidente.

- **Marzo 2010: Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia.**[38]

Hechos: la causa comienza con la denuncia de una mujer que manifiesta haber sido amenazada mediante mensajes en su celular diciendo que sería secuestrada para prostituirla. Que las amenazas eran de su tío (celoso, enfermo) quién tiene un hijo que posee un "privado vip" en Comodoro Rivadavia. Además, el tío de la denunciante, convive con una menor y en varias oportunidades llevaba mujeres a su domicilio. Luego de tareas de Inteligencia se pudo constatar que en el domicilio del matrimonio se ejercía la prostitución y que se había acogido a una menor a los fines de su explotación sexual, en el mismo inmueble.

Sentencia: se condenó al matrimonio en carácter de coautores del delito de, trata de personas menores de edad (18 años) a la pena de **10 años de prisión.**

- **Abril 2010: Tribunal Oral Federal de Córdoba**

Hechos: el acusado encontrándose en la estación de autobuses de la Ciudad de Córdoba, captó, con la finalidad de explotación laboral y sexual a dos menores de edad (13 y 14 años), quiénes se encontraban fugadas de un instituto de menores. Aprovechándose de la situación de desamparo de las menores, las abordó en la estación, les brindo alimento y dinero a los fines de ganar su confianza y les propuso viajar a la Provincia de Mendoza, donde les daría alojamiento y trabajo. Los hechos fueron advertidos por personal policial de la estación que permitieron, la detención del acusado antes de que se produzca definitivamente el traslado.

Sentencia: se condenó al acusado como autor penalmente responsable del delito de trata de personas menores de edad con fines de explotación, agravado por la utilización de engaño y el abuso de una situación de vulnerabilidad de las víctimas, **en grado de tentativa.**

Pena: **6 años de prisión**.

---

38 Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Comodoro Rivadavia. Sentencia de fecha marzo, 2010.

- **Julio 2010: Tribunal Oral Federal de Misiones.**[39]

Hechos: la causa se inicia con la denuncia de la Coordinadora del programa "Luz de infancia para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial infantil y la trata de personas" a raíz de la presentación de un hombre con su hija menor de 16 años manifestando la posible configuración del delito de trata. En febrero de 2008 el matrimonio se separa teniendo 3 hijas menores de edad (16, 14 y 11 años). En julio del mismo año, la madre viaja a Buenos Aires con fines laborales, invitando al poco tiempo a su hija de 16 años a que también viajara para trabajar como niñera en una casa de familia. A los pocos días, la menor viaja a la nueva ciudad con un pasaje comprado desde el lugar de destino, siendo recibida por su madre, una amiga de su madre, y un hombre quiénes la trasladaron a un prostíbulo, lugar donde se encontraba otra mujer quién sería la dueña del lugar. La menor fue entregada por su madre al hombre quién la sometió sexualmente y luego comienza a trabajar en la whiskería de aquél. En el mes de septiembre la menor logra regresar a su lugar de origen donde se aloja en la casa del novio. Luego de ello, la madre regresa a Misiones por las otras dos menores y también junto al hombre mayor para ofertarle a la niña de 16 años, un viaje a España. Ante la negativa de esta última, comienza a recibir amenazas y temiendo que le sucediese lo mismo a sus hermanas, decide contarle todo a su padre y realizar la denuncia.

Sentencia: se condena a la madre (analfabeta y no posee instrucción) a la pena de 10 años de prisión, como autora penalmente responsable del delito de trata de personas en las modalidades de ofrecimiento, captación, traslado, recepción y acogimiento con fines de explotación sexual agravada. Se ordena el cumplimiento de la condena bajo la modalidad de arresto domiciliario. Se condenó además, al hombre mayor a la pena de **12 años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de trata de personas en las modalidades de captación, traslado y acogimiento con fines de explotación sexual agravada.

- **Julio 2010: Tribunal Oral Federal de Entre Ríos.**[40]

Hechos: se inicia la causa por tareas de prevención ordenadas por el Juez Federal de Paraná para investigar delitos de trata de personas, a raíz de una denuncia anónima que recibiera la Dirección de Asistencia a la Víctima. La denuncia daba cuenta de la existencia de un inmueble en donde había

---

39 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas. Sentencia de fecha 26/07/10.

40 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná. Sentencia de fecha 26/07/10.

menores ejerciendo la prostitución. Se allanó el lugar constatando la presencia de 3 mujeres una menor de edad. Se pudo probar que la menor fue encontrada por el autor en total estado de desprotección (no poseía educación, ningún vínculo familiar de contención). Se expresó en la sentencia que la mayor desprotección estaba dada por la edad, porque no tenía la madurez suficiente. Se probó que el imputado mantuvo, recibió, aceptó y acogió a una persona menor de 18 años con fines de explotación.

Sentencia: condena en calidad de autor de delito de trata de personas (acogida de un menor de 18 años) con fines de explotación a la pena de **4 años de prisión.**

VII. a) **Algunas reflexiones sobre los antecedentes jurisprudenciales.**

- Llamativamente, en menos de dos años desde que se ha incorporado el delito de trata de personas al Código Penal, se han obtenido más de 9 sentencias condenatorias, cuando en rigor, si uno analiza los tiempos que se toma el poder judicial para investigar y llevar a juicio los asuntos, jamás hemos tenido una "justicia tan rápida", ello evidencia una decisión política y jurisdiccional de comunicarle a la población nacional e internacional que la Argentina se está ocupando del tema de la Trata de Personas.
- En general se trata de casos en los que no se advierte la actuación por parte de organizaciones de tratantes, es decir, no aparece ni el crimen organizado ni la asociación de personas con fines delictivos.
- Los autores (sujetos activos) aparecen en la jurisprudencia como vulnerables (en algunos casos, no videntes, con escasos recursos económicos, sin educación), seleccionados por el derecho penal y sancionados a muchos años de encierro.
- Hay casos en los que las propias madres (por el grado de vulnerabilidad que padecen), entregan a las hijas para ejercer la prostitución siendo ellas mismas las que captan, trasladan y mediando engaño, las ofrecen para ser explotadas sexualmente.
- En el año 2007 en la Provincia de Córdoba (antes de la incorporación del delito de trata en el CP), se produjo un hecho (conocido como "*caso Jalil*"), en el cual se pudo condenar a una red que estaba liderada por un policía quién en connivencia con otros funcionarios públicos (municipales y policiales), evitaban los allanamientos en las "whiskerías".
- Muchos de los casos se han cerrado mediante el denominado "*juicio abreviado*" que no requiere la materialización de la audiencia de debate oral y público sino que hay un acuerdo entre la

defensa y la acusación -*que debe ser razonable*- reconociendo culpabilidad y el monto de la pena.

VIII.- ***Consideraciones procesales sobre el delito de trata de personas.***

VIII. a) **Competencia.**

En cuanto a la competencia material, el delito de trata debe ser investigado por la justicia de excepción (justicia federal) de cada una de las provincias de nuestro país. Según el art. 33 del Código Procesal Penal de la Nación *–en adelante CPPN-* corresponde al Juez Federal conocer en los delitos previstos en los arts. 145 bis y 145 ter del Código Penal.

VIII. b) **Declaración de las víctimas.**

Por su parte, en cuanto a la forma de las declaraciones testimoniales brindadas por las víctimas, el art. 250 quater del CPPN incorporado por la Ley 26.842 dispone que siempre que fuera posible, las víctimas de trata y explotación deberán ser entrevistadas por un psicólogo, prohibiéndose a las partes interrogar directamente. Se habilita para la recepción de la declaración el recinto denominado Sala Gesell, debiéndose grabar la entrevista en soporte audiovisual. La medida está destina a evitar la revictimización de los testigos que frente a la ausencia de este procedimiento, deberán ser sometidas a las distintas instancias judiciales para reiterar su declaración.

El CPPN ordena la notificación a la defensa para salvaguardar el derecho del imputado al control de la medida, debiendo notificarse a la Defensoría Oficial, en aquellos supuestos en los que aún no se haya identificado al imputado.

La entrevista en la Sala Gesell podrá ser seguida desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico.

En los casos en los que sea necesario realizar un reconocimiento de lugares y/o de objetos, la victima será acompañada por el profesional de la salud, designado por el órgano jurisdiccional.

VIII. c) **Sistema sincronizado de denuncias (número gratuito 145).**

La Ley 26.842 en su artículo 13 dispuso la incorporación como título VI de la Ley 26.364 el Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los delitos de Trata y Explotación de Personas, debiendo asignarse un número telefónico (145), uniforme en todo el territorio nacional, que funcionará en forma permanente durante las 24 hs del día a fin de receptar denuncias. Las llamadas entrantes serán sin cargo y podrán hacerse desde teléfonos públicos, semipúblicos, privados o celulares. Asimismo, se garantiza el

soporte técnico para desarrollar e implementar el servicio de mensajes de textos o MSN al número (145), que serán sin cargo.

Por su parte, el art. 16 incorpora como artículo 25 de la Ley 26.364 la disposición que obliga al Ministerio Público Fiscal a conservar un archivo con los registros de llamadas telefónicas y de los mensajes de textos o SMS identificados electrónicamente, por un tiempo no menor a 10 años, a fin de contar con una base de consulta de datos que facilite la investigación de este tipo de delitos.

Al igual que ocurre con la base de datos de los imputados por delitos sexuales, estos archivos requerirán por parte de los funcionarios públicos pertenecientes al Ministerio Público Fiscal la más absoluta confidencialidad y cautela a la hora de utilizarlos pues, pueden ser la puerta abierta para la persecución penal de ciudadanos que hayan sido denunciados por alguna razón y jamás procesados y/o condenados.

Ello, está íntimamente relacionado con la posible afectación al principio de culpabilidad y al regreso de parámetros de interpretación vinculados más a un derecho penal de autor que a un derecho penal de acto.

IX**.- Legislación comparada. El Código Penal Español.**

A diferencia de lo que ocurrió en nuestro país, el delito de trata de personas, se incorporó al Código Penal Español, el 23/11/10. Fue agregado en el título VII Bis denominado "De la Trata de Seres Humanos" (art. 177 bis del CP).[41]

La figura básica de la Trata de Personas tiene una escala penal que va desde los 5 a los 8 años de prisión.

Se agrava la pena de 6 a 12 años de prisión cuando, en ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima, la víctima sea menor de edad, la víctima sea especialmente vulnerable por razón de

---

41 ***Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres*** *humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad, b) La explotación sexual, incluida la pornografía, c) La extracción de sus órganos corporales. 2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo. 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad; c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior. 5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior. 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo. 7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. 8. La provocación, la conspiración y la proposición*

enfermedad, discapacidad o situación. Se agrega la pena de inhabilitación especial por 6 a 12 años cuando, los hechos se realicen prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Una cuestión novedosa y además muy discutible es la incorporación en el Código Penal Español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, poniendo en riesgo el principio de culpabilidad. Es cierto, que esa incorporación estuvo pensada para cubrir las conductas de quienes teniendo empresas, sociedades, etc, participan de la realización del delito, proveyendo los medios de transporte para los traslados de las víctimas de un lugar a otro.

Mantiene la distinción entre los verbos típicos transportar y trasladar cuando en rigor, hacen referencia a la misma conducta.

Se extiende la causal de reincidencia, a aquellas condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que de los de trata. No solo debe ser analizada con detenimiento esta causal de extensión de los efectos de la reincidencia, sino además, recordar, las distintas posturas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales en cuanto a la inconstitucionalidad de esa figura del código penal (art. 50) por su directa afectación al principio de la prohibición de doble juzgamiento *(ne bis in idem).*

---

para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente. 9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. 10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español. 11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado".

Otra de las diferencias que encontramos con nuestra legislación, es que aquel país si bien, excluye la responsabilidad penal de las víctimas, pone en cabeza del órgano jurisdiccional una evaluación exhaustiva sobre la relación entre los delitos cometidos y su directa consecuencia producto de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometido el sujeto pasivo agregando, una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

X**.- Algunas conclusiones.**

La incorporación del delito de trata de personas en el Código Penal ha sido una muestra evidente del cumplimiento internacional asumido por nuestro país para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, sin embargo, al igual que ha sucedido con la tipificación de otros delitos, la experiencia judicial indica que hemos utilizado la herramienta más poderosa y violenta que tiene el estado (la pena) para seleccionar y encerrar población vulnerable (especialmente mujeres).

El tema debe llamarnos a la reflexión pues este incremento de mujeres en su mayoría extranjeras, también evidencia la problemática del encierro de menores de edad, poniendo en riesgo la responsabilidad de nuestro país por la violación a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En términos sencillos, el incremento de mujeres en prisión preventiva encarceladas con sus hijos menores de edad, viene siendo una constante en los últimos años que pone en riesgo la responsabilidad internacional de nuestro país por las posibles violaciones a los derechos humanos reconocidos específicamente a los niños/niñas.

"...La falta general de inclusión de la dimensión de género a la hora de pensar las normas, instituciones y prácticas que rigen las condiciones en las que las mujeres viven el encierro parece presentar una excepción en las situaciones vinculadas a la maternidad de las presas, entendida en su sentido más restrictivo...En general, el trato proporcionado a este colectivo es igual al impartido al resto de la población femenina, hecho que las coloca en una situación de mayor vulnerabilidad...La vida en la cárcel de las embarazadas o de quienes permanecen alojadas con sus hijos menores...no parece ser menos compleja que la del resto. A la inversa, además de las carencias que padece la población penitenciaria en general, este grupo debe enfrentar mayores dificultades para satisfacer las necesidades específicas de los niños, o las propias por su condición de gestantes...".[42]

---

42 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, Mujeres en Prisión, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, página 171.

Por ello, el principal pedido que debe hacérsele a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Público Fiscal es la prudencia al momento de determinar el encierro de personas vulnerables que, lejos se encuentran de ser identificadas como tratantes en los términos diseñados por el Protocolo de Palermo.

XI. **Bibliografía consultada.**

1) **Amans**, Carla V y Nager, Santiago "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", Director Carlos A Elbert, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, junio 2009.
2) **Arella**, Celeste; Fernández Bessa, Gemma; Lazo Nicolás y Vartabedian, Julieta, Los pasos (in) visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona, editorial Virus, febrero 2007.
3) **Assoratti**, Mercedes "Obligación del Estado Argentino de reparar a las víctimas de trata de personas", ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional sobre Trata de Personas, realizado en Buenos Aires en el año 2008, citada por Flores, Ercilia R y Romero Díaz, María "Trata de personas con fines de explotación", editorial Lerner, Córdoba, junio 2009.
4) **Bauché**, Hugo Daniel. "Trata de personas. Cosificación y negación de la persona como sujeto de derecho". Ediciones Jurídicas- Eduardo Lecca editor, Buenos Aires, Marzo 2010.
5) **Cacho, Lydia,** Esclavas del poder. Un viaje al corazón de la trata sexual de mujeres y niñas en el mundo, Editorial Debate, Buenos Aires, 2011.
6) **Castro, Natalia Eloísa,** Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual. Un estudio jurídico penal. Prólogo de Luis Fernando Niño. Editores del Puerto, 2012.
7) **Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS),** Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, Mujeres en Prisión, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, página 171.
8) **CIJ:** Centro de información judicial. Agencias de noticias del poder judicial.
9) **Cilleruelo,** Alejandro: "Trata de personas para su explotación", LL, 2008-D, 781.
10) **Colombo,** Marcelo L y Mángano, María Alejandra, "El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal".

11) **D'Alessio,** Andrés José (Director) y Divito, Mauro (Coordinador) "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", 2da edición actualizada y ampliada, tomo II, editorial La Ley, Buenos Aires, noviembre 2009.
12) **Diario On-Line**, Minuto-Uno. Todas las noticias, de fecha 14/12/12.
13) **Donna,** Edgardo Alberto "Derecho Penal. Parte especial. Tomo II-A", segunda edición actualizada y reestructurada, editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, noviembre 2011.
14) **Esclavitud Cero**. Abordaje integral de la trata de personas a cargo de Mercedes Assorati (Coordinadora General), Susana Fraidenraij (Coordinadora Legal) y Cinthia Belbussi (Asesora Legal). La información relativa a la ONG pueden verse en www.esclavitudcero.wordpress.com.
15) **Fellini**, Zulita "Delito de trata o tráfico de niños", colaboración Carolina Morales Deganut, 2da edición actualizada y ampliada, editorial Hammurabi, Buenos Aires, abril 2007.
16) **Flores,** Ercilia R y Romero Díaz, María "Trata de personas con fines de explotación", editorial Lerner, Córdoba, junio 2009.
17) **Fontán Balestra**, Carlos "Delitos contra la integridad sexual. Trata de personas", Tratado de Derecho Penal, editorial Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.
18) **Genera** (Asociación en Defensa de los Derechos de las Mujeres). I y II Jornada de acción contra la trata. Reflexionando desde una perspectiva jurídica sobre trata, prostitución y migraciones, Barcelona, España.
19) **Gianelli Dublanc**, María Laura "Medidas legislativas y de otra índole adoptadas por los Estados en relación a la Trata de Personas", Misión con funciones regionales para el Cono Sur, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, 2005.
20) **Hairabedián**, Maximiliano. "Tráfico de Personas". La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional. Apéndice legislativo. Editorial, Ad-Hoc, Monteagudo. Provincia de Buenos Aires, agosto 2009.
21) **Informe** elaborado por la UFASE en www.mpf.gov.ar
22) **Informe** elaborado entre la Procuración General de la Nación y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). El informe puede verse en la página oficial de la Procuración General: www.mpf.gov.ar.
23) **Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, Convención CEDAW y Protocolo Facultativo. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, San José de Costa Rica, 2004.

24) **Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional, San José de Costa Rica, 2004.

25) **Luciani**, Diego Sebastián "Criminalidad organizada y trata de personas", editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, septiembre de 2011.

26) **Mahiques, Carlos A**, Leyes penales especiales. Prologo Patricia Llerena, Fabián Di Placido, editor, Buenos Aires, 2004.

27) **Ministerio Publico de la Defensa**, Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres. Embajada Británica en Buenos Aires, 2012.

28) **Montoya, Mario**, Mafia y Crimen Organizado, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

29) **Niremperger**, Zunilda y Rondan, Francisco "Mercaderes de Vidas. Una visión histórica, sociológica y jurídica del delito de trata de personas", prólogo del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Contexto, Chaco, marzo 2010.

30) **Resolución PGN** Nro. 805/13 de fecha 30/04/13 suscripta por la Dra. Alejandra Gils Carbo, Procuradora General de la Nación.

31) **Resolución 2149** de fecha 06/08/08. En este mismo ámbito, se creó la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual que tiene a su cargo la aplicación y cumplimiento del Decreto PEN N° 936/2011 que establece la prohibición de la publicación de avisos de comercio sexual, por cualquier medio, con el fin de prevenir la trata de personas y erradicar paulatinamente los patrones socioculturales que reproducen la desigualdad de género y sostienen o generan violencia contra las mujeres.

32) **Rivera**, Euclides Nicolás y Martínez, Gustavo "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", tomo I, Prólogo a cargo del Dr. Carlos J. Lascano. Editado con el auspicio de la Universidad Católica de Córdoba. Año del Bicentenario. Editorial Lerner, Córdoba, agosto 2010.

33) **Torres**, Sergio (compilador), Tráfico de estupefacientes. Cuestiones dogmáticas u de técnica procesal en la investigación judicial, colección penal IV, Induvio Editora, Bahía Blanca, marzo 2012.

34) **Zaffaroni**, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General", editorial Ediar, Buenos Aires, marzo 2009,

Sustracción de Menores

Por **Javier Recalde y María M. Biglieri**

Art. 146.- "*Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare*".

1.-**Antecedentes Históricos y Legislativos**:

Comenta Soler que la figura en análisis posee una fuerte tradición jurídica que deviene tanto del derecho español como germánico (**1**, pág 54), llamada robo de niños, el que era fuertemente castigado.

Así dentro de los delitos contra la libertad, el art. 408 del Código Español de 1848 decía "La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de cadena temporal", la norma vigente a esa fecha no describe el delito en forma autónoma, sino junto con otras detenciones ilegales.

Esta regla encontró sus raíces en el Fuero Juzgo y en las Partidas y se semejante al art. 354 del Cód. Penal Francés, el art. 75 del Código austríaco y 337 del Código de Napoleón (**11**, pág. 256)

Explica Cuello Calón que en el Fuero Juzgo se penaba la sustracción de los hijos de los hombres libres de casas de sus padres, quedando el culpable como siervo del hijo robado o pagaba una pena pecuniaria (**14**, pág. 690)

Menciona Tejedor que entre los romanos la figura se denominaba plagio y que fue construida para castigar el accionar de grupos que atacaban los caminos, penándose con la muerte (Siglo I A.C., Lex Fabia: "*quién sabiendo y con dolo malo vende o dona a un ciudadano romano independiente contra su voluntad; a los que persuaden a un esclavo a huir, o bien los apresan, ocultan, venden o donan contra la voluntad y en perjuicio de sus dueños, mermando de tal manera a éstos en su patrimonio*")

Desde el ámbito nacional, recién con el código tejedor de 1867 puede observarse la inclusión de una norma que resulta ser antecedente de la figura en comentario. Rezaba el art. 283 "…el que sustrajere un menor de nueve años del poder de sus padres, sufrirá tres meses de arresto. La pena será de dos meses si el menor sustraído estaba en poder de su guardador o de cualquier persona encargada de su custodia".

Para el art. 284 la figura se agravaba "si la sustracción se hiciese con el objeto de privar al menor de algún derecho civil o de un aprovecharse de sus servicios o de sus bienes la pena será de un año de prisión y multa de veinte y cinco a quinientos fuertes."

Estas figuras se encontraban agrupadas en el capítulo II "sustracción de Menores", en el Título VI "De los delitos contra las garantías individuales", que nos da una idea del bien jurídico que tales mandatos intentaban proteger.

Debe tenerse en cuenta que no existía en aquel entonces un código en materia penal que rigiera en forma soberana en nuestro país, sin perjuicio del mandato expreso de la constitución nacional de 1853.

Tal situación sería subsanada en 1887 por la entrada en rigor de la Ley nacional 1920, que unificó la normativa penal en el país. El art. 158 que contemplaba la acción punible en trato, quedó entonces redactado asi: "el que sustrajere un menor de nueve años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, sufrirá la pena de prisión por uno a tres años"

Por ende quedó sin efecto la figura atenuada del código tejedor, para el caso que el menor fuera sustraído del poder del guardador o figura análoga, no efectuando sobre ellos distingo y elevó fuertemente los quantum punitivos.

El código penal de 1921 delineó la acción punible en el art. 146, manteniendo desde aquel entonces esa ubicación y la siguiente redacción. "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviera u ocultare".

La figura se mantuvo sin cambios hasta la sanción de la ley 24410 en el año 1994, cuando se elevaron los montos de la pena a los de cinco a quince años de prisión o reclusión que rigen actualmente.

2.- **Bien Jurídico**

Una amplia discusión doctrinaria se cierne sobre éste punto básico del análisis de una norma penal.

La discusión se centra sobre si lo tutelado es el derecho a la libertad del menor, a los derechos sobre la patria potestad de los progenitores, al estado familiar o al derecho de identidad de los niños.

Explica Soler "…*el bien jurídico aquí tutelado es el de la libertad en aquel sentido genérico propio del plagio, no porque sea necesaria la reducción del menor a un estado de servidumbre, sino porque el menor de diez años, efectivamente se encuentra en una situación de dependencia casi total de otra voluntad, y la ley castiga al que usurpa esa otra voluntad* (**1**, pág. 64)". Más adelante afirma *"Como delito contra la libertad, éste comprende, dentro de la misma calificación, a la acción de retener, para la cual los autores exigen ordinariamente cierta duración, de manera que efectivamente pueda afirmarse que los padres se han visto privados del ejercicio de la facultad genérica de tutela* (**1**, pág. 67) "

Por otra parte Donna parece obviar la discusión reinante al sintetizar "…*Es el derecho básico a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos. Desde ésta perspectiva, el bien jurídico en estos tipos penales pasa por esta idea, y es desde ésta idea que debe entendérselos* (**15**, pág. 215)".

Fontan Balestra enuncia las distintas opiniones y termina aseverando que el bien jurídico tutelado es un derecho del niño y no del tenedor de éste, y aún en el caso que ambos bienes pueden verse afectados, el del menor es superior. (**5**, pág 362)

Al respecto Nuñez sostiene citando a Carrara "*…Esta ofensa, mirada por el Código Penal como atentado a la libertad individual, científicamente debe regularse como una ofensa a la familia del*

menor, pues la incolumidad de la tenencia y gobierno de los menores por quien tiene la potestad para hacerlo, es algo que atañe a la integridad material del grupo familiar y a la autoridad del jefe o de su sustituto (**4**, pág. 58/59)". El autor considera que la figura es un caso de *robo de un menor por su sustracción del núcleo de su tenencia*.

Entiendo que la opinión más acertada es la erigida por Adrian Pérez Lance (**8**, pág 481), al sostener "*la figura del art. 146 tutela algo más que la sola libertad del niño, o incluso algo distinto del plagio, pues, como se verá más abajo, el sometimiento de la voluntad del menor no es condición para éste delito y, si se presenta junto con la sustracción, podrá darse entre ambos un concurso ideal*", afirmando páginas después que "*…en definitiva ninguno de los dos intereses –ni éste de la libertad ni aquel del derecho de tutela- bastan por si solos para explicar acabadamente la conformación de éste delito, y tanto uno como otro muestran estar presentes en él, será entonces que se trata de un delito pluriofensivo que los tiene a ambos como objeto de amparo* (**8**, pág. 484)".

La jurisprudencia por su lado ha construido éstas afirmaciones:

"La sustracción y ocultamiento de un menor (art. 146 CP) en modo alguno se halla absorbida en el de alteración o supresión de estado civil de un menor de diez años, establecida en el artículo 139 inc. 2° del Código sustantivo en tanto que ambos tipos penales se remiten a supuestos diversos y bienes jurídicos protegidos diferentes -libertad individual uno y estado civil el otro-". *(CFed. CCorr., Sala 2, "R., E.", BI 1993, pág. 262).*

También se señaló que lo que se castiga es la obstrucción al libre ejercicio de la tutela de aquel dentro de cuyo ámbito debe desenvolverse su libertad (CNCrim y Correc, Sala I – Tozzini, Rivarola, "Bello. Hernán C")

La Cámara Nacional de Casación Penal afirmó que la tutela principal es la libertad individual del niño y que sólo en forma indirecta se afecta a la familia de éste (CNCP, Sala IV, "P.L.A s/rec. de casación --- LA LEY 2007/02/26)"

3.- **Sujeto Activo**.-

Conforme la pacífica opinión de nuestros doctrinarios el autor del delito puede ser cualquiera.

Ello es así porque nuestra norma penal no exige ninguna característica especial en el autor.

La discusión versa sobre si los progenitores del menor pueden ser autores o partícipes del delito. En general nuestra doctrina y jurisprudencia niegan tal posibilidad al afirmar que tal situación sólo afecta los derechos familiares, si señalando que puede ser atrapado por otras figuras penales. Podemos identificar en torno al tema tres posturas.

Por una parte Soler niega firmemente la posibilidad que el progenitor sea autor de éste delito, al sostener que no es posible adecuar la conducta del padre que substrae a su hijo del progenitor que lo tenía legalmente, y que lo retiene para sí, salvo que lo haya hecho desaparecer (**1**, pág. 69)

Fontan Balestra sostiene que la asiste razón al criterio enunciado por Soler, agregando que también es el receptado por la jurisprudencia nacional (**5**, pág. 363).

En forma categórica Dayenoff afirma *"los padres no pueden ser sujetos activos de éste delito* (**3**, pág. 147)". *De igual manera Gustavo Eduardo Aboso asegura "…sujeto activo de éste delito puede ser cualquiera, con la única excepción de los padres* (**10**, pág. 727)*"*.-

Desde otra óptica Creus considera que tal postura no es del todo correcta ya que el progenitor que realiza la conducta vulnera *"la libertad del ejercicio de esos derechos",* no siendo tal conclusión lógica con el hecho de que el legislador incluyera la figura en los delitos contra la libertad. (**2**, pág. 319). Parece compartir igual opinión el maestro Molinario (**12**, pág. 82)

En igual sentido se dijo que no incurre en éste delito el progenitor que teniendo la patria potestad de su hijo lo sustrae al padre restante, porque quien la detenta lo hace en el legítimo ejercicio de su derecho de patria potestad que le confieren los arts. 264 y siguientes del Código Civil, por lo que sólo

podrá ser sujeto activo del delito el padre que no tiene la patria potestad *(***6** - conforme Estrella – Godoy Lemos, mencionando varios autores, comentario al art. 146 pág. 146).

Parece compartir igual criterio el Dr. Nuñez en la referencia de la nota n° 146 (**4**, pág. 62).- Similar es la opinión de María C. Maiza quien previo afirmar que autor de éste delito puede ser cualquiera incluido los progenitores del menor, aclara luego que "*...para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que esté excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión)… en éstos supuestos, por regla, debe mediar una sentencia judicial que haya privado o haya suspendido a uno o a ambos progenitores de su derecho a custodia, siendo en éste aspecto insuficiente que se hayan celebrado acuerdos judiciales o extrajudiciales en supuestos de separación o divorcio, por el cual uno de los padres asume la tenencia* (**9**, pág. 242)"

Distinta es la posición de Adrián Perez Lance al comentar éste extremo, al referir *"...si el delito previsto por el art. 146 consiste en la privación de aquel vínculo de custodia o de tutela que emana de la situación de tenencia legítima reconocida con exclusividad a uno de los progenitores, no hay ninguna razón para negar aptitud usurpadora a la conducta del otro padre que, excluido de la tenencia y por ende, impedido de la guarda del niño, desapodera al primero y sustrae al hijo… No obstante, para que pueda afirmarse la sustracción en éste supuesto, debe estarse frente a un despajo que muestre cierta entidad y duración…* (**8**, pág. 495 y ss)*"*. Luego se detiene a analizar si es aplicable el delito al padre que mantiene el ejercicio de la patria potestad ya sea en forma conjunta o exclusiva con el otro, concluyendo en forma positiva al no haber *"...razón para desechar la autoría de la sustracción incluso por el padre en ejercicio de la patria potestad, siempre que, claro está, lo aparte del otro cónyuge con quien la comparte* (**8,** pág. 497), siempre dejando a salvo que ello debe hacerse con una mirada restrictiva teniendo en cuenta *"...la intensidad y duración del despojo para que pueda ser tenida como verdaderamente típica…*(**8**, pág. 497)*"*.-

Siguiendo ésta última postura y con similares fundamentos se aseveró que *"...no hay obstáculo para que uno de los padres sea sujeto activo* (**11**, pág. 263)".

<u>La jurisprudencia es variada sobre el punto</u>:

"No incurre en el delito de sustracción de menores el padre legitimo que, sin haber sido desposeído de la patria potestad, sustrae a su hijo menor del poder de la madre, con quien se hallaba desde la separación de hecho de ambos conyuges ; al desestimarse la querella fundada en éstos preceptos (arts. 146 y 147, Cód. Penal), procede la remisión del expediente al juez correccional, por lo que el hecho pudiere ser el delito definido por el art. 239 del Cód. Penal (CNCrim. y Corr., 6/7/34, "Bouvier de Rodriguez, D.F. v. Rodriguez E", JA, 47-262)

"…no puede aplicarse al padre que sustrajo y retuvo para sí a un menor, arrebatándoselo al cónyuge que legalmente lo tenía, salvo que pueda afirmarse que lo hizo desaparecer, lo cual no ocurrió, donde el querellado, si bien se llevó consigo al menor y con él lo tuvo por espacio de tres meses, lo reintegró en cuanto le fue judicialmente reclamado, con lo cual demostró que carecía de ese inequívoco designio de sustraer a su hijo de la potestad de su madre (CNCCorr, sala I, 23/3/98, c. 45643 "B.H.C. y otro", BCNCyC, N° 1/1998)"

"El padre que no tiene la tenencia de sus hijos pero que conserva la patria potestad no está excluido de ser el sujeto activo del delito (CNCCorr, sala I, 28-6-94, "I.,J.O.", c. 43400, BCNCyC, 1994)"

"Cualquiera de los progenitores puede ser sujeto activo del ilícito reprimido en el art. 146 del Código Penal, por cuanto el tipo legal sólo hace alusión a la tenencia compartida, sin que ni uno ni otro de los padres pueda en forma intempestiva y unilateral sacar al menor de la esfera de custodia del restante (CNCCorr, Sala V, 2-10-2002, "C.R.,V", c 19910, BCNCyC, N°4/2002) .

"La conducta de la madre que abandona el hogar conyugal junto con sus hijos menores no es relevante a los efectos penales, pero si la conducta posterior de no permitir el contacto con el restante progenitor podría resultar antijurídica de acuerdo a las previsiones de la ley 24270. En esa circunstancia no comete el delito previsto en el art. 146, Código Penal, la madre, pues el ejercicio de la patria potestad impide que el que goce de ese estado pueda sustraer a sus hijos menores (CNCyCorr., Sala IV, 3-2-2000, "G., G", c. 12599, BCNCyC, N° 1/100"

4.- **Sujeto Pasivo**

Tampoco sobre éste tema existe acuerdo doctrinario, delineándose distintas posturas que surgen desde el análisis al bien jurídico tutelado por ésta figura, que ya se tratara.

Desde una de ellas Fontan Balestra argumenta que la víctima de éste delito es *"…un menor de diez años, sin distinción de sexos…* (**5**, pág. 363)", opinan de igual forma los doctrinarios Andrés José D ´Alessio (**7**, pág. 479) y David E. Dayenoff (**3**, pág. 360), aunque el primero de ellos analiza otras posibilidades.

Otro sector se señala que *"…los ofendidos por el delito son los padres, el tutor o encargado que tienen legítimamente en su poder al menor e diez años. … A falta de un tenedor o encargado de la persona del menor, el delito no puede cometerse, aunque el niño pueda ser víctima de una privación ilegal de su libertad personal* (**4**, pág. 62).

En igual postura parece enrolarse Creus *"…ofendido por el delito es el que legítimamente ejerce la tenencia del menor de la que es despojado* (**2**, pág 319)*"* y Aboso sosteniendo que *"…son los padres cuya tenencia resulta menoscabada por la conducta llevada a cabo por el autor* (**10**, pág. 728).

Maiza opina que *"…el ofendido directo por el delito es quien tienen legalmente la tenencia del menor y sufre la acción de despojo… Indudablemente, el niño que no ha cumplido 10 años, también resulta afectado, pues en la mayoría de los casos de apropiación, pierden su estado de familia… sin embargo desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, es el objeto de la acción y ofendido indirecto* (**9**, pág. 243).

Coinciden con ello Estrella y Godoy Lemos en la obra citada (**6**, pág. 142)

Se argumenta también que *"el sujeto activo de la figura es tanto la persona que ostenta legítimamente la tenencia del niño como el mismo menor de diez años, sin distinción de sexo (**11**, pág. 263),* ello por seguir el criterio sobre que el bien jurídico tutelado es en ésta figura plural. Idéntica es la postura de Perez Lance *(**8**, pág. 497)*

Como lo viéramos anteriormente Donna no ingresa en la discusión del bien jurídico tutelado, sin embargo al momento de definir al sujeto pasivo de éste delito comenta que la opinión mayoritaria considera que es quien *"...tiene legítimamente la tenencia del menor que es despojado...* (**15**, pág 220)" para luego afirmar "*…No debería dejarse de tener en cuenta que también es sujeto pasivo el menor de diez años… habida cuenta de que es su derecho el estar sin sobresaltos bajo la tenencia y el cuidado de una persona de acuerdo a derecho*. (previamente citado)"

5.- **Tipo Objetivo**

Las acciones típicas descriptas por el art. 146 del Código Penal son "sustraer", "retener" u "ocultar".

Zanjada está la discusión sobre si estas tres son acciones independientes, ya que hay acuerdo en considerar que las dos últimas se refieren a un menor previamente sustraído.

Sustrae quien *"...se apodera de la persona del menor, despojando de él a quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia, logrando que el mismo menor se aparte (la inducción a la fuga del menor de diez años, coronada por el éxito, queda cubierta por la norma que examinamos), impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la tenencia del menor cuando aquella se ha interrumpido por cualquier causa…"* (**2**, pág. 318).

Parece coincidir con ésta descripción el maestro Soler quien aseveró que sustraer es *"apartar al menor de la esfera de custodia en que el menor se encuentra, confiada por la ley a los padres, tutores o a otros encargados, aunque éstos lo sean temporariamente (maestros, guardadores...)*(**1**, pág. 65)*".*

Otros autores también armonizan con lo expuesto y agregan que *"...No es necesario que la sustracción sea llevada a cabo en el mismo ámbito físico donde se ejerce ese poder de custodia, como sería el domicilio donde vive con sus padres, sino también en cualquier otro lugar en donde se encuentre el menor, con conocimiento y autorización de sus padres o guardadores… (en la calle, en el*

cine, en la casa de un amigo, etcétera) (**6**, pág. 139)*”,* hasta también si éstos han perdido temporariamente la tenencia o poder de custodia sobre el menor (niño perdido).

El delito requiere que el hecho sea cometido mediante sustracción, que ésta lo sea de las personas encargadas del cuidado del niño, es decir sin consentimiento de éstos y que la persona sustraída sea menor de diez años *(**11**, pág. 260).*

Para Nuñez la acción de sustraer se puede conceptualizar como el robo de un niño y no en el simple traslado del menor a un lugar distinto de donde se encuentra bajo el amparo de las personas encargadas del mismo, y señaladas por la norma (**4**, pág. 60).

Maiza refiere que “*sustraer significa sacar al niño del ámbito de custodia al que se hallaba legalmente sometido…* (**9**, pág. 240)”, agrega en la misma obra, como elemento del tipo, que no debe mediar consentimiento de quien tiene la custodia, de lo contrario la acción es atípica. Explica además, como ya lo viéramos, que la *“voluntad u opinión del niño no tiene relevancia”*.-

Para éste autor sustrae quien saca al niño del ámbito de custodia como quien *“…encontrándose por cualquier razón en poder del niño, impide, con cualquier acción, la reanudación del derecho de quien era titular* (**9**, pág. 240)”. Esta última situación parece acercarse más a la descripción que efectúa el art. 147 del C.P. que a la que estamos analizando, acá es nuevamente Perez Lance quien realiza el distingo, resaltando que lo importante para definir sobre la aplicación de una u otra norma es *“…si el encargado de la guarda impide el regreso del niño al poder de los legitimados, cometería no ya éste delito sino aquel de la no presentación del menor (art. 147)… (**8**, pág. 488),* es entonces importante, a los fines de dilucidar cual corresponde aplicar, si quien comete el delito está encargado de la guarda del menor.

Parece haber acuerdo en que son *“…indiferentes los medios empleados (textual)…”* para lograr la sustracción, ya que puede ser perpetrada con violencia, por fraude, engaño, además no es necesaria la intervención material del autor para que se configure el delito, ya que también se comete cuando la

sustracción del menor de diez años se realiza mediante persuasión (**5**, pág. 364), ello por la descripción que efectuara el legislador en el art. 148 C.P..

Se ha opinado asimismo que si bien no resulta relevante el medio empleado es necesario que éstos sean *"coactivos o engañosos e impliquen la ausencia del consentimiento de la persona que ostente la legítima tenencia del menor…* (**11**, pág. 260)*".* El mismo autor menciona que es indistinto que el menor sea sustraído de su hogar, de la institución educacional o de la vía pública, ya que el lugar geográfico donde la acción se despliega es indiferente.

Enseña Soler *"…que nuestra ley no hace referencia alguna a los medios por los cuales se logra la substracción, y entonces se plantea el problema del simple consejo, de la inducción a fugarse, acción éste consumada por obra exclusiva del menor…",* toma en cuenta las distintas posturas doctrinarias para terminar aseverando que se encuentra incluida en ésta figura la inducción a la fuga, sin la participación material en la misma (**1**, pág. 66), lo que lo lleva a afirmar después que *"… no es necesaria la consolidación del poder de un tercero sobre el menor, y que basta sacarlo de la esfera de custodia de sus padres, etc., aunque el autor después no retenga al menor ni sepa donde está…".*

Se afirmó también que para que sea típica la sustracción no debe ser "fugaz" (**8**, pág. 489), debe tratarse de una verdadera privación del ejercicio de tutela, caso contrario el bien jurídico no se verá vulnerado.

La acción de **retener** también exige alguna prolongación en el tiempo, porque sólo de tal manera los padres *"…se han visto privados del ejercicio de su facultad genérica de tutela…*(**1**, tomo V, pág. 67)*",* a su vez debe tratarse de un menor previamente sustraído y el que retiene debe conocer dicha situación.

Dice Creus que retiene *"el que guarda al menor sustraído… impidiendo el conocimiento de su ubicación por parte del legítimo tenedor…*(**2**, tomo I, pág. 319), señala que ello conlleva la actividad de otro sujeto que antes sustrajo al niño.

Fontan Balestra es claro "*...retener al menor consiste en mantenerlo fuera de la esfera de la custodia… presupone que el menor ha sido sustraído y está ya en poder de quien lo retiene, si bien no es necesario que haya sido el mismo autor de la sustracción; puede ésta haber sido ejecutada por otro, y, en tal caso, el que lo retiene debe tener conocimiento de que el menor ha sido sustraído"* (**5**, pág. 364).

Para Nuñez retiene "*el que tiene o guarda al menor sustraído*" (**4**, pág. 60)

Por lo expuesto se advierte en que hay consenso entre los doctrinarios en cuanto a que se requiere alguna duración en la acción de retener.

Afirma Aboso que retener importa "*…la imposibilidad física del menor de diez años de regresar a la custodia de los padres o la guarda de terceros…*", nos parece importante resaltar que este autor señala que si bien la doctrina nacional afirma que retener implica la previa sustracción del menor "*... bien puede presentarse el caso del menor de diez años que se sustrae de manera voluntaria a la guarda de los padres y le resulta imposible regresar a ella, situación que es aprovechada por un tercero para perfeccionar la retención…*", paso seguido afirma que ejemplo de ello sería el menor que quedara encerrado en un lugar y una persona omite liberarlo o ayudarlo de forma alguna, con el propósito de privarlo de su libertad. (**10**, pág. 727)

Algunos autores tratan la acción de retener y la de ocultar en forma conjunta, conforme señala Perez Lance ambas acciones tienen caracteres comunes, pero también poseen algunos que les son propios. Para él retener puede no implicar ocultamiento del niño, y así señala "*…los legítimos tenedores pueden perfectamente conocer el lugar donde el niño se encuentra retenido y, no obstante, hallarse impedido el vínculo*" (**8**, pág. 490)

Como se señaló al inicio el artículo en análisis reprime además el **ocultar** al menor, se refiere el ocultar a un menor que ha sido previamente sustraído, y que el autor se encuentre en conocimiento de ello, puesto que otras situaciones desplazan ésta figura y quedan atrapadas por la descripción del art. 149 del CP (**1**, pág.67).

Para Nuñez quien realizar ésta acción *"…además de detenerlo, esconde su ubicación a la vista y conocimiento del titular de la tenencia…"* (**4**, pág. 61).

Esta modalidad implica que "*…se esconda al niño de la vista y conocimiento del tenedor legítimo o de un tercero que pueda propiciar la reanudación de la tutela usurpada, sin que resulte indispensable que se retenga –o detenga- al menor*" (**8**, pág. 491). El ocultamiento está orientado a esconder de la vista al menor, ello puede hacerse por ejemplo engañando al menor y por ende no implica siempre la fuerza física.

Se afirma que ésta acción implica "…*impedir la vuelta del menor a la situación de tutela en que se hallaba*…" y que habitualmente se superpone ésta acción con la de retener. (**5**, pág. 364)

Maiza también advierte tal superposición y caracteriza a la acción como impedir "*…la reanudación del vínculo que ha sido usurpado por el despojo*" (**9**, pág. 241).-

6.- **Tipo Subjetivo**

Coincide la doctrina que se trata de un delito doloso. La opinión mayoritaria es que admite sólo el dolo directo en las tres acciones típicas que construyen el art. 146 del C.P. (**11**, pág. 261)

En contrario Aboso enseña en la obra citada que "…*Admite el dolo eventual. El autor debe conocer y querer sustraer a un menor de diez años de la tenencia o guarda de sus progenitores, tutores o guardadores*" (**10**, pág. 728)

El maestro Nuñez considera que el dolo directo es requisito sólo si el hecho se comete por sustracción, pero el autor de éste delito en la modalidad retención u ocultamiento debe "…*obrar con la conciencia y voluntad de hacerlo respecto de un menor sustraído. Pero aquí vale incluso el dolo eventual*…(**4**, pág. 60/61) ".

En igual sentido se expide Creus "…*cuando el delito está constituido por las acciones de retener u ocultar al menor sustraído por otro, el agente tiene que conocer esta circunstancia; en éste caso la duda equivale al saber*… (**2**, pág. 320)

De tal manera tanto para Creus como para Nuñez el tipo subjetivo de la figura en trato se abastece con dolo directo en el caso del verbo típico sustraer, y en los dos restantes –retener y ocultar- puede darse el dolo eventual, el que recaerá sólo respecto del conocimiento de la sustracción delictiva previa del menor.

Sin embargo aclaro que ello fue objetado por el jurista Perez Lance quien se detiene a analizar distintas alternativas y advierte sobre la dudosa constitucionalidad de completar el tipo subjetivo con la duda, especialmente en el supuesto de si el autor desconoce la sustracción previa del menor pero debió sospechar ese origen (**8**, pág. 492).

Continuando con el análisis Buompadre afirma que "... *el autor debe perseguir con la apropiación el ejercicio de actos de poder sobre la persona del menor, sea para tenerlo para sí, entregárselo a un tercero, etc*... (**13**, pág. 116)"

Otros autores consideran que sólo "…*requiere la intención de despojar al sujeto pasivo de la tenencia y poder que tenía sobre el menor… No parece necesaria la intención de apropiarse del menor, ya que… el delito se consuma aun cuando el autor de la sustracción, luego de lograda ésta, se desentienda del menor o lo entregue a otro, temporaria o definitivamente, para su retención u ocultamiento* (**6**, pág. 142)". Opinión que comparte Creus (**2**, pág. 320) y Perez Lance (**8**, pág. 493).

Como ya lo señalamos en las acciones de retener y ocultar la doctrina ha afirmado que el tipo subjetivo se completa además con el conocimiento de que el menor previamente fue sustraído.

El delito no exige móviles, por lo que ellos resultan intrascendentes. Pero debe ponerse el acento sobre ellos si tal motivación implica que la acción sea atrapada por otra figura penal.

Así quien sustrae a una niña menor de diez años con la intención de menoscabar su integridad sexual, debe enfrentarse a la descripción del art. 130 del CP.

De igual manera ocurre cuando a los elementos del delito de sustracción de menores se le agrega la finalidad de obtener un rescate, aquí también resulta desplazada por la figura esbozada por el art. 170 del C.P..

Se resuelve de idéntica forma si en el sujeto activo se agrega la intención de "obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, o tolerar algo contra su voluntad", ya que la conducta queda acaparada por la manda del art. 142 bis del C.P..-

Citando a otros doctrinarios Estrella y Godoy Lemos han indicado que cuando "*…el móvil es justo u honorable como el de arrancar al menor de malos tratos, para evitarle un mal inminente y grave, quita al hecho su carácter delictuoso… Ello podrá ser correcto, pero por aplicación del estado de necesidad (art. 34 inc. 3; Cód. Penal), no por la justicia u honorabilidad del móvil* (**6**, pág. 143)".

7.-**Consumación y Tentativa**

Como ya se vio la materialidad de éste delito doloso consiste en sustraer, retener u ocultar a un menor de 10 años.

El mismo se consuma cuando se produce la sustracción, retención u ocultación respectivamente, con el objeto de apropiarse del menor por lo que dicha consumación se produce entonces - de acuerdo a la modalidad comisiva - cuando se ha desapoderado al legítimo tenedor de la persona del menor o se ha impedido que se reanude la vinculación interrumpida.

Así Nuñez ha definido que "*…la sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor, o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga, volviendo permanente el delito, con la detención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia* (**4**, pág, 62)"

Por su parte Creus avala tal concepto, agregando que no es necesario que el agente haya consolidado su tenencia sobre aquél, dando como ejemplo de ello el autor que induce a un menor de diez años de edad a fugar y una vez que éste se escapa, no lo retiene. (**2**, pág. 319).

Para Fontán Balestra "*...la acción queda cumplida por el sólo hecho de sustraer al menor, y carecen de significado los hechos posteriores, siempre, claro está, que no constituyan otro delito...* (**5**, pág. 363)"

El profesor enuncia "*...se consuma tanto con el apoderamiento del autor como con el desapoderamiento al legítimo tenedor del menor o también cuando se impide la relación interrumpida...* (**15**, pág. 221)"

María C. Maiza al tratar el tema declara que "*...se consuma cuando se logra privar del ejercicio de la tenencia, sea al ser sacado el niño de la esfera de custodia a la que estaba sometido –al sacarlo del domicilio-, o bien al impedir que ese ejercicio sea reanudado...* (**9**, pág. 243)

En su obra D´Alessio, citando a Nuñez y a Creus, agrega que también se consuma el delito *"... cuando se han realizado actos de ocultación de un menor sustraído por otro...* (**7**, pág. 483)"

La sustracción es un delito instantáneo, ninguna discusión existe sobre el tópico, señalándose además "*...que no requiere la consolidación de ningún poder de hecho sobre el menor"* (**9**, pág. 243).

Tampoco hay discusión sobre que se trata de un delito de resultado (**8**, pág, 498; **3**, pág. 360) que se consuma – como vimos – cuando se ha logrado el despojo merced a la interrupción o interferencia del vínculo, sin que sea necesario que el autor consolide su dominio sobre el niño (**1**, pág. 65 y 66; **2**, pág. 342; **7**, pág. 331; **9**, pág. 243)

Debe resaltarse que algunos autores además sostienen que cuando la sustracción se prolonga con la detención (o retención en términos del tipo) u ocultación del niño – por parte de la misma persona -, el delito se vuelve permanente.

En ese sentido hemos ya citado previamente a Nuñez, también citando a éste autor Maiza afirma "*...se trata de un delito instantáneo..., pero obviamente cuando la acción se conjuga con la de retener y ocultar, se convierte en permanente...* (**9**, pág. 243)"

De igual forma se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que la doctrina considera que los delitos en trato perpetrados por retención y ocultamiento forman parte de los denominados delitos permanentes, en los la acción se prolonga en el tiempo, por lo que "*todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación*". (Conforme, CSJN, Fallos:327:3279, "Jofré, Teodora s/denuncia",2004/08/24. CSJN, "Gómez, Francisco y otros", 2009/06/30, La Ley online. CSJN, "Mastronicola, Teresa", 2004/03/16, Fallos:327:525).

Posteriormente la CSJN al resolver en "Landa, Ceferino y Moreira, Mercedes Beatriz s/ recurso de casación", agregó "*...Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción no sus efectos...* (CSJN, 28/7/05, Fallos, 328:2702; JA, 2006-II316; LL, 2005-E-238 y DJ, 2005-3-23)

Resulta importante ésta solución para definir la naturaleza del delito y las consecuencias que ello proyecta en el comienzo del término para la prescripción de la acción, como además en la posibilidad de complicidad en el delito por el auxilio en el hecho anterior.

Los doctrinarios de nuestro país son contestes en afirmar que éste delito admite la tentativa en las diferentes modalidades comisivas. (**2**, pág. 319; **3**, pág. 360; **7**, pág. 331; **9**, pág. 243)

8.- **Autoría y Participación**

El delito en estudio admite cualquier forma de participación no apartándose de las reglas comunes que la rigen.

Así dice Creus "*...es admisible la participación en todos sus grados y especies* (**2**, pág. 319)"

Lo mismo entiende Perez Lance al señalar "*...el concurso de personas en el delito no ofrece dificultades y excepciones fuera de las reglas comunes...* (**8**, pág. 498)".

Posteriormente Creus advierte *"...por supuesto, no es partícipe el que, mediando promesa anterior, retiene u oculta al menor después de sustraído por otro, ya que esas conductas están específicamente tratadas como supuestos de autoría por la norma* (**2**, pág. 319)".

En idéntico sentido se ha afirmado que "*...la retención y la ocultación constituyen supuestos directos de autoría que desplaza tanto la posible adecuación al delito de encubrimiento, como la complicidad secundaria en la sustracción a raíz de una intervención posterior similar, pero fruto de una promesa anterior (art. 46)...* (**8**, pág. 498)".

Vemos entonces que la retención y la ocultación constituyen casos de autoría directa que excluyen al delito de encubrimiento descripto por el art. 277 del Código Penal. Lo mismo ocurre con la complicidad secundaria – art. 46 del Código sustantivo - en la sustracción a raíz de una intervención posterior similar, pero fruto de una promesa anterior.

En la sustracción no es necesaria la intervención material del autor para que se configure el delito. El hecho de retener u ocultar presupone que el menor ha sido sustraído y está en poder de quien lo retiene u oculta (a menudo se superponen dichas acciones de retener y ocultar). No es necesario que haya sido el mismo autor de la sustracción ya que pudo ésta haber sido ejecutada por otro, y en tal caso, el que lo retiene u oculta debe tener conocimiento de que el menor ha sido sustraído. (**5**, p. 364)

9.- **Particularidades de la Figura**

Tal como fuera señalado, en general son delitos de consumación instantánea, aunque retener, ocultar y no presentar al menor (figura ésta última tipificada en el art. 147 del Código Penal), pueden tornarse permanentes a los fines de la prescripción. Un requisito común es la edad del menor (menos de 10 años), con lo que si es mayor de ésta edad, la conducta podrá desplazarse a otras figuras, pero sale de la esfera de grave punibilidad que representan dichas figura.

El delito contra la libertad analizado se relaciona especialmente con las figuras de:

- Impedimento de contacto de los hijos menores con su padre no conviviente (Ley 24.279) Debe analizarse la voluntad del sujeto activo ya que si la misma está dirigida a impedir el contacto, la conducta encuadraría en las previsiones de la ley 24279. Al comentar ésta ley Molinario manifiesta que para que la misma se aplique "*...debe tratarse de un cambio de domicilio que no implique sustraer a un menor de 10 años del poder de su padre…* (**12**, pág. 87)"

- Secuestro extorsivo: El art. 170 del C.P. castiga al que "*sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate*… (textual, de la norma citada)". Como se ve las acciones típicas son idénticas a las del artículo 146 del C.P., por ello resulta necesario efectuar el distingo, citando para ello nuevamente a Molinario, en tanto afirma "*…entre ambas disposiciones legales media la siguiente diferencia: si los autores del hecho sustraen al menor impulsados por un propósito de lucro, que exteriorizan con la exigencia de obtener un rescate, incurren en el delito previsto en el artículo 170. Pero si sustraen al menor simplemente para sacarlo de la patria potestad de su padre, inspirados en un propósito de venganza o en cualquier otro propósito, incurren en el delito previsto en el artículo que ahora nos ocupa…* (**12**, pág. 82).

En el caso del secuestro extorsivo del menor de diez años, debe aplicarse la figura agravada cuya pena se eleva entre diez a veinticinco años de prisión, puesto que ingresa en el agravante que plantea el segundo párrafo, inciso 1°, del 170 CP, que castiga el secuestro de menores de dieciocho años.

En síntesis podemos decir que si la sustracción obedece a la obtención de un beneficio económico ilegal el art. 146 C.P queda desplazado por el 170 C.P.

- Rapto: contempla el art. 130 del C.P pena para aquel que "*…sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual…*", en el caso específico de un menor de diez años, la conducta del sujeto activo queda contenida en el último párrafo del artículo, puesto que se agrava la pena si la víctima es una persona menor de trece años.

Aquí señalamos que también debe buscarse el distingo en la finalidad del autor, si bien los verbos típicos son dos de los que esboza el art. 146 del C.P. –sustraer o retener-, lo cierto es que el

propósito del autor debe ser el de menoscabar la integridad sexual de la víctima, es decir con el objeto de efectuar con ella actos sexuales ilícitos.

- <u>Omisión de presentación de un menor</u>: El art. 147 del C.P. castiga a quien "*… hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no dieren razón satisfactoria de su desaparición*"

Acá nuevamente Molinario viene a aclarar "*…es el caso de un menor que, internado en un colegio o dado en pensión a una persona determinada, no es presentado a sus padres o guardadores cuando éstos lo solicitan, ni se dan para explicar la negativa, razones que satisfagan. En realidad ésta situación no es sino una variante de la anterior, puesto al no entregarse al menor o darse razones satisfactorias a su respecto, se lo sustrae, retiene u oculta…*(**12**, pág. 83)"

Refiriéndose al distingo en trato dice Buompadre "*…El tipo exige, a diferencia del supuesto anterior, la entrega voluntaria del niño a otra persona para que ejerza su tenencia o custodia… y su consiguiente desaparición* (**13**, pág. 125)"

- <u>Supresión y alteración de identidad del menor de diez años</u>: El artículo 139 inciso 2° C.P. reprime a quien "*…por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare*"

Ya desde una primera vista se advierte que la conducta tipificada en el art. 139 inc. 2do C.P. debe tener influencia sobre la identidad o el estado civil del menor.

Muchas veces se superponen, la doctrina sostiene entonces que pueden ambos delitos concurrir formalmente (art. 54 del Código Penal). La jurisprudencia también se ha expedido en que una figura no es absorbida por la otra y que media un concurso ideal (CNCrim y Corr, sala II, "Ruffo, Eduardo, 1993/02/16, JA, 1994-I-124; "Cordero de Ruffo, Amanda, 1986/09/08, La Ley, 1987-A-24 y Sala I, "Riveros, Santiago", 2000/12/28).

Dice Adrián Pérez Lance que "*….evidentemente, la acción que constituye el eje principal de cada tipo penal resulta decisiva para distinguir uno de otro precepto: en un caso se trata de sustraer –*

para el art. 146-; y en el otro, de hacer incierto, alterar o suprimir la identidad –para el art. 139-, quedando así reservada para éste último la protección de este interés (**8**, pág. 486)". Por ello sostiene éste autor que se "*trata de comportamientos distintos integrados por presupuestos diferentes, que a su vez se orientan a la protección de intereses distintos* (de la cita anterior)"

-Encubrimiento: Ya señalamos que cuando el delito del art. 146 del CP se perpetra por retención u ocultación, nos encontramos ante un caso de autoría y no de un encubrimiento.

Por otro lado debe resaltarse, con respecto a la prescripción de la acción penal, que la figura del art. 146 del Código Penal es considerada por el derecho internacional como desaparición forzada de personas y constituye – por ende – un crimen contra la humanidad, cuya persecución no está sujeta a barrera temporal alguna.

10.- **Jurisprudencia de CSJN**

- "El delito de sustracción de menores debe entenderse consumado con cualquier acto que tienda a remover al menor de la esfera de custodia de sus padres, contra su voluntad expresa o presunta" CSJN, Competencia n° 92. XXVI, 10/5/1994, Miara, Samuel y otra s/suposición de estado civil, falsificación de documento público y sustracción de menores", Fallos, 317:492.

- En los fallos "Vázquez Ferrá" (CSJN-Fallos, 313-1113 del 30 de setiembre de 2.003) y "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años" (del 11 de agosto de 2.009), la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió respecto a la oposición -habiendo alcanzado la mayoría de edad- de un hijo de desaparecidos para que se le extraiga sangre o se empleen sus rastros genéticos en la determinación de su verdadera identidad. Esa determinación podría conducir a adjudicarle responsabilidad penal a quienes tuvieron a cargo su crianza por los delitos de sustracción de un menor de 10 años (artículo 146 del Código Penal) y, supresión y/o alteración de su identidad (artículo 139, inciso 21, del Código Penal) y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas (artículo 293 del Código Penal). Dichas infracciones resultan imprescriptibles por tratarse de delitos de lesa humanidad y fueron oportunamente exceptuadas aún por

las leyes de impunidad (obediencia debida y punto final) que fueron consideradas inconstitucionales en el fallo “Simón”. La Corte entendió que no corresponde la extracción compulsiva en los citados casos.

- Los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en el fallo “Prieto” (Recurso de hecho deducido por Emiliano Matías Prieto en la causa Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa n° 46/85 A-) consideran en su voto que la extracción compulsiva de sangre es inadmisible pero que puede obtenerse material genético siempre que no sea necesario acudir a la coacción física sobre la persona (ejemplo: allanamiento en el domicilio a efectos de incautar cabellos). Obtenido el material genético –de mantenerse la oposición de la presunta víctima mayor de edad- se limitan los efectos procesales de la prueba obtenida que sólo podrá utilizarse para establecer el vínculo biológico con la familia, pero no para erigirse en prueba de cargo en el proceso penal:

- “Satisfecho el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, serían los sentimientos y conciencia de todos los lesionados por el crimen contra la humanidad los que les señalasen su camino futuro en la vida, sus encuentros y desencuentros personales, sin interferencia coactiva alguna de la jurisdicción, la que, por otra parte, nada puede resolver acerca de esos vínculos cuando se trata de adultos, pues a la jurisdicción no sólo le está vedado hacerlo (artículo 19 de la Constitución Nacional) sino que ónticamente es impotente para producir o modificar los sentimientos de los seres humanos. Para que el conflicto se resolviese de esa manera, la prueba debería disponerse al sólo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, quedando vedada bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro efecto o eficacia jurídica” (consid. 22, votos de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni)

Bibligrafía:

1) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, 11° reimpresión total 1999/2000.

2) Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 6ta, edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, editorial Astrea.

3) David E. Dayenoff, Código Penal, A-Z editora, 3era. edición, comentario al art. 146 CP.-

4) Ricardo C. Nuñez, Tratado de Derecho Penal, Tomo Cuarto, Parte Especial, edición 1989.-

5) Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Decimoséptima edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2008

6) Oscar Alberto Estrella / Roberto Godoy Lemos – Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular, Tomo 2, Hammurabi, 1996

7) Andrés José D´ALESSIO, Código Penal, comentando y anotado, Parte especial, La Ley, 1° ed., 2004.-

8) David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 5, Artículos 134/146 Parte Especial, Adrián Perez Lance, editorial hammurabi s.r.l., 2008.-

9) Luis F. Niño – Stella M. Martinez, Delitos contra la libertad, Ad-Hoc, 1ra. Edición 2003.-

10) Gustavo Eduardo Aboso, Código Penal, Euros Editores S.R.L., 2012.-

11) Delitos contra la libertad individual, Ricardo A. Basílico, Fernando L. Poviña y Cristian F. Varela, Editorial Astrea, 2011.-

12) Los delitos, Alfredo J. Molinario, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, primera impresión 1996.-

13) Delitos contra la libertad, Doctrina y jurisprudencia, Jorge Eduardo Buompadre, Mave Mario A. Viera editor

14) Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Bosch, Barcelona, 1949.

15) Donna, Edgado Alberto, Derecho penal. Parte especial, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo II-A.

Violación de Secretos y de la Privacidad

Por **Ricardo Gutiérrez**, **Laura C. Radesca** y **Marcelo A. Riquert**

Art. 153 BIS[1].- ***Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.***

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

1. Antecedentes (genealogía del tipo)

Al igual que en el caso anterior, se comenzará por la presentación de la genealogía típica en el derecho argentino y, además, se brindará un breve paneo sobre el estado actual de la legislación similar en el ámbito regional más inmediato: el Mercosur.

a) Normativos nacionales

a.1. *Anteproyecto de ley la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (2001[2]):* vale la pena su mención, entre otras razones, por su metodología de elaboración, con una comisión especial cuyo producto quedó abierto en su oportunidad a discusión pública. Se preveía una figura similar al actual art. 153 bis en el art. 1°[3], para la que conminaba con pena en abstracto de multa de mil quinientos a treinta mil pesos. Justamente la sanción es otro aspecto resaltable que, lamentablemente, fue dejado de lado en el texto vigente.

a.2. *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (2006):* obviamente, nos encontramos ante una figura penal de nueva factura. Si bien este anteproyecto había

[1] Incorporado conforme art. 5° de la Ley N° 26388.
[2] Pub. en el B.O. N° 29782 del 26/11/01, además del sitio web oficial de la Secretaría.
[3] Su primer párrafo decía: *"Será reprimido con pena de multa de mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare un delito más severamente penado, el que ilegítimamente y a sabiendas accediere, por cualquier medio, a un sistema o dato informático de carácter privado o público de acceso restringido…".*

avanzado en la solución de varios de los vacíos legales denunciados en la legislación penal vinculados a la delincuencia informática, autores como Palazzi criticaban que en su art. 146 se mantuviere la tipificación del acceso ilegítimo a un banco de datos (introducida por Ley 25.326), pero no a la conducta más amplia de acceso a un sistema informático, apuntando que en el año 2005 cerca de 50 países legislaron como delito el acceso no autorizado a sistemas informáticos[4].

Otros, como Rosende, postulaban expresamente en contra de la inclusión de la figura alegando, entre otras cosas, que aún cuando fuera difícil distinguir el caso en que constituyera el acto previo de otros más graves, era posible, y resulta inaceptable suplir deficiencias procesales por vía de incriminar autónomamente la mera intrusión que bien pudiera ser un sencillo caso de comprobación de vulnerabilidades de un sistema informático[5]. Juan Pablo Gallego cuenta entre quienes reclamaban la promoción de un debate sobre si la intrusión en un sistema debía ser penalizada "per se" o si sólo debe serlo en caso de difusión o revelación de datos protegidos o que efectivamente se produjeren daños en el sistema accedido[6].

Por nuestra parte, indicamos la conveniencia de profundizar la discusión sobre una alternativa que entendíamos viable, como la de intentar primero una contención por vía contravencional[7]. Similar temperamento sostenía en el derecho español Esther Morón Lerma, afirmando la inoportunidad de una incriminación autónoma de la conducta del mero intrusismo informático por revelarse como una huida al derecho penal, acudiendo a éste como "prima ratio" sin que mediara el convencimiento de la ineficacia de la tutela administrativa, lo que postulaba como posible e idónea en el marco de la LORTAD, en definitiva, *"una respuesta normativa adecuada frente a los riesgos generados por los accesos inconsentidos"*[8].

En definitiva, con lo anterior queda claro que, más allá de reconocer que en muchos países, como ahora el nuestro, se optó por punir el "hacking" en su forma más sencilla, el grado de consenso sobre la necesidad real de utilizar el derecho penal en estos casos carece de mayoritario consenso.

---

[4] Palazzi, *"Breves comentarios a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos"*, pub. en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", dirigida por D'Alessio y Bertolino, Lexis-Nexis, Bs.As., N° 8, Agosto, 2006, pág. 1531.

[5] Rosende, Eduardo E.: *"El intrusismo informático. Reflexiones sobre su inclusión al Código Penal"*, pub. en AAVV *"Crisis y futuro de la legislación penal"*, AAPDP/Ediar, Bs.As., 2008, págs. 334/335.

[6] Gallego, en su trabajo *"El acceso no autorizado a un sistema informático ante el vacío legal en la materia"*, pub. en "RAP. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", N° 284, Mayo de 2002, pág. 146.

[7]Entre otros, en Riquert, *"Hacking, Cracking, E-mail y dos fallos judiciales que denuncian lagunas en la legislación penal argentina"*, pub. en la *"Revista Jurídica de Mar del Plata"*, Nº 1, año 2002, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad FASTA de Mar del Plata, Ed. Gowa, Bs.As., págs. 229/250.

[8] Morón Lerma, *"Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red"*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 140.

Así, incluso autores que postulan la existencia de sólidos argumentos para la represión autónoma de esta conducta, como Nuria Matellanes Rodríguez, reconocen que en ordenamientos jurídicos como el español, la respuesta es vacilante y tímida, apuntando como paradigmática la previsión del Convenio del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen, de 23 de noviembre de 2001, *"permitiendo a las Partes escoger entre castigar el mero acceso o interceptación de los datos informáticos de otro sistema informático o el acceso acompañado de ulteriores intenciones delictivas: es decir, en ningún momento impone a las Partes contratantes la obligación de castigar autónomamente el puro intrusismo informático"*[9].

a.3. *Ley 26388 (B.O: del 25/6/08):* como bien destacan José Sáez Capel y Claudia E. Velciov, de la discusión parlamentaria ningún fundamento se desprende sobre esta decisión, tratándose de una figura que carecía de antecedentes y que, concretamente, en sede parlamentaria registraba proyectos donde se la consideraba un acto preparatorio no punible (por caso, el proyecto 0117-S-2000; en igual línea: el citado anteproyecto de 2006), así como otros donde se la penalizaba (proyectos 0064-CD-2002; 3873-CD-2006; 5084-CD-2006 y 5864-CD-2006)[10]. Podemos anotar que, sencillamente, en la presentación de fundamentos del proyecto se aludió a que el acceso ilegítimo se encuentra entre los delitos reconocidos por Naciones Unidas, por lo que se la considera como una figura clásica en el catálogo de delitos informáticos.

b) Derecho comparado regional

Recordamos que la reforma introducida por Ley 26388, en general, ha servido no sólo para actualizar el Código, sino para acercar nuestra legislación interna a las demandas del *"Convenio sobre Cibercriminalidad"* de Budapest (2001) en materia fondal. La nueva redacción acordada a nuestro art. 153 bis permite cubrir la tipicidad reclamada por el art. 2[11]. Es interesante resaltar que si bien el Convenio toma partido por considerar delito el simple "hacking", permite que los signatarios introduzcan condicionantes tales como la vulneración de medidas de seguridad y elementos

[9] Matellanes Rodríguez**,** *"El intrusismo informático como delito autónomo: razones"***,** en Biblioteca jurídica online "elDial.com" (www.eldial.com.ar), suplemento de Derecho Penal y Contravencional de la CABA, sección doctrina, diciembre de 2008.

[10] Sáez Capel-Velciov, en su *"Comentario al art. 153bis"* pub. en AAVV "Código Penal", dirigido por Baigún y Zaffaroni, ed. Hammurabi, Bs.As., Tomo 5, 2008, págs. 733/735.

[11] Su texto: *"Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático. Las Partes podrán exigir que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático".*

subjetivos distintos del dolo como la intención de obtener datos u otra intención delictiva. También permite que la tipificación se limite a casos de acceso a sistema informático que esté conectado otro.

Sin embargo, cuando se observa la recepción nacional, en general, se ha terminado consagrando figuras penales de mayor amplitud, sin hacer uso de las posibilidades de restringir la tipicidad. También que se adopta como sanción la pena privativa de libertad, respuesta que el convenio admite pero no exige. Un problema básico de esto es que si en el delito más leve, básico y de aplicación subsidiaria, se usa la modalidad más grave de sanción, en el resto de las conductas no podrá evitarse sin caer en problemas de serios de proporcionalidad y, en realidad, se trata de un comportamiento sobre el que se discute si realmente es necesaria la intervención del derecho penal o bastaría con la del contravencional o sancionador administrativo, apareciendo como más lógicas las penas pecuniarias o de inhabilitación que la prisión.

Pasando a la descripción legislativa en el ámbito del Mercosur, puede señalarse que el "intrusismo informático" sólo no ha sido expresamente tipificado en Brasil, Chile y Uruguay, razón por la que en el detalle que sigue se los dejará para el final. Veamos.

b.1. Bolivia: prevé junto a la alteración y el uso indebido de datos informáticos la punición del acceso a aquellos alojados en una computadora o cualquier soporte informático, en el art. 363ter[12] de su CP del año 1997.

b.2. Colombia: su C.P. (Ley 599 de 2000) ha sido modificado por la Ley 1273 de 2009, que le incorporó como cap. VII bis uno especifico para la delincuencia informática. El acceso abusivo a un sistema informático está contemplado en el art. 269A[13]. Debe tenerse además presente que todas las conductas del capítulo tienen previstas una serie de circunstancia de agravación en el artículo final, el 269H[14].

---

[12] Cuyo texto dice: *"El que sin estar autorizado se apodere, acceda, utilice, modifique, suprima o inutilice, datos almacenados en una computadora o en cualquier soporte informático, ocasionando perjuicio al titular de la información, será sancionado con prestación de trabajo hasta un año o multa hasta doscientos días"*.

[13] El nuevo artículo dice: *"El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes"*.

[14] Su texto: *"Las penas imponibles de acuerdo con los artículos descritos en este título, se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere:*

1. Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros.

2. Por servidor público en ejercicio de sus funciones.

3. Aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este.

4. Revelando o dando a conocer el contenido de la información en perjuicio de otro.

b.3. Ecuador: a continuación del art. 202 CPE, por Ley 2002-67, se agregó n artículo sin número[15] cuyo primer segmento en su primer párrafo prevé el acceso u obtención de información protegida y en el segundo califica la conducta de acuerdo al tipo de información de que se trate.

b.4. Paraguay: conducta típica a partir de la reforma del CP por Ley 4439 del año 2011, prevista en el nuevo art. 174 b[16].

b.5. Perú: incorporó en su Parte Especial por Ley 27309 (17/7/00), en el Título V de los delitos contra el patrimonio, un nuevo capítulo X "Delitos Informáticos", con tres artículos. El primero de ellos (art. 207-A[17]), pune entre otras conductas el ingreso indebido a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma con varias finalidades, mientras que el último (art. 207-C) agrava los anteriores en caso de que el acceso su hubiere logrado usando información privilegiada o se pusiere en peligro la seguridad nacional.

b.6. Venezuela: prevé el "acceso indebido" en el art. 6[18] de la "Ley Especial contra los Delitos Informáticos" (LECDI), del año 2001. A su vez, el art. 9 establece como agravante que el sistema que utilice tecnologías de la información esté destinado a funciones públicas o contenga información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas, caso en que se incrementará las penas entre

---

5. Obteniendo provecho para sí o para un tercero.
6. Con fines terroristas o generando riesgo para la seguridad o defensa nacional.
7. Utilizando como instrumento a un tercero de buena fe.
8. Si quien incurre en estas conductas es el responsable de la administración, manejo o control de dicha información, además se le impondrá hasta por tres años, la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con sistemas de información procesada con equipos computacionales".

[15] La parte pertinente dice: *"Art. ... (1).- (Ag. por art. 58, Ley 2002-67, R.O. 557-S, 17-IV-2002).- El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los EU de Norteamérica.*
Si la información obtenida se refiere a seguridad nacional, o a secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres años de prisión y multa de mil a mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica".

[16] Con el siguiente texto: **"***Acceso indebido a datos. 1° El que sin autorización y violando sistemas de seguridad obtuviere para sí o para terceros, el acceso a datos no destinados a él y especialmente protegidos contra el acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. 2° Como datos en sentido del inciso 1°, se entenderán solo aquellos, que se almacenan o transmiten electrónicamente, magnéticamente o de otra manera no inmediatamente visible"*

[17] Dice: *"Artículo 207-A.- El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.*
Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuatro jornadas"

[18] Su texto: *"Toda persona que sin la debida autorización o excediendo la que hubiere obtenido, acceda, intercepte, interfiera o use un sistema que utilice tecnologías de información, será pena con prisión de uno a cinco años y multa de diez a cincuenta unidades tributarias".*

una tercera parte y la mitad. A su vez, el art. 21, referido a la violación de la privacidad de las comunicaciones, entre otras conductas sanciona al que mediante el uso de las tecnologías de la información acceda a cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, con pena de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

b.7. Brasil: donde la conducta sería atípica con la salvedad de la regulación especial de su Ley Electoral N° 9100 del año 1995, con motivo de la incorporación del sistema de voto electrónico en las elecciones de 1996, por cuyo art. 67 inc. VII, se introdujo un tipo penal para punir con reclusión de uno a dos años y multa la obtención indebida de acceso, o su intento, a un sistema de tratamiento automatizado de datos utilizado por el servicio electoral, con el fin de alterar el cómputo o cálculo de votos.

b.8. Chile: tampoco lo prevé en forma directa.

b.9. Uruguay: no hay un tipo específico, pero se ha verificado una condena por esta conducta, que se subsumió bajo la figura del art. 300 del C.P.[19], que pena el "conocimiento fraudulento de secretos" que pareciera más apto para los casos de intercepción ilícita.

2. Tipo Objetivo

a) Bien jurídico

No se habrán de reiterar aquí las consideraciones generales brindadas al comentar el art. 153. En particular con relación al tipo que ahora se comenta, apuntan José Sáez Capel y Claudia E. Velciov que se pretende fundar su punibilidad como delito de peligro, entendiendo que el mero instrusismo o acceso informático ilegítimo, en sí mismo importa un nivel de riesgo considerable, además de privar al titular de la información a la que se accede de su confidencialidad y exclusividad, lo que vulnera el ámbito de su intimidad como extensión de los atributos de la persona. En lo específico, afirman, esta figura supone vulnerar la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad[20].

---

[19] Dice: *"El que, por medios fraudulentos, se enterare del contenido de documentos públicos o privados que por su propia naturaleza debieran permanecer secretos, y que no constituyeran correspondencia, será castigado, siempre que del hecho resultaren perjuicios, con multa de 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R.(cuatrocientas unidades reajustables)"*.

[20] Ob.cit., pág. 740. Ccte.: Marco Antonio Terragni, *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. La Ley, Bs.As., Tomo II "Parte Especial – I", 2012, pág. 541.

Amans y Nager, por su lado, con restricción que no compartimos sostienen que lo protegido es el secreto de los datos resguardados en sistemas informáticos de entes públicos y financieros[21], mientras que Morosi y Viera se limitan a destacar que la figura se ocupa del instrusismo propiamente dicho, despojado de cualquier otra intención distinta del acceso mismo[22].

Sin embargo, nos parece más apropiado para evitar o corregir posibles extensiones inadmisibles del ámbito de lo prohibido en esta figura de cuestionada inclusión en el ámbito penal, que el análisis del bien jurídico afectado no haga foco, exclusivamente, en el acceso mismo, en la información en sí o en la utilidad de los sistemas informáticos y la necesidad de preservarlos. Aunque ello sea merecedor de tutela, luce evidente que esta puede brindarse más eficazmente en el ámbito administrativo, e incluso, contravencional. Preferimos, en cambio, centrar la atención en que la protección penal se haga sin descuidar el contenido mismo que soporta el dato o sistema informático y que, por algún motivo, su titular no lo hace de público conocimiento, restringiendo su acceso en vistas de resguardar su valor confidencial y, con ello, su derecho subjetivo.

De esta forma, no nos alejamos de la protección a la intimidad en la sistemática del código, con consideraciones vinculadas al objeto material o a los medios que, con la distancia tomada, nos acercan a la punibilidad de meras infracciones. Así, en resolución que pareciera atender demandas del principio de lesividad, se ha declarado atípica la conducta de acceder al historial de correos electrónicos de un usuario en la inteligencia que esto no implica acceder a su contenido[23].

Obsérvese también que, podría darse el caso de datos que aunque se hallen en archivos securizados, no son confidenciales, sino de uso o dominio público. Por otra parte, aunque se lo caracterice como un delito de peligro, no excluimos la consideración del resultado –peligro concreto- que acontece de manera instantánea con el acceso ilegítimo en las circunstancias típicas (por ej. una vez descifrados los códigos de acceso).

También nos parece importante aclarar, aunque parezca algo obvio, que el valor confidencial del dato o sistema informático no es igual a su caracterización como personal, si bien ambos atañen a la privacidad. En este sentido, a diferencia de otras legislaciones, el código prevé dos figuras de acceso ilegítimo, indebido o no autorizado a sistemas informáticos y así, junto al acceso a un sistema

---

[21] Carla V. Amans y Horacio S. Nager, *"Manual de Derecho Penal. Parte Especial"*, dirigido por Carlos A. Elbert, Ad-Hoc, Bs.As., 2009, pág. 211.

[22] Morosi, Guillermo E.H. - Viera, Mariano A.: *"Comentario al art. 153"*, pub. en AAVV *"Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado"*, Andrés José D´Alessio director, La Ley, Bs.As, 2da. ed., T. II, 2011, pág. 530.

[23] Así, la Sala I de la CFCyC, en causa N° 42063 "Caballero, F.", resuelta el 6/8/09, cf. individualiza Aboso, ob.cit., pág. 766.

o dato de ingreso restringido que estamos analizando, el Código Penal establece en su art. 157 bis la prohibición de acceso ilegítimo a bancos de datos personales, tipicidad que incluso le precede ya que había sido incorporada en el año 2000.

b) Verbo típico

La conducta típica consiste en el acceder sin autorización o excediendo la que se tiene a un sistema o dato informático de acceso restringido. Con esta última precisión ("acceso restringido"), contenida al cierre del primer párrafo, se excluye la posibilidad de punir el acceso a redes, sistemas y contenidos de sitios públicos. La restricción podrá ser mediante una clave –de usuario- o cualquier otra modalidad limitativa que exprese que se trata de ámbito reservado por el titular –contraseña o password-.

Aboso, siguiendo criterio de la Sala II de la CFCyC, incluye el acceso a dato "restringido" incluido en un sistema informático de acceso público[24], como podrían ser datos sensibles de usuarios que se pudieran almacenar en dicho sistema. Terragni, por su lado, habla de la posibilidad de que el acceso sea total o parcial al sistema[25].

c) Otros elementos del tipo objetivo

En cuanto a las definiciones de las expresiones "sistema informático" y de "dato informático", el art. 1 del *"Convenio sobre Cibercriminalidad"* de Budapest (2001), en sus incs. "a" y "b", nos provee las siguientes: *"A los efectos del presente Convenio, la expresión: a. "sistema informático" designa todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos; b. "datos informáticos" designa toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función;…"*.

A su vez, en nuestro derecho interno, la Ley 25326 de Protección de Datos Personales (2000), en su art. 2 "Definiciones", nos dice que "datos informatizados" son *"Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado"* y, a su vez, que los "datos

[24]Aboso hace referencia a la causa N° 28260 "Incidente de incompetencia por violación de correspondencia", resuelta el 8/9/09 (en su *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, Ed. BdeF, Bs.As., 2012, pág. 766).
[25] Ob.cit., pág. 542.

personales" son la *"Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables"*, mientras que "datos sensibles" son los *"datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual"*, debiéndose entender por "tratamiento de datos" las *"Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias"*.

d) Casos de atipicidad:

Así como vimos en el tipo anterior excepciones al principio de la inviolabilidad de las comunicaciones, que implicaban que el derecho protegido no era absoluto (autorizaciones judiciales para su acceso en curso de una investigación penal, o por razones de seguridad, o por cumplimiento efectivo del ejercicio de un deber derivado de la patria potestad, etc.), lo propio ocurre aquí, por lo que interesa determinar cuándo terceras personas que no son los legítimos usuarios de los datos y sistemas informáticos comprometidos, pueden acceder a ellos aunque, claro está, no estén debidamente autorizados de antemano.

d.1. *Por consentimiento del usuario*: naturalmente que la prohibición queda excluida desde el punto de vista del análisis conglobado del tipo cuando la acción de acceder a datos o sistemas informáticos de ingreso restringido, se realiza de manera coetánea con el consentimiento del sujeto pasivo[26]. Pero, en la medida en que la falta de autorización debida es un elemento normativo del tipo, el acuerdo previo con terceros legitima el accionar y directamente elimina el tipo objetivo sistemático.

La autorización puede ser formulada de cualquier forma aunque, por lo general, cuando se trata de un permiso previo, se entiende traducida en un contrato de prestación de servicios de seguridad informática[27].

[26] Ccte.: Buompadre, *"Tratado de derecho penal. Parte especial"*, Astrea, Bs.As., 3° edición actualizada y ampliada, 2009, pág. 713.
[27] Sáez Capel y Velciov, ob.cit., pág. 744.

d.2. *Por seguridad:* es otras de las razones por las que se analiza el recorte al tipo legal, con el objetivo de facilitar a los ingenieros de sistemas o expertos en programación de software y seguridad informática su trabajo específico, por ejemplo, para determinar las falencias de las redes informáticas, la identificación de posibles virus, el testeo de sistemas de bloqueo, etc.

El tipo no distingue la forma de intrusismo, de modo que el acceso bien puede realizarse mediante la utilización de los datos concernientes al sujeto pasivo, es decir, como si el autor fuera en realidad el legítimo usuario del sistema, o aprovechando las deficiencias de los procedimientos de seguridad del sistema o en alguno de sus procedimientos[28], o usar un programa desencriptador.

Esto último es importante porque, por lo general, implica una razón de uso que permite excluir del tipo los casos de los programadores o “hackers éticos”, que acceden mediante el hecho de poder abrir claves o puertos en una computadora o red informática, con herramientas de software dedicadas a tal fin para el testeo y con el objetivo de resguardar, reestablecer o mejorar el sistema. Coincide con esta perspectiva Palazzi cuando destaca que quedan fuera del ámbito típico las conductas de testeo de seguridad de falencias de redes informáticas (“ethical hacking”) en el marco de investigación académica, casera o empresaria, muchas veces realizado además con consentimiento de la “víctima”, interesada en la detección de errores para su subsanación[29].

Ciertamente que, en la práctica, frente a la alternativa de posible daño, sabotaje o pérdida de información (hacking indirecto o como medio de comisión de otros delitos), la intromisión ocurre, por lo general, con el consentimiento del dueño o titular de la red que está siendo testeada, por lo que existe un autorización por parte del damnificado. De cualquier manera, si ello no fuera tan claro, sino dudoso o discutido, podría el operador quedar amparado por una situación de necesidad, sacrificándose la confidencialidad hacia él en pos de evitar directamente la pérdida de la información confidencial, es decir, con el bien u objetivo mayor de resguardar el sistema que tiene por fin, precisamente, preservar la información de carácter reservado. De modo que, posiblemente, el ámbito mayor de discusión, esté dado en términos de exceso de autorización o de justificación.

También señala Palazzi como fuera del ámbito típico la denominada ingeniería inversa o reversa, que es la destinada a obtener información técnica a partir de un producto accesible al público (como programas de computación y componentes electrónicos), con el fin de determinar de qué está hecho, qué lo hace funcionar y cómo fue fabricado, actividad que evidentemente no se relaciona con

[28] Cf. Morosi-Viera, ob.cit., pág. 531.
[29] En *“Análisis de la ley 26388 de reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos”*, pub. en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por D’Alessio y Bertolino, LexisNexis, Bs.As., N° 7/2008, pág. 1217.

la "privacidad" sino, a todo evento, con la protección de la propiedad intelectual (ámbito en el que se encuentran reguladas sus limitaciones, recordando el nombrado que nuestro país, pese a haber aprobado el "Tratado de Derecho de Autor de la OMPI del año 1996", no lo ha reglamentado aún ni en lo civil ni en lo penal, por lo que bien podría incluirse este tema en el siguiente acápite, destinado a aquellos problemas que no tienen clara solución)[30].

A efectos de evitar cualquier interpretación incorrecta de lo afirmado, quede claro que cuando aludimos al interés académico no nos estamos refiriendo a las consignas ─que Durrieu y Lo Prete califican de "escandalosas"─ del tipo "sólo con fines educativos" que usan algunas páginas webs dedicadas a "instruir" y proporcionar medios para "hackear". No se trata de habilitar la posibilidad de "educar para el delito"[31].

d.3. *Por cumplimiento del deber*: otro caso de atipicidad estaría dado por el cumplimiento de un deber derivado de un mandato judicial fundado en el marco de una investigación, por ejemplo, que autorice el acceso a la información que pueden brindar los programas digitales de telefonía celular, generalmente utilizados a nivel comercial para facturación, con el objetivo de ubicar a una determinada persona, independientemente de la comunicación que entable, su itinerario en virtud de la información de antena, la activación de GPS, etc.

e) Sujeto activo

[30] Idem. anterior. De cualquier manera, vale aclarar que los componentes más comunes que son sometidos a la ingeniería inversa son los programas de computadora y componentes electrónicos. Esto facilita la sustracción ilegítima de teléfonos celulares ante la facilidad de abrirlo y poder hacerlo funcionar con otro proveedor distinto, de modo que, debería regularse la forma en que las empresas de servicios impidan la instalación de "chips" en aparatos sustraídos.

[31] Durrieu, Roberto y Lo Prete, Justo, en su artículo *"Delitos Informáticos"*, pub. en L.L., diario del 1/2/02, pág. 2. Palmario ejemplo de este orden de problemas es el recordatorio de Nehemias Gueiros Jr., cuando informa de casos como el del famoso programa creado por el grupo de hackers "Cult of the Dead Cow" (Culto de la vaca muerta) llamado "Back Orifice" (entrada o puerta trasera), para espiar en forma remota las claves tecleadas en una máquina, que está disponible gratuitamente en Internet, así como otras herramientas similares como el "Sub-seven". Sitios que auxilian a planear ataques a otros computadores como hack.co.za o astalavista.box.sk, hacen realidad la idea de que cualquiera que sepa teclear es capaz de producir alguno de estos comportamientos ilícitos, lo que lleva a concluir al autor citado que esto prueba que Internet es realmente incontrolable (en su artículo *"Insegurança na Internet: há remédio?"*, pub. en el portal jurídico "Mundo Jurídico" –www.mundojuridico.adv.br─, en 30/7/03.

El sujeto activo o intruso, puede ser cualquiera, aunque, por tratarse de un delito vinculado a las nuevas tecnologías de la información requiere, naturalmente, ciertos conocimientos mínimos para que, bajo el criterio de la dominabilidad, pueda serle imputable el tipo objetivo como obra propia.

Se trataría de a quien en la jerga se denomina "hacker", derivado del vocablo inglés "hack" cuya traducción literal sería "cortador" o "hachador" que, conforme recuerda Jorge Rudi, se comenzó a utilizar a comienzos de los ochentas en Estados Unidos para designar a quien intercepta en forma dolosa un sistema informático para apoderarse, interferir, dañar, destruir, difundir o hacer uso de la información que se encuentre almacenada en los ordenadores pertenecientes a entidades Públicas, Privadas, Fuerzas Armadas o de Seguridad, Entidades Financieras y usuarios particulares[32]. Hoy día con el término se alude a alguien con amplios conocimientos del lenguaje de programación que le permiten detectar fallas o "agujeros" para acceder al sistema[33]. Sin embargo, es fácil advertir que una persona que puede ser un simple operador o usuario[34], con un saber técnico muy limitado, puede llevar adelante la conducta típica por haber conocido la clave por un descuido de su titular.

Entendemos que, aunque ocasionalmente pueda seguirse mencionando, estamos ya lejos de aquellas caracterizaciones que se formulaban a comienzos de los noventa, cuando Sieber al hablarnos de los potenciales autores de delitos informáticos mencionaba que en ellos campeaba una "a*ctitud o espíritu deportivo"*, que se trataba de personas brillantes, sobre todo jóvenes, que sienten el desafío y satisfacen su ego venciendo los controles que les interpongan. En ese contexto, resaltaba que los accesos no autorizados a los sistemas de proceso de datos se cometen, en primer lugar, por piratas juveniles, que actúan por diversos motivos (alardear, divertirse, vencer el reto, etc.), pudiéndose hablar por analogía de "delincuencia de pantalones cortos" (*short-pants crime*). Una actividad característica de este móvil sería el "hacking", al que el autor mencionado definía como el *"acceso no autorizado a un sistema de proceso de datos a través de un proceso de datos a distancia, no cometido con finalidades manipulatorias, fraudulentas, de espionaje, ni de sabotaje, sino sencillamente como paseo por placer no autorizado (joyriding) por el ordenador de otra empresa*

---

32 Cf. Rudi, *"Las actas de 1984 y 1986 sobre delitos informáticos en los Estados Unidos de América"*, pub. en E.D., T. 159 (1994-2), págs. 1055/1061, donde noticia que en U.S.A. la actividad del hacker comenzó a penalizarse específicamente en la *"The counterfait acces device and computer fraud and abuse act of 1984"* que, agregamos, ha recibido desde entonces numerosas y sucesivas sustituciones.

33 Así, Morosi-Viera, ya citados, pág. 531.

34 Cf. el art. 2 de la Ley 25326, "usuario de datos" es *"Toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos"*.

("hackito ergo sum")", pudiendo ser catalogado como una forma especial de 'hurto de servicios'..."[35].

Más aún, desde el estudio del punto de vista criminológico, se ha referido una especie de subcultura del hacker o pasión por el intrusismo informático (hackerdown)[36] compuesta por personas particularmente creadoras, ingeniosas, que incluso comparten un vocabulario especial como herramienta de comunicación, dedicados y apegados a la tecnología para explorarla, analizarla, modificar su funcionamiento y compartir la información restringida que brinda.

Cuando se incluye a quien teniendo autorización la excede, podría tratarse de aquellos que Aboso llama "confidentes necesarios", que son aquellas personas que tienen a su cargo el procesamiento de datos o quienes están encargados de la supervisión general del funcionamiento del sistema que acceden a bases de datos restringidos[37].

f) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será el titular del sistema o dato informático. Que este sea un organismo público o un proveedor de servicios públicos o financieros, opera como calificante del tipo.

Conforme el art. 2 de la LPDP (N° 25326, del año 2000), el "titular de los datos" es *"Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley"*.

3. Tipo Subjetivo

[35] Ulrich Sieber, en su trabajo *"Criminalidad Informática: Peligro y Prevención"*, pub. en AAVV *"Delincuencia Informática"*, Santiago Mir Puig compilador, Edit. PPU, Barcelona, 1992, págs. 13/45. Similar padecimiento de falta de actualidad padecen otras clasificaciones como aquella que diferencia del hacker al "phreaker" (contracción de *freak, phone y free,* "adicto a los estupefacientes", "teléfono" y "gratuito", respectivamente, podría traducirse como *adicto a las comunicaciones gratuitas*); al "virucker" (apócope de *virus y hacker*, variante del hacking que también se ha denominado "cyberpunks"); al "pirata informático" (dedicado a afectar la propiedad intelectual) o al "propagandista informático", rubro donde podría ubicarse la actividad de *"detentación y difusión abusiva de códigos de acceso"* (sobre esto nos extendimos en Riquert, *"Informática y derecho penal argentino"*, Ad-Hoc, Bs.As., 1999, cap. IV "Observaciones criminológicas").

[36] Saéz Capel, J. "Informática y delito", Proa XXI Ed., Bs.As., 1999, p.89/92.

[37] Cf. el art. 2 de la Ley 25326, el "responsable de archivo, registro, base o banco de datos" es la *"Persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos"*.

Aquí se trata de la voluntad de intromisión o ingreso al sistema de tratamiento de información o dato informático restringido, con el conocimiento que el acto es ilegítimo, es decir, que se carece de derecho, permiso, autorización o consentimiento para hacerlo.

El primer párrafo, que consagra la punición como conducta básica de quien con conocimiento y sin autorización o excediéndola, accede por cualquier medio a un sistema o dato informático de acceso restringido, deja fuera por medio de este requerimiento cognitivo (*"a sabiendas"*), la punición de todo acceso fortuito, casual o imprudente. Se trata de un tipo doloso, que por este condicionamiento subjetivo es sólo compatible con el dolo directo, excluyendo al eventual[38].

El tipo no requiere elementos subjetivos distintos del dolo, esto es, de tendencia interna trascendente (ultrafinalidades usualmente destacadas con la preposición "para" o "con el fin de") o peculiar o con cierto ánimo. Por ello, cualquier otra finalidad que la descripta sería propia de algún delito más grave y por esta razón se ha caracterizado al sujeto activo como el autor que procura eliminar los pasos de seguridad del sistema para ver el contenido de la información protegida[39].

El error sobre un elemento del tipo objetivo excluye el dolo y la responsabilidad penal tanto si es invencible como vencible, dado que no se encuentra previsto el tipo culposo.

Una mención especial efectúa Rueda Martín en torno al *"error in personam"*, supuesto en que el autor accede a datos de una persona distinta de la que el se había representado, por haberla confundido con ésta. Siendo que el bien jurídico en este tipo es de carácter personalísimo, el sujeto pasivo que debería ser aquella persona titular de los datos, no es equivalente desde el punto de vista de la protección penal y aunque el elemento subjetivo del injusto concurre, la acción no se dirigía a causar el perjuicio de esa persona en concreto sino de otra diferente, por lo que , aprecia en estos casos una tentativa de delito[40].

4. Iter críminis

[38] Cctes.: Sáez Capel y Velciov, ob.cit., pág. 746.
[39] Ccte.: D´Alessio, ob.cit. pág.532.
[40] María Ángeles Rueda Martín, "La Protección Penal de la Intimidad Personal e Informática", Ed. Atelier, Justicia Penal, Barcelona, 2004, pág. 85.

El delito se consuma en el momento en que se concreta el acceso al sistema o al dato informático restringido, o para quien está autorizado a acceder, en el momento en que se excede el límite de tal autorización.

Se lo ha caracterizado como delito "de antesala" o "delito barrera o obstáculo"[41] en virtud de que se trata de una figura que opera subsidiariamente, cuando no se puede acreditar la realización de otra más grave como la alteración o supresión de datos. Sin embargo, corresponde tener presente que, por lo general, los hackers evitan que su acceso ilegítimo sea descubierto y, por lo tanto, no destruyen datos ni dañan o alteran el sistema, en procura de que su presencia no llame la atención del administrador o usuario del caso[42].

También se lo presenta como un tipo de pura actividad y de peligro[43], advirtiendo incluso que incorrectamente interpretado podría constituirse en una suerte de acto preparatorio punible con olvido del principio de lesividad[44].

La tentativa es posible: basta pensar en los casos de uso de programas que operan por "fuerza bruta", es decir, introduciendo sucesivamente todas las posibles alternativas de combinación alfanuméricas que constituyen una clave, supuestos en los que podría interrumpirse el "iter" entre el comienzo de ejecución y la consumación[45].

Precisamente, cuando aún no estaba tipificada la conducta, uno de los primeros casos que en nuestro país generó discusión alrededor de la conducta de mero intrusismo involucró el servidor de la U.N. de Río Cuarto y se trató de un acceso no autorizado que quedó en grado de tentativa (fallo del 26/4/99, causa *"Universidad Nacional de Río Cuarto s/denuncia"*, Secretaría del Dr. Carlos A. Ochoa). El Juez Federal de Río Cuarto, Dr. Luis R. Martínez, concluyó en aquel momento que la conducta consistente en intentar ingresar a un servidor no disponible al público sino a través del conocimiento de una clave, mediante la utilización de Internet no constituía delito, por lo que desestimó la denuncia y ordenó su archivo[46].

5. Concursalidad

[41] Cctes.: Sáez Capel y Velciov, ob.cit., pág. 747.
[42] Sáez Capel y Velciov, ya citados, pág. 747.
[43] Así, Morosi-Viera, ya citados, pág. 532.
[44] Cf. Amans-Nager, ya citados, pág. 215.
[45] En contra: Buompadre, ob.cit., pág. 714, inc. f), donde luego de caracterizar la figura como delito de pura actividad y de peligro abstracto, manifiesta que la tentativa no le parece posible.
[46] Pub. en J.A., revista 6157 del 1/9/99, pág. 22.

Al indicar *"si no resultare un delito más severamente penado"* fija con claridad el carácter subsidiario, residual o remanente asignado a la figura, lógico si se atiende a que como ya se ha enfatizado, en general, en el derecho comparado, se ha entendido que estamos frente a una conducta de "antesala" cuya punición ha sido producto de gran discusión.

La posibilidad de concurso con el art. 153 ha sido afirmada por la Sala VII de la CNCyC diciendo: *"Si se tuvo por acreditado que el damnificado no pudo ingresar a su casilla de correo electrónico a raíz de que el imputado habría cambiado su clave de acceso y que ello motivó la difusión de información privada y laboral al día siguiente en la institución en que aquel se desempeñaba, que sólo pudo filtrarse con la exclusiva lectura directa de la casilla, es válido sostener que tal comportamiento se adecuaría a las figuras previstas en los artículos 153 y 153bis del Código Penal. Por tanto, corresponde revocar el sobreseimiento apelado"*[47].

Aún reconociendo las limitaciones para sacar conclusiones que impone lo que no es más que un extracto, parece difícil admitir que el relatado sea un supuesto de concurso de delitos. Buompadre destaca que, conforme la regla de subsidiariedad, el desplazamiento se producirá cuando el hecho mismo del ingreso al sistema informático pasa a configurar otro delito más severamente penado, lo que sucede cuando el acceso es un elemento que integra la tipicidad de la acción de otro delito o cuando en sí mismo el hecho constituye el corpus del delito más grave[48]. Aplicado al supuesto de hecho expuesto, sería la figura del art. 153 la que por relación de especialidad desplazaría la de simple intrusismo.

Por último, puede mencionarse la posibilidad de quedar vigente el tipo en comentario en caso de mediar un desistimiento de figura más grave como, por ejemplo, daño o sabotaje informático o una estafa informática (CP, arts. 183 y 173 inc. 16, respectivamente).

6. Pena. Agravante.

El segundo párrafo duplica la pena cuando el acceso fuere respecto de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros. La distinción aparece razonable y, en consecuencia, importa la calificación de la figura

[47] Causa "M.,M.", fallo del 21/10/10, extractado por Mariana Salduna en la obra de Edgardo A. Donna y otros, *"El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia"*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2° edición ampliada y actualizada, 2012, Tomo III "Arts. 118 a 171", págs. 359/360.
[48] Ob.cit., pág. 713.

por la característica singular del sujeto pasivo. En cuanto al concepto de "servicio público", con cita a Durrieu y Lo Prete, los ya mencionados Sáez Capel y Velciov lo definen como *"todo aquel que se encuentre destinado a servir a la población en forma más o menos generalizada, a un número de personas indeterminado, más allá de que su prestación corra por cuenta del Estado o de particulares"*[49].

Entendemos que habiéndose optado por la criminalización de esta conducta disvaliosa resignando la vía contravencional, que preferíamos[50], al menos podría haberse evitado la utilización de la pena privativa de libertad en la figura básica. Es claro que no sólo en el imaginario colectivo, sino en la mente del legislador, sigue instalada férreamente la idea de que "penar" significa "privar de libertad". No albergo dudas de que estamos frente a una conducta que tendría una respuesta punitiva más racional si se la hubiese conminado con multa o alguna inhabilitación especial o alternativa reparatoria.

Es más, en el Anteproyecto de ley que había elaborado la Secretaría de Comunicaciones de la Nación[51], abierto en su oportunidad a discusión pública, se preveía una figura similar en el art. 1°[52], para la que conminaba con pena en abstracto de multa de mil quinientos a treinta mil pesos. Comentándola, Arocena expone un criterio similar al antes expuesto, diciendo que *"Se considera apropiada la fijación de una* ***pena de multa,*** *atento que se trata de una figura básica que generalmente opera como antesala de conductas más graves, por lo que no amerita pena privativa de libertad, la que por la naturaleza del injusto habría de ser de muy corta duración"*[53].

7. Acción penal privada

Un paliativo mínimo a una intervención penal que en muchas ocasiones se demostrará innecesaria resulta ser que no se trata de un delito de acción pública, sino privada conforme el inc. 2°

---

[49] Ob.cit., pág. 747.

[50] Cctes.: Sáez Capel y Velciov, ya citados, pág. 743, donde manifiestan que enrolados *"en la corriente mayoritaria sostenemos que tales conductas carecen de entidad suficiente para merecer la intervención del Derecho penal; o bien se materializan en otro hecho más grave, o caso contrario, resultan inofensivas, y su incriminación atenta contra el principio de lesividad e intervención mínima"*.

[51] Pub. en el B.O. N° 29782 del 26/11/01, además del sitio web oficial de la Secretaría.

[52] Su primer párrafo decía: *"Será reprimido con pena de multa de mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare un delito más severamente penado, el que ilegítimamente y a sabiendas accediere, por cualquier medio, a un sistema o dato informático de carácter privado o público de acceso restringido"*.

[53] Gustavo A. Arocena, *"Acerca del principio de legalidad penal y de hackers, crackers, defraudadores informáticos y otras rarezas"*, pub. en portal jurídico del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (www.ciidpe.com.ar), sección temática 2, "Derecho Penal Económico. Parte Especial". La cita corresponde al punto V.6.1., dedicado al "Acceso ilegítimo informático".

del art. 73 del CP, que incluye los supuestos de violación de secretos con sola excepción de los arts. 154 y 157.

Violación de Secretos y de la Privacidad[1]

Por **Ricardo Gutiérrez**, **Laura C. Radesca** y **Marcelo A. Riquert**

ART. 153[2]: " ***Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.***

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena."

Antecedentes (genealogía del tipo)

Se comenzará por la presentación de la genealogía típica en el derecho argentino y, además, se brindará un breve paneo sobre el estado actual de la legislación similar en el ámbito regional más inmediato, es decir, el Mercado Común del Sur (Mercosur). Al momento de formular este trabajo resultan ser sus miembros plenos Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Está en trámite la solicitud de pasar tal condición del estado asociado Bolivia, siendo los restantes que tiene esta última calidad Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

a) Normativos nacionales

1 Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26388, pub. en el B.O. del 25/6/2008.

2 Texto modificado conforme art. 4° de la Ley N° 26388.

a.1. Ley Federal Nro. 49: el 14 de septiembre del año 1863 el Poder Legislativo sanciona la Ley Nro. 49, que constituye una suerte de código de delitos federales, instaurándose a partir de ella –y hasta el año 1922, en que perdió vigencia- una disociación normativa entre los ilícitos de índole federal y de competencia ordinaria, los cuales se legislaron separadamente.

Así, y no obstante la inexistencia de una parte general, el aludido plexo legal se abocó –en su título VIII- al desarrollo de los ilícitos que identificó como "De la interceptación y sustracción de la correspondencia pública". En tal contexto, el art 48 establecía que: *"...Los que obstruyesen ó retardaren el pasaje de la valija de la correspondencia pública, ya sea transportada en carruaje ó á caballo, pagarán por cada vez una multa de cincuenta á trescientos pesos fuertes, ó sufrirán la pena de trabajos forzados desde uno á seis meses, ó una y otra juntamente..."*[3].

Luego, el art. 49 señalaba *"...Los que con violencia despojen á un conductor de la correspondencia pública de la valija, ó de una parte de ella, sufrirán la pena de trabajos forzados por dos á cuatro años, ó una multa de mil á dos mil pesos fuertes, ó una y otra juntamente…"*[4].

El art. 52 –penúltimo de la temática en ciernes- apuntaba que *"…Todo empleado de la Administración de Correos ó Capitanía del Puerto que detenga, oculte, destruya, ó abra una carta dirigida a la Administración para ser entregada ó conducida, perderá su empleo, será destinado á trabajos forzados de dos á seis meses ó pagará una multa de cien á trescientos pesos, ó sufrirá una y otra pena…"*[5].

a.2. Código Penal de la Provincia de Buenos Aires (Código Tejedor): en 1863, por ley dictada con fecha 6 de junio, se autorizó al Poder Ejecutivo para que designara aquellos redactores de los diversos códigos y, por decreto del día 5 de diciembre de 1864, se postula para dicho cargo a Carlos Tejedor, en relación al futuro código penal. Así, tomando como base inspiradora el Código de Baviera de 1813[6] (y separándose entonces de la tradición latinoamericana en tal sentido, que –en

---

3 Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, *"Digesto de Codificación Penal Argentina"*, A-Z editora, Madrid, España, diciembre de 1996, Tomo I, pág. 146.

4 Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, págs. 146/7.

5 Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, pág. 147.

6 Aunque no tomándolo de la versión original en alemán, sino de una traducción francesa, según resaltaba Jiménez de Asúa, que calificó de "veleidad bávara" la iniciativa de Tejedor (en su "Introducción" a la obra de AAVV *"Evolución del Derecho Penal Argentino"*, Ediciones Jurídicas Orbir, Bs.As., 1969, pág. 8). Puede accederse a una versión en español de la "Parte General" del "Código Penal para el Reino de Baviera" (promulgado por el Rey Maximiliano José, en Munich, el 16/5/1813), como "Apéndice" a la obra de su autor, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *"Tratado de Derecho Penal"*, traducido por Zaffaroni e Irma Hagemeier, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1989, Serie Criminalistas Perennes, N° 1, págs. 389/415.

líneas generales- asieron la legislación española de 1848 y sus reformas de los años 1850[7] y 1870), el autor elaboró el denominado "proyecto Tejedor"[8], que se convirtió en código penal de la mayor parte del país, en razón de las sucesivas adhesiones provinciales.

Tal texto (aquí sí con una primera parte destinada a *"…contener las disposiciones generales que se aplican a todos los actos culpables…"*[9]), en su Libro Segundo "De los crímenes, delitos y sus penas"; Sección Primera: "De los crímenes y delitos privados y sus penas"; Título VI: "De los delitos contra las garantías individuales", aborda en el Capítulo VI, los delitos que rotula como "Descubrimiento y revelación de secretos".

En efecto, el art. 301 rezaba: *"…El que se apoderare de papeles ó cartas de otro ó revele los secretos que contengan, será castigado con arresto de dos meses y multa de diez á cien pesos fuertes. Si se hubiese impuesto de los secretos, aunque no los revele, sufrirá un mes de arresto…"*[10].

Más adelante, ya en la Sección Segunda "De los crímenes y delitos públicos y sus penas", Título 2° "De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos", el capítulo VIII se adentra también en la "Revelación de secretos", tipificando allí el codificador las siguientes conductas: *"...Artículo 408. El empleado que en asuntos del servicio público revele secretos de que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado con suspensión del empleo de tres meses á un año. Si de la revelación resultase grave daño a la causa pública, la pena será pérdida del empleo, y prisión de un año. Art. 409. La misma pena de un año de prisión tendrá el empleado público que abusa de su cargo para interceptar, sustraer, inspeccionar, ocultar ó publicar cartas ó documentos particulares. Si el abuso recae en documentos públicos la prisión será de dos años. Art. 410. El*

---

7 Gómez, precisamente, criticaba que Tejedor citara en la nota respectiva como una fuente al art. 422 del CPE de 1850, porque decía que éste, en realidad, no tutelaba la inviolabilidad de la correspondencia ya que sólo reprimía el apoderamiento de papeles o cartas cometido para descubrir los secretos de otro (Eusebio Gómez, *"Tratado de Derecho Penal"*, Cía. Argentina de Editores, Bs.As., 1940, Tomo III, pág. 408).

8 En realidad, mal llamado de ese modo pues, en rigor, fue *"Código Tejedor"* en casi todas las provincias, pese a no haber obtenido la sanción del Congreso Nacional.

9 Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, pág. 17.

10 Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, pág. 407/8.

empleado público que revele secretos de un particular de que tenga conocimiento por razón de oficio, sufrirá suspensión de dos meses á un año…"[11].

a.3. Proyecto Villegas-Ugarriza-García: tras la presentación del "Proyecto Tejedor" en el Congreso, éste –por Ley Nro. 250, promulgada con fecha 16 de octubre de 1868- instó al Poder Ejecutivo, a fin de que conformara una comisión integrada por tres abogados, que tuvieran como meta examinar el plexo confeccionado por Carlos Tejedor y elevara el informe consecuente, con antelación a las primeras sesiones del año 1869. De tal modo y luego de diversos reemplazos, la comisión de mentas quedó compuesta por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García; quienes –con un retraso de doce años y excediendo, en mucho, su labor primigenia- elaboraron un nuevo proyecto legislativo, que sometieron a consideración el 3 de enero de 1881.

Aquí, abandonando el modelo bávaro anterior y haciendo propios los lineamientos españoles de 1870, los autores recopilaron la temática en desarrollo –en una primera parte- en cuatro artículos que componen el Capítulo VII, individualizado como *"Revelación de secretos"*; ambos del Título Segundo "Delitos peculiares a los empleados públicos", del Libro Segundo "Los delitos y sus penas".

El art. 155 indicaba que "…*El empleado que en asuntos del servicio público, revele secretos de que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado con suspensión menor. Si de la revelación resultare grave daño á la cosa pública, la pena será la destitución y prisión menor…"*[12]. El art. 156, a su vez, reglaba que "…*La misma pena de prisión menor tendrá el empleado público que abusa de su cargo para sustraer, inspeccionar, ocultar ó publicar cartas ó documentos particulares, Si el abuso recaer en documentos públicos, se aplicará la pena de prisión media…"*[13]. Y para concluir, el art. 157 cerraba el capítulo, reseñando que "…*El empleado público que revele secretos de un particular, de que tenga conocimiento por razón de su oficio, sufrirá suspensión menor..."*[14].

Luego, y en cuanto atañe a idéntica comisión delictual para los particulares (obsérvese que la normativa anterior exigía la calidad de *"...empleado público…"* del sujeto activo, al igual que el modelo de su predecesor –Tejedor-), el proyecto dedicaba dentro del mismo Libro Segundo, el Título

---

11 Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, págs. 501/2.

12 Ob.cit., T. II, pág. 99.

13 Ob.cit., T. II, pág. 99.

14 Ob.cit., T. II, pág. 99.

Quinto: "Delitos contra las garantías individuales", capítulo III, titulado "Descubrimiento y revelación de secretos".

Allí, el art. 260 estipulaba: *"…El que se apodere de papeles ó cartas de otro, y divulgue ó se aproveche de los secretos que contengan, será castigado con arresto menor. Si se hubiese impuesto de los secretos, aunque no los divulgue ni los revele, sufrirá multa media. Esta disposición no es aplicable á los cónyuges, padres, guardadores, ó quienes hagan sus veces, en cuanto á los papeles ó cartas de sus cónyuges, hijos ó menores que se hallen bajo su dependencia. Tampoco es aplicable á aquellas personas á quienes por leyes ó reglamentos especiales les es lícito instruirse de correspondencia ajena…"*[15].

A la vista de este articulado, sostenía Eusebio Gómez que este proyecto *"no aparece ni el asomo de una protección a la inviolabilidad de la correspondencia, en cuanto ella pudiera ser atacada por particulares"*[16].

a.4. Código Penal de la Nación del año 1886: el Senado de la Nación, con fecha 25 de noviembre de 1886, aprobó a libro cerrado sobre tablas el proyecto de código penal elaborado por Carlos Tejedor, con más las reformas introducidas por la Comisión de Códigos, integrada por Isaías Gil, F. M. Gómez, V. Solveyra. Filemón Posse y M. Demaría; y –de tal manera- a través de la Ley Nro. 1.920, quedó sancionado el primer código penal argentino, con vigencia en todo el territorio nacional, promulgado el 7 de diciembre de 1886.

Este nuevo y constitucional cuerpo normativo, incluyó en su Libro Segundo "De los delitos y sus penas", Sección Primera, Título VI "Delitos contra las garantías individuales", el capítulo VI dedicado al "Descubrimiento y revelación de secretos". En este acápite, convergen cuatro artículos que rezan: *"…Artículo 173. El que se apodere de papeles ó cartas de otro será castigado: 1° Si revelase los secretos que contengan ó se aprovechase de ellos, con arresto de tres meses á un año. 2° Si no revelase ó no se aprovechase de los secretos, ó si los papeles ó cartas sustraídos no los contuviesen, la pena será de uno á tres meses de arresto"*[17]. Eusebio Gómez calificaba de amparo "precario" al que brindaba este artículo porque sólo se tenía como delito el hecho del apoderamiento

15 Ob.cit., T. II, pág. 134.

16 Gómez, ob.cit., T. III, pág. 408.

17 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. II, pág. 227.

de la correspondencia o de los papeles, olvidando que la inviolabilidad los mismos puede ser atacada mediante otros actos[18].

A más de ello, prosigue en la Sección Segunda "Delitos políticos y delitos peculiares a empleados públicos", Título II "Delitos peculiares a empleados públicos", Capítulo VII, referido a la "Revelación de secretos", desarrollando aquí cuatro tipos delictuales, a saber: "…*Artículo 262. El empleado que en asuntos de servicio público revele secreto, de que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado: 1° Si de la revelación resultare grave daño á la causa pública, con prisión de uno á tres años, destitución é inhabilitación por doble tiempo; 2° Con la misma pena, si la revelación se hiciese por dinero, no concurriendo la circunstancia á que se refiere el inciso anterior. 3° No concurriendo ninguna de las dos circunstancias expresadas en los dos incisos anteriores, la pena será destitución del empleo. Artículo 263. El empleado público que, abusando de su cargo, intercepte, sustraiga, inspecciones, oculte ó publique cartas ó documentos particulares, sufrirá las penas señaladas en el artículo anterior en los respectivos casos. Si el abuso recaer en documentos públicos, mediando dinero ó grave daño, se aplicará el maximun de las penas. Artículo 264. El empleado que revele secretos de un particular de que tenga conocimiento por razón de su oficio, será destituido y sufrirá arresto por uno á tres meses"*[19].

a.5. Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo: por decreto del 7 de junio de 1890, se nombró una comisión a fin de proyectar un nuevo texto penal, integrada por los juristas Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo. En apretada síntesis, resulta dable concluir que este proyecto de 1891, fue producto de la intelectualidad de la élite joven del país, con ideas de avanzada y excelente calidad técnica. Allí, los autores sólo abarcan la violación de secretos (en términos generales) como una acción transgresora a la libertad de las personas; separándose así de lo normativizado en textos precedentes, que incluían además la figura dentro de la tutela a la administración pública.

En efecto, a partir del Libro Segundo, "De los delitos", Título IV, "Delitos contra la libertad", Capítulo III, "Violación de secretos", se regulaban cuatro artículos –desde el 183 hasta el 186- que, en cita textual, reseñaban: *"...Artículo 183. El que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, ó un despacho telegráfico, telefónico ó de otra naturaleza, que no le esté dirigido, ó se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho, ó de otro papel privado, aunque no estén cerrados, ó suprimiere una correspondencia que no le esté dirigida, será reprimido con multa de doscientos á mil pesos. Si el culpable comunicare á otro ó publicare el contenido de la*

---

18 Gómez, ob.cit., T. III, pág. 409.

19 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. II, págs. 255/256.

carta, escrito ó despacho, la multa será de quinientos á dos mil pesos. Artículo 184. El empleado de correos ó telégrafos, ó de otra repartición encargada de la correspondencia, que abusando de su empleo se apoderase de una carta, de un pliego, de un telegrama ó de otra correspondencia cualquiera para enterarse de su contenido, ó la entregare ó comunicare á otro que no sea el destinatario, ó la suprimiere, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años. Artículo 185. El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada á la publicidad, aunque haya sido dirigida a él, la hiciere publicar, será reprimido con multa de doscientos á mil pesos"[20].

Gómez destacó su gran analogía con lo que serían luego los arts. 153/154 del CP de 1921. Una diferencia importante es que el mencionado art. 153 incluirá la punición del "desvío" de correspondencia. Otra, que este proyecto para el empleado de correo tenía en cuenta la finalidad de "enterarse" del contenido, que no contempló el Código aún vigente[21].

a.6. El Proyecto Segovia: en 1895, sin encargo oficial alguno, el excepcional jurista correntino Lisandro Segovia, comienza a acercarse al derecho penal (ya que su especialidad giraba en torno al derecho privado), dedicándose -en el inicio- a realizar observaciones críticas con relación al proyecto de 1891, para –finalmente- arribar a una codificación nueva que publicó en la "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales" de Buenos Aires; aunque no logró la receptación parlamentaria consecuente.

En su trabajo, el autor dedica –dentro del Libro Segundo, Parte Especial, Título IV, "Delitos contra la libertad"- el Capítulo IV a la "Violación de secretos y supresión de correspondencia", donde compila cuatro artículos, que rezaban: *"Art. 205. El que abriere indebidamente una carta, un liego cerrado ó un despacho telegráfico, telefónico ó de otra naturaleza que no le esté dirigido, ó se apodere indebidamente, para imponerse de su contenido, de una carta, de un pliego, de un despacho ó de otro papel privado, aunque no estén cerrados, ó suprimiere una correspondencia que no le esté dirigida, será reprimido con multa de cien á mil pesos, si el hecho no importa un delito de pena mayor, á manos que aparezca que procedió por pura inadvertencia. Si el culpable comunicare á otro ó publicare el contenido de la carta, escrito o despacho, será reprimido con multa de doscientos á dos mil pesos, si el hecho no importare otro delito de pena mayor. Art. 206. El empleado de correos o telégrafos, ó de otra repartición encargada de la correspondencia, que abusando de su empleo se*

20 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. II, págs. 611/612.

21 Gómez, ob.cit., T. III, pág. 409.

apoderase de una carta, de un pliego, de un telegrama ó de otra correspondencia cualquiera para enterarse de su contenido ó comunicarlo á otro, ó la retuviere, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años é inhabilitación especial por doble tiempo. Si la suprimiere, se la apropiare ó la entregare á otro que no sea el destinatario, la pena será de dos a cuatro años de penitenciaría, e inhabilitación especial perpetua"[22].

a.7. La reforma al Código Penal del año 1903: el 13 de junio del año 1900, la Cámara de Diputados comienza a tratar en sesión un nuevo proyecto de reforma parcial al texto sancionado en 1886, a través de una comisión integrada por Juan Antonio Argerich, M. J. Moreno y Pedro T. Sánchez; aprobándose finalmente el día 14 de septiembre del citado año. Sin embargo, y aún con esta media sanción, la renovación del código sustantivo se demoró en la Cámara de Senadores por espacio de tres años más. Así, recién el 11 de julio de 1903, se aprueba el proyecto, con la inclusión de algunas modificaciones y el 3 de agosto se sanciona la Ley Nro. 4.189, promulgada con fecha 22 de agosto.

Dicha reforma es impulsada por políticos, sin ninguna técnica legislativa y obedeciendo a reiteradas presiones policiales; en palabras de Zaffaroni y Arnedo *"…introdujo en el texto penal la peor y más a aberrante disposición de nuestra historia…, inconstitucional con toda evidencia, violatoria de los principios de proporcionalidad, racionalidad y culpabilidad, un verdadero cáncer que destruyó la estructura armónica de Tejedor…"*[23].

Pues bien, en cuanto respecta a las figuras que nos atañen, recepta en el Libro Segundo "De los delitos y las penas", Sección Segunda "Delitos políticos y delitos peculiares á empleados públicos", Título Segundo "De los delitos peculiares á los empleados públicos", Capítulo Séptimo "Revelación de secretos". El artículo 263 señalaba *"…El empleado público que, abusando de su cargo, intercepte, sustraiga, inspeccione, oculte o publique cartas ó documentos particulares, sufrirá las penas señaladas en el artículo anterior en los respectivos casos. Si el abuso recae en documentos públicos, mediando dinero o grave daño, se aplicará el máximum de las penas…"*[24].

a.8. El proyecto de Código Penal del año 1906: el 19 de diciembre de 1904 y a poco de asumir la presidencia Quintana, se designó una comisión a fin de redactar un nuevo proyecto de ley penal, integrada por seis miembros, a saber: Rodolfo Rivarola, Norberto Piñeiro, Cornelio Moyano Gacitúa, Francisco Beazley, Diego Saavedra y José María Ramos Mejía, con más el secretario José

22 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. III, págs. 73/74.

23 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. I, pág. 44.

24 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. III, pág. 229.

Luis Duffy. En rigor, el grupo electo representaba todo un símbolo en términos de heterogeneidad, pues se hallaba compuesto por dos de los tres jóvenes de 1891, un jurista cordobés, un juez, el jefe de policía del "roquismo" y el más fiel representante del biologismo disciplinante.

El proyecto en cuestión se elevó con fecha 10 de marzo de 1906; en tanto el Poder Ejecutivo lo remitió –a su vez- al Congreso para su estudio, pero la comisión conformada por la Cámara de Senadores a tal fin, nunca se pronunció al respecto.

El texto de mentas, en su Libro Segundo "De los delitos", Título V "Delitos contra la libertad", Capítulo III, "Violación de secretos", se abocó a cinco tipos delictuales, que escindió de la siguiente forma: "…**Cartas y papeles privados.** *Art. 161. Será reprimido con prisión de quince días á seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, ó un despacho telegráfico, telefónico, ó de otra naturaleza, que no le esté dirigido; ó se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho ó de otro papel privado, aunque no esté cerrado; ó suprimiere ó desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de un mes á un año, si el culpable comunicare á otro ó publicare el contenido de la carta, escrito ó despacho.* **Publicación de una correspondencia privada.** *Art. 163. El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada á la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida á él, será reprimido con multa de doscientos á mil pesos, si el hecho causare ó pudiere causar perjuicio á tercero"*[25].

a.9. El proyecto de Código Penal de 1917: en 1916, el diputado nacional Rodolfo Moreno (h) intentó resucitar el proyecto de codificación penal elaborado en 1906, el cual, acompañado de varias modificaciones (aproximadamente treinta, aunque la mayoría de ellas, de detalle) presenta ante la Cámara de la que formaba parte. Así las cosas, el 20 de septiembre del mencionado año, el autor propone la formación de una comisión compuesta por cinco miembros (Jerónimo del Barco, Délfor del Valle, Antonio Di Tommaso y Carlos Pradere) bajo su presidencia, a fin de abocarse al estudio de la reforma penal y penitenciaria en curso que, culminará finalmente, con la sanción del código penal del año 1921. De tal modo, el 16 de julio de 1917, la comisión especial dictamina que el despacho se encontraba listo y aconsejaba la aprobación del texto en ciernes, conocido como "Proyecto de 1917". El aludido plexo legal, reglaba entonces dentro del Libro Segundo "De los delitos", Título V "Delitos

25 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. III, págs. 354/355.

contra la libertad", Capítulo III, la llamada "Violación de secretos", en un compilado de cinco artículos.

En efecto, en cita textual establecía *"...Artículo 153.- Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho. Artículo 155.- El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros"*[26].

a.10. El Código Penal del año 1921: aquel inicial "Proyecto de 1917" fue aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de agosto de ese mismo año y remitido al Senado de la Nación, a su Comisión de Códigos, que demoró dos años en expedirse. Así, el 25 de septiembre de 1919, la aludida comisión promueve su dictamen, incluyendo algunos cambios que afectaban el proyecto original; y tras varios vaivenes de modificaciones aceptadas y rechazadas por ambas cámaras legislativas, el texto final fue aprobado por el Congreso con fecha 30 de septiembre de 1921 y promulgado mediante decreto del Presidente Yrigoyen, el 29 de octubre del citado año (Ley Nro. 11.179).

Incluía en su Libro II "De los delitos", Título V "Delitos contra la libertad", el Capítulo III destinado a la "Violación de secretos". Allí –en identidad absoluta con la redacción del proyecto que le diera origen- rezaba *"...Artículo 153.- Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho"*[27].

a.11. El proyecto de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez: el 19 de septiembre de 1936, el Poder Ejecutivo encomendó a los catedráticos Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll –abiertamente

---

26 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. IV, págs. 158/159.

27 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. IV, págs. 241/242.

embanderados en las filas del positivismo italiano- la redacción de un nuevo proyecto de código penal, que los autores presentaron el 8 de julio de 1937. En puridad, el texto elevado no distaba en mucho de su predecesor del año 1921, más que con un tinte –como era de esperar- de carácter positivista; el que, si bien fue remitido a la Cámara de Diputados con fecha 27 de agosto de 1937, nunca fue tratado.

En este contexto, el Libro Segundo "De los delitos", Título IV "Delitos contra la libertad", aunaba en dos capítulos, la temática que nos convoca. La que puntualmente aquí interesa, en el Capítulo III, que se adentraba en la "Violación de correspondencia y papeles privados", señalando *"…***Cartas y papeles privados.** *Art. 196.- Se impondrá prisión de uno a seis meses, al que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; al que se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o al que suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida"*[28].

a.12. El proyecto de Código Penal de 1941 ("Proyecto Peco"): fue presentado ante la Cámara de Diputados por su autor, José Peco, con fecha 25 de septiembre de 1941 y completado al año siguiente, con la inclusión de una voluminosa exposición de motivos. Sin embargo, no llegó a ser examinado por el Congreso debido a su disolución en el año 1943. La orientación general de su contenido respondía a una corriente "neo-positivista", producto del clima intelectual vivenciado en la época, tras el ocaso del positivismo.

El proyecto incluía dentro de Libro Segundo "De los delitos", Sección Primera "Delitos contra los bienes jurídicos de los particulares", Título Cuarto "Delitos contra la libertad", Capítulo V, los "Delitos contra la inviolabilidad de los secretos". En dicho acápite consignaba *"…Artículo 180. Violación de correspondencia y papeles privados. Al que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; al que se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o al que suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida, se les aplicará privación de libertad de uno a seis meses o multa de cien a quinientos*

28 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. IV, págs. 700/701. Asimismo, en Eusebio Gómez, ob.cit., T. III, pág. 544.

pesos. Si el autor comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho, se elevará el máximo de la sanción a dos años. La acción es privada"[29].

a.13. El proyecto de Código Penal del año 1951: tras la reforma constitucional en el año 1949, se intentó renovar toda la legislación del momento, adecuándola a los parámetros de la nueva Carta Magna. Así entonces, el profesor Isidoro De Benedetti encara este nuevo proyecto de codificación punitiva, manteniéndose dentro de los cánones del positivismo moderado que caracterizó a su antecesor; remitiéndolo finalmente al Congreso de la Nación, con fecha 1° de agosto de 1951.

El autor incorporó dentro del Libro II, Título III "De los delitos contra la libertad", el Capítulo 5 que describía los "Delitos contra la inviolabilidad de secretos". En este punto y en cuanto aquí interesa, ahondaba en seis figuras penales, a saber: *"…Violación, sustracción y supresión de correspondencia y papeles privados. Art. 223. Al que abriere una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le estuviere dirigido; o se apoderare de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no estuvieren cerrados; o suprimiere, en todo o en parte o desviare de su destino una correspondencia que no le estuviere dirigida, se impondrá prisión de un año a un año y medio o multa de cien a diez mil pesos. Violación de telecomunicaciones. Art. 224. Al que, mediante maniobras, tomare conocimiento de una telecomunicación que no le estuviere dirigida; o al que la interrumpiere o impidiere, se impondrá multa de cien a diez mil pesos"*[30].

a.14. El proyecto de Código Penal del año 1953: en 1952 el PEN dispuso la creación de un nuevo texto penal, encomendando por decreto tal tarea a Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Francisco Laplaza; este último cesó en su intervención tiempo después, en razón de conflictos político institucionales. Más tarde, Maldonado fue transferido a otras funciones de asesoramiento; elevando sólo Levene su proyecto de código penal, en 1953. Este intento de codificación no resultaba disímil a la ideología general de la época, manteniendo el eclecticismo dominante del "Proyecto Peco"; no obstante ello, el mismo nunca tuvo registro de entrada en ninguna de las Cámaras del Congreso, situación por la cual se estima que el Poder Ejecutivo jamás lo remitió.

Pues bien, el texto abarcaba en ocho artículos los denominados "Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia y de los secretos" (Capítulo VI), ubicados dentro del Libro Segundo, Sección Primera "Delitos contra la persona", Título III "Delitos contra la libertad". Allí se

---

29 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. V, pág. 603.

30 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. VI, págs. 95/97.

establecía: *"...Art. 176. Al que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico o de otra naturaleza que no le fueren dirigidos, o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no estuviesen cerrados; o suprimiere en todo o en parte, o desviare de su destino una correspondencia que no le fuese dirigida, se le impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a diez mil pesos. Art. 177. Al que por medios fraudulentos tomare conocimiento de una telecomunicación que no le fuese dirigida, o la interrumpiere o impidiere, se le impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a diez mil pesos"*[31].

a.15. El denominado "Proyecto Soler" del año 1960: por decreto Nro. 7.292 del PEN, de fecha 13 de octubre de 1958, se encomendó la redacción de un nuevo proyecto al profesor Sebastián Soler, uno de *"...los autores de mayor influencia en la dogmática jurídico-penal argentina y en el saber penal argentino en general en este siglo... que tuvo dos méritos incuestionables: sepultar el positivismo y abrir el capítulo dogmático..."*[32]. El 31 de marzo de 1960, el redactor elevó su trabajo al Ministro, quien lo sometió al estudio de la comisión respectiva, conformada por Enrique Ramos Mejía, José Peco, Ernesto Gavier, Jorge Frías Caballero, Jaime Prats Cardona, Ernesto J. Ure y Osvaldo Loudet. Tras su examen, la comisión aludida –con la sugerencia de algunas modificaciones- expidió su adhesión al proyecto y, finalmente, el texto con los cambios aceptados por su autor, constituyó el plexo definitivo que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la Nación. Lamentablemente, el trámite legislativo se vio interrumpido con el golpe de estado ocurrido en el año 1962 y no volvió a retomarse tras la elección del nuevo parlamento, en 1963.

El proyecto abordaba en la Parte Especial "De los delitos", Título VI "Delitos contra el ámbito de intimidad", Capítulo 1, la "Violación de secretos" donde señalaba: *"...Violación de correspondencia. 196. Será reprimido con prisión hasta seis meses o con multa hasta sesenta días, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido o al que, sin abrir la correspondencia, por medios técnicos se impusiere de su contenido. Sustracción de papeles y desvío o supresión de correspondencia. 197. Será reprimido con prisión hasta seis meses o con multa hasta sesenta días el que se apoderare*

31 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. VI, pág. 282.

32 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo I, pág. 101.

indebidamente de una carta o de otro papel privado, aunque no esté cerrado, o el que suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le está dirigida”[33].

a.16. Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (2006): se trata de la propuesta que, en definitiva, será tomada luego por el art. 3º de la ley 26.388 (B.O. del 25/6/08), que comenzó sustituyendo el epígrafe del capítulo III del Título V (Delitos contra la libertad) del Libro II (De los delitos) del Código Penal, que pasó a ser *"Violación de Secretos y de la Privacidad"*. En la exposición de motivos del anteproyecto, considerando XII, decía: *"Se ha modificado el Capítulo sobre violación de secretos que ahora se denomina "Violación de Secretos y de la privacidad". De este modo, se actualiza la normativa a los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos y se tipifican lesiones intolerables a la privacidad, mediante la utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes o sonido"*[34].

Refleja además, sin dudas, la preocupación en torno a brindar un adecuado marco de protección penal a la privacidad (lo que se concreta en diversas figuras), que fuera exteriorizada con claridad oportunamente en los fundamentos del proyecto de los senadores Ruben H. Giustiniani y Vilma L. Ibarra, donde sostenían que la *"reforma legislativa debe desarrollarse teniendo como única mira el respeto a la intimidad garantizado por nuestra Constitución Nacional, evitando cualquier intromisión de terceros que pueda dar lugar a la sociedad vigilada y controlada descripta por George Orwell. Tal obligación de preservar la confidencialidad e inviolabilidad de las telecomunicaciones tienen una un claro raigambre constitucional sustentado por los arts. 18, 19 y 33 de nuestra ley fundamental"*. En modo concordante, señalan Feldstein de Cárdenas y Scotti que *"Vivir en una sociedad en que la información ha evolucionado hasta el punto de erigirse en una suerte de herramienta básica para optimizar la producción de bienes y servicios, impone la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de las personas"*[35].

---

33 Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., T. VI, pág. 462.

34 Entre sus múltiples publicaciones en el medio virtual pueden citarse la oficial en http://www.jus.gov.ar/guia/content_codigo_penal.htm y la de los sitios "Pensamiento Penal" (www.pensamientopenal.com.ar) y "Derecho Penal Online" (www.derechopenalonline.com.ar). En papel, puede verse en la sección "Actualidad" de la "Revista Nova Tesis de Derecho Penal y Procesal Penal", dirigida por Chiara Díaz y Erbetta, Nº 1, Rosario, 2007, pág. 197 y ss. La Comisión de Reformas fue creada por decreto 303 del 14/12/2004 del Ministerio de Justicia de la Nación. Su coordinador fue el Dr. Slokar, Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios de la Nación, y estuvo integrada por los Dres. Baigún, Chiara Díaz, Da Rocha, De Luca, Di Matteo, Erbetta, Ferreyra, Hendler, Ochoa y Tizón. Participaron de las discusiones y fueron sustituidos los Dres. Donna y Yacobucci, ambos por renuncia, y el Dr. García Vitor, por fallecimiento. La cita corresponde a la "Revista Nova Tesis", pág. 225.

35 Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scotti, Luciana B., *"Internet, comercio electrónico y derecho a la intimidad: un avance de los tribunales argentinos"*, pub. en la biblioteca jurídica online

El anteproyecto de 2006, que no alcanzó a tomar estado parlamentario, reglaba la cuestión que nos aboca en los arts. 138, 139, 142 y 143 del siguiente modo: art. 138 (figura básica), *"…el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico, mensaje de correo electrónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un mensaje de correo electrónico, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o mensaje de correo electrónico que le esté dirigida…"*, calificando la conducta *"…si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, mensaje de correo electrónico o despacho"*; a su vez, el art. 139 califica la acción para *"…el que por su oficio o profesión se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia o de un mensaje de correo electrónico.- También si se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto..."*.

El citado art. 142 del anteproyecto dice: *"…el que indebidamente interceptare, captare o desviare comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro tipo de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier otro tipo de información, archivo, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público que no le estuviesen dirigidos…"*, agravando si el autor fuere funcionario público o integrante de las fuerzas armadas o de seguridad; y el art. 143 pune *"…el que, hallándose en posesión de una correspondencia o mensaje de correo electrónico no destinado a la publicidad, lo hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigido a él, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros"*. Como podrá luego advertirse, no hay diferencia sustancial con el anteproyecto, ya que las conductas de los arts. 142 y 143 de este último se encuentran incluidas en el segundo párrafo del art. 153 transcripto y en el 155 vigentes.

b) Derecho comparado regional

La reforma introducida por Ley 26388, en general, ha servido no sólo para actualizar el Código, sino para acercar nuestra legislación interna a las demandas del *"Convenio sobre Cibercriminalidad"* de Budapest (2001) en materia fondal. La nueva redacción acordada a nuestro

"elDial.com", suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, edición del mes de octubre de 2007, sección Doctrina.

art. 153 permite cubrir parte de la tipicidad reclamada por el art. 3[36] del instrumento internacional citado, que contempla que los signatarios incorporen la conducta descripta sujetando su tipicidad a la exigencia de alguna intención delictiva o que se perpetre con relación a un sistema informático interconectado. Sin embargo, si hacemos un rápido repaso de la situación en los países que conforman nuestro bloque regional inmediato –Mercosur-, puede observarse que cuando se ha dado casos de tipificación posterior no se observa la adopción de tales limitaciones. Veamos.

b.1. Brasil: los e-mails tienen parcial protección en el art. 151 del C.P., no sin alguna discusión en orden a la exigencia de que la correspondencia debe estar "cerrada", mientras que serían atípicas las conductas de suprimir, agregar o modificar el contenido del mensaje. Túlio L. Vianna opina en contra de la subsunción en el art. 151 citado, aunque propicia otra por la que correspondencia electrónica tiene protección penal, partiendo del propio art. 5°, XII, de la Constitución Federal, que incluyó la inviolabilidad y secreto de la comunicación de datos[37]. Sostiene que el delito de violación de mails está tipificado en el marco de la genérica redacción del art. 56 del Código Brasilero de Telecomunicaciones[38] (Ley 4117 de 27 de agosto de 1962), en función del art. 58 del mismo texto, que deriva a la pena del mencionado art. 151 del C.P. (detención de uno a seis meses o multa), además de fijar algunas particulares para los concesionarios o permisionarios (elevando hasta uno a dos años de detención). Se trata, simplemente, de un agente que efectivamente recoge o toma el mensaje del servidor sin autorización legal o reglamentaria.

Por Ley 9296 del 24/07/96, reglamentando el citado art. 5 C.F., se tipificó en su art. 10 la conducta de quien realiza intercepción de comunicación telefónica, de informática o telemática, o

---

36 Su texto: *"Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, la interceptación, dolosa y sin autorización, cometida a través de medios técnicos, de datos informáticos –en transmisiones no públicas– en el destino, origen o en el interior de un sistema informático, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporta tales datos informáticos. Las Partes podrán exigir que la infracción sea cometida con alguna intención delictiva o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático".*

37 Vianna, Túlio Lima: *"Dos crimes por computador"*, publicado en el portal jurídico "Mundo Jurídico" (www.mundojuridico.adv.br), en 16/4/03. La parte pertinente del artículo citado de la C.F. dice: *"é inviolavel o sigilo da correspondencia e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas…".*

38 Dice: *"Pratica crime de violação de telecomunicações quem, transgredindo lei ou regulamento, exiba autógrafo ou qualquer documento ou arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro".*

violar el secreto de justicia sin autorización judicial o con objetivos no autorizados legalmente[39]. Para Vianna, esta norma vino, aparentemente, a aumentar la pena del delito de violación de e-mails (prevé reclusión de dos a cuatro años y multa). Al ser la acción típica "interceptar", concluye que sobre la base de una interpretación gramatical sólo serán aprehendidos por esta figura los casos en que el autor impida que el mensaje llegue intacto al destinatario. Por eso, los supuestos en que simplemente se acceda al servidor y lea los mails sin modificarlos o borrarlos, no serían intercepciones ya que no interrumpirían el curso del mensaje. De allí que sostenga que los casos de mera lectura o copia de mails deben ser encuadrados en los citados arts. 56 y 58 del Código Brasilero de Telecomunicaciones[40].

b.2. Chile: contempla el que denomina "Espionaje informático", en el art. 2°[41] de la Ley 12223 del año 2003.

b.3. Colombia: en su C.P. (Ley 599 del año 2000) Colombia: desde 2009, por Ley 1273, tiene en su C.P. la figura de interceptación de datos informáticos en el incorporado art. 269C[42].

b.4. Ecuador: la interceptación de las comunicaciones está prevista en el art. 197[43] de su C.P. Además, a continuación del art. 202 CPE se agregó por Ley 2002-67 un artículo sin número[44] que

---

39 Cf. Lopes da Silva, *"Direito Penal e Sistema Informático"*, Editora Revista dos Tribunais, Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, Volume 4, San Pablo, Brasil, 2003, pág. 70.

40 Trabajo citado, parág. 2.4.

41 Con el siguiente texto: *"El que con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio"*.

42 Su texto: *"El que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses"*.

43 Dice: *"Art. 197 (Sustituido por el Art. 2 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Serán sancionados con penas de 2 meses a un año de prisión, quienes interceptaren sin orden judicial, conversaciones telefónicas o realizadas por medios afines y quienes se sustrajeran o abrieran sobres de correspondencia que pertenecieren a otro sin autorización expresa.- Se exime la responsabilidad de quien lo hizo cuando la interceptación telefónica o la apertura de sobres se produce por error, en forma accidental o fortuita"*.

44 Su parte pertinente dice: *"Art. ... (1).- ...La divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida, así como de los secretos comerciales o industriales, será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.*

tiene dos segmentos. En el párrafo tercero y en el cuarto del primero de ellos se pune la violación de secretos comerciales o industriales y se agrava la conducta de divulgación o utilización fraudulenta si es perpetrada por persona encargada de la custodia o utilización legítima de datos. En el segundo segmento se tipifica directamente la obtención y uso no autorizado de información sobre datos personales.

En materia de delitos comunes de la función policial o militar, por Ley sin número del 19/5/10, se introdujo un artículo sin número[45] a continuación del art. 602 del C.P., cuyos segmentos undécimo a décimo tercero consagran tipos especiales de violación de correspondencia y contra la información pública clasificada o no legalmente.

b.5. Paraguay: por vía de la reciente Ley 4439 (2011), incorporó la interceptación de datos como nuevo art. 146c[46] a su C.P. Con carácter previo, puede mencionarse la existencia de regulación

---

Si la divulgación o la utilización fraudulenta se realiza por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con pena de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
Art. ... (2).- (Ag. por art. 58, Ley 2002-67, R.O. 557-S, 17-IV-2002).- Obtención y utilización no autorizada de información.- La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica".

45 Sus textos: *"Art. ... (602.11).- Violación de correspondencia.- (Agregado por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 196-S, 19-V-2010).- Será sancionado con prisión de tres meses a un año, la servidora o servidor militar o policial que, sin la debida autorización legal, intercepte, examine, retenga, grabe o difunda correspondencia o comunicaciones privadas o reservadas de cualquier tipo y por cualquier medio".*
"Art. ... (602.12).- Delitos contra la información pública no clasificada legalmente.- (Agregado por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 196-S, 19-V-2010).- Será sancionado con prisión de tres meses a un año, la servidora o servidor militar o policial que, utilizando cualquier medio electrónico, informático o afín, obtenga información a la que tenga acceso en su condición de servidora o servidor policial o militar, para después cederla, publicarla, divulgarla, utilizarla o transferirla a cualquier título sin la debida autorización. La misma pena será aplicable a quien destruyere o inutilizare este tipo de información.
Si la divulgación o la utilización fraudulenta son realizadas por cualquier persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con el máximo de la pena".
"Art. ... (602.13).- Delitos contra la información pública clasificada legalmente.- (Agregado por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 196-S, 19-V-2010).- Será sancionado con reclusión menor ordinaria de tres a seis años, la servidora o servidor militar o policial que, utilizando cualquier medio electrónico, informático o afín, obtenga información clasificada de conformidad con la ley. La misma pena será aplicable a quien destruyere o inutilizare este tipo de información.
Si la divulgación o la utilización fraudulenta son realizadas por cualquier persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con el máximo de la pena".

46 El texto introducido al CP es el siguiente: *"Artículo 146 c.- Interceptación de datos. El que, sin autorización y utilizando medios técnicos: 1° obtuviere para sí o para un tercero, datos en sentido del Artículo 146 b, inciso 2°, no destinados para él; 2° diera a otro una transferencia no pública de*

vinculada al secreto de empresa, que tiene protección penal expresa, conforme el Código Penal de 1997, en el Cap. VII, "Hechos punibles contra el ámbito de la vida y la intimidad de la persona", en el artículo 147 "Revelación de un secreto de carácter privado"[47].

b.6. Perú: el ya transcripto art. 207-A del C.P. de 1991 conforme Ley 27309 (17/7/00), pune entre otras conductas el uso o ingreso indebido a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma con finalidad de interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos. Rigen también los agravantes del art. 207-C.

b.7. Uruguay: por Ley 18383 (17/10/08), se modificó el art. 217[48] del C.P. por el que se pena el atentado contra la regularidad de las telecomunicaciones. A su vez, por Ley 18515 (26/6/09) se volvieron a modificar los artículos del CP relativos a la protección de los medios de comunicación. Puede acotarse que por Ley 18494 (5/6/09) se modificó el régimen sobre prevención y control de lavados de activos y del financiamiento del terrorismo, regulándose lo relativo a las vigilancias electrónicas "legales".

---

datos; o 3° transfiriera la radiación electromagnética de un equipo de procesamiento de datos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa, salvo que el hecho sea sancionado por otra disposición con una pena mayor."

47 Cuya parte pertinente reza: *"1° El que revelara un secreto ajeno: 1. llegado a su conocimiento en su actuación como, a) médico, dentista o farmacéutico; b) abogado, notario o escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda; c) ayudante profesional de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión; o 2. respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley una obligación de guardar silencio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. ...3º Cuando el secreto sea de carácter industrial o empresarial, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta tres años. Será castigada también la tentativa".*

48 Su texto actual: *"El que, de cualquier manera, atentare contra la regularidad de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o inalámbricas, poniendo en peligro la seguridad de los transportes públicos, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría".*

b.8. Venezuela: prevé el espionaje informático en el art. 11[49] de su LECDI del año 2001. Tiene, además, una figura de "hurto" (art. 13[50]) y en el citado art. 21, referido a la violación de la privacidad de las comunicaciones, entre otras conductas sanciona al que mediante el uso de las tecnologías de la información capture o interfiera cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, con pena de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

b.9. Bolivia: lo hemos dejado para el final porque, en cambio, se trata del país de la región que no ha tipificado específicamente la conducta reclamada por el instrumento internacional citado, ya que su C.P. de 1997 solo contempla las tradicionales violaciones de secretos (arts. 300/302).

Tipo Objetivo

a) Bien jurídico:

Tal como ha quedado precisado al inicio, el tipo penal en análisis encabeza un capítulo que ha recibido una extensión a su rúbrica a partir de la reforma del año 2008, a través de la Ley 26388. Seguidamente se pasará revista a una consideración específica de la concreción particular con relación a esta figura, sin perjuicio de agregar luego algunas notas de proyección constitucional que sirven como aporte a la télesis de todo el capítulo y que, por ello, resultan comunes a los restantes tipos de los que nos ocuparemos.

a.1. Consideraciones específicas: el bien jurídico individual ha quedado mejor delineado con el actual epígrafe del capítulo. El original (violación de secretos) ofrecía un déficit que era visualizado en su cotejo con la primera tipicidad que prevé, lo que era puesto de resalto, por ejemplo,

---

49 Dice: *"Toda persona que indebidamente obtenga, revele o difunda la data o información contenidas en un sistema que utilice tecnologías de la información o en cualesquiera de sus componentes, será penada con prisión de tres a seis años y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias. La pena se aumentará de un tercio a la mitad, si el delito previsto en el presente artículo se cometiere con el fin de obtener algún tipo de beneficio para sí o para otro.*
El aumento será de la mitad a dos tercios, si se pusiere en peligro la seguridad del Estado, la confiabilidad de la operación de las instituciones afectadas o resultare algún daño para las personas naturales o jurídicas, como consecuencia de la revelación de las informaciones de carácter reservado".

50 Su texto: *"Quien a través del uso de tecnologías de la información, acceda, intercepte, interfiera, manipule o use de cualquier forma un sistema o medio de comunicación para apoderarse de bienes o valores tangibles o intangibles de carácter patrimonial sustrayéndolos a su tenedor, con el fin de procurarse un provecho económico para sí o para otro, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias".*

por Eusebio Gómez, quien afirmaba que no cuadraba con la denominación ya que la carta, pliego cerrado o despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza podrían no contener secreto alguno[51].

Entendemos que lo que puede verse afectado a través de las conductas prohibidas por la norma en general atañe a la intimidad, esto en cuanto referencia a lo privativo, a la protección de lo secreto o reservado, aunque el agregado "*de la privacidad*" haya sido, ciertamente, la confirmación de una circunstancia que la doctrina había reconocido mucho antes, interpretando que era obvio que no se protegía el "secreto" por el secreto mismo[52].

Y si bien no hay dudas sobre la jerarquía de este bien jurídico fundamental, como veremos, para algunos, de esta protección penal pueden deducirse otros intereses colectivos dignos de tutela (la información, la libre comunicación, la confidencialidad, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar) que, a nuestro modo de ver, siempre deben considerarse medios, objetos y elementos para su reconocimiento efectivo.

El ejercicio de la libertad consustancial a nuestra condición humana exige el respeto por el derecho de mantener reserva sobre lo que se piensa, hace, tiene o padece, y la sanción penal prevista en este capítulo va en auxilio para resguardar esa esfera de intimidad o reserva[53].

De modo que, es esa particular manifestación de la libertad individual, sancionando su afectación mediante la intromisión de terceros en la intimidad del sujeto pasivo o la comunicación de sus secretos a otros por parte de quienes, teniendo derecho a conocerlos o habiéndolos conocido lícitamente, carecen del derecho de comunicarlo, ya sea porque efectivamente violan la esfera de reserva o porque crean peligro para ella[54].

No obstante, en el sentido antes apuntado de hacer prevalecer los medios o el objeto de protección por sobre el derecho fundamental en juego como bien jurídico susceptible de afectación, Ricardo C. Núñez afirmaba que el CP protege la incolumidad de la intimidad de la correspondencia,

51 Ob.cit., T. III, pág. 406. Afirmaba Gómez que nuestra ley confundía al asignarle una designación común a la violación de correspondencia y a la violación de secretos porque entre ambas median diferencias (pág. 407).

52 Resultando innecesario profundizar en este comentario acerca de la distinción entre "intimidad" y "privacidad", remitimos a lo expuesto en la obra de Riquert, *"Protección penal de la intimidad en el ciberespacio"*, EDIAR, Bs.As., 2002.

53 En AAVV *"Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado"*, Andrés José D´Alessio director, La Ley, Bs.As, 2da. ed., 2011, T. II, pág. 519.

54 Carlos Creus, *"Derecho Penal, Parte Especial"*, Ed. Astrea, Bs.As, 1983, T. 1, pág. 352.

de los papeles privados y de los secretos y la libre comunicación entre las personas, en la medida en que el art. 18 de la CN garantiza, frente a la acción de las autoridades, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados y establece que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su ocupación[55].

Por su parte, Sáez Capel y Velciov, afirman que el bien jurídico es la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad[56], y aunque excluyen la tutela de la propiedad intelectual y distinguen distintas motivaciones el acceso no autorizado, lo cierto es que, bajo esa consideración, invierten el sentido de la protección, tomando distancia del derecho subjetivo (privacidad) para utilizarlo como adjetivo o característica de la "información" que, en rigor, sólo constituye su medio, estructura o instrumento.

Más aún, aquellos que dan preponderancia a la actual reconfiguración bajo la caracterización parcial del tipo como delito informático, tanto respecto a la violación, apoderamiento y desvío de la comunicación electrónica (art.153 párr. 1° CP) como a la interceptación o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones (art.153 párr.2° del CP), no dejan de considerar de manera más explícita que, sin perjuicio de que con su ataque se afecte a la intimidad, detrás se eleva la "*información"* en sí misma, como interés macro-social o colectivo que el derecho penal debe proteger.

De esta manera, la idea inicial de intimidad como derecho subjetivo afectado se difumina mediante la reformulación de nuevos contenidos y de bienes jurídicos colectivos con cierta autonomía, lo que supone una confusión con el objeto material representante de aquella y la atribución protectiva de un aspecto parcial que descuida el ámbito personal, en detrimento de una adecuada interpretación del tipo en busca del alcance de lo prohibido.

Nadie duda que, teniendo en cuenta los avances tecnológicos que permiten el hecho de poder comunicarnos en forma más simple y eficaz, con instrumentos que día tras día cambian ampliando las prestaciones, con alcances maravillosos, incluso a nivel global, en cuanto permiten mejorar nuestras relaciones y nuestra calidad de vida, surgiría la necesidad de proteger la información contenida en los mensajes, no sólo bajo el formato de correspondencia tradicional en un medio de papel, sino dentro de los modernos sistemas de información tecnológica como son, por ejemplo, el correo electrónico de datos o e-mail y los mensajes de texto vía telefonía celular.

---

55 En su "Derecho Penal Argentino", Ed. Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1976, Tomo V, pág. 97.

56 José Sáez Capel y Claudia E. Velciov, en su "Comentario al art. 153 bis", pub. en AAVV *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial"*, Dir. Baigún-Zaffaroni, T. 5, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2008, pág.741.

Pero frente a estos mayores riesgos por la utilización de medios que, de cualquier manera poseen características de protección más acentuada (nombre de usuario, código de acceso, etc.), las conductas disvaliosas respecto de las comunicaciones vía electrónica pueden ser consideradas -como lo ha hecho la reciente reforma argentina- desde dos perspectivas que no descuidan el fin de la norma original: las que afectan el secreto y la privacidad, y las que conciernen a la seguridad del medio de comunicación mismo. Para esta última se tipifica la figura de *"Interrupción o resistencia al restablecimiento de las comunicaciones"*, habiéndose modificado en materia de *"Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación"*, la redacción del art. 197 del C.P. (cf. art. 12, L. 26388)[57].

De manera que, en lo que aquí respecta, la reforma citada llena el vacío legal existente respecto de nuevas modalidades de afectación configurativas de lo que se engloba bajo la rúbrica de "delincuencia informática" que quedaba en la impunidad frente al mandato de legalidad formal. Esto sin negar que, para algunos autores, se tratará de la introducción de un tipo vinculado a la categoría de *"delitos informáticos, de alta tecnología o electrónicos"*, aunque parcialmente enfocada desde la perspectiva de la esfera privada, mediante las acciones que reprime en los diversos supuestos contemplados en este capítulo.

Pese a la regulación de este fenómeno delictivo vinculado a la nueva realidad informática desde el criterio o la clasificación que incorpora su consideración típica como elemento, instrumento, medio o método utilizado, es decir, reconociendo el fin perseguido por las conductas dirigidas a afectar los bienes jurídicos ya establecidos, hay quienes entienden, sin embargo, que hubiera sido más conveniente el tratamiento de la temática completa en una ley específica, por tratarse de un bien jurídico novedoso, sin necesidad de dañar y recomponer la sistemática del Código Penal con la incorporación de figuras en su texto[58]. No participamos de este criterio. Si reconocemos que la sistemática del Código se daña por la continua apelación por parte del legislador a la técnica de "parcheo", multiplicando reformas parciales que han terminado por destrozarla si se atiende a que

---

57 El nuevo artículo 197 dice*: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida".*

58 Así, Gustavo Arocena en su disertación en las "Terceras Jornadas Argentinas de Derecho Informático" realizadas el 13/6/08 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, conforme citan Gabriel H. Tobares Catalá y Maximiliano J. Castro Arguello, en su obra *"Delitos Informáticos"*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, pág. 38.

desde su sanción en 1921, ha sido modificado en más de novecientas (900) ocasiones. Lo que se impone, sin dudas, es avanzar en su recomposición conforme los lineamientos que ya trazaba el "Anteproyecto de Reforma Integral y Actualización" del año 2006.

Sin perjuicio de ello, consideramos que cualquiera sea la preferencia desde el punto de vista político criminal y de técnica legislativa, existe un marcado consenso en la doctrina en general que considera muy positivo y de gran importancia contar con la regulación normativa actualizada en la materia.

a.2. Algunas notas adicionales en perspectiva constitucional: el reconocimiento a la intimidad, como derivación de una de las libertades más estrechamente vinculadas a la idea de dignidad humana, es unánimemente considerada, pero, a pesar de constituir un valor fuertemente arraigado en la sociedad, son múltiples los problemas prácticos para concretar su espacio o ámbito de protección específico, incluso en materia penal, a través de la precisión del elemento valorativo varias veces citado en la norma: lo indebido de la apertura o acceso a la comunicación, cuya concurrencia recorta la tipicidad objetiva, independientemente que, acaso, pueda estimarse seriamente afectada por la conducta considerada debida.

En rigor, extender el alcance de este elemento dando prioridad a determinados aspectos de las relaciones familiares, sociales, laborales o recurriendo al interés público, mediante la configuración de lo debido, lo justificado, permitido o tolerado, implicaría en ciertos casos restringir las manifestaciones del derecho individual a la intimidad hasta su negación.

Pero, por otra parte, si la tutela de la intimidad es llevada a sus últimas consecuencias, también podría colisionar y afectar otras libertades, con relevancia para el interés general, cercenando la posibilidad de avanzar en una investigación criminal, e incluso para el libre intercambio de ideas, concepciones, críticas propias del sistema democrático, como el derecho social a la información, a la libre expresión, etc., hasta anularlo, avalando, por ejemplo, actos de censura previa para la publicación parcial o íntegra de comunicaciones que, como tales, pueden incursionar en aspectos de la vida privada[59].

Cuando las acciones privadas se traducen en comportamientos externos aptos para generar relaciones sociales, importan conductas que se proyectan sobre las libertades de las restantes personas, y el derecho a la intimidad debe ser armonizado con ellas. Las limitaciones tendrán validez

---

59 Véase de nuestra CSJN, entre otros, los fallos "Ponzetti de Balbín" (Fallos, 306:1892), "Servini de Cubría" (Fallos, 315:1943), "Verbitsky" (Fallos, 312:916), "Lacroze de Fortabat" (ED, T. 151, pág. 159 y ss).

constitucional en la medida en que sean razonables y se adecuen a los presupuestos contemplados en el art. 28 de la CN.

Dentro de nuestra Constitución Nacional no se encuentra mencionado expresamente el derecho a la intimidad, pero ya la doctrina era conteste en que aspectos parciales de este derecho eran contemplados en los arts 18 –la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados– y 19 –acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o a la moral pública ni afecten los derechos de terceros–. A posteriori, se encontró desarrollado dogmáticamente por la doctrina y la jurisprudencia. Así, Ekmekdjián lo ubicaba como uno de los contenidos del derecho a la dignidad, aunque aceptando que pueda ser tratado como un derecho independiente, pero derivado del anterior y lo definió como *"la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos"*[60].

La intimidad entonces tiene raigambre constitucional y, en lo que aquí concierne, resguardada por una garantía específica prevista para una de sus manifestaciones más importante: la libertad de comunicación (art.18) que es inviolable, siendo sólo la ley la que puede determinar en qué casos y con que justificativos ha de afectarse. Se trata de una norma aplicable frente a actos de la autoridad y de particulares, cuando se afecta el carácter reservado de las comunicaciones, pudiendo dar lugar a la respuesta penal que establece la norma bajo análisis.

Este derecho a la intimidad también está protegido por el art. 11 de la CADH al disponer que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, domicilio o en su correspondencia, y de manera similar por el art. 17 del PIDCyP, añadiendo también que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Pero desde el punto de vista reglamentario, el derecho también encuentra una clara protección en la legislación civil (CC, 1071 bis) que califica como acto ilícito sujeto a las condiciones genéricas de responsabilidad civil la intromisión arbitraria en la vida ajena, difundiendo correspondencia, publicando retratos, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de

60 Ekmekdjian, Miguel Angel, *"Tratado de Derecho Constitucional"*, Ed. Depalma, Bs.As., 1993, Tomo 1, pág 567.

cualquier modo su intimidad. Incluso para generarla, la intromisión en el ámbito de la intimidad personal puede responder simplemente a un comportamiento culposo.

Último, pero no menos importante, la conflictiva vinculación entre aquel enunciado derecho a la información en sus caras, derecho a informar y derecho a informarse, y el derecho a la intimidad, particularmente en su sesgo de confidencialidad y protección de los llamados "datos sensibles", viene normativizada por vía de la Ley 25326 de "Protección de datos personales" (B.O. del 2/11/00) y su profusa reglamentación, en cuanto precisa tanto los principios generales relativos a la protección de datos, los derechos de sus titulares, quiénes y bajo qué condiciones pueden ser usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos, así como la instancia de control, sanciones y el tipo de acciones protectivas disponibles.

b) Verbo típico

El art. 153 contempla, en rigor, cuatro supuestos distintos y tres agravantes, aunque lo hace con la base de una estructura típica similar.

La primera conducta es la de apertura o acceso indebido a la correspondencia. En este caso, a la conducta de abrir se ha adicionado con relieve típico la de acceder indebidamente, lo que se ajusta a la actualización de objetos al incorporar las comunicaciones electrónicas y recoge una crítica que entendíamos insalvable para quienes proponían sobre la base de una interpretación histórica extensiva la suficiencia del texto anterior (era claro que "acceder" no es lo mismo que "abrir" y que no se podía "abrir" un mensaje que no estaba "cerrado").

La apertura no necesariamente se refiere a la correspondencia en tránsito, sino que, por lo general, abarca aquella que no está en este por haber sido recibida por el destinatario, por terceras personas o por encontrarse perdida.

La segunda conducta es la de apoderamiento indebido de la correspondencia. Siempre se consideró que podía ser furtivo o también cometido con ardid o engaño (quedando desplazadas las figuras generales por principio de especialidad), descartándose el apoderamiento de correspondencia en curso definitivo o prolongado que conduciría a la conducta hacia el tipo de supresión, tratado como tercera conducta. Con la incorporación de la comunicación electrónica como objeto típico, para la que no son aplicables las mismas características que reúnen el resto de los objetos enumerados en la norma (dado que el sujeto activo al hacer una copia de archivo no desapodera del original al sujeto pasivo), no cabe duda que su apoderamiento puede conceptualizarse de esa manera digital bajo la actual redacción, siendo posible apoderarse de un correo mediante su copia sin desapoderar a la víctima.

Desde que se incluye como objeto típico, además de la comunicación electrónica, la carta, pliego y despacho, cualquier otro papel privado, no es necesario que esté destinado a ser transmitido y, menos aún, que se encuentre cerrado, lo que importa una diferencia con la acción típica anterior.

La tercera conducta es la de supresión o desvío indebido de correspondencia. Suprimir implica desviar la correspondencia definitivamente no siendo indispensable su destrucción, aunque ésta sí importe suprimirla. Alcanza con apartar la pieza del curso hacia el destinatario, sin que sea necesario su menoscabo material. Desviar implica sacar la correspondencia del destino que tenía originalmente o cambiar su curso.

Resultando un tipo doloso de comisión, no incurre en el delito quien omite darle el curso debido, sin haber realizado la acción de desviar la correspondencia pudiendo hacerlo. De la misma manera no es típico suprimir los correos electrónicos indeseados (spam) mediante el uso de software de filtrado.

En estos casos, a diferencia de los anteriores, no importa que la comunicación o correspondencia esté abierta o cerrada y que contenga o no secretos susceptible de ser conocidos (por caso, la clásica tarjeta postal turística o por salutaciones festivas), lo único imprescindible es que se encuentre en curso.

La cuarta conducta es la interceptación o captación indebida de comunicaciones. A diferencia del supuesto de acceso donde se averigua el contenido de un mensaje, aquí el sujeto cuenta con un dispositivo que le permite conocer todos los mensajes que entran y salen, o escuchar las comunicaciones de una línea intervenida o leer el tráfico de despachos telegráficos. Desde el punto de vista criminológico suele tratarse de autores que poseen conocimientos técnicos, que cuentan con cierta infraestructura, alentados por objetivos de espionaje (empresarial, político, etc.), utilizando los datos para negociar o realizar inteligencia diversa.

Por último, el tercer párrafo prevé como agravantes dos acciones distintas: la de “comunicar”, esto es, hacer conocer a un tercero que no participa del delito el contenido de la correspondencia, o “publicarlo”, es decir, ponerlo al alcance de un número indeterminado de personas, para lo que se requiere dolo directo o, al menos, eventual. El restante agravante deviene de la calidad del autor, cual es que cualquiera de las conductas fuera realizado por un funcionario público en abuso de aquellas, caso en que se agregará como sanción conjunta la de inhabilitación especial por el doble del tiempo de condena.

c) Otros elementos del tipo objetivo

La referencia a comunicación electrónica configura un elemento normativo del tipo. Existen muchas y variadas formas de comunicación electrónica. Siguiendo a Pablo Farrés puede recordarse como las más corrientes a los correos electrónicos, pero también lo son el acceso a un casillero personal de comunicación en una página web, la telefonía IP y las comunicaciones online como el "chat". Enfatiza el nombrado que *"La comunicación electrónica es un género tan amplio que no reconoce limitación en el medio de transporte o de comunicación por el cual se realiza, bastando con que sea mediante un flujo eléctrico, comúnmente nanoeléctrico. Por ello puede ser una transmisión bajo redes abiertas o cerradas, fuera de redes, mediante comunicación alámbrica o inalámbrica, telefónica o de otra especie. Así, por ejemplo, un mensaje de texto en un celular (conocido vulgarmente bajo la sigla "SMS") también sería comunicación electrónica"*[61].

Aunque resultara, sin dudas, la fenomenología cuya afectación sirviera de principal disparador para la reforma del tipo en comentario, es evidente que el legislador no se ha limitado al correo electrónico, sino que adoptó una terminología de mayor amplitud como "comunicación electrónica" y, en concreto en el segundo párrafo, alude a "telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido", para acentuar el espectro de actividades del ámbito de la privacidad cuya apertura, acceso, apoderamiento, supresión, desvío, interceptación, captación, comunicación a terceros o publicación son punibles.

Otro elemento, valorativo de recorte, es lo "indebido" de la apertura o acceso a la comunicación[62]. Como toda restricción a un derecho fundamental –no absoluto-, los supuestos de excepción en los que la correspondencia puede ser violada, es decir, en los que puede habilitarse su interceptación, apertura y acceso a la comunicación por terceros que no son destinatarios, deben estar precedidos, por regla general, del mandato de legalidad. Esto es, previstos en la ley (por ej. la norma procesal penal) y dispuestos por autoridad judicial mediante resoluciones debidamente motivadas.

No suelen presentar dificultad desde el punto de vista de su atipicidad sistemática los casos de apertura o acceso en cumplimiento de un deber derivado del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, o cuando media acuerdo de los interesados. En cambio, la impunidad de las violaciones recíprocas de correspondencia entre los cónyuges o, propio de otra época, la del marido sobre las cartas de la mujer por *"derecho de vigilancia"*, que gozaron de opinión favorable de Carrara, Florián

---

61 En su trabajo *"La reforma de la ley 26388 al Código Penal. Los nuevos delitos informáticos"*, pub. en J.A. 2008-IV-1375. La cita textual corresponde al punto IV.

62 Gómez criticaba la mención del requisito de la arbitrariedad, que implica el empleo del adverbio "indebidamente", diciendo que no era necesaria porque se trata de un requisito que es de la esencia de todos los delitos (ob.cit., T. III, pág. 410).

o Manzini (en este último caso, sólo cuando hubiere razonable sospecha de que contendría prueba de infidelidad u otra infracción a obligaciones de asistencia familiar), se han rechazado luego, lo que ya en la década de los años cuarenta del siglo pasado fundaba Gómez diciendo que autorizar tal espionaje *"es conspirar contra la dignidad del matrimonio, que tiene su fundamento más sólido en el respeto que se deben los esposos entre sí"*[63].

Si resultan controvertidos los casos de atipicidad conglobante al amparo del consentimiento libre que podrían brindar el remitente y destinatario, del ámbito donde se intercepta y de los contenidos que se consideran revisables por su objeto ilícito, en supuestos como los que a continuación se ejemplifica:

1) Establecimientos penitenciarios donde la apertura de correspondencia o comunicación se realiza por razones de seguridad[64].

2) Pornografía infantil con la tendencia a monitorear el acceso para combatir el tráfico en las redes informáticas.

4) Obras intelectuales en red: con la tendencia a disminuir y controlar su bajada, al amparo de la ley de propiedad intelectual.

5) Correo electrónico de los empleados: posibilitando su acceso y revisión para monitorear rendimiento laboral, contracción al trabajo, resguardo de las herramientas y bienes de capital de la empresa, control sobre el cumplimiento de obligaciones de recopilación de datos, seguridad informática interna, la confidencialidad de datos, preservación del medio laboral libre de molestias.

En principio, ninguno de estos motivos está receptado como una excepción válida para revisar las comunicaciones electrónicas por parte de terceros. A menos que se cuente con la orden de un juez o el consentimiento del usuario o exista en el caso concreto la posibilidad de encuadrar la conducta en el marco legal en el que dichas interceptaciones podría considerarse autorizadas o justificadas (CP; 34), caso contrario un juez podría concluir que resulta aplicable el tipo analizado.

---

63 Gómez, ya citado, pág. 413.

64 Seriamente cuestionados tanto como las requisas de visitas, en el caso "Dessy" (CSJN, 19/10/1995), aunque se tachó de inconstitucional la exigencia reglamentaria que la correspondencia que el interno remite al exterior sea presentada a las autoridades penitenciarias en sobre abierto, se habilitó, sin embargo, a imponerse del contenido de las misivas e impedir su curso regular (pub. en LL, T. 1996-C-316).

En efecto, si bien el art. 17 de la ley de telecomunicaciones prohíbe el envío de mensajes con determinado contenido[65], no autoriza a su apertura o interceptación sin la orden de un juez[66], lo que se relaciona con los códigos procesales penales que regulan en que casos y con qué justificativos se puede proceder a su interceptación. También la ley obliga a las personas afectadas al servicio de telecomunicaciones y a cualquier otra que de alguna manera tenga conocimiento de la existencia y contenido de la comunicación a guardar secreto con las excepciones que fija (arts.20/1).

Puntualmente en el ámbito laboral, no habría tipicidad en el caso de que el empleador acceda a los correos electrónicos del trabajador si se trata de los corporativos y se hace dentro de la reglamentación de la empresa, que se supone conocida, de manera tal que el acuerdo previo excluiría el elemento de recorte y con ello el tipo sistemático o el consentimiento concomitante del usuario infiel la tipicidad conglobante. Interpretamos que esto último podría darse en el caso que el empleado exceda las posibilidades de uso de un correo corporativo asignado y lo utilice con otros fines. Si bien la titularidad de esos correos pertenece a la empresa, cuando el empleador pueda suponer válidamente que no encontrará comunicaciones de carácter exclusivamente laboral, no puede obviar la autorización del empleado, sino estaría brindando las condiciones para fomentar una forma de intromisión no permitida[67].

Naturalmente que, en caso de contenido ilícito del correo al que tuvo acceso sin autorización, si bien podría quedar afirmada la tipicidad, mediante el ejercicio de la legítima defensa, quedaría, de todas formas excluido el injusto, pudiendo llegar a desviarlos o suprimirlos.

En el ámbito penal suele considerarse prueba ilegal y no ser admitida aquella correspondencia o comunicación a la que se accede sin orden judicial[68], aunque sin valorarse la posibilidad de persecución penal, en la medida en que el ejercicio de la acción siempre queda en manos del ofendido por tratarse de un delito de acción privada.

---

65 El art. 17 establece “No se cursará telecomunicación alguna que pueda afectar la seguridad nacional, las relaciones internacionales, la vida normal de la sociedad y sus instituciones, la moral y las buenas costumbres”.

66 El art. 18 dispone “La correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente”.

67 En contra María N. Oviedo, para quien esos correos le pertenecen al empleador, por lo que “este puede disponer libremente del mismo sin la previa autorización del trabajador., en “Control empresarial sobre los e-mail de los dependientes”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.217/9.

68 Entre muchos, pueden citarse los casos “Redruello” y “Callejas”, de las Salas II y I de la CNCrim. y Corr., respectivamente, pubs. en JA 2005-II-661 y 2005-IV-707.

Lo contrario parece ocurrir en el fuero laboral donde no suele plantearse ni decidirse la validez constitucional de los correos utilizados como prueba para provocar el despido con causa del trabajador. Frente al dato de la realidad que tanto el correo electrónico como el acceso a Internet provistos al trabajador suelen ser indispensables en cualquier empresa para trabajar, se ha entendido que la única manera de compatibilizar el control mediante el monitoreo y acceso con fines probatorios del contenido del correo corporativo con su uso ilimitado que realiza el trabajador sería reconociendo el ejercicio de un derecho del empleador mediante la existencia de una política de privacidad bien redactada, conocida de antemano por el dependiente, que exprese los supuestos en los cuales se accederá a la comunicación electrónica privada[69]. Sin embargo, es cierto que no existe una norma específica que regule el correo electrónico laboral y establezca en que supuestos se permite al empleador el acceso a él, de modo que, estimamos que, mientras tanto, la casuística se resuelve a nivel de la tipicidad, ya sea mediante la aceptación previa del empleado o el consentimiento de la persona.

Tampoco puede olvidarse que esto mismo suscitaría inconvenientes en la medida en que el destinatario de la comunicación electrónica puede no formar parte de la empresa ni tener ninguna relación, de modo que su expectativa de privacidad permanece aún cuando desconozca que el empleado aceptó el acceso de terceros a la comunicación privada efectuada por un medio corporativo.

Lo expuesto, claro está, independientemente de las sanciones disciplinarias a las que el empleado se pueda ver sometido por el uso irregular del medio en función del contenido del correo (información desleal, vulneración del deber de fidelidad, etc.), lo que, de alguna manera, demuestra una fuerte restricción a su derecho a la privacidad sobre las herramientas que le provee la empresa.

En este caso, piénsese que también podría dar lugar a un delito previsto en este capítulo y sin perjuicio de la concurrencia de otros tipos penales, la revelación de información confidencial de las empresas por sus empleados a otras competidoras, que puede llegar a adquirir dimensiones de Estado o afectar un interés público[70].

---

69 Entiende Palazzi que ante la existencia de tales políticas el acceso no sería indebido (ob.cit., pág. 95).

70 A fines de 2010, los medios de comunicación brindaron información sobre espionaje industrial que involucró a la multinacional francesa Renault y la fabricación del coche eléctrico Twizy, a partir de que. empresas chinas del sector automotriz, interesadas en las baterías de tales híbridos, habrían podido pagar por intermediarios, sumas de dinero a varios directivos de la firma gala, quienes habrían trasmitido información considerada estratégica. Pero, sabido es que, la violación de secretos

d) Sujeto activo

Se trata de un delito común, por lo que la calidad de autor puede tenerla cualquier persona, excluida, claro está, el propio destinatario de la comunicación en cuestión que ingresa en la expectativa de privacidad del sujeto pasivo.

Desde esta perspectiva del bien afectado o del fin de protección de la norma, aunque al destinatario por orden legítimamente expedida se le haya prohibido abrir la correspondencia (orden judicial), no comete este delito sin perjuicio de que pueda consumar otros como el de desobediencia (CP, 239).

e) Sujeto pasivo

Puede serlo tanto una persona física como la persona jurídica en su calidad de ofendido por el delito. Convergen tanto el destinatario como el remitente porque la vulneración del derecho al secreto tanto los afecta en forma conjunta como individual, y bien podría ser típica la apertura de una comunicación dirigida a alguien fallecido o simplemente imaginado y también aún al individualizado con un seudónimo.

Tipo Subjetivo

Suele decirse que la inclusión reiterada de la voz "indebidamente" viene a abonar la idea de que este delito sigue la regla de los tipos dolosos de comisión, es decir, de aquellos que se cometieron conociendo lo que se hacía (abrir o acceder sin autorización expresa una comunicación) y buscando el fin lesivo (afectar la intimidad).

Así, recuerda Palazzi que la "ratio legis" del último párrafo del art. 153 fue la intención de evitar la interceptación y acceso no autorizado a correos electrónicos de jueces y periodistas, según fuera ampliamente difundido por la prensa a mediados del año 2006, a la vez que destaca que la apuntada reiteración terminológica refuerza la exclusión de toda posibilidad de imputar el delito en forma culposa y aventa el temor de algunos empresarios del sector que temían se pudiera aplicar esta

---

o de información privativa de las empresas es algo habitual en el mercado y a todo nivel, no versando necesariamente sobre conocimiento de alto nivel tecnológico, pudiendo referirse simplemente a listado de clientes, y cualquier otra información de utilidad para su desarrollo económico.

figura a un ISP o proveedor de servicio de correo electrónico que desviare un e-mail por contener un virus o porque algún algoritmo o filtro lo clasifica como "spam"[71].

Efectivamente, ya hemos adelantado que, en nuestra consideración, aquel que no tiene la finalidad de interceptar o captar un e-mail, sino simplemente filtrar spam, o que lo ha hecho por descuido o error, no actúa dolosamente y su conducta no puede ser alcanzada por esta tipicidad[72].

El error sobre la persona del destinatario excluye el tipo y sobre el carácter indebido de la apertura puede excluir la culpabilidad, llegando a disminuir el reproche en caso de no haber puesto la diligencia necesaria. Por lo general aunque se requiere dolo directo, se admite el eventual en caso de duda respecto a que obra sin derecho o a que la comunicación no lo tiene por destinatario.

También rigen aquí los conceptos generales de autoría, analizándose a nivel del tipo objetivo sistemático el criterio de la dominabilidad, como presupuesto de dominio para atribuir la conducta como obra de su autor.

Conforme se ha expuesto, la publicación abusiva de correspondencia es también actualizada para que alcance a la "comunicación electrónica". Se ha agregado un último párrafo en el art. 155 del CP mediante esta misma reforma ahora considerada, que reconoce por origen la situación ya mencionada y que, señala Palazzi, reproduce la idea subyacente en el art. 111 inc. 1° del C.P. (tipo de "calumnias"), al eximir de responsabilidad penal a quien revela correspondencia con la inequívoca intención de proteger el interés público[73]. Coincidimos en que resulta razonable y entendible el contexto en que se sancionó la norma, lo que no evita la inseguridad cierta que conlleva cualquier alusión a situaciones de dificultosa determinación o definición, como qué es el "interés público" que se intenta proteger.

Iter Críminis

71 En *"Análisis de la ley 26388 de reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos"*, pub. en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", dirigida por D'Alessio y Bertolino, LexisNexis, Bs.As., N° 7/2008, pág. 1216.

72 No obstante lo expuesto, entidades como la SADIO y la Fundación Vía Libre, objetaron en su trámite parlamentario el proyecto de ley, porque, justamente, no incorporaba a la definición algún otro elemento que vuelva patente la necesidad de la existencia del dolo en la comisión del delito, por ejemplo, haber agregado expresiones como "el que a sabiendas y con el fin de interrumpir…", y no sólo "indebidamente". Ver Tobares Catalá - Castro Argüello, ob.cit., págs. 209/10, con cita de Andrés San Juan, disponible en http://www.derechoinformatico.com.ar/ley-de-delitos-informaticos/.

73 En *"Análisis…"*, ya citado, pág. 1214.

Es claro que la realización de cualquiera de los verbos típicos por parte del remitente antes de que la comunicación sea recibida por el destinatario, no importará otra cosa que el ejercicio del derecho exclusivo de disposición que no cederá hasta el momento en que aquella haya entrado en la esfera de disponibilidad del destinatario[74].

La acción de abrir indica que todos los objetos sobre los que recaería tienen que encontrarse cerrados o en condición equivalente, como sería, la restricción de acceso (por eso, también dice "accediere"). Creus consideraba que, estando cerrados, es típicamente indiferente que contengan o no un secreto, dado que no es el secreto de la comunicación lo que aquí se protege específicamente, sino el derecho al secreto[75]. Pero, ese derecho al secreto comienza a ser afectado en grado de peligro con la sola apertura de la comunicación, independientemente que esta resulte ininteligible para terceros.

En cambio, queda claro que ninguna trascendencia tiene la nota de cerramiento cuando se trata del apoderamiento, supresión, desvío o interceptación.

La tentativa es posible en las variadas hipótesis típicas que se fueran explicando.

Concursalidad

La apertura con apoderamiento no multiplica la delictuosidad mediante la desvaloración por diferentes tipos, porque el art.153 plantea hipótesis alternativas relacionadas por grados de progresividad o secuencialidad que, por ello mismo, excluyen la concurrencia.

En otras palabras, la verificación de la conducta en un grado más avanzado de la secuencia (supresión por alguien que antes se había apoderado luego de acceder a la comunicación), no puede traducirse en la imputación de conductas como si fueran independientes, como si no guardaran relación entre sí. Esta improcedencia de la concursalidad material no quiere decir que, en el caso mencionada, no pueda apreciarse el hecho global como de mayor disvaliosidad que si sólo se hubiera accedido o sólo accedido y apoderado, al momento de individualizar la pena.

Pena

Sin pasar por alto que, a la luz de las previsiones tanto de la ley nacional como las provinciales relativas a la ejecución de la pena privativa de libertad, una escala reducida como la conminada en abstracto en el primer párrafo admite variadas alternativas a su cumplimiento efectivo

74 Ccte.: Eusebio Gómez, ob.cit., T. III, pág. 416.

75 Carlos Creus, ob.cit., pág. 355.

en establecimiento carcelario, no puede dejar de plantearse en sentido crítico el interrogante acerca de la necesariedad del uso de la prisión como modalidad de sanción apropiada a este tipo de conductas, que podrían encontrar respuesta adecuada con otra de carácter pecuniario o la prestación de algún tipo de servicio comunitario. Se persiste en el sostenimiento de una equiparación entre pena y prisión que termina siendo consistente con la percepción social de una defraudación de las expectativas de la intervención penal que no culmine con alguien privado de libertad.

Sin salir siquiera del marco regional, puede advertirse como en Bolivia el acceso ilegítimo a una comunicación electrónica ofrece al menos como alternativa la opción por una pena de único orden pecuniario (art. 363ter de su CP), mientras que en Perú la alternativa es con pena de prestación de servicio comunitario tanto para el acceso como para la interceptación (ambos, en el art. 207-A de su CP).

Violación de Secreto Profesional

Por **Carlos Parma**

Art. 156: ***"Será reprimido con multa de mil quinientos pesos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa."***

Antecedentes Legislativos.

A.- Código Penal de la Provincia de Buenos Aires. Código de Tejedor.

Encontrándose Bartolomé Mitre el día 12 de Abril de 1862 a cargo del Poder Ejecutivo Nacional inaugura el día 25 de Mayo de ese mismo año el Congreso Nacional. De esta manera se consolida el día 12 de Octubre como Presidente Constitucional de la Nación Argentina. La violencia política era una constante en esos tiempos. Las distintas batallas que libra el Gobierno central contra el caudillo riojano Ángel Vicente Peñaloza tienen su punto final con la muerte de éste sucedida el día 12 de Noviembre de 1863.

Esta notoria crisis política producto de una situación beligerante fue fuente material de tres leyes que se sancionan el día 14 de Setiembre de 1863 a saber: ley nro. 48, 49 y 50.

La ley 48 establecía la competencia de los Tribunales Federales. La ley nro. 49 tipificaba los delitos federales. En tanto la ley nro. 50 consagraba el procedimiento federal.

Es oportuno indicar que el 6 de junio de 1863 se autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a designar redactores de los distintos códigos nacionales.

El plexo normativo señalado –en especial la ley 49- no tenía el correspondiente respaldo de la parte general.

Dada esta situación por decreto del día 5 de diciembre de 1864 se nombra a Carlos Tejedor para la confección del proyecto de Código Penal[1] .

Cuando le es confiada la redacción del proyecto de código penal, trabaja aceleradamente, elevando al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, el 30 de diciembre de 1865, la primera parte del proyecto de código penal, destinada a contener las disposiciones generales que se aplican a todos los actos culpables. En su nota de elevación, Tejedor expresa claramente haberse inspirado en el Código de Baviera de 1813 y destaca que aún nos era menester estudiar la institución penitenciaria y crear los establecimientos, razón por la que no suprimió en su texto la pena de muerte.

[1] Carlos Tejedor había nacido en Buenos Aires el 4 de noviembre de 1817, graduándose en esta misma ciudad en 1837. En su obra jurídica, Tejedor escribió "Curso de Derecho Mercantil", y manuales para jueces de paz. Sin embargo, su obra más importante fue "Curso de Derecho Criminal" de 1860, reeditado en 1871, que abarca dos tomos: "Leyes de Fondo" y "Leyes de Forma". En 1857 ocupó la titularidad de la cátedra de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires.

El proyecto Tejedor fue presentado en dos partes, en el año 1865 y en el año 1867. Una importante serie de nombres rodearon el camino a la normativización plena. "El 7 de Noviembre de 1868 se designó en comisión "para examinar prolijamente el proyecto", a los doctores José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel quintana. Esta comisión sufrió las siguientes modificaciones: el 18 de Julio de 1871 fue nombrado el doctor Vicente Fidel López en reemplazo de Pérez; el 27 de Setiembre de 1872, en sustitución del doctor Ugarte, se nombró al doctor Antonio Malaver; el 9 de Febrero de 1873 fue incorporado a ella el doctor Sixto Villegas, el 15 de Noviembre de 1874, el doctor López fue sustituido por el doctor Andrés Ugarriza y por último el 11 de Noviembre de 1877, fue nombrado el doctor Juan Agustín García en reemplazo del doctor Quintana"[2]

Se fue convirtiendo en código penal de casi todo el país por vía de sucesivas sanciones provinciales. La primera provincia que lo sancionó fue La Rioja en 1876, siguiendo Buenos Aires en 1877, Mendoza en 1879, etc.

Zaffaroni y Arnedo[3] dicen que es incorrecto referirse al "Proyecto Tejedor", cuando en realidad, fue "Código Tejedor", pese a no haber obtenido sanción por parte del Congreso Nacional como código penal de la Nación.

El artículo contenido en el proyecto es el siguiente:

Artículo 411 - "*Los abogados, médicos, cirujanos y todos los que revelen los secretos que se les confíe por razón de la profesión que ejerzan, salvo los casos en que la ley les obligue a hacer tales revelaciones sufrirán una multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes*."

En la nota al mismo se hace referencia al código español que impone al abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicase a su cliente o descubriese sus secretos, según la gravedad del perjuicio que causase, la pena de suspensión a la de inhabilitación perpetua especial, y multa de cincuenta a quinientos duros.

Según dice Chauveau Adolphe, los escribanos no están comprendidos por la disposición, puesto que su profesión no los llama a ejercer como los abogados el sagrado derecho de defensa, y no tienen que recibir para dirigirla revelaciones de ninguna especie. No son siquiera depositarios de los secretos de las partes, porque su misión se limita a recibir las convenciones, y reproducirlas fielmente por escrito.

Observa el mismo autor, que sin la calidad del agente que hace la revelación, no habrá este delito. Respecto de las personas que por su estado o profesión no tienen el mismo deber, la violación de los secretos que se les confía, culpable a los ojos de la moral, escapa del todo a la acriminación de la ley. Consistiendo además el delito en la violación voluntaria del secreto, si la divulgación es el resultado de una casualidad, de una circunstancia fortuita, la reparación del perjuicio no podría ser perseguida por la vía criminal, porque la negligencia y aun a imprudencia, no pueden remplazar la voluntad, elemento esencial de todo delito.

---

[2] Gómez, Eusebio; "Tratado de derecho penal", tomo I, Compañía Argentina de Escritores SRL, Buenos aires, 1939, ps. 9.Aires

[3] Zaffaroni, Raúl y Arnedo, "Digesto de Codificación Penal Argentina", Tomo I, Ed. A-Z, Buenos Aires, 1996, ps. 16-17.

Respecto de “todos los que...”, la máxima se fundaba en el secreto de la confesión. No es como hombre que el sacerdote la recibe, sino como ministro de Dios. Así, no debe cuenta de ella a los hombres. Tal regla no puede variar, porque no deriva de la ley, sino de la religión. La inviolabilidad de la confesión es uno de los dogmas de la fe católica, que está colocada bajo la protección del Estado.

Salvo los casos...antiguamente los abogados y aun confesores estaban obligados a revelar los delitos de lesa majestad que llegaban a su conocimiento. Los médicos se hallaban también obligados por otras disposiciones a dar parte de los heridos que curaban, etc. Hoy solo tendrán esta obligación los funcionarios que adquieren el conocimiento de un delito en el ejercicio de sus funciones, y los particulares que son testigos de un crimen. La regla no cambia aun cuando las revelaciones sean provocadas por la justicia o medie el consentimiento de la parte, si bien en estos casos quedaría justificada la violación del secreto, a menos de probarse la malicia del revelador.

B.- Proyecto Villegas, Ugarriza y García (1881)

Presentado el Proyecto Tejedor al Congreso, éste sancionó la Ley 250 del 16 de octubre de 1868, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión integrada por tres abogados que debía examinar el proyecto e informar al Congreso antes de las primeras sesiones de 1869. Después de sucesivos reemplazos, la comisión quedó integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. Casi con doce años de atraso, la comisión elevó el proyecto el 3 de enero de 1881. La comisión se apartó notoriamente de su mandato, puesto que más que una revisión del Proyecto Tejedor, fue un nuevo proyecto –como lo hace notar Rivarola-. Este proyecto se apartó del modelo bávaro y se aproximó al texto español de 1870, que a su vez, tenía como antecedente el código de Brasil de 1830.

El Proyecto de 1881 fue sancionado por la Provincia de Córdoba, que fue la única que no adoptó el código Tejedor. Rigió en esa provincia hasta el 1° de marzo de 1887, en que entró en vigencia el código de 1886 para todo el país.

En la carta de elevación del Proyecto, sus autores expresan que “respecto a los capítulos que tratan de la infidelidad en la custodia de los presos y de documentos, revelación de secretos, malversación de caudales públicos y fraudes y exacciones, se ha seguido en su mayor parte el proyecto Tejedor sin alteraciones sustanciales, aunque modificando la redacción para darle mayor claridad en ciertos casos, y la penalidad para armonizarla con el nuevo sistema proyectado.”

El artículo está ubicado en el capítulo séptimo “Revelación de Secretos”, dentro del Título Segundo, que trata de los “Delitos peculiares a los empleados públicos” y expresa:

Artículo 158- “*Los abogados, médicos, cirujanos y todos los que revelen los secretos que se les confíe por razón de la profesión que ejerzan, salvo los casos en que la ley los obligue a hacer tales revelaciones, sufrirán multa media*.”

C.- Código Penal de 1886.

En sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 23 de octubre de 1885, la Comisión de Códigos dio lectura a un despacho donde presentaba una serie de reformas al Proyecto Tejedor que lo mejoran considerablemente. Seguidamente manifiestan que, por falta de tiempo, las reformas no se

habían redactado por escrito, por lo cual un miembro informante las expondría verbalmente en el recinto. Finalizada la exposición, se discutió y aprobó en general el despacho de la comisión, y se aplazó su consideración en particular hasta el año siguiente. Después de una postergación, se trató el proyecto el 15 de noviembre de 1886, con la presencia del Ministro de Justicia Dr. Filemón Posse. En dicha fecha, se obtuvo la media sanción de la Cámara de Diputados.

El Senado aprobó el proyecto a libro cerrado sobre tablas el 25 de noviembre de 1886. De este modo, quedó sancionado por ley 1920 el primer Código Penal argentino con vigencia en todo el territorio nacional. El artículo 1° de la mencionada ley disponía: "Desde el 1° de marzo de 1887, se observará como ley de la República el proyecto de código penal redactado por el Dr. Carlos tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Códigos de la Honorable Cámara de Diputados." La edición oficial estuvo a cargo de los Doctores Ernesto Colombres y Juan B. Salanne, designados por decreto del 11 de diciembre de 1886.

Resaltan Zaffaroni y Arnedo, la urgencia en la sanción del código después de veinte años de trámite legislativo, sin embargo, explican que existía una razón: la Argentina era el único país del continente sin código penal sancionado en la forma constitucionalmente prevista, por lo que, la imagen de orden del país, no resistía esta circunstancia.[4]

La norma fue ubicada dentro del capítulo séptimo "Revelación de secretos", dentro del Título Segundo "De los delitos peculiares a los empleados públicos"

Artículo 265- "*Los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se les hubiese confiado, sufrirán la pena de suspensión por seis meses a un año y multa de veinte y cinco a trescientos pesos*."

D.- Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo (1891)

Con fecha del 7 de junio de 1890, el presidente de la Nación Juárez Celman, firma un decreto por el que designa una comisión para proyectar un nuevo texto de código penal. La comisión estaba integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo. "El decreto que los nombraba decía: el código penal vigente adolece de defectos que es indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entraña para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación… en los últimos años diversos países han alterado su legislación penal, dictando sus códigos como el resultado de estudios minuciosos y completos que deben tenerse en cuenta: la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas que si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya, como verdades inconcusas, deben tomarse en consideración para aceptar de ellas lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación: además de las deficiencias apuntadas, existen vacios que es menester llenar por el carácter mismo de las leyes penales, que no deben dejar impunes ciertos hechos que pueden ser de gravedad tal que comprometan las relaciones internacionales"[5].

Fueron fuente de inspiración del proyecto, el código holandés de 1881 y el italiano de 1889, aunque también el húngaro de 1878. En un año elevaron un proyecto con una sólida exposición de motivos y amplio conocimiento de los textos más modernos de su tiempo.

[4] Zaffaroni y Arnedo, "Digesto de Codificación Penal Argentina", Ed. A-Z, 1996, T. I, Pág. 32.
[5] Gómez, Eusebio; ob. Cit. Ps. 11

Los autores expresan en la exposición de motivos que, sobre violación de secretos, en el capítulo III, han refundido la materia contenida en los dos capítulos del Código actual que llevan el rubro de revelación de secretos, aproximando la redacción empleada por los Códigos húngaros e italiano, más clara y más amplia que la de aquél. En cuanto a las penas, opinan que no era necesario reprimir corporalmente a los particulares que se hicieren reos de violación de secretos, bastando para ellos la pena de multa, y reservaron la de penitenciaría para los empleados públicos que cometiesen el referido delito con abuso de sus funciones.

Soler enseña que la redacción del Código Penal (1921) tiene su origen precisamente en este proyecto que en su opinión sigue con bastante fidelidad el Código Italiano de 1890[6]

El artículo está ubicado en el capítulo III, dentro del Título II "Delitos contra el estado civil", y dice:

Artículo 186. - "*El que, teniendo noticia por razón de su propio estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya revelación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos e inhabilitación especial por seis meses a tres años*."

E.- Proyecto Segovia (1895)

En 1895, y sin encargo oficial alguno, Lisandro Segovia escribió algunas observaciones críticas al proyecto de 1891, que posteriormente publicó en la "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales" de Buenos Aires como "Proyecto de Código Penal", que no fue receptado parlamentariamente.

Si bien su trabajo penal casi no mereció atención, cabe resaltar, a tenor de lo que exponen Zaffaroni y Arnedo, la introducción de la condenación condicional, la reducción de la pena en el hurto por el escaso monto de la cosa y la supresión de la pena por la reparación del daño y la restitución antes de la acción judicial.[7]

La norma que estudiamos está contenida en el capítulo IV "Violación de secretos y supresión de correspondencia", dentro del Título IV "Delitos contra la libertad", y dispone:

Artículo 208.- "*El que teniendo noticia por razón de su propio estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya revelación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa, será reprimido con multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de la profesión o empleo e inhabilitación especial por tres meses a un año, si el hecho no importare un delito de pena mayor*."

F.- Código Penal Reformado (1903)

En sesión de la Cámara de Diputados del 13 de junio de 1900, se consideró el despacho producido por una comisión integrada por Juan Antonio Argerich, M. J. Moreno y Pedro T. Sánchez, proponiendo la reforma parcial del código de 1886. Las discusiones en diputados se prolongaron hasta el 22 de junio, fecha en que el proyecto se aprobó en general, postergándose su tratamiento en particular para agosto de ese mismo año. Finalmente se aprobó en sesión del 14 de setiembre de 1900.

El proyecto con la media sanción de diputados, fue demorado en el Senado durante tres años. El 2 de julio de 1903 l Senado recepta el despacho de su comisión, integrada por los senadores Palacio,

[6] Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Editorial TEA, Buenos Aires, 1970, ps. 118.
[7] Zaffaroni y Arnedo, "Digesto de Codificación Penal Argentina", Ed. A-Z, 1996, T. I, p. 42.

Mansilla y Pellegrini, que proponían diez enmiendas al proyecto de Diputados. Las discusiones hicieron que el tratamiento se extendiese hasta el 11 de julio, fecha que en se obtuvo su sanción. El proyecto volvió a Diputados, que el 3 de agosto de 1903 aprobó sin objeciones las reformas introducidas por el Senado. De manera que el 22 de agosto de ese año, se promulgó por ley 4189.

La norma está receptada en el capítulo séptimo sobre "Revelación de secretos", dentro del Título Segundo "De los delitos peculiares a los empleados públicos".

Artículo 265.- "*Los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se les hubiese confiado, sufrirán la pena de suspensión por seis meses a un año y multa de veinticinco a trescientos pesos*."

G.- Proyecto de Código Penal (1906)

El 19 de diciembre de 1904, el presidente Quintana, por decreto refrendado por Joaquín V. González, y designa una comisión integrada por seis miembros para redactar un nuevo proyecto de código penal. La comisión estaba integrada por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero, Cornelio Moyano Gacitúa, Francisco Beazley, Diego Saavedra y José María Ramos Mejía, actuando como secretario José Luis Duffy. El proyecto fue elevado el 10 de marzo de 1906. El Poder Ejecutivo lo remitió al Congreso y la Cámara de Senadores lo giró para su estudio a la comisión, la que nunca produjo despacho.

En la exposición de motivos, los autores explican que ellos han reunido toda la materia de violación de secretos en un solo capítulo, a diferencia del Código que legislaba en dos partes la violación y revelación de secretos. De este modo, consideran que se garantiza de una manera mucho más efectiva la inviolabilidad de la correspondencia, porque penan todos los actos de apoderamiento de toda clase de documentos privados, cartas, telegramas, etc. y la supresión o desviación de su destino y la publicación de su contenido, estableciendo a la vez penas más severas para el empleado de correos o telégrafos que viole en cualquier forma la correspondencia. Las dos últimas disposiciones de este capítulo, se refieren a la violación del secreto profesional y a la divulgación de actuaciones o procedimientos que por la ley deben quedar secretos.

El artículo está regulado en el capítulo III sobre "Violación de secretos", en el Título V de los "Delitos contra la libertad"

Artículo 164.- "*Será reprimido con multa de doscientos a mil pesos, e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa*."

H.- Proyecto de Código Penal (1917)

Mientras todas estas reformas se producían y sus correspondientes derogaciones algunas leyes permanecían firmes: ley 3335 (de 1895) sobre reincidentes; ley 3972 (1900) sobre falsificación de

monedas; después de 1903, la ley 9.077 referida a los cheques sin provisión de fondos y la ley 9143 sobre prostitución y trata de blancas.

Un importante grupo de jueces y doctrinarios se reunieron en un Congreso Penitenciario en Buenos Aires durante los días 4 al 11 de Mayo de 1914 donde se trató en primer lugar la conveniencia de la reforma penal y la gestión de su aprobación. La afirmativa fue total. El relator fue Octavio González Roura.

En 1916, Rodolfo Moreno (h), resucitó el proyecto de 1906, con una serie de modificaciones por él introducidas (por ej. Supresión de la pena de muerte, disminución del mínimo en la pena del homicidio, derogación –como ley especial- ley 9143, . Al momento de presentar su proyecto a la Cámara de Diputados, explica que su propósito era que el mismo fuera tomado como base para la preparación del proyecto definitivo, por lo que remitió un ejemplar a todos los magistrados y una encuesta. Posteriormente propone que se designe una comisión para que estudie los proyectos de reforma penal y penitenciaria.

El 16 de julio de 1917, Moreno anunció que el despacho estaba listo y que la comisión especial aconsejaba la sanción del proyecto. Así el proyecto conocido como "Proyecto de 1917" , fue defendido en la misma Cámara de diputados por el autor quien la aprobó a libro cerrado[8] el 22 de agosto de 1917 y remitido en esa fecha al Senado. El Proyecto de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, aprobado por la misma, fue remitido a la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, que demoró dos años en expedirse, haciéndolo recién el 25 de setiembre de 1919.

La norma en examen fue ubicada en el capítulo III "Violación de secretos", dentro del Título V sobre "Delitos contra la libertad".

Artículo 156.- "*Será reprimido con multa de doscientos a mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño lo revelare sin justa causa*."

I.- Código Penal de 1921

La Cámara de Senadores propuso modificaciones al "Proyecto de 1917", y posteriormente lo remitió a Diputados. En ésta Cámara fue girado a la comisión especial que aconsejó no aceptar la mayoría de esas modificaciones. La Cámara de Senadores insistió con mayoría de dos tercios en sus modificaciones, pero como la Cámara de Diputados era la cámara iniciadora, e insistió a su vez con sus dos tercios, el proyecto quedó aprobado por el Congreso el 30 de setiembre de 1921.

El 1° de diciembre de 1921, se ordena por decreto la edición oficial al cuidado de Ramón Ledesma (h) y Ramón Gené, la que se declaró auténtica por Ley 11.221 de "Fe de erratas a la edición oficial". Conforme el artículo 303, el código entraba en vigencia a los seis meses de su promulgación, vale decir, el 29 de abril de 1922.

El artículo analizado, quedó en igual ubicación que la que tenía en el "Proyecto de 1917".

[8] Sólo hubo un pequeño debate a cargo del diputado socialista Antonio de Tomaso relativo a la represión del duelo.

Artículo 156.- "*Será reprimido con multa de doscientos a mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa*."

J.- Proyecto Coll-Gómez (1937)

Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll estaban ubicados en las filas del positivismo penal italiano. El 19 de setiembre de 1936 el Poder ejecutivo les encomendó por decreto la redacción de un proyecto de código penal. Los autores elevaron el proyecto el 8 de julio de 1937. Su trabajo innova relativamente poco dentro de la estructura del código de 1921. El Poder Ejecutivo remitió el proyecto a la Cámara de Diputados el 27 de agosto de 1937, donde se le dio algún trámite, pero nunca llegó a tratarse.

La disposición fue ubicada en el capítulo IV "Violación de secretos", dentro del Título IV que trata los "Delitos contra la libertad".

Artículo 198.- "*Se impondrá prisión de un mes a un año, en los siguientes casos:*

1°. Al que habiendo cometido alguno de los hechos previstos en los artículos 196 y 197 (violación de la correspondencia y papeles privados), comunicare a otro el contenido de la carta, escrito o despacho de que se trate.

2°. Al que hallándose en posesión de una correspondencia no destinada ala publicidad, aunque haya sido dirigida a él, la hiciere publicar y causare o pudiere causar perjuicio.

3°. Al que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión, arte o de una situación particular que le obligue a guardar reserva, divulgue un secreto o lo revele sin justa causa, si de ello resultare o pudiere resultar perjuicio."

K.- Proyecto Peco (1941)

El proyecto elaborado por José Peco fue presentado a la Cámara de Diputados por su autor el 25 de setiembre de 1941, completando su obra al año siguiente con la publicación de la "Exposición". Finalmente el proyecto no fue tratado por el Congreso, debido a la disolución del mismo en 1943.

En su exposición de motivos, explica el tratamiento de los delitos contra la inviolabilidad del secreto en el capítulo quinto dentro del Título IV de los "Delitos contra la libertad". Menciona que el código noruego los clasifica entre los delitos contra el orden público y el suizo los sitúa en la categoría de los delitos contra los deberes de la función y los deberes profesionales, como si se atacara un bien jurídico del Estado. Sin embargo, el bien jurídico protegido entraña una de las exteriorizaciones más elocuentes de la libertad individual. La persona necesita amparo en la vida de relación contra la injerencia extraña para resguardarse de las indiscreciones, o de la malevolencia. La vida de relación exige que permanezca ignorada la correspondencia que se le destina a una persona, así como que no se difundan los secretos que tienen como escudo la confianza.

Explica, que tampoco considera correcto el criterio del "Proyecto de 1937", que considera en capítulos separados la violación de correspondencia y papeles privados por una parte, y la violación de

secretos por otra. Opina que el rubro general de delitos contra la inviolabilidad del secreto es el más exacto. Quebranta el secreto el que abre indebidamente una carta, el que se apodera indebidamente de un pliego o de un despacho y hasta el que desvía de su destino una correspondencia que no le está dirigida, si bien de modo indirecto. El proyecto no sólo comprende la violación de la correspondencia, de la comunicación telegráfica o conversación telefónica, el conocimiento o la relación de documentos secretos y la revelación de secretos profesionales como el código actual, sino también la revelación de secretos científicos o industriales, como el código penal italiano.

Artículo 183.- "*Al que teniendo conocimiento, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, divulgare un secreto o lo revelare sin justa causa, o lo usare en beneficio propio o ajeno, si de ello pudiere resultar perjuicio, se le aplicará privación de libertad de un mes a un año o multa de cien a mil pesos*."

L.- Proyecto De 1951

Producida la reforma constitucional de 1949, se intentó renovar toda la legislación adecuándola a la nueva Constitución, particularmente innovadora en cuanto a la incorporación de los principios del constitucionalismo social. La reforma se impulsa después de la vigencia de la nueva Constitución, y culmina con la remisión del proyecto al Congreso el 1° de agosto de 1951, precedido por un mensaje del presidente Perón.

Fue su autor el Profesor Isidoro De Benedetti. El proyecto se mantenía dentro de los lineamientos del Proyecto de Peco.

Dentro del Título III de los "Delitos contra la libertad", en el capítulo V, se ubican los "Delitos contra la inviolabilidad de secretos":

Artículo 228.- "*Al que, teniendo conocimiento por su estado, empleo, profesión, arte u oficio de un secreto total o parcialmente ajeno, lo revelare sin justa causa, o lo usare en beneficio propio o de terceros, se impondrá, si el hecho pudiere causar perjuicio, multa de doscientos a veinte mil pesos*".

LL.- Proyecto De 1953

Dentro del Poder Ejecutivo, se resolvió elaborar un nuevo proyecto, para lo cual se encomendó a Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Francisco Laplaza en el año 1952.

Levene elevó su proyecto en 1953, siendo publicado en multicopiador por el Ministerio de Justicia. Conforme a los índices del Diario de Sesiones de las Cámaras de Diputados y de Senadores de los años 1953, 1954 y 1955, el proyecto no registra entrada en ninguna de las dos, por lo que se supone que el Poder Ejecutivo nunca lo remitió.

La norma está prevista en el capítulo VI de los "Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia y de los secretos", dentro del Título III "Delitos contra la libertad":

Artículo 181.- "*Al que revelare sin justa causa un secreto, total o parcialmente ajeno, del que tuviere conocimiento por su estado, empleo, profesión, arte u oficio, o lo usare en beneficio propio o de*

terceros, se le impondrá, si el hecho pudiese causar perjuicio, prisión de un mes a un año o multa de cien a diez mil pesos".

M.- Proyecto De 1960. "Proyecto Soler"

Por decreto 7292 del 13 de octubre de 1958, el Poder Ejecutivo encomendó a Sebastián Soler la redacción de un proyecto de código penal. En el mismo decreto se invitó a designar representantes a la Corte Suprema de Justicia, a las Facultades de Derecho de tres universidades nacionales, a la Federación Argentina de Colegios de Abogados y a la Sociedad Argentina de Criminología, a fin de constituir una comisión asesora, consultiva y revisora para proporcionar al redactor del código penal, un informe con las cuestiones que considere necesarias contemplar y las soluciones que estime procedentes. A solicitud del redactor, se designó a Eduardo Marquardt y a Luis Cabral para que actúen como secretarios ad hoc y lo secunden en la tarea de recopilación y compulsa de antecedentes legislativos y jurisprudencia, tanto del país como del extranjero.

El 31 de marzo de 1960, Soler elevó su proyecto al Ministro, quien lo sometió a la comisión respectiva. La comisión estudió esta presentación y expresó su adhesión, no obstante acompañó una planilla con algunas modificaciones. Allí se recomendaba su sanción. En dictamen separado, también José Peco aconsejaba su sanción. El texto, con las modificaciones aceptadas por el redactor, constituyó el proyecto definitivo que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso. El trámite legislativo se interrumpió con la clausura del Congreso Nacional con motivo del golpe de 1962. El nuevo parlamento elegido en 1963 no retomó los trabajos sobre este proyecto.

En la exposición de motivos se explican las razones para separar material del título de los delitos contra la libertad e integrar con el capítulo de los delitos contra el ámbito de la intimidad. Explican que del tema de los delitos contra la libertad separaron algunas materias, dejando bajo ese título solamente los delitos contra la libertad individual, de reunión y prensa, y agregaron los delitos contra la libertad de determinación, donde se contienen las figuras de coacción y de amenazas. Sacaron del título la violación de secretos y de domicilio. Introdujeron así expresamente la protección de la esfera de intimidad. Opinan que la protección de ésta a través de su vinculación con la libertad, según lo hace el Código y con él la mayoría de las legislaciones resulta algo rebuscada, y no muestra claramente la razón para incriminar las violaciones de secretos y de domicilio. La autonomía de este bien jurídico es modernamente objeto de reconocimiento expreso (por ejemplo en el P. Alemán de 1959, cuyo título séptimo comprende las lesiones al ámbito de la vida privada y reservada). Dentro de este ámbito colocan la protección a las ceremonias de culto, las ceremonias fúnebres y el respeto a los difuntos.

Ubicado en el Título VI "Delitos contra el ámbito de intimidad", en el capítulo I sobre "Violación de secretos":

Artículo 202.- "*Será reprimido con prisión hasta un año y con multa de treinta a ciento cincuenta días, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin justa causa*".

N.- Anteproyecto Del Año 2006

En el año 2006 se conformó una Comisión de Juristas por orden del Ministerio de Justicia de la Nación, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional. Las resoluciones que llevaban los nros. 303/04 y 136/05 desnudaban –entre otros temas – un ancestral problema cuales eran los fallidos intentos de reformar definitivamente el Código Penal al decir que desde la época de su sanción en 1922 hasta el año 2004 el Código Penal había sufrido 878 reformas (137 en la Parte General y 741 en la Especial), muchas de ellas no integradas, afectando la sistematicidad punitiva, mutilando su coherencia interna y alterando la proporcionalidad de las escalas penales.

Los fundamentos específicos referidos al Capítulo Violación de Secretos fueron muy escuetos. Allí se dijo: "Se ha modificado el Capítulo sobre violación de secretos que ahora se denomina "Violación de secretos y de la privacidad". De este modo, se actualiza la normativa a los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos y se tipifican lesiones intolerables a la privacidad, mediante la utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes o sonido".

El texto legal que se propone en el capítulo reza así: Violación de secretos y de la privacidad. ARTICULO 138.- Será reprimido con prisión de QUINCE (15) días a SEIS (6) meses o de DIEZ (10) a DOSCIENTOS (200) días multa, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico, mensaje de correo electrónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un mensaje de correo electrónico, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o mensaje de correo electrónico que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de UN (1) mes a UN (1) año o de DIEZ (10) a TRESCIENTOS (300) días multa, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, mensaje de correo electrónico o despacho.

ARTICULO 139.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, el que por su oficio o profesión se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia o de un mensaje de correo electrónico. También si se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTICULO 140.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años el que, para vulnerar la privacidad de otro, utilice artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o imagen.

ARTICULO 141.- Se impondrá pena de prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años si se difundieran, revelaran o cedieran a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refiere el artículo anterior.

ARTICULO 142.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años el que indebidamente interceptare, captare o desviare comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier otro tipo de información, archivo, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público que no le estuvieren dirigidos. La pena será de

UNO (1) a CINCO (5) años si el autor fuere funcionario público o integrante de las fuerzas armadas o de seguridad.

ARTICULO 143.- Será reprimido con multa de DIEZ (10) a CIENTO CINCUENTA (150) días-multa el que, hallándose en posesión de una correspondencia o mensaje de correo electrónico no destinado a la publicidad, lo hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

ARTICULO 144.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o inhabilitación especial, en su caso, por el doble tiempo de la condena, al que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

ARTICULO 145.- Será reprimido con prisión de SEIS(6) meses a DOS (2) años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos.

ARTICULO 146.- Será reprimido con la pena de prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años el que ilegítimamente accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales. La misma pena se aplicará al que insertare o hiciere insertar datos falsos en un archivo de datos personales o proporcionare a un tercero información falsa contenida en un archivo de datos personales o revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

Sobre los fundamentos en general que motivaron la reforma, la Comisión expresó: "I. Los lineamientos generales orientadores de la labor de la Comisión se han fundado especialmente en la necesidad de adecuación constitucional e internacional del texto vigente, de actualización técnico-jurídica y de proporcionalidad y coherencia de la respuesta punitiva, procurando dotar de mayor eficacia a la ley sustancial —dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales— y alcanzar una mayor unidad, orden sistemático y racionalidad en el Código Penal.

"La Comisión ha consultado los anteriores proyectos sobre la materia (Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano, presentado el 13 de noviembre de 1987, el Anteproyecto de Reformas Puntuales al Código Penal de 1988 —Comisión creada por Resolución M.J. Nº 420 del 10 de diciembre de 1997— y el Anteproyecto de 1999 de reforma sustancial al Libro Primero del Código Penal y a algunos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo cuerpo legal). En el orden internacional se ha consultado el Código Penal alemán, y los más recientes códigos, por ejemplo, el de España, el de Portugal, el de Francia y, en nuestra región, el de Paraguay y el de Guatemala, respetando así nuestra tradición continental europea....

"II. En lo que respecta a los fundamentos de índole político-criminal, el objetivo perseguido por esta Comisión es dar una respuesta actualizada, integral y eficiente al fenómeno del delito en la Argentina, en el marco del Estado de Derecho. Esta propuesta es adversa a la política de cambios episódicos, ya que se considera que el modelo contemporáneo de legislación penal debe atenerse a una cosmovisión integradora. Ello demanda como punto de partida el respeto a los postulados político criminales que surgen de la Constitución Nacional, como único modo de orientar desde el Estado la ejecución de cada uno de los cambios necesarios en las diferentes áreas del conjunto.

Las leyes irruptivas, aprobadas siempre bajo advocación de episodios críticos, nunca –ni siquiera excepcionalmente— han servido para disminuir los conflictos penales; sólo han contribuido al deterioro del funcionamiento del sistema jurídico. La política criminal es parte de la política estatal y no un impulso de fracciones. De hecho, importa reconocer que es parte de la política social, y que su planificación no puede prescindir de las medidas económico-sociales destinadas a reducir el fenómeno de la criminalidad.

Si la compaginación entre política social y cada una de las áreas de la política criminal es indispensable, resulta de igual modo obvia la necesidad de interacción entre los componentes de la denominada política penal, es decir, el derecho penal sustantivo, el derecho procesal penal, la organización policial reconocida por todos como umbral de la administración penal y la política penitenciaria.

Es necesario comprender que el abordaje responsable del problema de la seguridad requiere, desde la perspectiva del sistema penal, una consideración conglobada de sus segmentos normativos y de la estructura y funcionamiento de sus agencias.

La reforma aquí proyectada procura avanzar en ese camino, en tanto resulta indispensable poner en vigencia un código penal que, amén de su necesaria adecuación a compromisos y normas del derecho internacional, incorpore modernos institutos, clarifique problemas que fueron motivo de diversos criterios interpretativos y proporcione instrumentos que, bajo condición de respeto irrestricto a los principios constitucionales, dé efectividad y otorgue sentido a la respuesta punitiva. De allí el postulado principal de que todas las penas deben efectivamente cumplirse.

Pero cabe advertir que nada se gana con la excelencia de un código penal, si los juicios se prolongan indefinidamente —sin respuesta jurisdiccional a los conflictos que constituyen su objeto—, si la detención o prisión preventiva se transforman de hecho en pena anticipada y la llamada excarcelación se convierte en un remedio excepcional, si se faculta a la policía para detener por varios días a los “sospechosos”, si no se implementan controles institucionales que reduzcan los espacios de arbitrariedad y, de ese modo, la corrupción, si no se reforma el sistema de investigación de los delitos o si en el ámbito penitenciario persiste la humillación en lugar de una orientación que provea seguridad, respeto a la dignidad humana y una función social.

La eficacia de la ley penal nada tiene que ver con marcos penales elevados, penas indeterminadas o agravantes irracionales. Esta afirmación ha sido históricamente comprobada. Las políticas populistas basadas en el intervencionismo penal extremo no pasan de ser un recurso simbólico con funcionalidad pragmática de corto alcance. En el mediano plazo quedan en evidencia: no resuelven los problemas, tienen costos económicos altísimos (tan altos como inútiles) y, como si fuera poco, resignan el respeto a las normas constitucionales y mediatizan a la persona.

La eficacia, en cambio, debe medirse en su efecto real sobre las conductas lesivas a los bienes jurídicos. Por ello, el proyecto utiliza una técnica que facilita la interpretación y aplicación de la ley, delimita el ámbito de lo punible a partir del bien jurídico reconocido y especialmente de la lesividad de los comportamientos. Asimismo, procura concentrar la persecución penal en aquellas conductas delictivas verdaderamente relevantes, facilita la reducción de la sobrecarga para los órganos de

persecución penal y el sistema penitenciario a través de una despenalización moderada de conductas de bagatela o en situaciones donde el conflicto ha sido superado.

En orden a los fundamentos de índole normativa, se ha procurado una adecuación de la ley interna a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y se ha avanzado en una reforma que no sólo se proyecta sobre el sistema de las consecuencias jurídicas del delito y la necesidad de dotar de proporcionalidad y racionalidad a las escalas penales, así como la previsión de sanciones para personas jurídicas, sino –además— sobre la regulación del hecho punible, receptando –en base a los avances de la ciencia penal, la legislación comparada y nuestra jurisprudencia—, nuevos institutos que constituyen cambios sustanciales sobre algunas cuestiones que la doctrina y jurisprudencia han reconocido de manera amplia. También se ha avanzado en una revalorización de la víctima —privilegiando la solución del conflicto—, y se han introducido modificaciones sustanciales al ejercicio de la acción penal, consagrándose criterios de oportunidad, ampliándose el catálogo de acciones dependientes de instancia privada y de acciones privadas.

Estas razones —que podrían ampliarse— que encuentran sustento en estadísticas oficiales, encuestas de victimización y cuadros comparativos de la realidad normativa actual, constituyen argumentos suficientes para proyectar una reforma integral al Código Penal que apunte a recomponer su parte general, incorporar modernos institutos y nuevas pautas de intervención penal, nuevas figuras delictivas y readecuar las escalas penales de la parte especial retomando la racionalidad y proporcionalidad, para facilitar así una respuesta más eficiente y a la vez respetuosa de las garantías.

Bien Jurídico Protegido

1.- Bien Jurídico Protegido en la Teoría del Delito.

Se ha entendido en la dogmática jurídico penal, que el bien jurídico protegido es un estandar que legitima la punibilidad, constituyéndose este instituto en una “conditio sine quanon” para el exámen previo de cualquier ilícito.

Si cupiera analizar los delitos impresos en la parte especial del Código Penal tempranamente saldría a la luz que se trata de un sistema clasificatorio de bienes jurídicos que tiene en cuenta la gravedad de los delitos[9].

La función del derecho penal se encuentra ligada estrechamente con la concepción que se tenga de la pena. Una bizantina discusión que versa si la pena tiene algún fin o alguna función incide en el tema abordado porque compromete –de suyo- a la política criminal y el rol del Estado. De esta manera “se ha deducido que un principio fundamental del Derecho Penal es la exigencia de que todo delito constituya, por lo menos, la lesión de un bien jurídico” (Bacigalupo)[10].

En los orígenes la determinación dogmática de qué es lo que tutela el derecho penal fue difusa. Los estudiosos alemanes ya visualizaban una dicotomía en torno a qué se protege. Así Birnbaum, en la

[9] La referencia histórica la encontramos en la famosísima Escuala Toscana del Derecho que tuvo por epicentro la Universidad de Pisa y por destacado “ordenador” a Giovanni Carmignani. Lo continuarán Carrara, Ferri, entre otros.
[10] Cornejo, Abel ; “Teoría de la insignificancia”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, ps. 34 y 35. Cita a: Bacigalupo Enrique; “Derecho Penal. Parte General”, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps. 34.

década de 1930, se opuso a Feuerbach con la idea de que el Derecho penal tenía que proteger "bienes"[11] y no derechos subjetivos. Maurach dice que fue en 1932 cuando Birnbaum acuña el concepto intentando elaborar la idea de legitimar preceptos penales[12] pero recién en 1934 intruduce este "Concepto" cuya discusión actual transita especialmente en determinar cuales serían los bienes que merecen ser protegidos por el derecho penal[13]

El pensamiento de Feuerbach responde a una época donde las ideas iusnaturalistas y racionalistas logran eclipsar el régimen absolutista, de allí la importancia de los derechos subjetivos como algo plasmado en la naturaleza del hombre, base de derechos con la cual posteriormente formulará el "contrato".

A contrario en la idea de Birnbaum el bien jurídico es algo trascendente y por ende se encuentra "más allá del derecho" lo que hace que esta noción sea fundamento del plexo jurídico[14].

A partir de allí la Ciencia penal ha venido formulando sin cesar una multitud de enunciados discursivos sobre el objeto de la protección jurídico penal[15], que han cristalizado en el principio fundamental de que el Derecho penal únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de *bienes jurídicos* y como *ultima ratio*.

Roxin, con meridiana claridad, relata lo siguiente: "La exigencia de que el Derecho penal puede proteger "bienes jurídicos"ha desempeñado un importante papel en la discusión" doctrinaria... "El punto de partida concreto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por lo tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado". Para terminar conceptualizando el tema asi: "los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"[16]

En sentido *formal*, bien jurídico es "todo bien, situación o relación deseada y protegida por el Derecho"[17]. En sentido *material*, sin embargo, no parece posible aprehenderlo en la forma de un "concepto" clasificatorio[18], sino sólo en la de un "tipo" o *directriz normativa*[19]. *Alcácer Guirao* advierte

[11] Birnbaum, AdC-Neue Folge, t. 15, 1834, pp. 149 ss. y AdC-Neue Folge, t. 17, 1836, pp. 560 s.
[12] Jescheck, H.; "Tratado de derecho penal", Tomo 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, ps. 351.
[13] Stratenwerth, G.; "Derecho penal. Parte general I, el hecho punible", Ed. Edersa, Madrid, 1976, ps. 4.
[14] Bustos Ramírez, Juan; "Manual de derecho penal español", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, ps. 51.
[15] En Binding es inmanente a la norma, en Von Liszt no están en la norma sino que ésta los protege. Puede verse: Hormazábal Malarée, Hernán; "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho", PPU, Barcelona, 1991, ps. 13 ss.
[16] Roxin, Claus; "Derecho Penal Parte General", Tomo I, Quinta Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2010, ps. 52, 55 y 56.
[17] *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; *Cerezo Mir* PG I, 6ª ed., 2004, p. 14, quien no obstante atribuye carácter "material" a tal descripción (nota 6 de p. 14) y *Gracia Martín*, Fundamentos de Dogmática penal, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 215.
[18] *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 77 s.
[19] *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 77 s. También *Ferrajoli*, Derecho y razón (n. 5), p. 471.

con razón que "más importante que el mero concepto de bien jurídico es el *programa* ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso"[20]. El bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal[21] ni un valor ideal[22], sino una "composición" o síntesis entre un *substrato de la realidad* (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto)[23]. El *substrato* es siempre una realidad con consistencia física o incorporal[24], la *valoración* tiene que derivarse de las "directrices axiológicas" del programa ético-político fijado, y la relación entre el uno y la otra es de interdependencia, pues un substrato real sólo puede obtener el valor de bien jurídico en virtud de su potencial de realización de los fines y objetivos del programa ético-político. Los substratos de los bienes jurídicos son así instrumentos que proporcionan "posibilidades de acción" para el logro de fines y de metas mediante su potencial de realización. Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos *dinámicos* y *funcionales*[25], pues si como advirtió *Welzel*, "*toda* vida social consiste en el *uso y consumo* de bienes jurídicos", entonces su existencia sólo puede comprenderse como un "estar *en función*"[26]. La necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la *escasez* de los substratos con potencial de realización, y de que éstos son susceptibles de usos sólo *alternativos* y, en la mayor parte de los casos, *excluyentes*[27]. Si fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados para cualquiera, entonces no sería necesaria ninguna distribución *normativa* de ellos *conforme a fines* ni, por eso, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el Derecho. Y puesto que la dinámica de los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos produce siempre determinados *efectos* en el contexto social, y éstos generalmente tienen que ser soportados por los mismos bienes jurídicos utilizados o por otros distintos[28], de aquí tiene que resultar que, una vez que ya se ha reconocido a determinados substratos reales como bienes jurídicos, tenga que resolverse otra cuestión ulterior cuyo objeto es la decisión *política* acerca de qué usos y consumos de aquéllos tienen que permitirse y cuáles prohibirse.

Si bien la idea de bien jurídico, precede al juicio de la tipicidad, hoy hay estudiosos de la dogmática que exigen que la conducta se vea contrastada con una norma legal específica, por lo que se

[20] *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), p. 71, con cita de *Papageorgiu*; también *Paredes Castañón*, RDPC nº 11, 2003, pp. 95 ss. y especialmente pp. 107 ss., y *Terradillos Basoco*, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 136.

[21] *Mir Puig*, PG, 8ª ed., 2008, p. 162 nm. 40.

[22] *Terradillos Basoco*, RFDUCM, nº 63, 1981, pp. 126 y 132 ss.

[23] *Mir Puig*, PG, 8ª ed., 2008, pp. 162 s.; *Díez Ripollés*, en su Política criminal y Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35; *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 72 s.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 35), pp. 290 ss.

[24] Este componente material es lo que permite comprobar empíricamente la existencia de un *daño* o de un peligro; véase *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 72 s. y en sentido similar *Díez Ripollés*, JD, nº 30, noviembre de 1997, pp. 17 ss.

[25] *Terradillos Basoco*, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 139.

[26] *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140 y Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, p. 5. Se observa el carácter dinámico del bien jurídico protegido, que no será por cierto la función específica del derecho penal el protegerlo.

[27] *Terradillos Basoco*, RFDUCM, nº 63, 1981, p. 131, y *Jakobs*, Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

[28] *Welzel*, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140, para quien los bienes jurídicos están en función *para* "*producir* y *soportar* efectos en su contexto social".

le resta trascendencia a la afección del bien jurídico protegido[29]. En este tópico corresponde practicar una aclaración en torno a esta porción doctrinaria minoritaria.

El bien jurídico surge *en* la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos y, por ello, éstos producto de decisiones *políticas* dentro del sistema cuyo contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales, lo que en definitiva es la política criminal. Bacigalupo rescata que "la función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se siga", por eso, en esta misma inteligencia, al decir de Mir Puig, "un Estado social y democrático de derechos sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social ...", tornándose así aconsejable la idea de prevención limitada[30].

Sin hesitación es Günther Jakobs quien "pone en vilo" el sistema tradicional, sosteniendo: "... el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques... porque el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el Derecho es la estructura de la relación entre personas... así una persona encarnada en sus bienes , es protegida frente a los ataques de otra persona , precisamente a esos bienes... de esta manera "el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes... el derecho penal garantiza la vigencia en la norma"[31]. Si bien acepta que la doctrina dominante compromete a la norma en la protección de bienes jurídicos su oposición puede ejemplificarse en estos dichos: "la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico... por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques".... " El derecho penal como protección de bienes jurídicos significa que *una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona".* En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquél al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete"[32].

Debe considerarse que la teoría de Jakobs contiene gravísimas contradicciones[33] . Pero aún dentro de su esquema, el ex profesor de Bonn, considera que la teoría del bien jurídico protegido tiene importancia en los casos de legítima defensa o de consentimiento del ofendido.

---

[29] Es oportuno recordar la posición de Günther Jakobs, negándole trascendencia al bien jurídico protegido, como teoría fundamentadora del Derecho Penal. "El derecho penal no busca la protección de bienes jurídicos, sino asegurar las expectativas normativas defraudadas"... lo que se persigue es " mantener la vigencia perturbada de la norma", por eso el delito para Jakobs es un "rol que la norma no autoriza", en definitiva "el quebrantamiento de la vigencia de la norma, que supone una comunicación defectuosa". Parma, Carlos; "El pensamiento de Günther Jakobs", 2da. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, ps. 104 y ss.

[30] Lascano, Carlos (h); "Lecciones de Derecho Penal, Parte general, tomo I; Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, ps. 16 y 19.

[31] Jakobs, Günther: " ¿ Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?. Conferencia dictada en Agosto de 2.000, en el Poder Judicial de la Ciudad de Mendoza, Argentina.

[32] Jakobs, Günther; "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?; Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2001, ps. 28/29.

[33] Parma, Carlos; "Derecho Penal Convexo", Ed. Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz, Bolivia, 2008, ps. 25/44.

Resumiendo conceptos, la visión de Jakobs pasa por ser fiel al orden jurídico pues el déficit de fidelidad indicará la culpabilidad del sujeto, de allí que sostenga que “la culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas”[34].

Jakobs entonces reemplaza la teoría tradicional del bien jurídico por una teoría centralmente basada en el daño social y bajo los siguientes parámetros: a. La norma como bien jurídico protegido y b. El sistema social como sistema de interacción institucionalizada. Se protege la confianza en el cumplimiento de las expectativas, es decir, en las normas[35]

A guisa de síntesis es útil apreciar que “el bien jurídico tiene cuatro funciones básicas: limitadora, sistemática, función de guía de interpretación y función de criterio de medición de la pena... Función sistemática: a partir de los derechos lesionados por los distintos grupos de delitos, se los distingue en clases (Títulos). Aunque, ha menester aclarar, la defectuosa técnica de nuestros legisladores actuales, ha hecho que en la Parte General también existan figuras delictivas v. gr. Art. 51, último párrafo)... El título V, Delitos contra la libertad, brinda un manto de seguridad a la libertad individual ... a la inviolabilidad del domicilio... 1) **la libertad de guardar secretos** (CN , arts. 18, 43 tercer párrafo, 75, inc. 22; DUDH, art. 12, DAD, art. X; CADDH, art. 11 inc. 2; CADH. Art. 11 inc. 2; PIDCP, art 17; CDN, art. 16)[36]

Más allá de esta fundamentada y seria posición de Jakobs, mayoritariamente se ha insistido que lo que el legislador ha intentado es siempre proteger un bien jurídico, cual es en la especie la **intimidad** o esfera de reserva de un individuo (tema desarrollar extensivamente en el próximo acápite). Para cumplir con el resguardo del bien jurídico la ley penal sanciona a aquellos “confidentes necesarios” que ultrajen lo que les ha sido dado en calidad de secreto.

Bajo Fernández, indica que el bien jurídico protegido en el llamado secreto profesional, es la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad, porque hay una necesidad individual de recurrir a estos servicios profesionales y también un interés público en garantizar instituciones sociales que tienen su fundamento en una relación de confianza”[37]. Del mismo modo el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “*el fundamento del secreto profesional médico es la intimidad del paciente, único titular para oponerse al uso de la historia clínica”*[38].

2.- La Intimidad como Bien Jurídico Protegido

[34] Jakobs, Günther; “El fundamento del sistema jurídico penal”, Editorial ARA, Lima, 2005, ps. 115.
[35] Jaén Vallejo, Manuel; “Cuestiones básicas del derecho penal”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998, ps. 125.
[36] Balcarce, Fabián; “Introducción a la parte especial del derecho penal nuclear.”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, ps. 65, 66 y 68.
[37] Bajo Fernández, Miguel; “El secreto profesional”; t. 34, Anuario de Derecho Penal, Madrid, 1980, ps. 598.
[38] Auto del TC 600/1989 y STC 37/1989.

La intimidad de una persona es en tiempos posmodernos el bien juridico màs vulnerable. El derecho a la intimidad, se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el derecho penal[39].

La intimidad es un ámbito de reserva que tiene la vida de una persona, sus acciones, sus asuntos, sus sentimientos, sus creencias, sus afecciones y hasta aquello que aun ignora. Es algo personal, privado e interior, que rescata el carácter de irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

La *intimidad* debe ser siempre entendida como derecho esencial e inherente a la persona humana. Esta intimidad viene definida en el Diccionario de la RAL como "*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de la familia*". Al decir de Bajo Fernández, "*es un ámbito personal, reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraizaría la personalidad*"[40]. Así, la privacidad se asentaría en una capa menos profunda de la persona. Acogiendo el concepto de LÓPEZ DÍAZ, cabría definir la privacidad como "*el derecho de los individuo, grupos o instituciones a determinar por ellos mismos, cuándo, cómo y cuánta información acerca de sí es comunicada a otros*". En definitiva, cabe afirmar que la privacidad y la intimidad forman parte de un todo, pero que lo privado es más amplio que lo íntimo… En cuanto a la *confidencialidad*, es una cualidad de lo confidencial. Esto quiere decir lo que se hace en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas que lo dicho no se va a propagar o de ocurrir sólo va a ser en base a un marco preestablecido. Esta actitud que se le pide al sujeto conocedor del dato o hecho de la intimidad o privacidad de la persona examinada supone en el caso del profesional la obligación de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente. La confidencialidad en tanto es un concepto próximo a la intimidad, de manera que cuanto más íntimo sea el dato, será preciso un mayor grado de confidencialidad. Justo es diferenciar la intimidad del *derecho a la protección de datos de carácter personal,* ya que presenta rasgos propios que lo hacen merecedor de un tratamiento diferenciado, como se advierte de la propia reforma al Código Penal en su artículo 157 bis, precisamente por la utilización de las nuevas tecnologías en el tratamiento de bancos de datos personales.

El término intimidad en la relación médico – paciente implica la facultad que tiene éste último de controlar la información que se tenga sobre su persona por parte de los prestadores de salud, de tal manera que se le garantice la tranquilidad y seguridad suficiente que puede volver a ser tratado en un ámbito de reserva.

Este derecho personalísimo permite sustraer a la persona de la exposición pública o de otra intrusión a su vida privada.

Ya lo afirmaba el maestro Pablo Ramella cuando con su elocuente sabiduría se refería a la intimidad diciendo: "Debido a que el hombre vive más en multitud y a la mayor difusión de los medios de comunicación social, va perdiendo su vida íntima..."[41]. Agregando: "La vida en las grandes ciudades

[39] Muñoz Conde, Francisco; " Derecho Penal", Parte Especial ; Editorial Tirant lo Blanch ; Valencia, año 1996, ps. 216..
[40] BAJO FERNÁNDEZ, M., "El secreto profesional en el proyecto de Código Penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1980, pág. 599.
[41] Ramella, Pablo; "Derecho Constitucional", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 322.

y los medios de comunicación de masas han invadido el recinto de los hogares y de la vida privada, violando de manera descarada este derecho que forma parte del espíritu del hombre”[42].

Para Pedro Frías basta que la injerencia sea no deseada o inoportuna. Refiere el maestro cordobés a Goldenberg, definiendo a la intimidad como el derecho que le permite al individuo preservar, mediante acciones legales, su intimidad, es decir *la parte de su existencia no comunicable*. Frías sigue a Orgaz al decir: “el derecho a la intimidad es el de toda persona a ver respetada su vida individual y familiar, a no ser sujeto de injerencias arbitrarias o no deseadas, en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia[43].

Hay un “santuario de la conciencia”[44], que el Estado, ni ningún individuo debe vulnerar, un marco que la persona conserva para sí y que lo hace sentirse precisamente eso: persona. Rawls, más contundente aun en la defensa de los derechos, decía que “en una sociedad justa, los derechos concedidos por la justicia a los individuos, no están sometidos a la negociación política, ni al cálculo del interés social[45], algo así como aquella máxima Kantiana que el individuo es un fin en sí mismo[46].
La intimidad entonces es en sustancia un derecho subjetivo con características propias: a) Es *innato* ya que se configura con el comienzo mismo de la persona;b) Es *vitalicio* por su trayectoria ad vitam;c) Es *necesario* porque no puede faltarle salvo que se desnatularizara a la persona;d) *Esencial*, al no depender de una adquisición posterior y exterior;e) *Inherente*, en razón de su intransmisibilidad;f) *Extrapatrimonial*, por la imposibilidad de valuarlo en dinero;g) *Relativamente indisponible*, puesto que solamente resulta posible consentir temporaria y parcialmente la disposición dando un nuevo destino al derecho;h) *Absoluto*, por ser oponible erga omnes; i) *Privado,* en virtud de que se trata especialmente el problema de la interferencia entre particulares; k) y *autónomo*, en orden a que todas las connotaciones enunciadas lo muestran como un derecho singular, no identificable más que con los personalísimos, también llamados derechos de la personalidad, los cuales participan de igual naturaleza jurídica y caracteres.

Es radicalmente cierto que la intimidad incursiona en “una parte muy personal, reservada, de los asuntos o afecciones de una persona o de su familia”[47], como todo aquello que incida en el sentir, en el querer, en el mismo ser de la persona. En la misma inteligencia: “Existe un ámbito de intimidad que está reservado al individuo, del que cada cual tiene la titularidad exclusiva y que nadie debe vulnerar”[48].

Así este inconmensurable derecho acompaña al ser humano en su naturaleza, es como saberse propietario exclusivo de los propios pensamientos[49], de las ideas, del sentir, del querer.

---

[42] Ramella, Pablo; “ Introducción al derecho” Ed. Universidad Católica de Cuyo ; San Juan ;1980, ps. 411.
[43] “Comunicaciones y privacidad”; Frías, Pedro; Rev. “Entre abogados” del Foro de Abogados de San Juan, nro. 2, año 1999, pág. 162.
[44] Maritain, Jacques; “Los derechos del hombre”;Editorial Dedalo, Buenos Aires, 1961,ps. 125.
[45] Rawls rubrica esta idea diciendo : “ cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia que no está limitada por medidas que pudieran beneficiar a toda la sociedad...” (“Teoría de la Justicia”, John Rawls, pág. 17 y sig.s. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, año 1997).
[46] Immanuel Kant, considerado el gran filósofo de la “ilustración”, entiende que hay un camino largo y complejo que conduce a profundizar en la interioridad del sujeto, que él designa como “unsere innere natur” (nuestra naturaleza interior), que lo lleva al hombre por naturaleza a *ser respetado y a manifestar respeto por los demás* hombres.
[47] Cfr.” Diccionario Enciclopédico Aleph” ; año 1978, Austral Editora.
[48] “ Diccionario de Derecho Penal; Goldstein; pág. 839; Editorial Astrea, año 1993.
[49] Ya dijo de sí, en explosiva frase Mohamed, aquel temerario sultán conquistador de Bizancio : “ Si un pelo de mi barba, se enterara de mis pensamientos, me lo arrancaría” (puede verse en “La conquista de Bizancio”, en Momentos Estelares de la

Nos encontrarnos de cara a un instituto de largo alcance, de mayúsculas consecuencias, del cual se ha llegado a decir que "supera la vida privada"[50]. Hay entonces un umbral, que no se puede transponer: el de la privacidad.

La generosa doctrina civilista ha dado aportes de magnitud. Rivera definía al derecho de la intimidad, como "el derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de un ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que pueden provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas"[51].

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha estado ausente en la conceptualización de este instituto en estudio, así lo ha descrito como " aquel que protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad[52].

En un fallo señero este Tribunal dijo: "El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y, salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen (de la doctrina del caso "Ponzetti de Balbín")[53]. Pues bien, este derecho es razonable recordar que en forma genérica encuentra su amparo en el art. 19, 18, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional[54]

Este criterio tenía sus antecedentes en el máximo Tribunal cuando se protegió el "señorío del hombre a su cuerpo, su identidad, su honor, su INTIMIDAD, sus creencias trascendentes, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad que se proyecta en el plano jurídico como transferencia de la persona humana"[55].

Véase finalmente que los Tratados de Derecho Humanos vinculan el secreto profesional con el derecho a la intimidad. En esta dirección la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que el derecho a la intimidad garantiza "un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades

---

Humanidad, de Stefan Zweig, pág. 52, Editorial Andrés Bello, Año 1994.

[50] González Gaitano distingue entre intimidad y vida privada. La vida privada de algunas personas "son prácticamente públicas", y esto hace que se las pueda recortar. Casi diría en mi opinión, darle un marco, o si se quiere ser más extremista "limitarla". Vale entonces la opinión de Norberto, González Gaitano, cuando afirma que no se puede transponer el umbral de la intimidad, eso "no se puede recortar" (Ver. "El deber de respeto a la intimidad" ; pág. 31 y siguientes ; Editorial Eunsa, Pamplona, España ; año 1990).

[51] Rivera, Julio César; "Instituciones de Derecho civil"; Parte General; tomo II, Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1993,ps.79.

[52] Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa: " Dirección General Impositiva contra Colegio de Abogados de la Capital Federal", del 13 de Febrero de 1996, publicado en J.A. año 1996-II-295.

[53] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/10/2007, Franco, Julio César c. Diario "La Mañana" y/u otros, LA LEY, 14/12/2007, 6; DJ, 02/01/2008,9.

[54] Pitlevnik, Leonardo; "Jurisprudencia penal de la Corte suprema de Justicia de la Nación", editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, ps. 21.

[55] Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa: " Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar", de fecha 6 de Abril de 1993, publicado en J.A. tomo IV año 1993, pág. 558. Con nota de Rivera.

absolutamente personal para cada individuo". Más, en la temática directa que atañe a este trabajo, la Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho que se viola esta garantía cuando los Estados partes tienen leyes que obligan a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto, recomendando la confidencialidad al respecto[56] .

El término intimidad encuentra sutil analogía en privacidad. Veamos: Intimidad: "Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". Privacidad: "Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión"[57].

De aristas complejas sería trasvasar esta aparente disidencia entre lo íntimo y lo privado cuando resulta hasta complejo dividir el universo de lo público y lo privado. Los pueblos suelen ser marcadamente diferentes en su concepción moral, religiosa y social, por lo que resulta impensado fijar cánones rígidos a la intimidad. Sin embargo es fácil advertir que quienes tienen una proyección pública, auto limitan su privacidad, ocupan "un rol" de índole social, ellos se ven así y la sociedad así los acepta. En definitiva: viven expuestos.

El eje de la polémica -si cupiera sintetizarlo-, pasa por decir que ambos conceptos marcan matices diferentes o rangos de compromiso social de no intromisión, y no son por ello una mera disquisición semántica. Razonablemente González Gaitano instaló la polémica en España, convalidando que "pierde su condición de íntimo aquello que los demás, pocos o muchos conocen".

La Intimidad se presenta como algo que funda la esencia de lo humano, pleno, sensible, totalizador del ser, abarcativo de lo espiritual. Lo privado alude a un marco físico, material, social. Alegóricamente se podría pensar que la intimidad es un contenido que encaja perfectamente en la privacidad que sería su continente[58]. La privacidad está vista como "el derecho que tiene una persona a decidir por sí mismo y en qué medida desea compartir con otros sus pensamientos, sus sentimientos y su vida personal"[59]. Este derecho a la privacidad está siendo cada vez más vulnerable ante la cultura de la sociedad de la información que relativiza o pulveriza los conceptos de espacio y tiempo a través de internet y desde allí en las redes sociales. Personas "conectadas" a Internet y aquellas con imagen pública están en riesgo permanente, sin embargo un atisbo de sensatez se vislumbra al momento de resolver cuestiones puntuales de parte de la jurisprudencia, como ocurrió en el caso "Naomi Campbell"[60].

---

[56] Puede verse: "Caso X e Y contra Argentina, informe nro. 38/96, caso 10.506, sentencia 15 de Octubre 1996" (Informe anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996). Comité de Derecho humanos de Naciones Unidas, Observaciones 65 período de sesiones, Chile UN Doc. CCPR/C/79. Add 104, 30/3/99.

[57] Diccionario de la lengua española. Real Academia española. www.rae.es

[58] Es decir que si alguien podría tener sólo para sí un cuadro de su ser, la privacidad sería el marco de esa obra única y personalísima.

[59] Herrán Ortiz, Ana; "el derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información", Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, ps. 11.

[60] La revista británica "The mirror" obtuvo información que la famosa modelo Naomi Campbell concurría a un grupo de narcóticos anónimos por lo que publicó comentarios falsos (que concurría dos veces por día durante tres meses) y puso su foto en la portada con un texto que decía: "Naomi: I am a drug addict" (soy una adicta a las drogas). La Corte de Justicia de Gran Bretaña por tres votos contra dos le dio la razón a Campbell condenando a la contraparte por el uso indebido de información personal . Dijo además que en el caso la privacidad era parte esencial del tratamiento en tanto que la libertad de expresión de la prensa debía ceder pues la limitación era racional y justa. Puente de la Mora, ximena; "nuevas tendencias del derecho a la privacidad. Caso Naomi Campbel", Revista de investigación y análisis, "De jure", año 6, ntro. 4, Universidad de Colima, México, 2006, ps. 78 (Cita a: Zacharías, Diana; "New tendencies concerning the rigt to privacy", Aachen, shaker, 2005, ps. 3).

La realidad es que “cualquiera sea la profesión, el derecho al secreto se vincula esencialmente a la intimidad, y esta atadura muestra, desde el principio, la complejidad del problema”[61], son muchos y variados los aspectos que involucran a la intimidad de un individuo. Quizá una “Construcción hipotética”[62], como pueden ser : sus pensamientos, sus emociones, su vida en familia, escritos privados, grabaciones, filmaciones, conversaciones telefónicas o vía electrónica (chat, e mail, etc.), objetos que guarde como recuerdos, su domicilio, la correspondencia, su situación extra familiar, su situación económica, su comportamiento sexual, su sentido de moral, etc.[63]. Esta “intimidad”, sin duda estará “atada” al individuo, a su forma de ser, a sus vivencias, a su querer, a su sentir, a su carácter, a su singularidad, a sus rasgos de personalidad o carácter, a su plano profundo, a su sustrato moral, etc.

También se ha expresado que la intimidad se refiere a “los aspectos personales y reservados de la existencia del hombre que, por estar marginados de la relación social, no pueden ser objeto de la intromisión del Estado o de los particulares sin el consentimiento del titular de esa libertad[64]

Hay un ámbito de autonomía individual que se protege y que guarda relación directa con los sentimientos, hábitos y costumbres de los individuos[65], que precisamente deben estar amparados por “el derecho a la intimidad” en tanto este individuo haya exhibido una expectativa actual de privacidad y que la sociedad lo considere razonable[66].

Un breve paneo de esta suerte de “intimidad diezmada” de la cual son “víctimas” , personas famosas[67], políticos, gobernantes[68], actores, deportistas, empresarios, etc., es útil para entender que hay personas que han decidido vivir compartiendo su esfera íntima. Ocurre en lo cotidiano que distintas personalidades tengan “una vida pública”, hasta podría decirse “exageradamente pública” -si se admite el término- “anhelan la notoriedad”. Crean en cierta medida un mito para que millones de personas se acerquen a ellos[69], la cultura de la “imagen”. Así las cámaras de televisión entran en su domicilio, muestras cuanta faceta social se les conoce, deambulan incansablemente entre sus sentimientos y sus alcobas, se conocen sus hábitos, sus querencias. Responden cuanta pregunta se les formule, no conocen

[61] Panizo Orallo, Santiago; “ Riesgos del deber del secreto profesional para la eficacia del derecho”, en Sánchez de la Torre, Angel - Hoyo Sierra, Isabel: “Eficacia del derecho. Teorías y aplicaciones”, 1ra. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, ps. 229.

[62] Para definir la “personalidad” Caprara y Gennaro, han elegido este término que apunta a : un conjunto jerárquicamente organizado de características ; un estilo de vida ; todo lo que refleja el comportamiento del individuo y que hace a la realidad cultural que pertenece ; la subjetividad del individuo, su unicidad y singularidad” (ver : “Temperamento, carácter y personalidad” ; Fedeli, Mario ; pág. 247, editorial San Pablo, Argentina ; año 1993.

[63] Puede verse sobre el tópico, “Fundamentos de Derecho Constitucional” ; Nino, Carlos Santiago ; páginas : 328 y siguientes, Editorial Astrea, año 1992.

[64] Ver “Instituciones de Derecho Constitucional” ; Badeni, Gregorio ; pág. 301, Editorial Ad - Hoc ; año 1997.

[65] Así se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos, 306.1892.

[66] Es el criterio que siguió la Corte de los Estados Unidos de Norte América, en “Katz vs. United States”, y sobre el cual es necesario extremar precauciones interpretativas para no caer en un funcionalismo, que sacrifique el ser humano en aras de la sociedad.

[67] “En el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión”..Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 28/08/2003, La Ley, Buenos Aires,2003-F, 421.

[68] “La protección del derecho a la intimidad se atenúa en la hipótesis de un funcionario público —en el caso, el magistrado judicial que fue objeto de comentarios en un programa televisivo, relativos a su vida privada, rechazándose el reclamo a título de daño moral deducido a raíz de ello—, así como también en la de todas aquellas personas que desarrollan una actividad fuera del ámbito íntimo, expuesto a la consideración y oposición pública”.. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 07/02/2005, O., N.M. c. T., M. y otro, LA LEY, 2005-B, 789.

[69] Esto puede verse desarrollado en “Vida privada e información : un conflicto permanente” ; Miguel Urabayen, Editorial Eunsa, Pamplona España ; año 1977.

el silencio, ostentan una curiosa y manipuladora "transparencia" y utilizan como artilugio la mentada frase : "aquí estoy para dar la cara". Justo es decir, que estas personas han negado su privacidad, no la persiguen. Es más, "viven de lo público". Y aquí no cabe endilgarle responsabilidad a la prensa, pues ésta va o está porque la llaman, o de alguna manera se admite su presencia. Mostrando lo que le conviene o lo que vende.

Sagüés delimita el ámbito privado del público distinguiendo dos tipos de acciones: las internas y las externas[70]. Las primeras están constituidas por los comportamientos y las conductas íntimas que tienen su comienzo y su fin en el sujeto que los realiza. No trasciende a éste. Nadie puede percatarse.

Las acciones privadas externas son conductas que trascienden. Son conocidas por los demás, sin afectar el orden ni la moral pública o bien afectar a terceros. Es decir no comprometen el bien común.

Aparte del amparo Constitucional (arts. 19 y 18 de la C.N.), este Derecho a la Intimidad, se encuentra incorporado (art. 75 inc. 22 C.N.) en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 11, inc. 2, donde dice : " nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada...", situación idénticamente prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su art. 17 ; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 12 y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su art. 5.

Pero a pesar de todo lo expuesto en este acápite, nuestra CSJN oportunamente refiriéndose específicamente a la vida privada dijo: "sólo la ley puede justificar la intromisión a la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen"[71]

El Tipo del Delito de Violación de Secretos

Objetivamente infringe la norma quien ***revela un secreto***. Esto es **"quien lo pone en conocimiento de una o varias personas que no están dentro del círculo de obligados a conocerlo".** Dentro de los autores clásicos, este concepto es opinión unánime (Fontán Balestra, Soler, Núñez, etc.)[72].

Urge escrutar la naturaleza del verbo revelar. Revelar algo implica descubrirlo o ponerlo de manifiesto, es decir, "darlo a conocer" a otro u otros, que no debían conocerlo en la voluntad del dador del secreto.

Véase que con que una sola persona se entere, ya estaría consumado el delito, pues aquí no se requiere divulgación, cuyo concepto se aproxima al de publicación. La doctrina en este sentido ha sido pacífica : "una sola persona basta" para que el secreto se vulnere. Levene dijo que "la divulgación es sólo una pauta para estimar la potencialidad dañosa del secreto revelado". Si cupiese admitir este análisis, quedará para apreciarse la acción en los términos del art. 40 y 41 inc. 1 del Código Penal, como circunstancia agravante.

---

[70] Sagüés, Néstor; "Elementos de Derecho Constitucional", Tomo 2, Segunda Edición Actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 314.
[71] Fallos 306: 1892; 316: 703.
[72] Sánchez Freytes, Alejandro; "Violación del secreto particular" ; Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Córdoba, nro. 17, año 1983, ps. 82.

Esta persona que accede al secreto no tiene ninguna autorización de ninguna especie, es una persona ajena o extraña al hecho. No es llamado en consulta, ni a dar opinión de experto sobre tópicos que afecten la confidencia (ver sigilo sacerdotal).

Para que la conducta "reveladora" sea típica, es necesario que ninguna justa causa la atrape, precisamente porque es la norma la que exime al indiscreto cuando estamos en presencia de esta "justa causa".

Es obvio que lo revelado debe ser conocido por el autor pues quien inventa o miente totalmente deberá responder –en su caso- ante otra norma penal.

Por su parte, desde el aspecto subjetivo del tipo se trata de un delito doloso; es admisible el dolo eventual[73], -así, el profesional que deja en manos de un tercero los medios necesarios para conocer el secreto, representándosele la posibilidad de que éste tome conocimiento y resultándole indiferente tal situación-.

Como la materialidad de la acción punible es "revelar un secreto", oportuno sería intentar una aproximación a esta idea, que de suyo, parece ser central en el tratamiento del estudio de la figura delictiva: qué es el secreto.

Lo secreto es **"lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto". Así secreto es definido como la: "Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta" o bien "Conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio"**[74].

Cuando nos referimos al secreto profesional la cuestión reviste un interés legal. Arturo Orgaz definía al secreto profesional de esta manera: "La reserva impuesta a ciertos profesionales, en unos casos, y autorizada como legítima, en otros, en cuya virtud deben abstenerse de divulgar y comentar las confesiones o manifestaciones confidenciales que les hacen quienes se sirven de ellos, o el contenido de documentos que deben considerarse secretos"[75].

La palabra secreto viene de "scenere", que quiere decir separar o segregar. El término latino es "secrétum" En lingüística se ha identificado al término secreto con lo "oculto, ignorado, escondido y reparado de la vista o del conocimiento de los demás". También se ha dicho: "cualquier cosa arcana o muy recóndita, que no se puede comprender o explicar". En este sentido, secreto sería : " noticia que alguien adquiere y guarda con sigilo acerca de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en alguna ciencia, arte u oficio"[76].

En autorizada doctrina extranjera se dice que "Secreto expresa algo que sólo es conocido por su titular o por quien él determine, y que además versa sobre un contenido susceptible de conocimiento por parte de los demás, con total independencia de sí el mismo es valioso o no, relevante o intrascendente, positivo o negativo, sustantivo o vacuo, íntimo y reservado o no, pues la barrera de lo privado y secreto es subjetiva y la establece el legítimo titular del soporte material en que se asienta"[77].

[73] CREUS, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial". Ed. Astrea. Buenos Aires. 1993. T. I. Pág. 393.
[74] Real Academia Española: www.rae.es
[75] Orgaz, Arturo; "Diccionario de derecho y ciencias sociales", 3ra. Edición, Editorial Assandri, Córdoba, 1961, ps. 323.
[76] Ver : "Diccionario Enciclopédico Hispano Americano", Tomo XIX, pág. 875, Ediciones Montaner y Simón, año 1912.
[77] Polaino Navarrete, Miguel; " Curso de Derecho Penal Español"; Parte Especial I; Edición dirigida por Cobo del Rosal; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 399.

Manzini, en oportunidad de expresar opinión a los secretos concernientes a la seguridad o a otro interés político, ensayó una tesis sobre el tema diciendo: “Secreto, en sentido jurídico, es un concepto de relación material o personal, e indica el límite puesto por una voluntad jurídicamente competente a la cognoscibilidad de un hecho, de un acto o de una cosa, de modo que éstos queden actualmente destinados a permanecer ocultos para toda persona distinta de las que legítimamente los conocen, o para aquellos a quienes no se los manifieste el que tiene el poder jurídico de extender o suprimir dicho límite, o por fuerzas voluntarias o involuntarias independientes de la voluntad de quien tiene la disponibilidad jurídica del secreto”[78]. Irónicamente también se afirmó “el concepto de secreto, es un secreto”[79].

Sujeto Activo y el Objeto del Secreto.

Es objeto del secreto profesional todas aquellas circunstancias y situaciones conocidas por el profesional –en el caso del médico- a través de la anamnesis en ejercicio de sus funciones. La responsabilidad se extiende a todo personal a su cargo.
Similar cuestión ocurre en cada profesión (Abogacía, contador Público, etc.) donde la responsabilidad es del profesional y del personal a su cargo.

Tipo Subjetivo: Dolo.

La distinciòn entre tipo subjetivo y objetivo es dable aclarar que es sòlo de ìndole acadèmica o doctrinaria no asì normativa. El tipo subjetivo en nuestra legislación penal se deduce a raíz de los principios impuestos en el Art. 34 del C.P. en otras legislaciones la cuestión surge en forma nítida, por ejemplo: porque así lo establece la ley expresamente (art. 5 CP Esp.) o porque se deduce de las normas positivas referentes al error (§§ 16 y 17 CP alemán, 8 del CP austriaco; arts 19 y 20 CP suizo; art. 12 CP. Per. art. 18 CP Par.; *arts. 14 CP. Esp*.).

El Art. 156 del C.P. expresamente indica una conducta DOLOSA de parte del sujeto activo, lo que –de suyo- implica un obrar personal y de conocimiento en la realización del tipo penal objetivo. A fines del siglo XIX se pensaba que sin tal participación del aspecto subjetivo del ser humano “sólo actuaría una parte del yo empírico”[80]. Pero en los años 30 y 40 todavía se planteaba la cuestión de por qué la responsabilidad subjetiva había reemplazado a la objetiva por la mera producción del resultado[81]. Sin perjuicio de esta discusión, superada por el estado de la legislación, es posible decir, a los fines de este trabajo, que el dolo, es decir, la forma más grave de participación personal en el delito es considerada como la manifestación de una actitud particularmente grave de negación del derecho porque se la relaciona con el carácter libre y consciente del acto.

En los comienzos de la codificación moderna del derecho penal (1810, fecha del Código Napoleón) *Feuerbach* llevó ideas renovadas a la práctica en su Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern (1810/1813). El art. 39 del *Proyecto de Feuerbach*:

[78] Manzini, Vincenzo; “Tratado de Derecho Penal”; Parte especial I; Ediar Editorial , Buenos Aires, 1957, ps. 249.
[79] Molinario dice : “ si secreto es “algo” ... “algo” puede ser una acción realizada por el interesado u otro ; un estado, una situación en que se encuentra alguien ; también puede ser una creencia, una idea, una opinión, un descubrimiento, un plan, una consecuencia”. Cfr. “Los delitos” ; Molinario, Alfredo ; Tomo II, pág. 127 y 128, Editorial Tea, año 1996.
[80] Confr. *R. Frank*, en ZStW 10 [1890] pp. 169 y ss.
[81] Confr. *E. Kohlrausch*, en ZStW, 55 [1936] pp. 384 ss.; *E. Mezger*, Fest. f. Kohlrausch, 1944, pp.180 y ss.

exigió que el delito “provenga de dolo antijurídico”, pero limitó considerablemente el efecto práctico de esta premisa admitiendo la ***praesumtio doli***. El art. 41, a su vez, limitó el contenido del dolo, excluyendo la relevancia del error de prohibición. También el CP español de 1848 siguió el mismo modelo. *Pacheco*[82] explicó los fundamentos de la presunción de la siguiente manera: “La voluntad humana y el libre albedrío (…) son los fundamentos de la justicia penal”[83]. Pero, consideró al mismo tiempo que voluntad y libertad eran tan obvias que su prueba era innecesaria. En este sentido decía *Pacheco*: “el hombre es un ser inteligente, reflexivo y libre” (...) “la coacción y la falta de intento o de juicio son situaciones excepcionales” (...) por ello “claro está que lo primero es lo que de ordinario ha de presumirse, porque es lo que de ordinario sucede”[84]. Por lo tanto, “s*in voluntad no hay delito. La voluntad se presume,* mientras no se pruebe otra cosa contraria”[85].

La idea de dolo

Por lo tanto, no existe ninguna duda sobre la necesidad de una participación subjetiva del autor en el hecho, como condición de la responsabilidad penal. Es una exigencia tanto de los principios como de las leyes hoy vigentes. Desde *v. Liszt* el prototipo básico ha sido el *delito activo* de *resultado material* en su modalidad *dolosa*: era una teoría de la *transformación del mundo exterior*, en la que los delitos de omisión y el delito imprudente fueron vistos como especies del género, a veces difícilmente compatibles con él.

Dable es advertir que en los tiempos que corren hay una sobre dimensión adquirida por la *teoría de la imputación objetiva,* que pone de manifiesto un desplazamiento de la estructura de la ilicitud del delito culposo hacia el delito doloso: en el sistema clásico (tanto causalista como finalista) el dolo operaba como un *elemento limitador de la causalidad*; ello no era posible en el delito imprudente, dado que en este supuesto, por definición, el autor imprudente actuó *sin* dolo. Por ello, en el delito culposo la función limitadora del dolo se reemplazó por criterios normativos de imputación[86], que hoy se aplican también al delito doloso. Ya no se trata sólo de atribuir un resultado a una acción, sino la realización del tipo a una acción peligrosa para la realización del tipo. La teoría de la imputación objetiva, por otra parte, permite tratar ya en el marco del tipo objetivo hipótesis, tradicionalmente vinculadas al conocimiento de la causalidad y estudiadas como supuestos de error de tipo. Tal es el caso de la desviación (esencial) del nexo causal, del *aberratio ictus*, del dolo alternativo o del *dolus generalis*[87] .La *posición de garante*, por otra parte, no es ahora un elemento sólo de los delitos omisivos. En los delitos activos la posición de garante tiene también significación dogmática, inclusive sin aceptar las llamadas *teorías negativas de la acción*[88].

[82] CP. comentado, 2ª ed. 1856.
[83] Ibidem.,p. 73.
[84] Ibidem., p. 80.
[85] Ibidem., p. 81.
[86] Ver *Welzel*: Derecho penal alemán, 11ª ed. 1969, p. 132: peligro permitido; principio de confianza (pp. 132/133).
[87] *E. Bacigalupo*, Principios de Derecho Penal, PG, 5ª ed. 1998, pp. 235 y ss. Sobre las relaciones entre la teoría de la imputación objetiva y el dolo ver también: *G. Marinucci*, en Studi in Memoria di Pietro Nuvolone, 1991, pp. 331 y ss.
[88] Confr. *R. D. Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *H-J Behrendt,* Die Unterlassung im Strafrecht, 1979. *E. Bacigalupo*, Principios, citado, pp. 164 y ss.

Bajo estas condiciones es posible afirmar que el dolo ya no es el elemento que limita la causalidad y que las omisiones alcanzan una especial relevancia. Por ello, actualmente, se puede considerar que el prototipo básico que se ha sumado a la dogmática es *el delito culposo de omisión*.

La dogmática española dominante entiende que el dolo es entendido como "conocimiento y *voluntad* de la realización del tipo", constituido, por lo tanto, por dos elementos: el cognitivo y el volitivo[89]. Algo similar se puede percibir en la *dogmática italiana*[90], que refleja el estado de la discusión y que propuso definir el dolo como "*voluntad consciente de la realización del hecho ilícito*", aclarando que "*la conciencia debe abrazar todos los aspectos de los que depende la tipicidad del hecho cometido*". Con relación al dolo de la omisión se afirma que "*requiere la consciencia de la situación típica, y la representación de la conducta omitida*"[91]. Desde la inmortal investigación de *Armin Kaufmann* sobre los delitos de omisión[92] el dolo de la omisión sólo se compone de conocimiento o de un elemento: el cognitivo. "Una voluntad de omitir o un dolo de omitir -decía *Kaufmann*-, en el sentido de voluntad de realización, tal como es propio de la dirección final, no existe" en los delitos de omisión[93]. Por eso, desde el punto de vista de la teoría de la voluntad, *Kaufmann* consideraba que el dolo de los delitos de omisión es un "cuasi dolo", es decir, un dolo sin voluntad! No debería extrañar, en consecuencia, que en una dogmática orientada al prototipo de los delitos omisivos, la tradicional noción de dolo basada en la voluntad, esté, como lo está, sometida a revisión.

Por otra parte, también es generalmente reconocido que el elemento volitivo del dolo no puede tener un alcance paralelo al elemento cognitivo, como aparece en las definiciones de la doctrina española mayoritaria, dado que hay elementos del tipo objetivo que el autor no puede querer ni no querer, p. ej. la edad de la víctima en el delito de abusos sexuales (art. 119 primer párrafo del C.P.) .

Jakobs considera que el autor habrá obrado con dolo cuando, en el momento del hecho, pensó que la realización del tipo, como consecuencia de su acción, es decir, de la creación de un riesgo no permitido, *no es improbable*[94]. *Roxin*, considera que la esencia del dolo se manifiesta en la idea de "realización de un plan". "Un resultado será doloso, cuando se corresponda con el plan del autor objetivamente considerado"[95]. En el conocido ejemplo del fumador que fuma en la cama y que provoca un incendio (ejemplo ya propuesto por *Frank*, ZStW 10 [1890], 169 ss., [210]), considera *Roxin* que la conducta *no es dolosa* porque el incendio no era el plan del fumador.

Retomando la cuestión liminar me inclinaré por la idea central que el elemento subjetivo en el delito de violación de secretos previsto en el art. 156 del código Penal Argentino es el

[89] En este sentido: *J. Cerezo Mir*, Curso de D. Penal Español, PG II 1968, p. 131; *J. Bustos Ramirez*, Manual de Derecho penal, PG 3ª edición, 1989, p. 176; *D. Luzón Peña*, Curso de Derecho Penal, PG I, 1996, p. 405; *M. Cobo del Rosal/ T. Vives Antón*, Derecho Penal, PG 5ª edición 1999, p. 619; *F. Muñoz Conde/M. García Arán*, Derecho Penal, 1993, p. 245; *S. Mir Puig*, Derecho Penal, PG. 6ª edición 2002, p. 240. Un punto de vista diferente, basado en la teoría de la probabilidad, puede verse en *E. Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, 1976, 3ª edición 1990, p. 259,que combate la identificación de dolo y voluntad y considera dolosamente producidas "aquellas consecuencias cuya producción el sujeto estimó con suma probabilidad irían vinculadas al resultado que directamente perseguía".

[90] Como *F. Palazzo*, *P. Pisa*, *D. Pulitanò*, *S. Seminara* y *F. Sgubbi*, junto con otros juristas.

[91] Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del Codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998. Sobre el dolo en los delitos de omisión en la doctrina italiana: *G. Fiandaca/E. Musco*, Diritto Penale, 1990, pp. 347 y ss.; *M. Romano*, Commentario Sistematico del Codice Penale, I 1987, Art. 43, p. 369.

[92] Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; ver también: *E. Bacigalupo*, Delitos Impropios de Omisión, 1970, pp. 81 y ss.

[93] Loc. cit., p. 81.

[94] Strafrecht, AT, 2ª edición, p. 271; ver también *Jakobs*, Studien zum fahrlässingen Erfolgsdelikt, 1972, pp. 117 s.

[95] Strafrecht, AT, 3ª edición 1997, nº12/6 (p. 365).

CONOCIMIENTO que tiene el sujeto activo de estar REVELANDO UN SECRETO del cual ha tomado conocimiento a través de una relación profesional, sabiendo que la difusión del tema puede causar perjuicio al confidente. Se impone aclarar que el dolo puede ser directo o eventual.

Ámbitos Especiales Del Secreto

Secreto Periodístico

I) Una de las libertades más importantes que tiene el hombre es aquella relativa a posibilidad de expresar sus ideas. Así, aparece la tarea periodística como uno de los valuartes más importantes de todo sistema republicano.

El secreto periodístico puede definirse como la garantía que tiene el periodista de negarse a revelar el origen de la información que obtiene en ejercicio de su función contra las autoridades o particulares que se lo requieran.

La información que consiguen y aportan quienes ejercen la libertad de expresión como oficio resulta posible en virtud de los datos que les son suministrados por sus informantes, personas o contactos de toda índole con que cuenta el reportero para poder cumplir eficazmente su misión de informar. Es por esto que la protección de la fuente resulta algo tan estratégico para el periodista como la libertad de expresión lo es para el gobierno republicano. Lo uno no puede subsistir sin lo otro[96].

Cabe destacar que fue la jurisprudencia italiana la que al tratar un caso en 1903 dio origen a la cuestión de la protección del secreto profesional del periodista[97]. En aquella ocasión se trataba la posibilidad de un testigo, periodista, no declarara en un proceso amparándose en el secreto profesional. El Tribunal de Roma le negó tal derecho.

También se discute el secreto periodístico en otro plano, cual es el de guardar silencio ante noticias criminales que puedan interferir, influenciar, coaccionar o determinar resoluciones judiciales. El Código Procesal Italiano de 1988 en su art. 329 (conc. Art. 114 y ss) ordena el secreto de sumario hasta la terminación de la investigación. En cuanto la normativa de fondo el art. 326 del Código Penal reprime la violación del secreto profesional.

En muchas de las Constituciones de distintos países se le reconocido protección a las fuentes de información -Paraguay (art. 29 Constitución de 1992), Brasil (art. 5, inc. XIV Constitución de 1988), Mozambique (art. 74, inc. 3 Constitución de 1990), Perú (art. 2, inc. 18 Constitución de 1993), Haití (art. 28. 2 Constitución de 1987) y Colombia (art. 74 Constitución de 1991)-.

En Francia se ha discutido intensamente el tema si los periodistas deben guardar secreto de noticias o informaciones criminales que conozcan y puedan interferir el andamiaje de la Justicia. El art. 434 – 16 del Código Penal Francés castiga la publicación antes de la resolución judicial definitiva de los comentarios que tiendan a ejercer presión para influir en las declaraciones de los testigos o en la resolución de los Tribunales de juicio. En tanto el Código de Procedimiento Penales establece en su art.

---

[96] DIEGUES, Jorge Alberto. "La protección del secreto periodístico". LL, 16/04/2009, 6.

[97] ISLAS MAGALLANES, Olga. "Delito de revelación de secretos". Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 57.

11:“toda persona que participa en un proceso está obligada por el secreto profesional en las condiciones y bajo las penas de los arts. 216-13 y 226-14 del Código Penal”.

En Estados Unidos, además de la cláusula de prensa contenida en la Primera Enmienda de la Constitución Federal, 31 de los 50 Estados contienen leyes que protegen el secreto periodístico. Sin embargo, con las excepciones de Alemania -a través de la ley sobre el derecho a negar las fuentes de información del año 1975- (7), España (art. 20, inc. 1, ap. "d" Constitución de 1978), Portugal (art. 38, inc. 2, ap. "b" Constitución de 1976) y Andorra (art. 12 Constitución de 1993), no acontece lo propio en Europa (8)[98].

En Alemania no existe derecho federal unificado respecto de la prensa, solamente el art. 5.1. frase 20 de la ley fundamental (GG) garantiza la libertad de prensa y comunicación audiovisual, mas éste se encuentra limitado por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[99]

El secreto en el derecho germánico se impone a los periodistas bajo sanciones penales castigando la publicación de informaciones no autorizadas protegiendo el texto del acta de acusación y otros documentos oficiales presentados en un proceso penal antes de la vista del juicio (art. 353 d St GB). El contenido de la instrucción preliminar no está destinado a ser hecho público y sólo en la etapa intermedia o en la principal, las autoridades podrán informar sobre la investigación siempre que consideren que las revelaciones dadas no afectarán al resultado del proceso y respetan los intereses de la víctima. Esas revelaciones solamente pueden darlas el jefe de la fiscalía, el presidente del Tribunal o sus representantes.

Resulta ilustrativo referenciar la opinión del Maestro Roxin:“la difusión de documentación del procedimiento preliminar, no sólo daña la neutralidad de los roles procesales de los funcionarios, sino que también contradice el principio de inmediación en la adquisición de la prueba que preside el debate”[100].

En Inglaterra el interés de la Justicia es de una magnitud tal que se encuentra sobre el derecho a la información. Existe de suyo una limitación: la imputación, en palabras simples la prensa es libre de decir lo que entienda sobre los hechos pero antes de que una persona sea imputada. Pretorianamente se ha dicho que la publicación de informaciones con la intención de influir en eventuales persecuciones penales es punible[101] cualquiera que sea el momento de hacerse pública[102]. Los ingleses apelan a un instituto jurídico: el Contempt of Court[103]. Los medios de prensa entonces deben guardar secreto en torno a lo que conozcan de procesos judiciales pues la idea del Contempt no es más que un acto de

[98] DIEGUES, Jorge Alberto. “La protección del secreto periodístico”. LL, 16/04/2009, 6.

[99] La norma custodia el derecho a la libertad de expresión precisando que “este derecho comprende (...) la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y dispone que “el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades” entre las cuales figura la obligación para el periodista de dar una información objetiva, y autorizando restricciones “ necesarias en una sociedad democrática” destinadas a proteger la reputación de los demás y a “garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

[100] Roxin, Claus;*“Strafechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung”*, en “Neue Zeitschrift fur Strafecht”, n°4, Munchen/ Frankfurt a. M., 1991, ps 158 y ss.

[101] Son punibles por ejemplo, los testimonios prestados en la fase preparatoria del proceso y el aporte de elementos que permitan la identificación de menores víctimas o delincuentes o que sirvan para identificar a la víctima de una violación.

[102] “Attorney General vs. NewsGroup Newspapers” (1989, Q.B. 110). En la misma dirección se ha dicho: “el interés público en la libertad de expresión debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia...” Lord Donaldson. Asunto A-G v. News Group Newspapers Ltd. (1987).

[103]Rodríguez Bahamonde Rosa, *El secreto de sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 1999, ps 78 y ss.

desobediencia o de desacato hacia un órgano de la administración de justicia o de la administración del Estado, o como una interferencia en el ordenado desarrollo de la justicia o de las funciones de la administración que lleva generalmente aparejada una pena impuesta en un proceso sumario[104]. De esta manera la prensa crea riesgos reales para la administración de Justicia que sintéticamente se expresan en a) daños morales y difamación de Jueces y Tribunales; b) dar a luz ciertas actuaciones judiciales o pruebas que se terminan rindiendo en medios televisivos de imposible reproducción judicial, como así también “expedientes paralelos” donde el periodismo asume el “rol” de Juez; c) Presión manifiesta sobre la independencia y la autoridad de los jueces. Atentado contra la imparcialidad de los juicios.

El tratamiento de este sutil instituto tuvo un vuelco con el fallo “Sunday Times” donde la Corte Europea de los Derechos Humanos entendió que la posición restrictiva en la comunicación –en este caso concreto- violaba el art. 10 del Convenio”[105].

La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo la relatividad del secreto periodístico al fallar la causa "Branzburg v. Hayes" en el año 1972. Por cinco votos contra cuatro, señaló que "La primera enmienda no releva a un periodista de la obligación que tienen todos lo ciudadanos de comparecer ante un Gran Jurado y responder preguntas relevantes para una investigación criminal, ni le autoriza a ocultar hechos relevantes para la investigación de un Gran Jurado concerniente a un delito o al origen y la prueba de la conducta delictiva" (24). Mantuvo indirectamente este criterio en "Lewis" (25), y "New York Times v. Jascalevich" (26). Pero es importante señalar, como lo hacen Nowak y Rotunda, que la Suprema Corte ha procurado mantener incólume el secreto en causas civiles[106].

II) En nuestro país, hay un punto de inflexión: la reforma Constitucional de 1994 donde en el artículo 43 dispone que "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". De esto modo, el secreto periodístico goza de expresa protección constitucional contra cualquier forma de afectación.

Así, parte de la doctrina entiende que el secreto periodístico posee como mínimo las siguientes características (Diegues): “1) Es una garantía -más que un derecho- que tiene el periodista frente a toda persona y el Estado de no divulgar, sin su conformidad, el contenido de la información que recibe. 2) Su alcance no se circunscribe exclusivamente a la acción de habeas data, sino a cualquier medida que conduzca directa o indirectamente a la afectación de la fuente. Quedan comprendidos así no solo el comparendo de personas a declaración testimonial, sino la presentación de papeles y toda otra documentación con virtualidad bastante para revelar el origen de la información brindada por la fuente. 3) Como consecuencia necesaria de lo anterior, es mi criterio de que el secreto periodístico protege tanto al periodista como a la fuente, de modo que aunque quien brinda la información al periodista, aun no siendo reportero, queda amparado de rendir cuentas en el caso aun cuando el conocimiento de la fuente hubiere acaecido por medios ajenos al periodista. 4) Aunque en la mayoría de los casos ampara a los reporteros profesionales, estimo que la garantía protege no solo al periodista sino a todo aquel que ejerza

[104] Goldfarb. The Contempt Power (2ª. edición) Columbia University Press. Nueva York, 1964, pág. 1.
[105] Bertoni, Eduardo; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabricio y Gullco, Hernán; “Libertad de Prensa y Derecho Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 251/327.
[106] Diegues, Jorge Alberto; “La protección del secreto periodístico”; LL, 16/04/2009, 6.

la expresión. 5) Es renunciable por el propio periodista, siendo inválidas aquellas normas que prohíban al reportero brindar su propio testimonio" [107].

En torno a las limitaciones al secreto periodístico, la cuestión fundamental resulta en determinar si el secreto periodístico es una garantía absoluta o relativa.

Quienes sostienen que el secreto periodístico no puede removerse, pues se trata de una garantía absoluta, argumentan –entre ellos Badeni- que "el secreto profesional es un supuesto de conciencia individual, que difícilmente puede ser apreciado por un tercero o un juez. De modo que, en salvaguarda de la conciencia del periodista profesional y de la libertad institucional de prensa, su protección sólo podría ceder con la conformidad expresa del periodista o de la persona que le suministró la información con el compromiso de no revelar la fuente informativa, y prescindiendo de los intereses privados o públicos comprometidos".

Por el contrario, el criterio mayoritario considera que estamos en presencia de una garantía relativa que cede en determinadas situaciones. Según el criterio de Vanossi únicamente puede allanarse en el caso de datos referidos a una causa penal, quedando inmunes a toda intromisión las opiniones y todos aquellos datos no ventilados ni atinentes a un expediente criminal. Spolansky entiende que únicamente queda inmune frente a delitos penales consumados -seguramente en la inteligencia de que con tal conducta el daño no es grave-, pero corresponde su levantamiento cuando el delito no ha sido consumado o, habiéndolo sido, continúa acaeciendo.

Sostiene Diegues que ambos criterios resultan interesantes, pero insuficientes. Primeramente porque aun en los casos de delitos continuados o por acontecer el allanamiento de la fuente debería tenerse como último recurso. En segundo lugar, porque aun así sería necesario practicar un juicio de proporcionalidad entre la compulsión hacia el periodista de revelar la fuente y la magnitud del delito que se quiere evitar. Así, el autor pone como ejemplo que si se busca impedir el estallido de una bomba en un parque de diversiones, el secreto habrá de ser levantado; pero que no acontecería lo mismo cuando se optase por sacrificar la privacidad de la fuente para impedir por caso el libramiento de un cheque sin fondos (art. 302 C.P.).

Javier Pradera, buscando las diferencias entre el ámbito del secreto periodístico y otros ámbitos señala que "El sacerdote no busca el secreto, sino que es buscado como destinatario forzoso de su contenido, igual ocurre con los abogados en su bufete y con los médicos en su consulta. Los periodistas, en cambio, no se limitan a recibir un secreto sino que lo buscan. En suma, los periodistas no se limitan pasivamente a recibir los secretos, sino que los persiguen"[108].

Por su reconocimiento constitucional se puede decir que estamos en presencia de un derecho fundamental, de carácter instrumental, configurado como un derecho limitado, siendo el bien jurídico protegido la identidad de la fuente de información y no la intimidad. Así se puede hablar del derecho al secreto profesional, es el derecho a silenciar las fuentes de información -FERNANDEZ MIRANDA-. Así y a diferencia de otros ámbitos en que se brinda protección a lo *secreto*, en donde ésta funciona a

[107] Diegues, Jorge Alberto; "La protección del secreto periodístico"; LL, 16/04/2009, 6.
[108] Citado por Frigola Vallina, Joaquín - Escudero Moratalla, José Francisco. "LA CLÁUSULA DE SECRETO PROFESIONAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995". CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Revista del Poder Judicial nº 40. Octubre-Diciembre 1995.

manera de *deber profesional*, en el secreto periodístico la protección aparece como un *derecho* del profesional periodista[109].

El secreto profesional protege al periodista, únicamente como testigo, nunca como autor. Es decir, le concede protección para guardar secreto, cuando un juez le pida testimonio de unos hechos que haya conocido en el ejercicio de su actividad profesional.

A diferencia de la protección del secreto de otros profesionales, en el secreto periodístico el profesional no tiene el deber de guardar silencio sobre lo que su fuente revela sino sobre la identidad de su fuente. Así, el secreto no recae sobre el contenido de la información, sino sobre la identidad de quien ha proporcionado esa información.

Los titulares de este derecho de reserva, evidentemente son los periodistas, redactores y directores son los titulares de este derecho. Marc CARRILLO considera como sujeto activo a todo aquel profesional que, como trabajo principal, regular y retribuido, se dedica a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla por cualquier medio de comunicación, de forma cotidiana o periódica, extendiendo a los colaboradores habituales la condición de sujetos activos del derecho al secreto profesional, así como al periodista autónomo, y excluyendo en todo caso, al colaborador circunstancial[110].

Así, algunos sostienen que lo que se protege es la fuente de información, mientras otros entienden que el periodista que conoce situaciones que se consideran secretas se encuentra incluido entre aquellos profesionales obligados a guardar secreto[111].

Sin embargo, en una interpretación más laxa, otros autores van más lejos, incluyendo no sólo al colaborador circunstancial como sujeto activo, sino también a cualquier ciudadano que se dirija a un medio de comunicación a través de la sección “Cartas al Director”, por entender, que no sólo puede estar expresando una opinión o aclaración..., sino que también puede estar difundiendo una información, y como tal, estar amparado por la cláusula del secreto.

El Secreto Sacerdotal o Sacramental

La fuerte influencia del derecho canònico en nuestras legislaciones hizo que los parámetros dados por la legislación de indias y las Partidas tuvieran su respuesta en los antecedentes legislativos descriptos en el primer capìtulo de este texto, de allì la vital importancia de este tema que va a ser la piedra angular de la doctrina del siglo XIX y gran parte del XX. Por sigilo sacramental se entiende la obligación estrictísima de guardar bajo secreto las cosas o cuestiones que el penitente declaró en la confesión en orden a la absolución sacramental.

---

109 HIGUERAS, Inmaculada. “Derecho a la información en España”; en CARREÓ CARLÓN, José – VILLANUEVA, Ernesto (Coordinadores). “Temas fundamentales de Derecho a la Información en Iberoamérica”. Ed. Fragua. Madrid. 1998.

110 Citado por Frigola Vallina, Joaquín - Escudero Moratalla, José Francisco. “LA CLÁUSULA DE SECRETO PROFESIONAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995”. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Revista del Poder Judicial nº 40. Octubre-Diciembre 1995.

111 ISLAS MAGALLANES, Olga. “Delito de revelación de secretos”. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 58.

Se llama "sigilo" (que viene de "sello"... "sigillum") metafóricamente. Precisamente se usa esta terminología por la costumbre de sellar o lacrar las cartas o documentos que tenían el carácter de secreto.

A esto se refiere expresamente el canon 983 del Código Canónico que textualmente dice: " El sigilo sacramental es inviolable, por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo...".

El legislador formula y determina en norma positiva una gravísima obligación de *iure divino*: el absoluto, permanente e inviolable secreto (sigillum) que el confesor debe guardar por siempre sobre todos los pecados que el pertinente le confiese. Dice Santo Tomás que el sigilo "nihil aliud est quam debitum confessionem celandi". Dicho sigilo sacramental, jamás y por ningún motivo debe ser violado por el ministro de este sacramento, incluso con el riesgo de perder su propia vida.

Tal obligación está inequívocamente anexa e implícita en la institución de este sacramento. Así lo enseña y entiende el magisterio de la Iglesia y la unánime doctrina teológica - canónica[112].

El canon 984 se refiere a "hacer uso en perjucio….". Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, con perjuicio al penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro de revelación[113].

La ratio legis del secreto sacerdotal

La "ratio legis" de esta norma canónica es múltiple, a saber:

a) *Derecho Natural*: El mismo derecho natural que prohibe no difamar ilegítimamente a nadie y traicionar su intimidad personal manifestada, conforme lo establece el canon 220, es el fundamento de esta norma. Véase que está ínsita en el texto la idea de "respetar" la "intimidad" y ese respeto deviene de una máxima iluminadora "haz el bien nunca el mal", porque precisamente la revelación es incorrecta y esto en acto o en potencia es dañino.

La ley natural además prohibe que se atente contra la fama de nadie, usando la palabra como arma para herir al otro.

a) *Cuasi – contrato:* es tácito pero inequívoco, entre confesor y penitente. Por el mismo hecho de acusar éste sus pecados, con la evidente condición implícita de que siempre han de permanecer totalmente secretos.

Este cuasi – contrato exige una condición al menos: que el sacerdote no revele a nadie el secreto dado en confesión.

b) *Derecho Divino Positivo:* puesto que Cristo instituyó este sacramento y su necesidad para la salud del alma y bien espiritual del penitente. Cristo lo fijó a modo de "juicio", y el penitente actúa en él como reo, acusador y único testigo, todo lo cual supone implícitamente la obligación estricta de guardar secreto. Se sostiene que, si la confesión no se hiciera bajo riguroso secreto, sería aborrecible, odiosa, escandalosa y verdaderamente nociva, contra la expresa intención de Jesucristo.

---

112 Puede verse a: Magna indignatione de S. León Magno; Conclusiones del Concilio Lateranense IV, capítulo 21; Conclusiones del Concilio de Trento, Capítulo 1.

113 Código de derecho canónico, Biblioteca de autores cristianos (BAC), Madrid, 1992, ps. 479.

c) *Derecho Positivo Eclesiástico*: tutela a través del canon en forma absoluta y sin excepción el "sigilo sacramental"[114]. Esto se advierte perfectamente en el canon 983 donde se observa que el confesor debe guardar muy bien el secreto, no pudiendo descubrir en lo más mínimo al pecador ni de palabra, ni por ningún signo, ni de cualquier modo, ni por ninguna causa.

Fundamento Dogmático

El sacerdote actúa en este sacramento (oye, conoce, juzga y absuelve) como ministro de Dios, "in persona Christi", todo lo que se le acusa en confesión, a Dios se le confiesa, y debe quedar sellado (sigillum) para siempre, de modo irreversible e irrevocable, en el fuero divino.

La "ratio legis" de esta disposición es doble: *tutela la santidad del sacramento y protege los derechos de los fieles.*

Los sujetos del Secreto Penitencial

Indica el canon 990 que todos aquellos que tuvieran "conocimiento de los pecados por la confesión, *sea cual fuere el modo o el medio por lo que llegaron a dicho conocimiento,* ya sea por sí mismos (involuntaria o maliciosamente); por otras personas (por ejemplo revelación por terceros), deben estrictamente guardar reserva.

El confesor es sujeto esencialísimo junto con el penitente en el sacramento. Pero puede ocurrir que aparezcan otros sujetos voluntarios o involuntarios.

Los llamados sujetos voluntarios son traídos por el propio confesor y pueden ser: *el intérprete y el asesor.*

El intérprete debe guardar secreto. Tal situación es común, por ejemplo, cuando sea necesario traducir el idioma del penitente. El asesor es aquel a quien se le va en consulta (generalmente es un versado en cuestiones teológicas o de fe). Al teólogo consultado también lo abarca el sigilo, y las razones serían las siguientes. Por el penitente: por la confesión que va a hacer con él mismo y que por lo tanto comienza la consulta, pero no si se lo consulta por una confesión ya hecha o que va a hacer con otro sacerdote. Por el confesor: con *permiso expreso* del penitente, acerca de la confesión, que viene a continuarse de ese modo. Aquí el asesor el consultado por el propio confesor, manteniéndose la regla que quien oiga confesiones, permanece también ligado "ex iure divino", al mismo sigilo, por su misma condición sacerdotal, y también queda ligado "ex iure positivo" al secreto penitencial.

Liberación del Secreto

El sigilo sacramental es absolutamente inviolable en sí mismo. Se sostiene que puede cesar únicamente por autorización o licencia explícita del penitente al ministro para que pueda revelarlo.

Santo Tomás lo explicaba de este modo "puede el penitente hacer que lo que el sacerdote conocía como ministro de Dios, lo conozca también en cuanto hombre, y así lo hace cuando le da licencia para

[114] Cfr.: " Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico (Volúmen III/1), Dirigido por Marzoa, Miras y Rodriguez Ocaña, comentario a cargo de Fernando Loza, pág. 819, Editorial EUNSA, Pamplona, año 1977. Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra.

publicarlo; de aquí que, si habla, no quebranta el sigilo de la confesión. Sin embargo, debe evitar todo escándalo, para no ser considerado como violador de dicho sigilo".

En base a ello es recomendable que el confesor solicite al penitente que esa "autorización" le sea dada fuera del sacramento, es decir que tal "liberación" la exprese no durante la confesión.

El Delito de Violación de Secreto en el Derecho Canónico. Rasgos y Penalidades

La violación del secreto penitencial queda tipificado como delito en el canon 1388.

Esta violación puede ser directa o indirecta. Es directa cuando se revela claramente el nombre del penitente y el pecado cometido, aunque sea levísimo. Es indirecta cuando, sin revelar el nombre o el pecado, se dice o hace imprudentemente alguna cosa por donde los demás pueden conjeturarlo de algún modo.

La violación directa no admite jamás parvedad de materia. Aquí se entiende que la grave injuria está proferida no sólo al penitente sino al sacramento de la confesión.

La iglesia castiga severísimamente, con las máximas penas eclesiásticas, el horrendo delito de quebrantar el sigilo sacramental en forma directa. De allí que tal delito haga incurrir a quien lo realice en excomunión "latae sentenciae", reservada a la Sede Apostólica.

Menor es la pena para quien lo haga "indirectamente" como así también al intérprete.

La excomunión, reservada al Papa, con que castiga el Código Canónico al sacerdote, recae sobre el que quebranta con perfecta advertencia y consentimiento (canon 1321).

En definitiva, no se permite la menor alusión, directa o indirecta, de las cosas oídas en confesión.

La Prohibición: Objeto.

La razón de guardar este conocimiento es que es " in foro Dei " y no debe salir, en modo alguno, del fuero sacramental.

La norma canónica prohíbe usar, para el gobierno exterior, el conocimiento de los pecados adquiridos por confesión.

Al ser interrogados, aun por un superior jerárquico, sobre las cosas que saben bajo sigilo, el confesor puede y debe decir: "no lo sé con ciencia comunicable a los demás". La restricción es estricta y sobre el particular pueden verse las magistrales consideraciones que formula Santo Tomás al respecto.

El Secreto del Abogado.

Pocas profesiones tienen tanta importancia para una sociedad como son la del médico o del abogado. En efecto, la vida, la salud, la libertad y el patrimonio de las personas se ponen en manos de aquellos profesionales. Es por esto que el ámbito del secreto profesional en el ámbito del abogado adquiere un importante perfil.

Se han dado diversos y múltiples fundamentos al deber que tienen los letrados a silenciar cuanto les llegue a sus sentidos a través de su profesión por lo que en resguardo de los derechos humanos básicos debe decirse que el secreto profesional en la abogacía es un derecho indiscutible que se ampara a la luz del principio de humanidad, de inviolabilidad, intimidad, privacidad de la persona humana. Desde

antaño –como se ha anticipado- lleva el insoslayable designio de carácter moral y ético que en nuestra legislación encuentra amparo constitucional (arts. 16, 18, 75, inc. 22, C.N.), con más el reconocimiento expreso de pactos y convenciones internacionales[115]. La ley 23187 (año 1985) de colegiación Obligatoria[116] es un primario referente. Hay importantes referencias internacionales a tener en cuenta: el Código de Responsabilidad Profesional de la Asociación de Abogados (ABA-CPR: American Bar Association, Code of Proffessional Responsibility), adoptado en los Estados Unidos de Norteamérica a partir del 1º de enero de 1970, así como también el examen de las Reglas Modelo de Conducta Profesional, adoptado en 1983 (ABA-RPC: American Bar Association, *Rules of Professional Conduct*).

El abogado en ejercicio de su profesión tiene la misión de proteger y defender los derechos de las personas. Y en función de la defensa en el ámbito penal tendrá por fin convertirse en auxiliar de aquellos a lo que el Estado le ha imputado la comisión de un hecho que se pretende delito. Tal es la importancia que tiene la presencia de un ejercicio defensivo en todo proceso penal, que el propio Estado a través de los códigos procesales establecen que en caso de que el imputado no designe un abogado de su confianza, aquél le proveerá uno, a fin de que la mentada garantía de la defensa en juicio sea efectivamente realizada.

En otra esfera de análisis se ha dicho que al guardar el secreto profesional se evita el enriquecimiento ilícito del letrado, ya que utiliza indebidamente una información, sin derecho[117].

Se requiere entonces que el abogado conozca situaciones y hechos que las personas consideran que deben quedar resguardadas en un ámbito de reserva y que son reveladas al profesional en virtud de lograr precisamente una mejor tutela de aquellos intereses. Un ejercicio defensivo no llegaría a alcanzar el grado de plenitud necesario si no fueran conocidos todos los hechos que rodean las circunstancias del caso, pero para que ello ocurra se le tiene que garantizar a las personas que lo revelado al abogado permanecerá resguardado.

[115] Distintos organismos profesionales se inclinan por la protección, a saber: Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), la Unión Internacional de Abogados (UIA), la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados (UIBA), y la Federación Internacional de Abogados (FIA). A guisa de ejemplo en el Congreso Nacional de Ética Profesional, organizado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y desarrollado durante los días 25 y 26 de marzo del año 2004, se defendió la necesidad —Ponencia de Marcos Azerrat (Comisión nº 7) que fue aprobada por unanimidad en el Plenario respectivo— de reformar el Código de Ética vigente en ese Colegio en relación al art. 10, inc. h), el que quedaría redactado de la siguiente manera: “El abogado debe respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad al relevamiento del secreto profesional, negándose a responder las preguntas que lo expongan a violarlo. Sólo queda exceptuado: a) Cuando se tratare de su propia defensa”; derogar, asimismo, el art. 6º, inc. f) (ley 23.187), en lo referido a: “salvo autorización fehaciente del interesado”. También se aprobóla postura en el sentido de “propiciar la derogación del art. 244 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) en lo que se refiere a la obligatoriedad de testimoniar, aun cuando mediare autorización del cliente” (cfr. puntos 6,7 y 8, respectivamente).

[116] Artículo 7: Son derechos específicos de los abogados, sin perjuicio de los acordados por otras disposiciones legales, los siguientes:a) Evacuar consultas jurídicas y percibir remuneración; (**Nota**: Por art. 1° apartado 6° del Decreto N° 240/1999 B.O. 23/3/1999, se identifica como normativa derogada la parte del Artículo 7° inciso a) de la Ley N ° 23.187 que dice: " no inferior a la que rijan las leyes arancelarias"). b) Defender, patrocinar y/o representar judicialmente a sus clientes;c) Guardar el secreto profesional;d) Comunicarse libremente con sus clientes respecto de los intereses jurídicos de éstos, cuando se hallaren privados de libertad;e) La inviolabilidad de su estudio profesional, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En caso de allanamiento, la autoridad competente que hubiere dispuesto la medida deberá dar aviso de ella al Colegio al realizarla, y el abogado podrá solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo.

[117] Pérez Serrano Jauregui, Nicolás; “Reflexiones actualizadas de la ética profesional de la abogacía”, Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid”, nro. 11, Madrid, 1999, ps. 13.

El secreto del abogado es por naturaleza inviolable, pues no está concebido en el interés particular de su cliente sino en el interés de toda la sociedad[118]. Se basa en una cuestión de inalterable confianza entre partes, por eso, como advierte Pérez Cepeda, la lealtad para con la reserva es "la base fundamental y primaria de la figura delictiva"[119].

A guisa de corolario, este principio intangible, garantiza dentro de un Estado de Derecho un correcto y justo funcionamiento entre el asistido y el profesional.

Doctrina: Principales opiniones doctrinarias sobre el Secreto Profesional

Como ya dijéramos supra, la norma no protege el secreto confiado a cualquier persona, sino que vincula algunas circunstancias y personas con ciertas cualidades, para resguardar un conocimiento que le es confiado. Sin perjuicio de lo que se expresará, ya se advirtió supra sobre las bondades del término "secreto particular".

Así, Moreno, González Roura y Gómez, entienden que el secreto adquiere tal cualidad de profesional cuando ha mediado confidencia de quien ha solicitado los servicios profesionales, opinión que es refutada por Núñez debido a que la cualidad del secreto no puede depender de "semejante artilugio legal", y que resulte beneficiado quien por más advertido no sólo se hace asistir por el profesional, sino que lo toma por confidente[120].

En opinión de Ricardo Nuñez[121] la denominación usual de "violación del secreto profesional" sólo se refiere al caso de la revelación del secreto particular conocido por razón del ejercicios de su función por los profesionales. Dice el maestro cordobés que el artículo 156 no protege sólo a los clientes de los profesionales, sino a todos los que utilizan o son asistidos por personas que sin ser profesionales prestan servicios propios de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. El artículo 156 se refiere, en verdad, a los casos en un secreto particular se viola en forma punible, y restringe esa punibilidad en razón de que la calidad de la actividad que da acceso al secreto, sea o no una calidad profesional.

La ley ha especificado que son responsables por la violación de los secretos particulares, las personas que hayan tenido noticia de él por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Se trata de personas que por cumplir funciones o desarrollar actividades que son necesarias en la vida social y que exigen confianza en quien se sirve de ellas, se encuentra en condiciones de recibir o captar los secretos de los terceros. La calidad del autor, determinada por su función o actividad, debe existir en el momento de la adquisición de la noticia del secreto. Puede o no persistir en el momento de su revelación.

El *estado* que abre el acceso a los secretos ajenos es la situación de las personas, determinada por su ministerio religioso, caritativo, educativo (preceptores), social (asistentes sociales), etc., o por su

---

[118] ISLAS MAGALLANES, Olga. "Delito de revelación de secretos". Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 53.

[119] Pérez Cepeda, Ana Isabel; "Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores", Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, ps. 49.

[120] Ver : " Código Penal , Comentado" ; Vázquez Iruzubieta, Carlos, tomo III, pág. 154, Editorial Plus Ultra, año 1970.

[121] Debe consultarse: " Tratado de Derecho Penal"; Ricardo Núñez; tomo IV; pág. 115 y siguientes; Editorial Lerner, año 1976.

vinculación no laboral a instituciones o personas. Se trata, como dice Soler[122] de una situación social en virtud de la cual ella tiene acceso legítimo a secretos independientemente del ejercicio de una profesión y también prescindiendo de la naturaleza lucrativa o no lucrativa de la actividad que esa situación comporta, aunque, por regla, el lucro no entra en consideración. Lo importante es que se trate de una situación asumida por la persona con caracteres de duración o permanencia.

A esta situación corresponde típicamente el estado de sacerdote, de monja, de estudiante de medicina, de conviviente con una persona obligada profesionalmente el secreto. Generalmente cuando la situación o estado sea lucrativo, caerá dentro de los conceptos de oficio o empleo.

La obligación jurídica del secreto sacerdotal suele ser considerada como la más amplia que la obligación canónica referente al secreto de confesión, lo cual no es extraño, pues inclusive comprende personas religiosas que nada tiene que ver con la confesión, y ministro de otras religiones.

Por su parte, el *oficio* es la ocupación habitual de quien no es empleado ni profesional ni practica arte, como es, por ejemplo, la de cerrajero, institutriz, masajista, enfermero libre, agente de negocios, gráfico, etcétera, cuyos servicios se vinculan y utilizan voluntariamente o necesariamente en la vida social. Esto no sucede, *verbi gratia*, con los periodistas, porque si bien el periodismo es un oficio, no es un servicio utilizable particularmente por los terceros. Oficio es palabra empleada en un sentido llano o vulgar, para designar funciones privadas no propiamente profesionales. Nos inclinamos a creer que el empleo de esa expresión, que acuerda a la figura una extensión inusitada, es el resultado de un error de traducción de la palabra italiana *"ufficio"*, en el cual ha incurrido la Comisión de 1891. Los italianos comprenden bajo esa designación las *funciones* de tutor o curador.

Para Soler[123], sin embargo, no es ése el sentido de la palabra, y es fuerza comprender dentro de esta clasificación a los que desempeñan un oficio propiamente dicho. Por otra parte, frente a la ley italiana, las situaciones que para nosotros están definidas, aquí suelen ser comprendidas por la doctrina bajo la genérica designación "profesión o arte". Así, por modesto que sea un oficio, da lugar a veces al ingreso en esferas de secretos y, en ciertos casos, hasta importa una continua intervención dentro de cosas reservadas: cerrajeros, institutrices, masajistas, enfermeros libres, es decir, no *empleados* de un sanatorio o de un médico; los domésticos, los que desempeñan un oficio entro de un taller en el cual aplican un secreto cuya revelación puede causar daño; los periodistas, etcétera. De esta manera, si alguna duda cupiera acerca del mayor alcance de nuestra ley, se agrega, aun, la condición de *empleado* (por razón de empleo), expresión con la cual no se mencionan exclusivamente a los empleados públicos. En efecto, para el secreto *oficial* hay otras disposiciones expresas en el Código, 157 y 222. La figura del artículo 156 se refiere a secretos privados, y no hay razón alguna para suponer que la condición de empleado *público* sea aquí un elemento constitutivo. Aparte de ello, como en otros casos, es razón de peso también la que se deduce de la definición expresa del artículo 177.

"Dentro de esta categoría está, por lo tanto, el empleado de un estudio de abogado o de otro profesional; siempre que aquél, por razón de su empleo, deba tener acceso a los secretos que obligan a su principal. Sería, en realidad, irrisorio que no pudiera exigirse declaración del defensor; pero que se

[122] "Derecho Penal Argentino"; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.
[123] "Derecho Penal Argentino"; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.

pudiese llamar al dactilógrafo o al taquígrafo que le presta su trabajo. Sería lo mismo que hacer callar a los médicos y dejar hablar a las enfermeras".

Más allá de lo expresado, el término *oficio*, ha dado lugar a varias interpretaciones por parte de la doctrina nacional[124]. Gómez, siguiendo a Florián y Mazini, y con ellos a la doctrina italiana, considerando que cuando la ley emplea la palabra "oficio" se refiere, en este caso, no a una ocupación manual, sin al ejercicio de determinadas funciones, aunque no sean permanentes, que no tengan caracteres profesional. Pone el ejemplo de los tutores y curadores, los cuales –dice- desempeñan oficio en el sentido de la ley. En igual sentido, en líneas generales, se orientan Molinario y Oderigo; Malagarriga incluye también a los funcionarios públicos. Nuñez piensa que es la ocupación habitual de quien no es empleado, ni profesional ni practica arte. La solución, sostiene Fontán Balestra, depende de la extensión que se de a la palabra *profesión,* también contenida en el artículo, pues si para esta última es necesaria la exigencia de un título o Autorización especial – como nosotros creemos- el término oficio ha de entenderse con amplitud. La limitación está dada por la misma naturaleza del oficio la cual determina si él es o no apto para penetrar en la esfera de secretos, de modo que la posible víctima resulte, en cierto modo, obligada a confiárselos.

En función de la norma, el *empleo* significa aquí trabajo de cualquier índole, retribuido o no, a las órdenes de un empleador público o privado. Empleado, es quien trabaja a las órdenes del otro[125]. La ley se refiere tanto a los empleados públicos como a los que dependen de particulares (Moreno). Entran en esta categoría las personas que desempeñan tareas accesorias para los profesionales que pueden ser receptores de secretos, como, por ejemplo la dactilógrafa del escribano o el abogado (Nuñez) o el empleado de un sanatorio (Soler). Estas personas, como dice Fontán Balestra, *no son, por lo común, depositarias del secreto por parte del interesado, pero tiene acceso a él*. También los empleados bancarios pueden ser sujetos del delito, sin dan a conocer un hecho que ha sido confiado a la institución con voluntad de que sea mantenido en reserva. El concepto comprende a las personas cuyas ocupaciones son accesorias a profesiones, oficios o artes susceptibles de ser receptáculos de secretos de sus clientes. Por ejemplo, el dactilógrafo o el taquígrafo el abogado, la enfermera del médico o el empleado del sanatorio.

El concepto también comprende a los empleados particulares en general en relación a los secretos de su empleador o de terceros, conocido en razón del ejercicio de su empleo. Entran en esta categoría, el administrador, dependiente o doméstico. Por último, se incluyen aquí los funcionarios o empleados públicos que sin estar encargados de la investigación o juzgamiento respecto del caso, tiene acceso en forma general o eventual a los secretos de los particulares. La violación de secretos administrativos por parte de funcionarios, empleados o particulares, esté prevista por el artículo 157.

La *profesión* a que alude la ley es la llamada "profesión liberal" o actividad cuyo ejercicio requiere título o autorización y matrícula oficial. En lo que atañe al artículo 156, no es decisivo el ejercicio continuo y lucrativo. Se trata de la actividad basada en el conocimiento de determinada ciencia o arte, que requiere título o autorización especial, y que constituye, por lo general, el medio de la vida de quien

[124] Debe consultarse: "Tratado de Derecho Penal"; Carlos Fontán Balestra; tomo V; pág. 402 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1992.
[125] Fontán Balestra, Carlos; "Tratado de Derecho Penal"; tomo V; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 402 y ss.

la ejerce[126]. Esto último no es indispensable, pues un médico o un abogado que se dediquen a actividades comerciales y que no ejerzan su profesión, pueden ser, sin embargo, depositarios de secretos en razón de su profesión. Son profesionales, entre otros, los abogados, procuradores, escribanos, médicos, cirujanos, dentistas, farmacéuticos, parteros, veterinarios, ingenieros, arquitectos, contadores, químicos y peritos inscriptos oficialmente.

Los autores no hacen distinción entre la profesión y el arte. Enumerados a la par del *arte*, la profesión y el oficio, de conocimientos o técnicas especiales y superiores, como sucede con los que practican las llamadas "bellas artes", los técnicos industriales y los peritos no matriculas oficialmente. La más importante categoría es la que abarca a los que desempeñan una *profesión o arte*, porque es en este terreno especialmente en el que la *necesidad* de recurrir a esa clase de personas expertas torna imprescindible y hace más intensa la obligación de reserva. Aquí se comprende abogados, procuradores, escribanos, médicos, cirujanos, dentistas, parteras. En general, toda clase actividades que suponen un título o autorización especiales, ejercidas como medio lucrativo de vida, y reconocidas jurídicamente como legítimas. En virtud de este último requisito, no pueden considerarse comprendidas las actividades ilícitas o irregulares: curanderos, avenegras[127].

El autor del delito: Vinculación de la calidad personal con El Secreto.

En referencia a las condiciones del autor, Núñez entiende que la persona dotada de una de las cualidades estudiadas anteriormente, no incurre en el delito de violación de un secreto particular cada vez que, teniendo noticia de él, lo revela. El médico o el abogado, por ejemplo, no viola un secreto particular por su calidad de tal, es decir, porque por su condición le esté vedado comunicar cualquier secreto de un tercero que conozca en cualquier forma. El tipo del artículo 156 exige que el secreto se conozca en el ejercicio de la calidad personal: que la persona tenga noticia del secreto *por razón de* su estado, oficio, empleo, profesión o arte; lo que equivale a decir que conozca el secreto sirviendo en esa calidad a un tercero y que el secreto se refiera al objeto del servicio. El secreto conocido por simple ocasión del servicio prestado, pero ajeno al servicio sacerdotal, profesional, funcional o artístico de que se trate, no obliga a su reserva, y su revelación es impune. Por ejemplo, así sucede si en el curso de su servicio en la casa del cliente, el cerrajero, por la indiscreción del cliente o de un tercero, se entera de un secreto extraño a su oficio; o si en el curso de la confesión, el sacerdote advierte el defecto físico que el enfermo padece y oculta. Si el médico, el masajista o el bañero conoce una enfermedad o deformidad física de la persona sometida a su cuidado, está obligado a conservar el secreto, pero no a mantener oculto lo que el paciente le haya confiado, en ocasión al cuidado, sobre sus convicciones políticas o su situación comercial.

El artículo 156 del Cód. Penal ha ampliado así el alcance del artículo 265 del Código de 1.886, que castiga a "los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella *se les hubiesen confiado*". En su acepción rigurosa, el secreto se confía al profesional cuando el cliente, revelándoselo, lo fía a su cuidado, lo hace su depositario. Dentro de este concepto no resultaría legítimo

[126] "Tratado de Derecho Penal"; Carlos Fontán Balestra; tomo V; pág. 402 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1992
[127] "Derecho Penal Argentino"; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.

ampliar el alcance de la fórmula, equiparando a la revelación del secreto su confidencia táctica, por el hecho de entregarse su confianza al profesional. Precisamente, esta extensión cabe con la fórmula nueva, la cual incluye también los casos en que ni siquiera existe una confidencia tácita, como sucede con los enfermos en estado de inconsciencia o incapaces de voluntad o con los sometidos en examen médico obligatorio. La fórmula *tener noticia del secreto por razón de* su estado, oficio, empleo, profesión o arte, comprende, en síntesis, los secretos manifestados por su poseedor con motivo del servicio que le presta el sacerdote, el profesional, etcétera, y los secretos relativos al objeto del servicio advertido por éste en esa ocasión.

Corresponde ahora adentrarse en la opinión de Sebastián Soler[128]. Éste califica la revelación del secreto profesional diciendo que pocos temas son objeto de interpretación tan vaga y contradictoria entre nosotros como el que se refiere as la violación del secreto profesional. A ello contribuyen interpretaciones, que creemos equivocadas en muchos casos, no ya de la disposición penal que pensamos examinar, sino de leyes procesales vinculadas con aquéllas, y, además, de una de las figuras del encubrimiento, C.P., 277.

Para mayor confusión se suelen suponer cuestiones estrictamente jurídicas con cuestiones de carácter moral que rebasan con mucho el tema jurídico.

El conocimiento del secreto de parte del profesional, empleado, etc., debe derivar del ejercicio mismo de la profesión o provenir de la especial situación que da acceso al secreto, no por intuición. La ley dice "teniendo noticia, por razón de estado, etc.". Esta forma de expresarse es terminante y correcta, e importa rechazar la doctrina que, basada en el texto de la antigua ley penal, art. 44, 2º, 265, exigía que se tratara de un secreto *confiando*, esto es, *verbalmente comunicado*. En nada puede alterar esa conclusión la letra del art. 167 del C. De P. P. De la Capital, que se refiere a *revelaciones hechas bajo el secreto*. El resultado de la opinión contraria es sencillamente absurdo, pues supondría que un médico puede hablar de todo aquello de lo cual no se le pidió reserva expresa y, así, referirse, por ejemplo, a detalles del cuerpo de una paciente examinada, advertidos en el examen e ignorados por la paciente misma.

No es necesario, por lo tanto, que el secreto haya sido conocido por comunicación verbal y con el pedido de reserva; basta que de ello de tenga conocimiento *por razón* del estado o cargo, esto es, que el ejercicio de la actividad correspondiente suponga el acceso a una esfera de secretos, aun no directamente consistentes en el *secreto* en el cual piensa el que reclama auxilio profesional.

Según Fontán Balestra[129] el carácter secreto de un conocimiento no depende solamente de su naturaleza, sino de la calidad de la persona a la que se hace depositaria de él y de las circunstancias o la forma en que se lo hace. *Sujeto activo* de este delito pueden ser las personas que tengan determinado estado, oficio, empleo, profesión o arte y que por razón de él hayan tenido noticia del secreto. es evidente que la obligación no nace de la actividad que el individuo desempeña, sino de lo que haya conocido con motivo de las tareas propias de esa actividad, que el individuo debe desenvolver en el momento de ser receptor del secreto, sin que sea necesario que continúe en ella en el momento de la

[128] Debe consultarse: "Derecho Penal Argentino"; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.
[129] Debe consultarse: "Tratado de Derecho Penal"; Carlos Fontán Balestra; tomo V; pág. 402 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1992.

revelación. Puede apreciarse que el título *revelación del secreto profesional* empleado por la doctrina, que nosotros también utilizamos por razones tradicionales, resulta estrecho para la figura acuñada por la ley argentina, pues a través de la enumeración legal se eche a ver que no son profesionales todos los posibles autores previstos. El secreto debe haber sido conocido por razón de estado, oficio, empleo, profesión o arte del autor.

Este mismo autor enseña que, el autor ha de haber tenido noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. ¿Cómo debe interpretarse esa exigencia?, ¿Es preciso que haya sido comunicado con determinadas advertencias? Sobre este punto pueden verse opiniones dispares. Una parte de la doctrina requiere que medie confidencia o que haya confiado verbalmente (González Roura, Crivellari); sin embargo, la mayoría se inclina a no exigir tal registro (Gómez, Soler, Díaz, Carrara). La primera solución parece ser consecuencia de la doctrina sentada durante la vigencia del código derogado, cuyo artículo 265 disponía: *los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ellas se les hubieren confiado, sufrirá la pena de suspensión por 6 meses a un año y multa de 25 a 300 pesos.* Además el artículo 44, inciso 2º, situado en el título de los encubridores considera exentos de pena por ocultación a "los sacerdotes, médicos y abogados, cuando el secreto *les haya sido confiado* en ejercicio de sus funciones". Coadyuva a formar este criterio la disposición contenida en el artículo 167 del Código de Procedimientos Criminales para la Capital, al exceptuar la obligación de declarar a los médicos, cirujanos, y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar (art. 165, Cód. de Procedimientos Criminales) cuando hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones *que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta última norma, por ser anterior a la vigencia del Código Penal y por su carácter de ley de forma, no podría modificar la ley de fondo.

Según la norma contenida en el artículos 156 del Código Penal, no es preciso que lo que se revela haya sido confiado y menos aún que se haga la advertencia de que debe quedar en secreto. Es necesario, si, que se trate de hacho o noticias vinculadas directamente a la actividad del autor, de las que ha tenido conocimiento por *razón* de su estado, oficio, etc., y que se trate de secretos (Gómez, Nuñez). Estas exigencias tienen su fundamento en el hecho de que el titular del secreto recurre a esas personas obligado por las circunstancias, a veces muy a su pesar, y lo así conocido es lo que debe ser mantenido en reserva.

Existen distintos criterios al momento de la determinación de cuál es la fuente de la obligación de reserva de los profesionales.

Una de estas posturas sostiene que aquella obligación nace del contrato celebrado entre aquéllos; y al momento de precisar cuál es ese contrato algunos sostienen que se trata de un contrato de depósito, otros estamos en presencia de un contrato mandato, otros de una locación de servicios y están los que sostienen que en realidad de lo que se trata es un contrato innominado. Es cuestionable esta tesis contractualista pues tiene un punto débil que no se logra explicar, cual es, encontrar la existencia de una declaración de voluntad común tendiente a reglar sus derechos por parte de los contratantes.

Por otro lado, la tesis publicista pretende encontrar el fundamento de la obligación de guardar secreto en cuestiones de orden e interés público. Así con un fundamento moral y social, quien adquiere conocimiento en razón de su profesión de una situación o hecho que por su especial índole debe

permanecer en secreto debe resguardarlo, pues la existencia y desempeño de aquella profesión son necesarios a la sociedad[130].

Elemento del Tipo: La posibilidad del perjuicio

El revelar un secreto no alcanza para la punición, el tipo exige que de esa revelación pueda derivar un perjuicio.

Naturalmente se extrae que el perjuicio no necesariamente debe recaer sobre la persona que aspiró la reserva, puede alcanzar a un tercero[131].

Este perjuicio puede ser de cualquier naturaleza : material o moral. Ya se trate de una cuestión económica, honorífica, psicológica, legal, etc.

Soler –citado por Manigot- entendía que el daño puede ser potencial, físico o moral, a cualquier bien jurídico, no necesariamente de la persona misma cuyo secreto revela[132]

No es indispensable que se cause efectivamente el daño, pues el peligro es suficiente, en tanto sea "posibilidad de causar un daño o perjuicio".

Moras Mom entiende que se trata de un elemento objetivo del tipo, que "consiste en una lesión a la víctima en cualquier aspecto de su personalidad o del desarrollo de sus actividades en el medio en que el secreto se divulga por parte del agente, porque si no fuera en uno distinto no existiría su aptitud perjudicial"[133].

Sujeto Activo del Delito

La obligación de guardar el secreto profesional la tienen todos aquellos sujetos que, con motivo u ocasión del ejercicio de una profesión, cargo o estado se han enterado de hechos o sucesos que están destinados a que permanezcan ocultos[134].

Doctrina: causas de liberación. cese del deber. La guarda del Secreto.

La doctrina ha entendido en general que el deber de guardar secreto cesa en los siguientes casos: En primer lugar cuando el mismo interesado permite revelación. En este caso el consentimiento[135] de aquél convierte a la revelación en atípica, exculpa, etc.. En segundo lugar se piensa –con razón- que cuando la materia del secreto haya tomado estado público no queda bien jurídico posible a tutelar; aquí si que no hay duda y la conducta será atípica, pues lo secreto dejó de ser tal. Y en tercer lugar no existe el deber de guardar secreto cuando existe una justa causa de revelación.

---

[130] ISLAS MAGALLANES, Olga. "Delito de revelación de secretos". Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 37.

[131] Cfr. : "Derecho Penal ; parte especial" ; Fontán Balestra ; 15va. Edición ; pág. 365, Editorial Abeledo Perrot, año 1998.-

[132] Manigot, Marcelo; "Código penal. Anotado y comentado", Tomo I, 4ta. Edición, Abeledo Perrot , Buenos Aires, 1978, 499.

[133] Ver : " Delitos contra la libertad" ; Moras Mon y Damianovich ; pág. 266, Editorial Ediar, año 1972.

[134] ISLAS MAGALLANES, Olga. "Delito de revelación de secretos". Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 36.

[135] Dice Roxin: "A diferencia del consentimiento (expresión de la libertad de actuación del titular del BJP), que excluye ya el tipo, el consentimiento presunto (se interfiere sin permiso...) es una causa de justificación". Roxin, Claus; "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, 5ta. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2010, ps. 765.

Que significa el consentimiento del interesado

La circunstancia de que el profesional revele el secreto con el consentimiento de su titular –por ejemplo el médico informe a terceros sobre la salud de su paciente, habiendo éste prestado el consentimiento- no es una cuestión que ha suscitado la unanimidad doctrinaria. Se discute de este modo si el consentimiento del interesado afecta la tipicidad o la antijuridicidad.

En general se ha sostenido que el bien jurídico protegido, la intimidad (o, en su caso, la libertad) podría perfectamente renunciarse, pues no tendría razón de ser que el derecho proteja algo que es propio del sujeto y éste no desea proteger.

Se considera que el bien jurídico protegido intimidad está en el "secreto" y éste es tal en la medida que el interesado lo considere así (arcano). Puede entenderse que del art. 19 de la C.N. se extrae la siguiente regla: no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro, pero tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acción que pueden ser dañosos para el ente con que se relaciona. Esta regla es la matriz constitucional de la aquiescencia y, a la vez, de la definición liberal de delito como lesión a los derechos de otro.

Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular (Jescheck, Hirsch, Amelung, y ots.) o cuando se trata de imponerlo imperialmente, no se hace otra cosa que destruir el mismo concepto. Sobre esta imposibilidad es concluyente Roxin al señalar que se pretende separar lo inseparable. Si la tutela se funda en esta variante a costa de la víctima y más allá de su voluntad, el sujeto pasivo se vuelve pretexto para penar un programa no conflictivo apelando a la ficción hegeliana de interés general como lo único racional. Se formaría una tríada indisoluble: intimidad – sujeto – Bien Jurídico Protegido.

Parte de la doctrina y jurisprudencia francesa clásica ha puesto en duda este criterio, haciendo laxo el criterio para el profesional actuante que en el caso del médico hace que "pueda" o no testimoniar[136].

Atipicidad: Conocimiento público del contenido del secreto

Amerita una muy breve consideración decir que el secreto debe estar oculto. Aunque sea una contradicción en si misma es oportuno indicar que lo público no es secreto, por lo que toda cuestiòn que se sepa y sea de carácter público no implica revelación alguna.

El Ejercicio de un Derecho

Como ejemplos de ejercicio de un derecho o de la necesidad de defensa de un interés legítimo, Caunedo y Gorostiaga señalan que entre los supuestos en los que el profesional actúa como parte en un juicio, cuando se encuentra en pleito con su cliente acerca de sus honorarios, demandado por mala

[136] Caso "Non-Marine Underriters contra Dusablon",, 48 R.J. 500, revd. (1944) 2 D.L.R. 737, 11 Ins. L.R. 86. "Dans mon opinión -dice Mr. Justice Galipeault- il importe peu que celui qui a fait les confidences veuille délier son aviseur du secret professionel; ce dernier sera toujours libre de ne pas temoigner sur le sujet, de ne pas parler" (En mi opinión no importa que quien ha hecho las confidencias quiera desligar a su consejero del secreto profesional ; éste último podrá siempre libremente no testimoniar sobre la cuestión, no hablar). Watt, Alastair M.; "El secreto profesional", Revista de Derecho Procesal, Año VI, Director Hugo Alsina, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1946, ps. 368.

praxis, o procesado por lesiones. En esos casos, el deber de guardar secreto puede hallarse en colisión con bienes jurídicos del propio depositario, y éste puede necesitar efectuar alguna revelación en resguardo a aquéllos. En tales supuestos, también habría justa causa de revelación. Al respecto, indican los autores que el artículo 73 del Código de Ética Médica ya citado, dispone "*cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios, se limitará a indicar el número de visitas y consultas, especificando las diurnas y nocturnas, las que haya realizado fuera del radio urbano y a qué distancia, las intervenciones que haya practicado. Será circunspecto en la revelación del diagnóstico y naturaleza de ciertas afecciones, reservándose para exponer detalles ante los peritos médicos designados o ante la entidad gremial correspondiente*".

En cambio, para el supuesto de una demanda de mala praxis, el artículo 69 inciso "g" del citado código lo releva del deber de confidencialidad[137].

La revelación en cumplimiento de "Un Deber".

El cumplimiento de un deber los brindan determinadas leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas. Estas obligan a los profesionales de la salud a revelar el hecho a ciertas personas, que a su vez también deben guardar el secreto profesional. Otro ejemplo, según los autores, son las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas.

Por otra parte, sostienen que la ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, impone a los profesionales de la salud entre otros obligados, como los que integran los servicios asistenciales, sociales, educativos, públicos y privados, y a todo funcionario público en razón de su labor a denunciar ante la autoridad competente los malos tratos y lesiones en el ámbito familiar. La norma tiene un fin tuitivo respecto de menores, incapaces, ancianos y discapacitados, y la obligación de denunciar se fundamenta en el mandato ético de la tutela del desprotegido. En estos casos, el secreto profesional protegería sólo al victimario.

El profesional está obligado tanto si ejerce la profesión en forma privada, como si lo hace integrando un servicio de salud. Su relación con la víctima puede ser permanente, ocasional o transitoria. Sin duda, mayor será la responsabilidad en el primer caso.

La obligación nace con la sospecha de maltrato ante la evidencia psíquica o física.

Por último, analizan si constituye un supuesto de justa causa de revelación, el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales.

Es necesario ademàs indicar la problemàtica de la llamada "justa causa". Siempre se ha dicho que èsta se da en forma natural por el consentimiento del interesado. A esto se le suman las causales previstas por el art. 34 del C.P. y las leyes especials (por ej. Profilaxis).

a) El "consentimiento" del interesado (en realidad desaparece el secreto) en forma tácita o expresa, sea antes, durante o después del secreto.

[137] CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. "El secreto profesional médico". http://www.eldial.com.ar/publicado

b) “defensa del propio interés o de otro” (art. 34 inc. 6 y 7 del C.P.). Se deben dar los presupuestos de la legítima defensa. Otros entienden que debe estarse ante “el estado de necesidad” (art. 34, inc. 3 del C.P.) en el cual se legitima la divulgación por evitar un mal mayor. También puede pensarse en una causa supralegal de justificación, de “no exigibilidad de otra conducta”.El “ejercicio de un derecho” (art. 34, inc. 4 del C.P.). Es opinable y no debe darse abuso (algunos dicen reclamo de honorarios).

c) Leyes especiales : 1. Ley 12.331 (de profilaxis, impedimento matrimonial, etc.) ; 2. Ley 16.668 (certificado prenupcial femenino) ; 3. Ley 14.586 (Registro de Estado Civil de las Personas - Bs. As.) ; 4. Ley 11.359 (profilaxis de la lepra) ; 5. Ley 11.842 (profilaxis de la peste) ; 6. Ley 15.465 (notificación obligatoria de enfermedades... con reserva de identidad del paciente, al sólo fin epidemiológico... se discute mental) ; 8. Ley 23.798 (sobre el SIDA[138]) y decreto 1.244 anexo I ; 9. Ley 24.193 (transplantes de órganos) ; 10. Ley 24.417 (protección contra la violencia familiar) y decreto reglamentario nro. 235/96 . Estas revelaciones se dan a instituciones o persona determinada y por un imperativo si hay revelación de secreto) ; 7. Ley 22.914 (internación y egreso de establecimientos de salud legal.

El Decreto 44/2007 establece que quedan relevados de la obligación de guardar secreto en los términos de la Ley Nº 25.520, quienes integren o hayan integrado organismos de inteligencia, las Fuerzas Armadas, de Seguridad y las Policiales, o fueran o hayan sido funcionarios o personas alcanzadas por dicha obligación, cuando fueren llamados a prestar declaración respecto de los hechos o informaciones a los que hubieren tenido acceso en ejercicio de sus funciones y que pudieran conducir a la obtención de elementos de interés en el marco de las causas judiciales por las graves violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar que asolara al país entre los años 1976 y 1983, como también respecto de los hechos que de cualquier manera se vincularen con el terrorismo de Estado.

Las lecturas clásicas sobre justa causa decían: “habrá justa causa en la revelación de secreto: cuando medie consentimiento del interesado o razones de necesidad; casos de defensa en juicio o de defensa de un interés superior; o cuando medie deber jurídico de revelar (González Roura, III –151); v. gr. Obligación de denunciar, impuesto: a) por las leyes sanitarias; b) por las leyes procesales; c) por la ley civil (nacimientos, etc.)... Carrara considera que el abogado llamado a declarar como testigo, que revela en juicio las confidencias de su cliente, en la creencia de que cumple un deber, y afronta la coacción de la ley en trance de ser encarcelado por el juez , no puede ser responsabilizado; si por el contrario se niega a declarar amparándose en el secreto profesional , no hay motivo para la duda; se respeta la conciencia del abogado y otro tanto ocurre con el confesor; y si es el médico el llamado a

[138] En Argentina la ley 23.798 fue sancionada en 1990 y el decreto reglamentario 1.244 en 1991. El art. 2º establece que en ningún caso se podrá..” a)afectar la dignidad de la persona: b) producir cualquier efecto de marginación , estigmatización, degradación o humillación; c) exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretará en forma restrictiva;d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos deberán llevarse en forma codificada.A su vez el art. 2º inc. C) del Decreto precisa que los médicos como todo individuo que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentre infectada por el virus de HIV , o se halla enferma de Sida, tiene prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla...(hay excepciones).

testificar, afirma Carrara –con Puccioni- que la justicia nunca debe obtener sus fines por medio de actos inmorales (Programa ... t.4, p.460, pár. 1647)”[139].

A guisa de corolario la doctrina tiene un punto en común que parte del principio *“volenti non fit iniuria”*,[140] lo que traducido en el lenguaje que nos ocupa sería: no realiza injusto penal alguno quien altera negativamente un bien jurídico individual con la aprobación previa de su titular.

Finalmente no puedo soslayar que en un sentido más amplio y pretencioso se advierte que respecto de las causas de justificación, éstas pueden provenir de las costumbres, aunque como lo creemos (dice Bustos Ramirez), ello siempre requiere de la intermediación de la ley por medio del ejercicio del Derecho[141].

Doctrina: Justa Causa en el Tema de la Violación de Secretos.

Opinión de Ricardo Núñez: Según Nuñez la punibilidad de la revelación de un secreto particular depende en última instancia de que se haga *sin justa causa*. La ausencia de ésta es un elemento normativo cuyo efecto es transformar el dolo del autor, introduciendo como contenido suyo, a la par del conocimiento de lo que aquél hace, la conciencia de que lo hace ilegítimamente. La consecuencia de esto es que el tipo del artículo 156 queda excluido no sólo por la consecuencia efectiva de una causa que justifique jurídicamente la revelación del secreto, sino, igualmente, por la buena fe del autor acerca de que esa causa existe.

En esos casos no se trata de una violación del secreto justificada o inculpable, sino que no existe violación del secreto.

Es preciso subrayar, sin embargo, que la función que le cabe ala buena fe del autor en el tipo del artículo 156, no convierte la justa causa para revelar, y así al llamado secreto profesional, en una cuestión de conciencia del profesional interesado. La justa causa para revelar el secreto tiene como presupuesto la necesidad de que el Derecho la considere tal. Con esa fórmula, el legislador no ha querido introducir un subjetivismo cuya consecuencia sea la que en el caso de ser contrarios, el juicio del autor sobre lo que ha considerado legítimo, pueda oponerse a lo que jurídicamente es lo justo. La buena fe del autor se debe mover en este ámbito. la materia u objeto sobre que recae la buena fe no puede ser otra que la concurrencia de una causa jurídica autorizadora de la revelación. El saber o la duda acerca de su inexistencia llevará el dolo y así al tipo del artículo 156; por el contrario, le creencia, exacta o no, sobre su existencia, conducirá ala inculpabilidad y a la falta del tipo, incluso si el error del autor se debe a su propia culpa. Pero, procesalmente, lo que objetivamente aparece como un error grosero, inadmisible, puede ser, según el caso, un indicio de dolo.

Las causas jurídicas autorizadoras de la revelación del secreto particular son muchas.

Constituye justa causa el *consentimiento del interesado* en el secreto, para que se lo revele. Tratándose de un bien renunciable, el consentimiento de su titular excluye el interés en mantener el secreto y constituye de esa manera una justa causa para que sea revelado. El *interesado* en el secreto no

[139] Manigot, Marcelo; “Código Penal. Anotado y comentado”, 4ta. Edición, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1978, ps. 500.
[140] De la fórmula de Ulpiano: “nulla iniuria est, quae in volentem fiat” plasmada en el Digesto 47. 10. 1.5.
[141] Creus Carlos: “ Derecho Penal “ – Parte General – Pág. 309. Edit. Astrea. 1994.

es su poseedor, ni quien lo lleva a noticia del obligado a guardarlo, sino aquel al que le pertenece, se relaciona o afecta directamente el hecho que constituye el objeto del secreto. Prestado el consentimiento, antes, durante o después de la recepción del secreto, el obligado a su guarda puede revelarlo, y, debe ser admitido como testigo y no tiene el deber de abstenerse de declarar, aunque se lo imponga el estatuto particular de su estado o actividad, no incorporado al derecho positivo.

Es una justa causa la defensa del propio interés. Porque no se trata de un estado de necesidad (C. P., art. 34, inc.3º), sino de la defensa de los derechos propios (C. P., art. 34, inc.6º), no se requiere que el interés definido con la revelación del secreto sea de mayor valor que el ofendido por ella. La defensa procede si el obligado a mantener el secreto necesita repeler un ataque contra sus interese por parte del interesado en el secreto. También es legítima, aunque el interés defendido no sea de mayor valor, la revelación del secreto hacha en la *defensa de los derechos de otro* (C. P., art. 34, inc. 7º). Pero esta situación exige, por supuesto, que ocurran los requisitos legales necesarios (C. P., art. 34, inc. 6º, letras a y b, y 7º). Para justificar la causa de la revelación del secreto son aplicables igualmente los principios del *estado de necesidad* (C. P., art. 34, inc. 3º). El artículo 12 del Decreto Ley Nº12912, que establece que el secreto profesional perteneciente a la rama de las ciencias médicas podrá violarse cuando mediante esa violación se trate de evitar un mal mayor, de verdadero daño social, modifica respecto de esas ramas de la ciencia, los requisitos del artículo 34, inciso 3º del Código penal.

Constituye justa causa el *ejercicio de un derecho*. Tiene esa naturaleza el cobro de los honorarios correspondientes al servicio prestado. Sobretodo, en el ámbito de los honorarios por servicios profesionales, hay discrepancia: unos lo admiten sin otra exigencia que la necesidad, aunque no sea jurídica, pero sí ética; otros aceptan la justicia de la revelación siempre que no se refiera a hechos muy graves y vergonzantes y que resulte indispensable para la demanda y la prueba; otros, en fin, no admiten que esa revelación obedezca a una causa justa. La solución está dada por el principio que refiere que, para justificar, el ejercicio del derecho sea legitimo, lo cual implica la necesidad de que se lo haga sin exceso o abuso.

Cuando en una u otra forma, *la ley dispone la comunicación del secreto particular,* establece una justa causa para revelarlo. Esto sucede en los siguientes casos:

a) Si la ley le impone al profesional en el arte de curar, el deber de denunciar o comunicar a la autoridad ciertos hechos, por ejemplo, en el caso de los nacimientos (L. Reg. Civil, art. 38), defunciones (L. Reg. Civil, art. 71) o enfermedades infecto-contagiosas. En estos casos, el secreto no desaparece, pues los que oficialmente reciben la denuncia o comunicación están, como empleados, obligados a guardar el secreto, salvo que éste, en el ámbito de las enfermedades declaradas contagiosas o transmisibles por la Ley 12.317 (art. 3º), afecte los servicios de sanidad pública.

b) También ocurre una justa causa para revelar el secreto, si la ley obliga a los funcionarios o empleados públicos a denunciar los delitos a los funcionarios o empleados públicos a denunciar los delitos perseguibles de oficio que conozcan en el ejercicio de sus funciones (C. Proc. En lo Crim., Capital, art. 164; Cód. Proc. Penal de Córdoba, art. 183, inc.1º). De esta manera, para los funcionarios o empleados públicos que como tales no presten o cooperen a prestar los auxilios propios de una profesión, la obligación de reserva de los secretos particulares sólo existe si se trata de hechos que no

tiene la calidad de delitos perseguibles de oficio. Por lo contrario, su omisión de comunicar la noticia de un delito a la autoridad, constituye encubrimiento (C. P., art. 277, inciso 6).

c) Por último, existe una justa causa para revelar el secreto, si la ley obliga a los profesionales en el arte de curar a denunciar a la autoridad los atentados personales en los cuales hayan prestado los socorros de su profesión (C. De P., en lo Crim. para la Capital, art. 156), o los delitos perseguibles de oficio que conozcan al prestar los auxilios de su profesión (C. P.P. art. 183, inc. 2º). Este es un asunto cuestionable. ¿Tratándose de la denuncia de delito, cuál es el alcance de la obligación de denunciar del profesional?

No cabe duda de que la obligación sólo comprende los delitos perseguibles por acción pública ejercida de oficio (C.P., arts., 71 y 72, 2º, 2º disposición), pues además de que esto resulta de los textos legales mencionados, en los delitos de acción privada no cabe la denuncia (C.P., arts., 73 a 76) y en los delitos perseguibles por instancia privada la facultad de denunciar está reservada al agraviado o su tutor, guardador o representante legal (C. P., art., 72, 2º, 1º disposición).

Las discrepancias surgen cuando se quiere establecer cómo funciona esa obligación de denunciar de los profesionales del arte de curar, frente al secreto profesional que la ley también les exige.

La antítesis, “obligación de denunciar –prohibición de hacerlo”-, no sólo está expresada para el profesional del arte de curar por las leyes procesales, sino, también, por el Código penal, que, por un lado, castiga al profesional como encubridor si se deja comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión (art. 277, inc. 6º), y por otro lado, lo reprime si viola el secreto profesional (art. 156). La solución correcta del problema depende de una cuestión previa; ¿la antítesis se debe resolver en el ámbito del Derecho Procesal o en el del Código penal?

Por lo general, la solución se busca mediante la interpretación de los preceptos de las leyes procesales y partiéndose de que la obligación de denunciar (Capital, art. 167; Córdoba, art. 183, inc. 2º), es una regla general que sufre excepción sólo si el profesional ha tenido conocimiento del delito por revelaciones o manifestaciones que le fueron hechas bajo el secreto profesional (C. Capital, art. 167; C. Córdoba, art. 183, inc. 2º, in fine)

Opinión de Sebastián Soler sobre justa causa: En el criterio de Soler, este requisito es, en realidad, el que genera las mayores confusiones en esta materia. Por una parte, es necesario no confundirlo con la posibilidad de daño, que es otra cosa, pues, mediando justa causa, el hecho no es delictivo *aunque cause daño*. Por otra parte, este punto impone la comparación de este precepto con disposiciones legales de carácter procesal, a las cuales suelen acordarse un sentido que, en definitiva, resulta derogatorio de la figura, precisamente en los casos más graves. Dejando aparte el aspecto subjetivo, cuando medie justa causa, el hecho dejará de ser típico, ya que expresamente la ley requiere ese extremo *en la figura*. De ordinario la presencia de una causa de justificación presupone una acción en si misma típica.

Aparte de las relaciones de esta figura con las cuestiones judiciales (deber de denunciar o de atestiguar y encubrimiento, que a continuación estudiamos) pueden presentarse situaciones en las cuales la revelación sea hecha con justa causa, no ya ante la autoridad, sino ante un particular, como por

ejemplo cuando el médico pone en conocimiento de parientes del enfermo algún peligro de contagio, o a la nodriza sobre la posibilidad de contagio nutricio, o al padre de un menor acerca de alguna enfermedad de su hijo. En estas situaciones el obligado al secreto debe resolver en conciencia un problema aveces delicado para determinar si existe o no existe justa causa.

Ordinariamente, la justa causa consistirá en una verdadero estado de necesidad, en la cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor. La existencia del requisito de la justa causa en la figura hará que para la procedencia de la excusa de justa causa baste el juicio laico de buena fe acerca de la necesidad de evitar un mal mayor. Si el sujeto ha estado en error acerca de esta necesidad, sea cual sea el carácter de aquél, no habrá delito, porque aquí no solamente vale el juicio del juez acerca de la necesidad: vale también el del imputado. Lo que el juez debe determinar es que le juicio del imputado haya sido un juicio honestamente posible.

En realidad, esas situaciones son las que constituyan propiamente justa causa en un sentido técnico estricto, porque el efecto del consentimiento o la existencia de un deber legal positivo de dar a conocer el hecho a la autoridad, importan, en el fondo, quitar al hecho el carácter del secreto, ya en modo absoluto, ya en modo relativo, con referencia a determinados círculos de personas. Se las examina bajo este rubro, sin embargo, en cuanto puede constituir ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.

En este sentido, la primera circunstancia constitutiva de la justa causa sería el consentimiento del interesado se discute la generalidad absoluta o no del principio, y si el consentimiento hace obligatorio para el profesional declara cuando es llamado como testigo. Algunos entienden que ni en ese caso deben considerares dispensados del secreto cierto sujeto, en particular el sacerdote, cuando concurre con el interés puramente privado, un interés público simultáneo.

La opinión general y correcta admite que en ese caso desaparezca el secreto, ya que, según lo dice Binding, por medio de esta infracción no es protegido el interés del mantenimiento del secreto, sino la voluntad de que sea mantenido.

Con respecto a las disposiciones procesales sobre el deber de testimoniar el efecto del consentimiento es el de hacer desaparecer el derecho a callar; pero el C. De P. P. De Córdoba, art. 260, hace una excepción expresa a favor del sacerdote, al cual, aun en ese caso, le reconoce el derecho de callarse. Según el moderno derecho canónico, en ese caso, el sacerdote está también obligado al silencio.

Otras veces, la ley acuerda franco predominio a otros intereses jurídicos por encima del interés del secreto e impone de manera positiva a ciertas personal el deber de revelar, generalmente la determinada manera y en formas preestablecidas, alguna circunstancia o hecho conocido en el ejercicio de la profesión. Esta obligación de dar cuanta de ciertos hechos se refiere algunas veces a casos de enfermedades peligrosas (leyes11.359, sobre lepra; 12.317, sobre enfermedades contagiosas y transmisibles; 12.331, sobre enfermedades venéreas). En estos casos , sin embargo, se entiende lícita únicamente la revelación ordenada por la ley, y no otra, ya que los propios funcionarios que reciben la denuncia quedan, a su vez, expresamente obligados al secreto profesional en cuanto este no ofrece los servicios de sanidad, ley 12.317 , artículo 2º.

Análogas son las obligaciones creadas por la ley de Registro Civil, artículos 38 y 71, referentes a nacimientos y defunciones, comunicaciones éstas en las cuales pueda existir la necesidad de hacer manifestaciones ordinariamente secretas.

Finalmente, la ley procesal impone la obligación de denunciar "los envenenamientos y otros graves atentados personales, cualesquiera que sean", en los que el médico o persona que profesa el arte de curar haya prestado socorro, C. De P.P., 165; esta disposición es precisamente la acusante de las mayores confusiones, a nuestro juicio, sin razón, porque el deber que en ella se impone rige siempre menos cuando media secreto profesional, art. 167. De este modo, en realidad, la ley procesal respete en todo caso el secreto profesional.

Con referencia particular al caso del médico, debe observarse que la obligación de guardar el secreto es genérica, de manera que la obligación de denunciar no existe nunca que medie el secreto. Este caso, según lo dijimos, importa desde el punto de vista del derecho, una verdadera colisión de bienes, porque, en general, además del interés genérico en la tutela por los derechos de la intimidad, la intervención médica se produce en situaciones de necesidad. En estos casos, el derecho no tiene otra solución que *sacrificar* uno de los dos bienes en conflicto. El derecho puede no ampara al necesitado, estableciendo la obligación para el médico de denunciar al que estando en falta necesitó de sus servicios: en ese caso, se pronuncia a favor de un bien jurídico cual es la certeza de la punción de los delitos; pero los que así se pronuncian han de reconocer que sacrifican positivamente *en general,* lo que es grave, a la personalidad. Ahora bien, obsérvese que en muchos casos para el necesitado existirá el conflicto entre dejarse morir por falta de asistencia o denunciarse con el acto de concurrir al medico. Ante tal situación, parece de aplicación estricta el principio de Hegel, según el cual negar el derecho de necesidad importa declarar al hombre en general carente del derecho, pues se le niega la vida. Con más sencillez, dice Carrara, refiriéndose a ciertas prohibiciones severas contra la revelación de secretos: "había mayor prudencia y mejor corazón en aquellos que castigaban a los divulgadores de las gravideces ilegítimas, que el que hay en ciertos maníacos que se obstinan en la ineficaz crueldad de castigar con la muerte a las desventuras.

El nudo de la cuestión reside ahí. El médico esté obligado a denunciar el hecho en la situación a que se refiere el art. 165, porque la letra de esta disposición se refiere *al socorro prestado a la víctima*. Pero la regla del secreto no es derogada por ese principio, sino precisamente al contrario: hay casos de los comprendidos normalmente dentro del art. 165, en los cuales el médico debe callar, porque el art. 167 no crea el secreto profesional sino que lo hace aplicable precisamente al art. 165, con lo cual viene a ocurrir como si se dijera que ni siquiera la obligación de denunciar lo hace excepción a la regle general del secreto. El art. 167 no se refiere a cualquier caso, sino a aquellos en los cuales existiría el deber de denunciar, si no mediara el secreto.

Para aplicar ese principio, a nuestro juicio, se hace necesario atender a la naturaleza de la función y a la relación que debe mediar entre su ejercicio y el conocimiento del secreto. Aquí podemos servirnos del ejemplo puesto por Molinario: un médico atiende a un señor herido por la esposa, según el enfermo se le dice en confianza. A nuestro juicio, no cabe duda de que debe denunciar que atendió a *la víctima de una lesión*. Lo demás como si no se hubiera dicho. Por otra parte, para estos casos ya es antigua,

según Carrara, la subdistinción entre lo que se refiere a la materialidad del delito y lo atinente a la imputación cuando este detalle es secreto.

Pero supóngase el caso de un herido en duelo, es decir, de un sujeto que ha delinquido. En este caso, si la denuncia fuera obligatoria, *el herido* se encontraría en el conflicto al que antes nos hemos referido. Ese es precisamente el conflicto a que antes resuelto por la ley a favor del necesitado. Ese es el caso que tipifica la excepción al principio del art. 165.

No existe deber de denunciar, en consecuencia, y si deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal.

En general, no se tiene por justa causa de la revelación al interés científico ofrecido por un caso. La forma correcta de utilizar el caso como material consiste en despojarlo de todo detalle individualizador.

Opinión de Carlos Fontán Balestra sobre justa causa:

Según Fontán Balestra, la ilegitimidad del hecho resulta de que el secreto sea revelado *sin justa causa*. Se trata de una exigencia de la figura, cuya ausencia quita tipicidad al hacho y que debe ser abarcada por el dolo del autor. Considera que si bien, algunos vinculan el registro a la antijuricidad, en el derecho argentino la falta de justa causa es un elemento de tipo. Señala el autor que es preciso distinguir cuatro situaciones:

a) Prohibición de revelar; b) Obligación de revelar; c) Casos en que el silencio hace incurrir al autor en el delito de encubrimiento; d) Autorización sin obligación de revelar.

La ley es la fuente de la que resulta de modo más concreto la justa causa. En estos casos, la regla es la facultad de revelar pero no el deber jurídico de hacerlo.

El consentimiento del interesado, que haya sido prestado en las condiciones de eficacia, resta la tipicidad al hecho. El consentimiento debe ser anterior o coetáneo a la revelación, aunque puede ser posterior al momento en que fue confiado.

Las leyes contienen, también, normas que imponen el *deber jurídico* de poner el hecho en conocimiento de la autoridad. En estos casos la situación jurídica sobrepasa las exigencias de la justa causa. Algunas disposiciones se refieren a los funcionarios o empleados públicos, tales como la obligación de denunciar a las autoridades de los delitos perseguibles de oficio de los que tengan conocimiento del ejercicio de sus funciones en estos supuestos, el silencio configura el delito de encubrimiento (art. 277 del Cód. Penal). Además, señala el autor que otras normas imponen a los profesionales de la medicina la obligación de denunciar a las autoridades nacimientos y defunciones (arts. 38 y 71 de la Ley de Registro Civil), y casos de enfermedades infecto-contagiosas. También existe esa obligación cuando hayan intervenido profesionalmente en envenenamientos y otros casos graves atentados personales o en hechos de los que resulte la comisión de delitos perseguibles de oficio (art. 183, inc. 2º, Código de procedimientos de Córdoba).

Aparecen aquí, desempeñando el papel de justa causa para denunciar las obligaciones impuestas por disposiciones de carácter procesal.

Entrando en el análisis del conflicto que generan las disposiciones del Cód. Penal con el ordenamiento procesal, opina el autor que el art. 277 del Cód. Penal reprime al que omitiere denunciar si estuviere obligado a hacerlo. Pero la obligación enunciada desaparecen los casos en que el hecho ha sido confiado al profesional *bajo secreto*, porque juzga en este caso, en su ámbito de vigencia. Por su parte, los ordenamientos procesales, exceptúan de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, cuando hubieren tenido conocimiento del delito por *revelaciones que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta norma, que a juicio de Fontán Balestra, resulta insuficiente para sentar la regla general que exigiera que la noticia haya sido revelada bajo el secreto profesional en todos los casos, porque se opone una disposición en forma a una de fondo, pero si parece para el autor, en cambio, fundamento bastante para que el profesional pueda negarse a revelar el secreto, puesto que concurren normas procesales de las que una impone la obligación, que es la regla y la otra la excepción que libera de ella y que debe prevalecer (del mismo modo opinan Gómez, González Roura, Molinario).

Sostiene así el autor que sobre la legitimidad de mantener el secreto en estos casos, no quedan dudas. Ahora bien, queda aún el problema para los supuestos en que, dándose las mismas circunstancias, el hecho no ha sido confiado bajo el secreto profesional. Por un tiempo se ha limitado la facultad del silencio a los casos comprendidos en la específica previsión del ordenamiento procesal. Razones de justicia, que Núñez señala y encuentran su apoyo en el derecho de fondo, deciden a Fontán Balestra a ampliar la facultad de reserves también a los casos en que el profesional ha tenido conocimiento de los hechos con motivo de su actividad profesional y sin que se la haya hecho mención expresa del secreto profesional. La razón de justicia parece palmar ante la reflexión de que el delincuente advertido pueda escapar a la acción de la justicia, invocando ante el profesional el secreto, en tanto que el inadvertido será motivo de denuncia. El que ha sido dejado en el consultorio del médico en estado de inconsciencia, mal podrá pedir la reserva del secreto profesional. Por lo demás, el Código penal fija la regla del secreto en el artículo 156, y por él, no está obligado el profesional únicamente en los casos expresamente confiados bajo reserva, sino en todos, y esta norma no puede retroceder ante otra de carácter procesal y de sanción anterior como es la del Código de procedimientos. No puede tampoco ser desestimado el hecho de que el artículo 156 del Código de procedimientos criminales para la capital se refiere a la víctima, y no al autor del delito. Ciertamente, para que esta solución tenga validez, parece sobrado decirlo, han de concurrir todas las circunstancias que hacen del hecho un secreto no revelable para el Derecho penal.

Opinión de Jorge Moras Mom: Este insigne profesor santafecino, entiende que el legislador al señalar "justa causa" no ha querido indicar "inexistencia de causas de justificación" , de ser de esa manera se advertiría un error de técnica , Moras Mom concibe a la justa causa como un *elemento subjetivo condicionante de la culpabilidad porque el autor obra con la conciencia de que no debe revelar el secreto. Tales supuestos* –dice- *están comprendidos en la justificante legítimo cumplimiento de un deber, autoridad o cargo, en algunas oportunidades, y en otras, tampoco constituyen la actividad típica en el sentido más estricto porque derivan del ejercicio de alguna función donde el agente tiene la*

obligación genérica de denunciar o de investigar actividades diferentes a la mera revelación, porque aunque sean de una forma calificada y especial de ésta están sujetas a exhaustiva regulación"[142].

Sobre La Justa Causa en La Revelacion de Secretos: Ideas Finales

Estimo que en nuestro sistema de garantías la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, la que nunca podrá ser la sola finalidad de exponer al necesitado a un proceso penal[143].

En esta inteligencia se ha dicho que "Podrá haber en algunos casos justa causa para violar el secreto profesional y denunciar penalmente al paciente, pero para ello será necesario, por ejemplo, que exista una amenaza de un mal futuro que pueda evitarse para el mismo enfermo, el facultativo o terceros, pero no por el sólo interés en el castigo de los delitos… Por otro lado, si uno repasa los otros casos de excepción al deber de confidencialidad, advertirá que en todos ellos la finalidad es la de evitar o prevenir daños serios a otras personas, como el contagio de enfermedades o epidemias o situaciones de violencia familiar, pero nunca por el mero interés de la persecución penal"[144]. Uno de los planteos que pueden ocurrir es que se haga menciòn al ESTADO DE NECESIDAD. Bacigalupo dice que hay dos formas de estado de necesidad: una en la que colisionan intereses jurídicos, y en otra deberes jurídicos, y que el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado, puesto que primero se formuló el principio de ponderación de bienes que sostiene y se limita a la ponderación a bienes jurídicos – considerados como si fueran una necesidad estática. El conflicto que caracteriza un estado de necesidad está determinado por numerosos factores y como principio más amplio se ha propuesto el de ponderación de intereses, cuya misión sería la de considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación. [145]

Se debe tener en cuenta, - según este autor – tres aspectos para merituar esa diferencia, partiendo de la teoría de los Intereses Jurídicos: a) relación jerárquica de los bienes jurídicos como sería la relación entre la vida y la propiedad, o verdad documental y el honor, etc. b) merecimiento de protección del bien jurídico de mayor jerarquía en la situación social concreta (como el caso vida de las personas después del nacimiento es de mayor jerarquía – atendiendo a la pena con que los códigos penales amenazan la lesión de cada uno de estos bienes – que la vida humana en germen; sin embargo la práctica del aborto para salvar la vida de la embarazada contra la voluntad de la madre no puede ampararse en el estado de necesidad); c) debe ser esencial la diferencia de valor de los intereses, no cualquier diferencia, sino una diferencia considerable en tal sentido, se excluiría cuando la salvación de uno de ellos requiera la lesión de un interés jurídico altamente personal (la vida, la integridad personal, el honor, etc.) [146]

Ponderación de vidas humanas: Uno de los casos que requieren un análisis y que no resulta sencillo de solucionar, y determinar el mal menor, es cuando están en juego vidas humanas o valores vinculados inseparablemente a la personalidad.

Zaffaroni sostiene que una vida humana siempre vale para el Derecho, tanto como la otra.

---

[142] Ver: "Delitos contra la libertad" ; Moras Mom – Damianovich; pág. 267 y 268; Editorial Ediar; año 1972.
[143] M. A., P. s/ nulidad". Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (30.04.2009).
[144] M. A., P. s/ nulidad". Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (30.04.2009).
[145] Bacigalupo E.: Derecho Penal – Parte General – 2da Ed. Edit. Hammurabi , Buenos Aires, 1999, ps. 378
[146] Bacigalupo E.: Ob. Cit, Ps. 75/76..

Son bienes que están en la cúspide de la valoración humana a los fines de la cúspide del reconocimiento de la legitimidad del resguardo necesario. Jimenez de Asúa, entiende que solo para un juez tanto vale la vida de uno como la del otro, por lo tanto no se trata de un hecho que pueda ser justificado[147].

En general, son inadmisibles – refiere Roxin – todas las posibles graduaciones entre vida valiosa y menos valiosa: por lo tanto no se podría sacrificar a un débil mental para salvar la vida de un premio Nobel.

En el caso de conflicto entre dos vidas humanas conocido como el de la tábula unius capax, en el que dos náufragos se disputan la tabla salvadora y uno desaloja al otro provocándole su muerte, no puede aquí admitirse la tesis de la justificación, sólo se puede aspirar a un criterio exculpante.

Frías Caballero, hace una crítica a Soler, cuando éste interpreta que dos vidas humanas en conflicto, son iguales objetivamente y subjetivamente desde el punto de vista del agente que salvó la suya no; es preciso colocarse en la situación del hombre común o medio, el que siempre valorará su propia vida como superior al del otro; pero aceptar este criterio – dice el primer autor – sería consagrar la ley de la selva.

Es interesante al respecto, la opinión de Roxin “ ... cuando está en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el Derecho toda vida humana... tiene el mismo rango, y no existe un diferente “ valor vida”[148].

En tal sentido, al no comprenderle la causa de justificación no se puede alegar defensa de su vida, ni que deba apelarse al derecho de la fuerza, o que un tercero actúe como árbitro de la cuestión para beneficiar a uno contra el otro.

Se ha discutido si el principio de la no ponderabilidad de la vida humana, también se puede mantener en los supuestos de la denominada comunidad de peligro, y en los que para una mejor explicación Roxin da los siguientes ejemplos: Un montañero cae, estando sostenido a una cuerda, a otro que de no cortar la soga, ambos caerán. El del globo aerostático y uno para salvarse arroja al otro, de lo contrario se desploma; el del piloto del Ferry, que transporta un grupo de niños y por sobrecarga puede hundirse, y el piloto hecha al agua unos niños para salvar a los demás; el del velero británico que habiendo naufragado por la tormenta al estar sin alimentos el capitán sacrifica la vida del grumete, que estaba moribundo para alimentar a los restantes con su carne y sangre; y el de la eutanasia de la época de Hitler, donde se mata a unos enfermos mentales para salvar a todos los internos.

Algunas opiniones, entienden es posible la justificación, con ciertas restricciones, en razón que no podría estar prohibido disminuir un mal que si no será inevitable y aún mayor. Que un Derecho razonable no puede prohibir que al menos se salve una vida cuando es imposible salvar ambas. Que si bien nadie se puede arrogar una vida sobre otra, cuando no habiendo oportunidad de salvación para el que se mata en bien de los demás, parece requerida la justificación.

Los que consideran que este tipo de conducta resulta simultáneamente correcta como equivocada, por lo tanto el Derecho debe dejar la decisión a la conciencia del particular, que será conforme Derecho,

[147] Gallino Yanzi, C.: “ La Antijuridicidad y el Secreto Profesional “. Edit. Zavalía. Buenos Aires, 1972, p. 54
[148] Cortés de Arabia, Ana., “Derecho Penal Parte General”, dir. Carlos Lascano (h), Editorial Advocatus, Córdoba, 2002, ps. 161.

en la medida que sea " in concreto ", admitiendo la justificación cuando ya está marcado por el destino como condena a morir y no tenga – según Eb. Schmit – que seleccionar las víctimas como en el caso de la eutanasia. Como en la posición de la teoría que remite las colisiones entre vidas en caso de comunidad en peligro al espacio situado fuera del Derecho, al levantar la prohibición de matar.

Mientras que la doctrina dominante, que entiende que aunque se esté frente a la comunidad de peligro no puede justificarse una ponderación de vidas, y en los casos descriptos se ha actuado antijurídicamente.

Basados en un pensamiento ético de la preservación de la vida, en una comunidad de peligro, se prohíbe someter la vida humana a un cálculo de ponderación como meras partidas contables en una cuenta global. Que si aparece que una persona pueda estar condenada a muerte, es una construcción intelectual, puesto que en realidad nunca se puede saber con seguridad lo que ocurrirá, ya que puede salvarse milagrosamente.

Cabe mencionar los casos de ***estado de necesidad defensivo***, en los que se producen conflictos desencadenados por seres humanos donde están en juego la salud y en otros hasta la vida, por lo que es procedente según la opinión de algunos autores la fundamentación de estos principios a fin de lograr una solución.

Roxin en su obra de Derecho Penal, señala cuatro grupos de casos en los que la defensa frente a un peligro de origen humano debe enjuiciarse por la justificación del estado de necesidad.

Si lo defendido es de menor entidad, o sea el bien jurídico protegido es valor inferior que el dañado, estamos ante una ponderación de intereses, dado que nadie tiene porque indefenso amenazas, que vienen de fuera, (que no se trata de una causa supralegal de justificación por analogía).

El caso del niño que previo a nacer se advierte una constitución del mismo (hidrocefalia) y ello pondría en peligro la vida o salud de la madre (que muestra dos vidas en conflicto, o sea valores del mismo rango). Se admite el principio de estado de necesidad defensivo como última instancia para salvar a la madre, debiendo ésta, previo soportar en la medida de lo posible los daños de mediana entidad, dado su posición de garante.

En tal sentido y como mejor solución se inclina la Doctrina a seguir el criterio de la ponderación de intereses y de esa manera responder al deber de salvar a la madre como deber superior rango.

Como último grupo, cabe señalar el de la legítima defensa preventiva, que se manifiesta con un ejemplo: El dueño de un bar oye como unos clientes se conciertan para atacarle tras el cierre del establecimiento, y entonces les pone narcóticos en la cerveza para dormirlos, porque no cabría la posibilidad de hacerles frente.

Vemos que el dueño del bar, se ve inmerso en una amenaza latente, que si bien no constituye un peligro concreto, lo es aquella intención que se pondrá en movimiento en cualquier momento, generando el riesgo para la vida y patrimonio de aquel, que no puede enfrentarlos, acudiendo a un medio preventivo defensivo, durmiendo a los futuros agresores porque no tenía otra posible solución (Roxin).

Entiende la tesis de la diferenciación: la justificación se da por los diferentes valores que representan los bienes y se trataría si fuesen iguales, de un estado de necesidad exculpante, excluyente

de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta, sin perjuicio que hay autores que lo plantean como coacción o fuerza moral (Nuñez).

Cuestiones Controvertidas. Secreto Profesional Medico Frente al Deber de Denunciar.

La cuestión más controvertida en la materia está a cargo de los "funcionarios públicos" que son médicos en hospitales públicos y de esta manera conocen del secreto profesional en ejercicio de sus funciones. Se ha dicho normativamente que por su calidad de funcionarios públicos cargan con el deber de denunciar ilícitos perseguibles de oficio que conozcan a raíz de sus funciones, conforme lo establecen leyes procésales. Los senderos se bifurcan: deber de denunciar o guardar secreto.

A) Parte de la doctrina considera que el médico que conoce un ilícito en razón de su función como empleado o funcionario público no debe denunciar, si lo hace este "anoticiamiento es antijurídico" y torna nula las actuaciones procésales.

B) Quienes sostienen que hay que denunciar, entienden que el deber de secreto no es absoluto. La recriminación del aborto (situación más común) tiene su sustento jurídico en la Constitución Nacional y en el Código Penal, como delito de acción pública. En tanto la violación de secretos son acciones privadas (art. 73 inc. 2 del C.P.), que pueden llevar a la "desincriminación del aborto de la madre", delito "aberrante", que vulnera el valor vida (Trib. Sup. Alemán) y el "derecho a SER", amparado este derecho en Tratados internacionales incorporados a la Constitución (por Ej. Declaración de los Derechos del Niño). Suman a estos argumentos una cuestión de ética profesional (Vigo).

Aunque sintéticos, esta primera aproximación a la problemática estamos de cara a **un dilema o tal vez una aporía** cuya respuesta aun no la han podido esclarecer totalmente los hombres de derecho. Las leyes procesales avalan directamente la denuncia del galeno ante el conocimiento del ilícito, en tanto la norma prevista en el art. 156 del Código Penal exige el secreto, pero colocó allí el legislador dos palabras JUSTA CAUSA que, lejos de traer la necesaria claridad al tema, abonaron un terreno de incertidumbre jurisprudencial y doctrinaria.

Puede ocurrir la posibilidad que quien sea receptor del secreto sea a la vez funcionario público. Como se anticipó no es esta advertencia una cuestión menor, pues se trata de una importante colisión de normas, valores e intereses que el jurista debe resolver. Es oportuno admitir que en torno al profesional médico es donde gira el núcleo del conflicto, el cual –aun- se muestra irresoluto.

El actual Código Procesal Penal de la Nación establece dos supuestos de denuncia obligatoria. El primero respecto de los funcionarios públicos que conozcan el delito en su ejercicio, y el segundo pesa sobre de los médicos y otros profesionales del arte de curar por los delitos "contra la vida y la integridad física", "salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional" (art. 177 del C.P.P.). Los Códigos provinciales tienen disposiciones análogas.

La obligatoriedad de denuncia lo es bajo apercibimiento de incurrirse en delito de encubrimiento por omisión de denuncia (art. 277, inciso d) del C.P.). Debe consignarse aquí lo que claramente expresan Figari y Bailone: "… la obligación de denunciar respeto a los médicos y demás personas que ejerzan el

arte de curar resulta una exigencia inexistente, aunque sean funcionarios o empleados públicos, ya que el actual inc. 1, letra d), del art. 277 (ley 25.246) ha derogado en los códigos procesales penales las disposiciones que prescribían tal obligación, al establecer que la obligación de denuncia respecto a la perpetración de un delito o de la individualización del autor o partícipe de un delito ya conocido, rige sólo cuando se estuviese obligado a promover la persecución de un delito de esa índole, ergo, los médicos como las demás personas que ejerzan el arte de curar no tienen la obligación legal de promover la persecución de delito alguno. Esto es tarea de los fiscales o de los jueces"[149]. "Sólo puede ser autor quien se halle incluido en la obligación, es decir, los obligados a promover la persecución penal del delito"[150].

A su turno el Código Penal incrimina la revelación de un secreto cuya divulgación pueda causar daño (art. 156).

Estamos necesariamente en presencia de un conflicto de deberes Las normas primarias y las secundarias son normas de obligación pero con contenidos y destinatarios distintos. Ambas son normas de deber. La norma primaria responde a la noción estándar de deber jurídico (la obligación de sancionar es explícitamente formulada). Por un lado la norma secundaria responde a la noción kelseniana de deber jurídico (la obligación de hacer u omitir surge por derivación). Así las normas primarias son dirigidas a los jueces penales, obligándoles a imponer sanciones en el marco de un proceso judicial en el que se verifique un delito (acción, típica, antijurídica y culpable). Las normas secundarias se dirigen a los ciudadanos en general, estableciendo obligaciones de hacer u omitir diversas conductas.

En esta dirección –se ha dicho- un subconjunto de normas secundarias regula la conducta de los ciudadanos respecto de un universo del discurso determinado. Por ejemplo diversas disposiciones del Código Penal Argentino y del Código Procesal Penal de la Nación (art. 156 del C.P. y art. 277 del CPPN) regulan el secreto profesional, estipulándose el deber de guardar secreto bajo ciertas circunstancias (relación médico – paciente) y, contrariamente, el deber de no guardar secreto (obligación de revelarlo) bajo otras circunstancias. Tales deberes surgen por "derivación kelseniana" toda vez que las conductas opuestas están correlacionadas con sanciones [151]

Se advierte así la tensión aparente que genera la composición de normas al médico que conoce la existencia de delito. ¿Cuándo se está obligado a denunciar y cuando a guardar el secreto profesional? La denuncia violatoria del secreto hará incurrir en delito, al igual que la preservación del secreto en supuestos de denuncia necesaria.

Como dice Godfrid[152], "He aquí planteado el angustioso dilema de siempre en cabeza de los médicos, que en general y ante semejante disyuntiva suelen optar por lo que suponen el "mal menor" y denuncian a la paciente, generándose así un mal de mucha mayor envergadura: el sometimiento de dicha paciente a un proceso penal. Ante esta lamentable realidad, ellas tratan de eludir esas consecuencias apelando a precarios y antihigiénicos auxilios sanitarios, con las graves secuelas de notoriedad.

---

[149] Figari, Rubén – Bailone, Matías; "El aborto y la cuestión penal", Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, ps. 152.
[150] Figari, Rubén; "Encubrimiento y lavado de dinero", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, ps. 66.
[151] Alonso, Juan Pablo; "Normas penales y conflicto de deberes", Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires. Publicado en la Revista discusiones nro. 9, ps. 25 y 26; www.cervantesvirtual.com
[152] "Aborto, secreto médico y denuncia". Mario Alberto Godfrid.

“Claro está, como fácilmente ha de colegirse, que este desenlace sólo recae sobre mujeres carentes de medios para acceder a una atención adecuada, lo cual constituye el dramático e injusto final anunciado de este tremendo drama, tan inicuo como injusto.

“…Esa confusión de los médicos… siempre fue alimentada por la interferencia de aspectos religiosos o moralistas en un terreno legal y penal que debiera ser totalmente aséptico y despojado de toda influencia extraña, porque por su propia naturaleza no admite ninguna intromisión de esa especie, so pena de deformar las normas originales de mención, confundiendo sus claras disposiciones y la interpretación correcta emanada de la doctrina y jurisprudencia más relevante en la materia, por cierto muy profusa y jerarquizada.

“Que quede muy claro también, por su conexión con la temática de marras, que ningún juez del país tiene atribución alguna para “relevar” a nadie del estricto respeto del secreto médico, en ninguna circunstancia, por la sencilla razón de que si existe un secreto que respetar quien no lo hace comete un delito y, por ende, ningún juez puede autorizar la comisión de este ni de ningún otro delito, lo cual es tan evidente y elemental que constituye una verdad de perogrullo.

“Si bien la normativa en vigencia no debiera requerir el auxilio de nadie ni de ninguna otra disposición legal para eliminar esta tan infundada como falsa controversia, habría que aceptar la bondad del dictado de algunas normas, idealmente nacionales o aunque más no fuere hasta locales, tal como algún funcionario próximo a comenzar su desempeño lo ha sugerido, de modo que de ahí en más ningún médico en funciones asistenciales tanto públicas como privadas pueda jamás dudar en denunciar o no a su paciente en emergencia post abortiva, absteniéndose rigurosamente de hacerlo, sin riesgo de contingencia alguna personal por ese motivo”.

El C.P.M.P. establecía que el funcionario público tenía obligación de denunciar (art. 164). Por su parte, los médicos tenían obligación de denunciar, indicando "donde se encuentra la víctima" y las "demás circunstancias que puedan importar para la averiguación de los delincuentes" (art. 165). Aquella obligación cedía en caso de revelación hecha bajo secreto profesional (art. 167). Así, en el antiguo ordenamiento procesal nacional sólo obligaba la denuncia del médico particular en caso de asistencia a la víctima de delito (con una delimitación bastante amplia de los tipos de delitos involucrados). La denuncia del victimario importaba delito de violación de secretos. Incluso, hasta la propia víctima podía desobligar a la denuncia revelando expresamente bajo secreto profesional. Así, el médico que no cumplía funciones en un centro público (y por ende no era funcionario) nunca podía denunciar al victimario. Y, quien ejercía funciones en un hospital público estaba obligado a denunciar al delincuente como funcionario, pero a su vez con la paradójica restricción del secreto profesional (que parecía ceder por propio mandato de la ley).

Al respecto, parte de la doctrina considera que el médico que conoce un ilícito en razón de su función como empleado o funcionario público no debe denunciar, si lo hace este “anoticiamiento es antijurídico” y torna nula las actuaciones procésales.

Por su parte, encontramos a quienes sostienen que hay que denunciar, entienden que el deber de secreto no es absoluto. La recriminación del aborto (situación más común) tiene su sustento jurídico en

la Constitución Nacional y en el Código Penal, como delito de acción pública. En tanto la violación de secretos son acciones privadas (art. 73 inc. 2 del C.P.), que pueden llevar a la "desincriminación del aborto de la madre", delito "aberrante", que vulnera el valor vida (Trib. Sup. Alemán) y el "derecho a SER", amparado este derecho en Tratados internacionales incorporados a la Constitución (por Ej. Declaración de los Derechos del Niño). Suman a estos argumentos una cuestión de ética profesional (Vigo).

Las leyes procesales avalan directamente la denuncia del galeno ante el conocimiento del ilícito, en tanto la norma prevista en el art. 156 del Código Penal exige el secreto, pero colocó allí el legislador dos palabras JUSTA CAUSA que, lejos de traer la necesaria claridad al tema, abonaron un terreno de incertidumbre jurisprudencial y doctrinaria.

Respecto a los profesionales -especialmente médicos- que prestando servicios en hospitales oficiales, revisten, al mismo tiempo, el carácter de funcionarios o empleados públicos. Si se admite, como dice Fontán Balestra[153], que el deber de no revelar el secreto se impone al médico que lo ha conocido en el ejercicio de su actividad profesional en cualquier caso, sin necesidad de que *las revelaciones les fueran hechas bajo el secreto profesional,* porque esa afirmación se fundamenta en el derecho de fondo, no se ven razones para hacer una excepción con los médicos de los hospitales. Le profesional funcionario está sometida a los mismos deberes que el particular. Ninguna razón existe para hacer diferencias, si esos deberes resultan del balance de las disposiciones del Código penal y su vinculación con otras normas de derecho.

La Cámara del Crimen de la Capital Federal sostuvo, hasta el año 1966 la obligación del médico funcionario de denunciar los hechos delictuosos que conoce en su actividad hospitalaria; concretamente, en los casos de aborta en que se asiste a la mujer abortante[154]. El mismo tribunal había reconocido que el ejercicio de un cargo oficial no revela de cumplir con el deber de guardar secreto[155]. En la causa F. N., resuelta el 26 de agosto de 1966, en fallo plenario, con disidencia, declaró que no puede instituirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no- pero si corresponde hacerlo en todos los casos respecto d sus coautores, instigadores o cómplices[156]. Reconociendo que el punto es discutible, la solución de fondo que se alcance debe ser aplicable en todos los aspectos. Y así, si no puede instruirse sumario, contra la abortada, no se ven razones para que pueda hacerse por virtud de la misma denuncia contra los coautores, instigadores o cómplices, y a la inversa. porque si tal imposibilidad resulta del carácter ilícito de la denuncia, esta no debe valer par nadie, y si vale, debe serlo para todos, ya que la abortada no es aquí víctima en los términos del artículo 165 del Código de procedimientos, sino autora por disposición del artículo 88 del Código penal, y está en idéntica situación jurídica que los demás partícipes. El mismo tribunal tiene declarado que la madre, en tales casos, inviste una sola calidad: la de víctima[157].

153

154 *Jurisprudencia Argentina, T. 1962-IV, p. 101 ; La Ley, T. 108, p. 740.*

155 *La Ley, T. 115, p. 711.*

156 *Jurisprudencia Argentina, T. 1966-V, p. 69 ; La Ley, del 28 de septiembre de 1966.*

157 La Ley, T. 108, p 740.

A diferencia de lo que para los profesionales de la medicine ha quedado dicho, la situación del abogado defensor es totalmente distinta, puesto que, en ningún caso, existe para él el deber jurídico de denunciar el secreto, confesión o lo que fuere del sospechado o procesado, y todo lo que haga en su defensa no podrá nunca ser contemplado desde el punto de vista del favorecimiento. Por cierto que esta afirmación se limita a la reserva del secreto, y no a actos que nada tengan que ver con la argumentación, reunión de pruebas descargo o refutación de las de cargo, etc., propios de la función profesional[158].

Una última cuestión importa tratar aquí, y es la que se refiere al **profesional que, hallándose en posesión de un secreto, es citado a deponer *como testigo*** y "relevado" por el juez del secreto profesional para ese caso. El artículo 243 del Código penal sanciona con prisión de quince días a un mes el que siendo legalmente citado como testigo, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración respectiva. La norma es ineludible, el testigo debe concurrir y declarar. Esto no se discute. Por otra parte, el artículo 275 del mismo texto legal castiga con prisión de uno a cinco años al testigo que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o parte. ¿cuál es la situación del testigo en estos casos ? Gómez cree que no hay más juez que la propia conciencia del profesional para pronunciarse sobre la naturaleza del hecho cuando la justicia exige su revelación[159].

La situación del profesional citado a declarar como testigo, es exactamente la misma que hemos señalado en los puntos anteriores en lo que se refiere a la facultad y el deber de relevar el secreto. La decisión del juez de relevarlo del deber de guardar el secreto, autoriza, no obliga. El testigo puede entonces declarar sobre el hecho o conocimiento en cuestión si él cree que existe la *justa causa* requerida por la ley. Pero la justa causa no crea siempre un deber jurídico, su efecto es tornar atípica la conducta. Es decir, que el profesional podrá negarse a declarar en todos los casos en que crea que el secreto deber ser guardado. Dentro de esas condiciones, y sólo entonces, queda sí librada a la conciencia del testigo declarar o no sobre el punto en cuestión. Juega aquí la buena fe del testigo, que crea que le asiste justa causa con la decisión del juez, excluyendo el dolo el delito.

Retomando la cuestión debe tenerse en cuenta el carácter administrativo que tiene el médico que presta servicios en un hospital público es el de empleado público que trasciende en la esfera administrativa al de funcionario público. Queda en claro entonces que el derecho administrativo lo integra a este concepto.

De allí que se diga que se trata de toda persona que en forma permanente o accidental participa del ejercicio de las funciones públicas.

Bielsa[160] ensaya un concepto similar, reconociendo que el funcionario público, es designado por el Estado en la forma que se determine para realizar una actividad de manera continua y "constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social".

[158] Cámara Federal de la Capital, La Ley, T. 55, p. 708.
[159] Gómez, Eusebio. Tratado, cit., T. III, p. 441
[160] Bielsa, Rafael *Derecho Administrativo* t. III La Ley 1964 p. 34 con cita de Romano, Santi *Principii* núm. 70.

Específicamente la caracterización de funcionario público – según Kelsen[161]- lo hace la permanencia, profesionalidad y retribución fiscal. Expone que las características esenciales de un órgano en el sentido estricto del término, es decir funcionario público, son las siguientes: “es nombrado o electo para una función específica; la realización de ésta tiene que ser la actividad principal o incluso legalmente privativa de la persona que funge como órgano; dicha persona tiene el derecho de recibir un salario que se pago con cargo al erario”. En esta misma dirección afirmaba:“si y bajo que condiciones la función desempeñada por determinado hombre puede ser atribuida al Estado”[162], lo lleva a concluir que “un individuo sólo es considerado órgano del Estado cuando, conforme a procedimiento determinado por el orden jurídico, es llamado a desempeñar esa función”[163], es decir, que es órgano porque y en cuanto realiza una función creadora o aplicadora de derecho[164].

En el caso de los “funcionarios” -Borja y Borja[165]-, estamos hablando de la competencia propia, en contraposición de la competencia de los empleados, que depende en su totalidad de normas individuales que otro órgano dicte. Además, entiende, que a la competencia *ratione materiae* o *retione rei* del funcionario puede añadírsele competencia que le corresponde al empleado, pues no son incompatibles. Sostiene así la clasificación de los órganos del Estado en funcionarios públicos y empleados públicos[166].

Desde lo estrictamente personal considero que el médico no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto primordial en la ciencia médica, cuya actividad en el proceso del aseguramiento de la salud (en este caso de la salud pública) le está conferido con AUTONOMIA sin subordinación jerárquica que no sea a la lex artis y su conciencia, todo en base a la idoneidad técnica que porta y que se acredita con su título profesional.

La CSJN en el caso “Baldivieso” y la imagen de funcionario público.

La doctrina fijada en el caso “Baldivieso” de la Corte suprema de Justicia de la Nación implica un apartamiento sobre la interpretación clásica de la calidad de funcionario público de un médico de hospital público. Es así que en su voto Argibay afirma que la disyuntiva que se les debe haber planteado a los médicos que atendieron a Baldivieso es la que reza que el médico de hospital público es funcionario público, obligado a denunciar, el que a su vez también está obligado por el secreto médico, obligado a mantener la privacidad de su relación con el paciente. Luego cita a Soler y dice que existe un efecto social discriminatorio, dado que si al médico que atiende en un hospital público, destinado generalmente a las personas de escasos recursos, se lo obliga a denunciar y no así al médico particular que atiende en su consultorio, se genera la mencionada desigualdad, entre quienes pueden acceder a un médico particular y quienes no. Señala entonces que "el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá" y que "además de no encontrarse obligados a

[161] Kelsen, Hans Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho* Porrúa, México, 1995, p. 300/1
[162] Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho* Porrúa, México, 1995, p. 296.
[163] Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho* Porrúa, México, 1995, p. 297.
[164] Kelsen, Hans *Teoría General del Derecho y del Estado;* Textos Universitarios, México, 1969 p. 229.
[165] Borja y Borja, Ramiro *Teoría General del Derecho y del Estado* Depalma, Buenos Aires, 1977 p. 53.
[166] Borja y Borja, Ramiro *Teoría General del Derecho y del Estado* Depalma, Buenos Aires, 1977 p. 53.

dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo".

Criterios doctrinarios sobre el médico y La "obligación de denunciar"

Terragni dice: " la confluencia de normas que se produce en la persona del médico, quien tiene la obligación de denunciar un caso de aborto y a quien la ley le impone simultáneamente el deber de no revelar el secreto, conocido por razón del ejercicio profesional, da lugar a ésta, mi interpretación:

Hay dos normas en juego, que son las siguientes:

La primera: "*Denunciarás el delito; porque si no hicieses quedará impune, ya que el Estado no lo conocerá y no podrá poner en movimiento los mecanismos necesarios para localizar al autor y hacerle pagar su culpa"*.

La segunda: *"No revelarás un secreto que has conocido a raíz de tu profesión, porque ese secreto no te pertenece, causarás daño a quien te lo ha confiado, y si obrases de otra manera nadie más podrá depositar su confianza en tí y así, indirectamente, le privarás del auxilio, que está en tus manos proporcionar"*.

Continúa diciendo **Terragni**: "A mi juicio la elección no ofrece dudas: El interés del Estado de ejercer el *ius puniendi*, no puede llegar hasta el extremo de violentar la conciencia del médico, ya que rige el caso lo dispuesto por el art. 19 C.N.: No hablar es una decisión privada que, de ningún modo ofende el orden o la moral públicos ni afecta derecho de terceros.

El silencio del médico no cambia la situación jurídica del hecho. Si el Estado desea investigarlo, tiene que hacerlo por otros medios, prescindiendo de la delación que, además de ser jurídicamente inexigible, constituye una inmoralidad.

El médico, pues, no tiene obligación de denunciar.

Pero si, por ser débil y pusilánime lo hiciese, enfrentado a un proceso penal en virtud de lo que dispone el art. 156 C.P., seguramente podrá alegar que la conducta no se adecua al tipo penal, pues éste requiere la inexistencia de "justa causa". Y ésta, conforme al argumento defensivo que intuyo, sería la existencia de aquella regla, que lo obliga a denunciar.

Sin embargo, para que mi interpretación del tema conserve coherencia, debo decir que ***no existe una causa justificada que ampare la acción de revelar. Lo que habrá sí, es una colisión de deberes***. Esta reduce la libertad para decidir y, por consiguiente, elimina la responsabilidad por el hecho"[167].

Criterio de Carlos Fontán Balestra: decía el maestro que este tema ha suscitado algunas dudas con respecto a los médicos empleados en hospitales públicos. Pero la admisión del principio contrario importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurren a la asistencia pública o a las hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito, sería posible, en su consultorio *comprarle*, junto con la tarjeta, el silencio profesional, considerado por todos, en ese caso, como obligatorio; la obligatoriedad del secreto no depende en absoluto de la forma gratuita o remunerada con que fue prestado el socorro, sino de la naturaleza de este, de su carácter necesario, y

[167] Opinión del Profesor de la Universidad Nacional de Rosario, Dr. Marco Antonio Terragni, en Setiembre de 2.000. Conferencia dictada en el colegio de abogados de Mendoza.

de esta condición la tiene tanto el socorro médico particular como el del médico empleado, y aún es más frecuente que la intervención de los servicios públicos tenga lugar en situaciones extremas.

Según Fontán Balestra, la ilegitimidad del hecho resulta de que el secreto sea revelado *sin justa causa*. Es esta una exigencia de la figura, cuya ausencia quita tipicidad al hacho y que debe ser abarcada por el dolo del autor. Algunos autores vinculan el registro a la antijuricidad ; en el derecho argentino la falta de justa causa es un elemento de tipo. Así, es preciso distinguir cuatro situaciones: a)Prohibición de revelar; b)Obligación de revelar; c) casos en que el silencio hace incurrir al autor en el delito de encubrimiento; d) autorización sin obligación de revelar. Analicemos las circunstancias que pueden constituir justa causa, y dentro de ellas las situaciones señaladas. La ley es la fuente de la que resulta de modo más concreto la justa causa. Entran en juego, en primer término las causas de justificación legal. En estos casos, la regla es la facultad de revelar pero no el deber jurídico de hacerlo. Quien es objeto de una agresión legítima, por ejemplo, puede defenderse legítimamente, pero no está obligado hacerlo. El consentimiento del interesado, que haya sido prestado en las condiciones de eficacia, resta la tipicidad al hecho. El consentimiento debe ser anterior o coetáneo a la revelación, pero puede ser posterior al momento en que fue confiado. Interesado es aquél a quien el secreto pertenece o afecta directamente el hacho que lo constituye. Las leyes contienen, también, normas que imponen el *deber jurídico* de poner el hecho en conocimiento de la autoridad. En las tales supuestos la situación jurídica sobrepasa las exigencias de la justa causa. Algunas disposiciones se refieren a los funcionarios o empleados públicos, tales como la obligación de denunciar a las autoridades de los delitos perseguibles de oficio de los que tengan conocimiento del ejercicio de sus funciones (art. 164, Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital)en estos supuestos, el silencio configura el delito de encubrimiento (art. 277, C. P.). Otras normas imponen a los profesionales de la medicina la obligación de denunciar a las autoridades nacimientos y defunciones (arts. 38 y 71 de la Ley de Registro Civil), y casos de enfermedades infecto-contagiosas. También existe esa obligación cuando hayan intervenido profesionalmente en envenenamientos y otros casos graves atentados personales (art. 165, Código de procedimientos en lo criminal para la Capital) o en hechos de los que resulte la comisión de delitos perseguibles de oficio (art. 183, inc. 2º, Código de procedimientos de Córdoba). Aparecen aquí, desempeñando el papel de justa causa para denunciar las obligaciones impuestas por disposiciones de carácter procesal. El código penal castiga, en el artículo 277, al que omitiere denunciar si estuviere obligado a hacerlo. Pero la obligación enunciada desaparecen los casos en que el hacho a sido confiado al profesional *bajo secreto*, porque juzga en este caso, en su ámbito de vigencia, el artículo 167 del Código de procedimientos criminales para la Capital, que exceptúa de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, cuando hubieren tenido conocimiento del delito por *revelaciones que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta norma, que nos pareció insuficiente para sentar la regla general que exigiera que la noticia haya sido revelada bajo el secreto profesional en todos los casos, porque se opone una disposición en forma a una de fondo, nos parece, en cambio, fundamento bastante para que el profesional pueda negarse a revelar el secreto, puesto que concurren normas procesales de las que una impone la obligación, que es la regla y la otra la excepción que libera de ella y que debe prevalecer.

Entrando en el análisis del conflicto que generan las disposiciones del Cód. Penal con el ordenamiento procesal, opina el autor que el art. 277 del Cód. Penal reprime al que omitiere denunciar si estuviere obligado a hacerlo. Pero la obligación enunciada desaparecen los casos en que el hecho ha sido confiado al profesional *bajo secreto*, porque juzga en este caso, en su ámbito de vigencia. Por su parte, los ordenamientos procesales, exceptúan de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, cuando hubieren tenido conocimiento del delito por *revelaciones que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta norma, que a juicio de Fontán Balestra, resulta insuficiente para sentar la regla general que exigiera que la noticia haya sido revelada bajo el secreto profesional en todos los casos, porque se opone una disposición en forma a una de fondo, pero si parece para el autor, en cambio, fundamento bastante para que el profesional pueda negarse a revelar el secreto, puesto que concurren normas procesales de las que una impone la obligación, que es la regla y la otra la excepción que libera de ella y que debe prevalecer (del mismo modo opinan Gómez, González Roura, Molinario).

Sostiene así el autor que sobre la legitimidad de mantener el secreto en estos casos, no quedan dudas. Ahora bien, queda aún el problema para los supuestos en que, dándose las mismas circunstancias, el hecho no ha sido confiado bajo el secreto profesional. Por un tiempo se ha limitado la facultad del silencio a los casos comprendidos en la específica previsión del ordenamiento procesal. Razones de justicia, que Núñez señala y encuentran su apoyo en el derecho de fondo, deciden a Fontán Balestra a ampliar la facultad de reserves también a los casos en que el profesional ha tenido conocimiento de los hechos con motivo de su actividad profesional y sin que se la haya hecho mención expresa del secreto profesional. La razón de justicia parece palmar ante la reflexión de que el delincuente advertido pueda escapar a la acción de la justicia, invocando ante el profesional el secreto, en tanto que el inadvertido será motivo de denuncia. El que ha sido dejado en el consultorio del médico en estado de inconsciencia, mal podrá pedir la reserva del secreto profesional. Por lo demás, el Código penal fija la regla del secreto en el artículo 156, y por él, no está obligado el profesional únicamente en los casos expresamente confiados bajo reserva, sino en todos, y esta norma no puede retroceder ante otra de carácter procesal y de sanción anterior como es la del Código de procedimientos. No puede tampoco ser desestimado el hecho de que el artículo 156 del Código de procedimientos criminales para la capital se refiere a la víctima, y no al autor del delito. Ciertamente, para que esta solución tenga validez, parece sobrado decirlo, han de concurrir todas las circunstancias que hacen del hecho un secreto no revelable para el Derecho penal.

Posición de Alejandro Sánchez Freytes: este destacado jurista cordobés, observa que la jurisprudencia y la doctrina ha planteado una verdadera colisión de deberes del médico. Se trata que siendo funcionario público, le cabe atender una paciente cuyo mal conoce en función de su ministerio, surgiendo la obligación de denunciar y la obligación de guardar secreto.

Sánchez Freytes cita a Soler, diciendo: "corresponde resolver el problema planteado pronunciándose a favor de la tutela de la persona, aún a costa de sacrificar bienes de altísimo valor, como lo es el interés de la sociedad en reprimir los delitos". Existen normas de carácter sustancial y de

carácter procesal, que rigen esta antítesis, esta aparente colisión de bienes. La solución correcta del problema – aquí se razona con Núñez -, debe ser resuelta en el campo del derecho procesal o sustantivo.

Siguiendo finalmente a Núñez, Sánchez Freytes encauza la solución a través de la primacía de la norma material sobre la norma procesal (art. 31 de la C.N.). Hay dos cuestiones de fundamental importancia: que la regla es el secreto profesional y –por otra parte- el contenido del mismo no debe revelarse, en tanto lo advierta del ejercicio de su ministerio.

Remata diciendo este autor que "una solución contraria sería inadmisible y llevaría sin más, al distingo entre el enfermo que tiene medios para pagar un médico particular y con ello su silencio, y el paciente que carece de medios y debe concurrir al hospital público[168]. Se muestra a favor de guardar el secreto en un médico que atiende a un criminal herido, prófugo de la justicia y, cuando se exhibe partidario de la nulidad de una causa penal abierta en violación a esta disposición contra la autora (en caso de aborto) , no vería prosperar tal penalización procesal para con partícipes, encubridores, etc.[169].

Tesis de Soler y Núñez: ambos autores coinciden en la idea que debe resguardarse el secreto. Núñez dice que "debe privilegiarse el mantenimiento del secreto médico, aun frente a la obligación de denunciar delitos perseguibles de oficio, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas incursas en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica... la regla es el secreto profesional y, la excepción, el deber de revelarlo con justa causa... cualquiera que sea el espíritu que en esos momentos esté aflorando en el país y que pueda ver esa prevalecencia como objetable y peligrosa, esa razonable determinación legal debe prevalecer"[170] .

Soler entiende que la obligación de guardar secreto del médico es "genérica". Admite la colisión de bienes jurídicos y ante eso dice "que el derecho no tiene más solución que la de *sacrificar* uno de los dos bienes en conflicto, por lo que debe tutelar la intimidad, ya que la intervención médica se produce en situación de necesidad. Concluye diciendo el maestro "no existe deber de denunciar, en consecuencia, y sí el deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal"[171].

Criterio de Jorge Buompadre: este notable y prestigioso autor correntino, obtiene una serie de conclusiones en torno al conflicto normativo, a saber: 1) el médico que atiende a un paciente que ha cometido un delito de acción pública está obligado a observar el secreto profesional. Por tanto sobre él pesa la prohibición de realizar la denuncia por ese hecho. 2) si realiza la denuncia o comunica la existencia del hecho, comete el delito del art. 156 del C.P.. 3) la prohibición legal comprende tanto a los médicos particulares como a los que ejercen su actividad en hospitales, salas, dispensarios, etc., pertenecientes al Estado Nacional, Provincial o Municipal. 4) la denuncia del médico no es delictiva sólo en aquellos casos en que hubiese mediado justa causa para la revelación. 5) el conflicto de bienes jurídicos que se presenta entre la libertad individual del enfermo y la administración de justicia debe

[168] Argumenta que se violaría el artículo 16 de la Constitución Nacional.
[169] Ver: " Violación de Secreto Particular"; Sanchez Freytes, Alejandro; pág. 91, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba; nro. 17; año 1983.
[170] Cfr.: " Manual de Derecho Penal", parte especial; 2da. Edición actualizada por Reinaldi; pág. 180, año 1999, Editorial Lerner. También puede consultarse el "Tratado" en el tomo IV, pág. 129 y un trabajo publicado en La Ley año 1980 – D – pág. 473, comentario a fallo: "Violación de secreto profesional y denuncia de aborto"
[171] "Derecho Penal Argentino"; Sebastián Soler; tomo IV, pág. 130/132; Editorial Tea, año 1978.

resolverse por el sacrificio del segundo. 6) en consecuencia, puede afirmarse que la observancia del secreto profesional siempre es la regla, mientras que la obligación de denuncia es la excepción[172].

Opinión de Eusebio Gómez: dice este destacado autor que “no puede sostenerse que la obligación de denunciar, impuesta por el Código de Procedimientos en las precedentes disposiciones, importe quebrantar el principio de la inviolabilidad del secreto profesional, pues la denuncia obligatoria es la de envenenamientos y otros graves atentados personales cualesquiera que sean, en los cuales los médicos, cirujanos y demás personas que profesen cualquier ramo del arte de curar hayan prestado los socorros de su profesión”.

Gómez entiende que “para el Código de Procedimientos no existe la obligación del silencio sino en relación a aquello de que se hubiere tenido conocimiento por revelaciones hechas bajo el secreto profesional, es decir, bajo la fe del mismo. En consecuencia *el secreto debe ser exigido al confidente. Sólo así, el profesional podrá eximirse de la obligación de denunciar”.* Por eso para Gómez, únicamente para los hechos revelados bajo la fe del secreto profesional existe el amparo de la ley.

Visto de esta manera, la ley procesal, al limitar la obligación del silencio, encuentra una justa causa[173].

Opinión de Fabián Balcarce: “La revelación del secreto debe realizarse sin justa causa. Se trata de un elemento normativo jurídico expresivo de causas de justificación genéricas concurrentes. Existe justa causa para revelar el secreto si el interesado ha prestado su consentimiento, cuando sea necesario para la defensa del propio interés, el ejercicio del propio derecho, o en el caso de que exista deber legal de comunicar o denunciar el hecho a la autoridad”[174].

Opinión de Marcelo Riquert: este autor entiende que la discusión se da sobre un “dilema ficticio” donde la ley en realidad no presenta contradicción normativa, sino que es clara. Aclara este autor que adhiere “a la tesis que considera que la vida de la persona por nacer tiene protección constitucional en el marco del derecho a la vida ... sin perjuicio de ello, insisto en la necesidad de apartarse de este tipo de condicionamientos por lo evidente que resulta que una declaración de nulidad en un caso de violación no puede leerse como una opción por la despenalización de los delitos contra la integridad sexual, ni otra nulidad por un allanamiento ilegal en una causa por robo como que se propicie la desprotección de la propiedad. Entiendo que la consideración sobre las consecuencias de la noticia de fuente médica no debe variar por razón del delito que se trate. No debe ser diversa en el caso del aborto, que en el de un robo o unas lesiones graves... a la luz del art. 156 del C.P. es claro que está prohibido denunciar lo conocido bajo secreto profesional, tal el mandato del legislador. Cuando éste entendió necesario levantarlo (y no lo hizo a los fines penales), expresamente lo ha dispuesto. Así por ejemplo en la ley 11.359, 11.842, 23.798 (sobre SIDA), básicamente leyes de profilaxis”[175]

Ricardo Levene (h) considera que en casos de conflicto “ el interés del secreto queda *subordinado* a otros intereses jurídicos en juego”[176]; **Molinario** dice que el “profesional debe guardar el

[172]“Derecho Penal”, parte especial; tomo 1; Buompadre, Jorge; pág. 627 y 628, Editorial Mave, Año 2.000. Idéntica posición en “Delitos contra la libertad”, Buompadre, J.; pág. 204 y 205, Editorial Mave, año 1999.
[173] “Tratado de Derecho Penal”; Gómez, Eusebio; tomo 3; pág. 435 y 436; Editorial Ediar, año 1940.
[174] Balcarce, Fabián; “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1, Córdoba, M.E.L. Editor, 2007, ps. 360.
[175] Riquert, Marcelo; “El delito de violación de secretos”, en “Temas de Derecho Penal”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, ps. 473/480.
[176] Cfr. “Manual de Derecho Penal”, parte especial; Ricardo Levene (h), pág. 296; Editorial Zavalía, año 1978.

secreto, aun cuando nadie se lo haya exigido expresamente"[177]; **Estrella - Godoy Lemos**, establecen algunos supuestos necesarios para el análisis, diciendo: " se deberá examinar en el caso concreto si el hecho es secreto, si fue conocido con motivo del ejercicio profesional, si su revelación puede, o no, causar perjuicio y si existe justa causa para su revelación... dadas estas condiciones, el profesional no estará obligado a su revelación, siendo aplicable, en su caso el art. 156 del C.P. y no las normas procesales que lo obligan a denunciar"[178]; **Dayenoff**, se apoya en la jurisprudencia al decir " cuando el sujeto se pudiera ver expuesto a proceso, cesa para él este deber de denunciar"[179]; **Oderigo** afirmaba que "importa justa causa: la existencia de una norma legal, imperativa o permisiva; el consentimiento del interesado; la necesidad de defender el buen nombre profesional o de salvarse o salvar a otro de un peligro actual e inevitable de otro modo; la causa razonablemente creída justa según la moral social o en servicio de un alto interés público"[180]; **Manigot** cita en su apoyo el Plenario Natividad Frías de la C.C.C., cuando dice: "en caso de aborto causado por la mujer o consentido por ella, no puede instruirse sumario criminal a su respecto (pero sí respecto de los coautores, instigadores y cómplices) sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, oficial o no"[181]; **Laje Anaya y Gavier**, sostienen que "cuando la denuncia exponga al necesitado a un proceso, debe guardarse el secreto"[182].

Breglia Arias enseña que "los médicos tienen obligación de comunicar y de denunciar. En el conflicto que se produce entre esta última obligación y la de la guarda del secreto del profesional, el criterio rector es que cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, no hay deber de denunciar[183]; **De Luca**, distingue entre el secreto absoluto (obligación de callar siempre) y el secreto relativo, que lo divide en dos vertientes, advirtiendo que una de ellas "el secreto lo es sólo ante la conciencia del titular. Su conciencia le dirá si debe hablar o callar –con cita de Nerio Rojas, en Medicina Legal-[184]; **Corvalán**, sostiene que el caso del médico al que concurre una mujer con un aborto ya realizado y procura su asistencia médica para salvar su vida... "es entonces cuando funciona a pleno la garantía de la reserva profesional y le está impedido al médico revelar lo ocurrido, por grave que fuera... la información recibida para ser pasible de protección debe referir a un hecho ya ocurrido, nunca a un suceso en vías de desarrollo o que va a cumplirse en el futuro[185]; **Tozzini,** entiende que "la denuncia médica, el ser vehículo y modo de concreción de una acción ilícita, se torna inadmisible y, como tal, rechazable de oficio". Disiente con el Plenario Frías, por considerarlo insuficiente, ya que este autor niega cualquier tipo de investigación, no sólo sobre el autor, sino también sobre cómplices, coautores, etc.[186]; **Frías**

[177] Cfr.: "Los delitos", tomo II; Molinario, Alfredo; pág. 137; Editorial Tea, año 1996.
[178] Cfr.: "Código Penal – Comentado"; Parte Especial, tomo 2; Estrella – Godoy Lemos; pág. 242 y 243, Editorial Hammurabi, Año 1996.
[179] Cfr. "Código Penal – Comentado"; Dayenoff, David; pág. 388, Editorial A-Z; año 1996. Acoto que se debe referir a la posibilidad de causar perjuicio al confidente.
[180] Cfr.: "Codigo Penal – Anotado –"; Oderigo, Mario; pág. 215; Editorial Depalma, año 1962.
[181] Cfr.: "Código Penal – Anotado –"; Manigot, Marcelo; pág. 499; Editorial Abeledo – Perrot; año 1978.
[182] Cfr.: "Notas al Código Penal Argentino"; tomo II; parte especial; Laje Anaya – Gavier; pág. 278, Editorial Lerner; año 1995.
[183] Cfr.: "Código Penal – Comentado –"; Breglia Arias y Gauna; pág. 508 y 509, Editorial Astrea, año 1993.
[184] Cfr. "El secreto de las fuentes periodísticas en el Proceso Penal"; DE Luca, Javier; pág. 38 y 39; Editorial Ad Hoc, año 1999.
[185] Ver: " La reserva de la fuente de la información periodística y la búsqueda de la verdad en el proceso penal"; Corvalán, Víctor; en Suplemento de Jurispridencia Penal de La Ley, del 19/7/96; pág. 15.
[186] Cfr.: " Violación del secreto profesional médico en el aborto"; Tozzini, Carlos; pág. 159; en Doctrina Penal 17, año 1982. En comentario favorable al fallo: " Aguirre de Ferreyra, María y ot. S/ aborto"; Cámara de Acusación de la Ciudad de

Caballero, opinaba que "si nadie está obligado a declarar contra sí mismo, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por una necesidad insuperable"[187]; **Ure,** ilustraba diciendo: " El delito de aborto es de acción pública y, en consecuencia, debe instruirse sumario cualquiera sea el conducto por el que la noticia llegó a conocimiento de la autoridad judicial o policial... Aun en la primera hipótesis –que el profesional haya incurrido en violación de secreto-, parece claro que la comisión de este último delito no tiene poder excluyente del otro"[188]; **Elbert**, consideraba que "el estado de necesidad en el que actúa la mujer que consintió su aborto y se hace tratar medicamente para salvar su vida, como así también el secreto profesional, invalidan la notitia criminis como legítima, por tanto, la prueba obtenida es ilegítima y nula"[189]. **Millán** concreta que el médico debe formular siempre la denuncia cuando el atendido es la víctima, cuya omisión lo haría incurrir inexorablemente en el delito de encubrimiento... pero debe guardar secreto si ésta se lo pide"[190]. **Superti** entiende que las controversias y discrepancias transitan en elegir en situaciones extremas si se sacrifica el secreto profesional para efectivizar la pretensión punitiva o a la inversa[191]. **Córdoba y Sánchez Torres** en su obra sostienen que todo aquel que en razón de su profesión, arte, oficio o empleo, conoce por haberle sido confiado por otra persona, datos cuestiones, conocimientos, razones, antecedentes, testimonios, etc., debe mantener la confidencialidad de los mismos pudiendo repeler o hacer cesar cualquier intento particular o estatal, en pos de la revelación de esoso secretos, esta obligación, como surge del concepto en la práctica se extiende a Abogados, Médicos, Contadores, Periodistas, etc.[192].

Cafferata Nores, entiende que "el interés público en el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva deberá ceder frente al derecho individual al resguardo de confidencias que las circunstancias hicieron necesario transmitir, lo que implica la prohibición respecto del confidente tanto para anoticiar el hecho, como para, eventualmente, actuar como testigo respecto de los mismos, previsto esto también expresamente y bajo pena de nulidad, en nuestro ordenamiento ritual, salvo que sean liberados de guardar secreto"[193].

La aguda y reflexiva opinión de **Sagüés** es insoslayable. Piensa el destacado constitucionalista que cualquier interpretación debe hacerse desde la Constitución y –de suyo- las Convenciones Internacionales incorporadas a ésta. Pero claro, la propia Constitución posee tres ideologías: una de carácter "individual", otra "cristiana" y finalmente "una social". Obviamente la respuesta sobre este tema será diferente de acuerdo a la ideología del intérprete. No deja de observar la teoría de la "Constitución viviente" que estará a los problemas o necesidades de la sociedad hoy, inminente.

Sagüés prontamente reflexiona sobre "los valores en juego", de allí que haya que estar a *cuáles son esos valores*. Sin embargo, le preocupa al ilustre profesor que pueda existir una franca desigualdad entre las personas que acuden a un hospital público, y por ende son atendidas por un médico funcionario público, y aquellos que asisten a un hospital privado donde el médico no es funcionario público y sobre

---

Córdoba, resolución nro. 162 del 24 de Diciembre de 1979.

[187] Del Voto del Dr. Frías Caballero, Jorge; en el plenario "Natividad Frías" de la CNCC, 26/8/66, en L.L. , 123-842.

[188] Del Voto del Dr. Ure, en el plenario "Natividad Frías", supra indicado.

[189] Del voto en minoría del Dr Elbert, en el fallo "Cacios " de la CNCRIM. Y C., Sala VI, del 29/11/91, en L.L. año 1992-D-442.

[190] Citado por Jauchen en Estudios de Derecho Procesal Penal, pág. 62 y 63; Editorial Jurídica Panamericana, año 1994.

[191] Superti, Héctor; "Derecho Procesal Penal", Rosario, Editorial Juris, 1998, ps. 324.

[192] Córdoba, Jorge – Sánchez Torres, Julio; "Derechos personalísimos", Córdoba, Editorial Alveroni, 1996.

[193] Cfr.: Derechos individuales y proceso penal" (secreto profesional); Cafferata Nores, José; Editorial Lerner, año 1984.

él no pesa la obligación de denunciar. **Sagües** dirá que aceptar que uno denuncie y el otro no, es una interpretación "demasiado irritativa", precisamente por la desigualdad, y el principio de igualdad es sagrado, debe respetarse"[194] .

Bidart Campos formula distintas críticas al fallo que dictara la Corte Suprema de Santa Fe el 12 de Agosto de 1998, en autos nro. 98.211, sosteniendo que el médico no debe denunciar. Este constitucionalista advierte "ab initio" (en lo que parece ser la columna vertebral de su argumento) que "la vida en gestación que se había destruído con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que, también con realismo, tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado". **Bidart Campos** dice: " que el deber de guardar secreto profesional reviste una jerarquía superior al interés de la persecusión penal que es tomado en cuenta para la obligación de denunciar el delito; desde hace tiempo sostenemos que el secreto profesional de cualquier índole se aloja como un bien jurídico en el derecho constitucional que viene amparado por la intimidad o privacidad del art. 19, y ello aunque tal naturaleza de secreto es compartida en el caso por dos personas (profesional y cliente) y no es privativa de una sola". Este autor insiste en que no "debe lesionarse la igualdad real de oportunidades y de trato, que ahora impone y garantiza el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional"[195]. **Rosenbusch**, sostiene que el secreto profesional no sólo se impone en virtud de lo que dispone el Código Penal, sino también como una consecuencia de la obligación que surge de los principios civiles que se refieren al daño y a la obligación de repararlo, prevista en el art. 1109 del C.C. por ello el testigo no puede ser obligado a contestar preguntas que puedan afectar el secreto profesional cuya apreciación está librada a la conciencia individual y al propio criterio y decisión del profesional, pudiendo ser relevado de tal obligación por el interesado o por requerimiento judicial[196].

Desde la Corte suprema de Justicia de Santa Fe, con el voto de **Falistocco,** se sostuvo que "El secreto profesional no es absoluto en cuanto a las obligaciones que impone el facultativo de guardar el mismo, debiendo admitirse que cuando existe justa causa, la revelación llevada a cabo por el profesional no encuadra dentro del tipo previsto en el art. 156 del C.P."[197].

Luis Niño, suscribe que: "no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado pudiere implementar sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias a autoinculparse". [198].

Singular y profundo análisis desarrolla **Mariano Castex**, al decir que el secreto profesional del médico, remite al peculiar terreno de la "justa causa" , para revelar un secreto cuya divulgación puede causar daño. En este punto es necesario remitir también al artículo 11 de la ley 17.132, al capítulo VII,

---

[194] De conversaciones mantenidas con el Profesor Néstor Pedro Sagües en las XIII Jornadas Científicas de la Magistratura en Paraná, en Setiembre de 2.000.

[195] Ver: "Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico"; Germán Bidart Campos; en La Ley, tomo 1998 – F; pág. 545 y siguientes.

[196] Rosenbusch, Edwin; "La invocación del secreto profesional en la prueba de testigos", J.A., 1945, tomo III, ps. 169.

[197] De su voto en la causa I.M. s/ incosntitucionalidad, de fecha 12 de Agosto de 1999, autos nro. 48.795, de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

[198] Nino, Luis; "El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble" , en Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia, Ed del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 6

art. 64 y siguientes del Código de Etica de la Provincia de Buenos Aires, y al capítulo VIII, art. 66 y siguientes del Código de Etica Médica de la Confederación Médica Argentina. Igualmente es oportuno recordar a la Declaración de Ginebra, de la World Medical Association (1948, 1968 y 1983) en donde se pone especial insistencia en el tema del secreto, insistencia que se refleja tanto en el Código Internacional de Etica Médica (1949, 1968 y 1983) [199]. **Rombola y Reboiras**, sostienen que " el secreto no pierde tal calidad ni su protección legal cuando su titular admite que sea conocido por determinadas personas que se encuentran obligadas a mantener bajo reserva lo que se les ha revelado..."[200]

López Bolado entiende que "la obligatoriedad de la denuncia para el médico, queda excluída en el caso de que el conocimiento del delito se hubiera obtenido por revelaciones hechas bajo el amparo del secreto profesional. Porque éste es un deber primigenio para el médico, a la vez que una garantía para el paciente"[201].

Nerio Rojas, un clásico de temas médicos, decía que "el médico debía hacer tan sólo las revelaciones menos desagradables y las indispensables a su acción judicial"[202].

Niño avala el plenario "Frías" diciendo que "en tanto y en cuanto se limita a prescribir que no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no-, sin perjuicio de que sí corresponda hacerlo respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. Agrega este autor que "el acento no debe colocarse sobre lo que el profesional de la salud pueda hacer ante la evidencia de un hecho contrario a la ley, sino sobre lo que jueces y fiscales no deben hacer…[203]". **Rosenbusch,** sostiene que el secreto profesional no sólo se impone en virtud de lo que dispone el Código Penal, sino también como una consecuencia de la obligación que surge de los principios civiles que se refieren al daño y a la obligación de repararlo, prevista en el art. 1109 del C.C. por ello el testigo no puede ser obligado a contestar preguntas que puedan afectar al secreto profesional cuya apreciación está librada a la conciencia individual y al propio criterio y decisión del profesional, pudiendo ser relevad de tal obligación por el interesado o por requerimiento judicial[204].

A esta altura de las apreciaciones doctrinarias resulta útil destacar el aporte de **Gabriel Vitale** a la temática: "… la inviolabilidad del secreto profesional, se multiplica por los aspectos personalísimos de la mujer. La perspectiva de género, en relación a la eliminación de todas las medidas discriminatorias, inclusive las sanitarias, con el fin de poder ejercer eficazmente el derecho a la salud, de manera igualitaria con respecto a los demás miembros de la sociedad, se encuentra cuestionada por la denuncia de la Agente Social Hospitalaria y de esta forma, se ingresa al estudio de su declaración… Su estado de vulnerabilidad como estereotipo de "*...concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca; estado que se integra con los datos que hacen a su status social, clase, pertenencia laboral o*

---

199 Cfr.: " El secreto médico en la peritación"; Castex Mariano y Alicia Vermé; en Cuadernos de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, año 1988, Actualizaciones en Medicina y Psicología Forense, página 4 y 5.
200 Cfr. " Código Penal de la Nación. Comentado"; Rombola y Reborais; pág. 396, Editorial Ruiz Diaz, año 2.000.
201 Cfr.: " Los médicos y el Código Penal"; López Bolado; pág. 199; Editorial Universidad, año 1981.
202 Ver: "Medicina Legal"; Rojas, Nerio; tomo II, pág. 357.
203 Niño. Luis; "El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble", en "Garantías constitucionales en la investigación penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, ps. 6.
204 Rosenbusch, Edwin; "La invocación del secreto profesional en la prueba de testigos", J.A., 1945, tomo III, ps. 169.

profesional, renta, estereotipo que se le aplica.."(Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar Alejandro, Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000 citado por Pensamiento Penal) han sido los elementos utilizados por Estado, realizar todas las tareas tendientes a corroborar la existencia de un delito.

Esta situación de alta vulnerabilidad, desprovista de protección Constitucional y autoincriminación, es el meollo en el cual nos encontramos dilapidando recursos humanos y materiales ante las contradicción de pensamientos.

La averiguación de la verdad por parte de los Agentes Criminalizantes, hecha mano a cualquier medio, violentando garantías constitucionales de defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley por haber utilizado la Salud Pública como espacio, ya que seguramente un sistema de salud privado de ningún modo hubiese colaborado con el inicio de la persecución penal estatal, por lo que adelantó no corresponderá otorgar valor probatorio a las manifestaciones indirectas que se encuentran incluídas en el presente proceso.(art. 18 CN)"[205].

Veamos ahora el planteo que formula **Jauchen** sobre el particular: " Surge el legítimo interrogante sobre esta aparente contradicción entre un obrar que la ley procesal impone mientras que la ley de fondo obliga a reservar. Con mayor razón si se tiene presente que la violación de cualquiera de ambas conductas importa la comisión de un ilícito penal.". Agregando: "Cabe entender que la reserva es tácita o implícita, quedando sobreentendido que el facultativo aunque el paciente no lo solicite expresamente debe guardar secreto... la obligación de denunciar no existe nunca ante la presencia del secreto. Se plantea entonces la colisión de deberes, debiéndose sacrificar uno de los bienes en conflicto. Pues por un lado está el de la certeza en la punición de los delitos y en su averiguación a tal efecto, exigiéndose el deber de denunciar. Y por el otro lado está el paciente que necesita inexorablemente la asistencia del médico y que estando incurso en algún delito se verá ante la dramática opción de no hacerse atender ante el temor de la eventual denuncia del facultativo[206]". Jauchen, se refiere también al principio de incoercibilidad del imputado, consagrado en nuestra Ley Fundamental, por el cual todo habitante de la Nación, imputado de un delito, tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, "abarca no sólo sus manifestaciones confesorias concretas sino toda clase de manifestación o aporte de cualquier tipo de elemento, sea material, documental, expresivo, gestual, etc, que pueda comprometerlo en su situación frente a la atribución delictiva que se le realiza"[207]. **García Ramírez**, en su voto razonado dijo: "estimo necesario excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confidencia que éste le hace con motivo del acto médico"[208].

Retomando la idea de **Eusebio Gómez** basada en que la obligación de denunciar no quebranta el principio de inviolabilidad del secreto profesional, el maestro examina medularmente la temática concluyendo que "para el Código de procedimientos no existe la obligación del silencio sino en relación

[205] Juzgado de Garantías nro. 8, Lomas de Zamora, causa: Investigación Penal Preparatoria nro. 00-026698-12, de fecha 6 de Agosto de 2012.
[206] Cfr.: " Estudios sobre el proceso penal"; Jauchen, Eduardo; pág. 59 y siguientes; Editorial Jurídica Panamericana; año 1994.
[207] Jauchen, Eduardo; "Derechos del imputado", Rubinzal Culzoni Editores, buenos Aires, 2005, pág 401
[208] Caso "de la Cruz Flores", del 18/11/04, de la Corte IDH, voto razonado de Sergio García Ramírez, serie C, nro. 115.

a aquello de que se hubiere tenido conocimiento por revelaciones hechas bajo el secreto profesional, es decir, bajo la fe del mismo. En consecuencia el secreto debe ser exigido al confidente. Sólo así el profesional podrá eximirse de la obligación de denunciar"[209]. **Moreno (hijo)** aplica la siguiente regla: "La ley, de acuerdo con los principios de conservación del organismo social, entiende que todo delito de aquellos que dan nacimiento a la acción pública, debe ser perseguido a los efectos de defender a la sociedad. Por eso se castiga a los que teniendo la obligación de hacer saber a la autoridad la comisión de cualquier delito, no lo comunican a la misma. Pero teniendo en consideración que ciertos profesionales pueden recibir confidencias, y que éstas deben ampararse, los libera de la obligación de denunciar y declara que no cometen delito cuando guardan silencio. La ley *protege el secreto profesional* y nada más, no les impone la reserva sino que la autoriza, creando una excepción al principio genérico"[210]. En su tiempo **Carrara** en su Programa partía de la idea que es secreto todo lo que confiamos a un profesional en virtud de su oficio, con la condición de que no lo divulgue, pues de esta divulgación puede resultar algún daño que nos perjudique en los afectos del corazón, en el patrimonio o en la honra (t. IV, 1645). El Maestro de Pisa textualmente decía: "Los cirujanos tienen la obligación de denunciar las heridas o lesiones a cuyo examen han sido llamados, aunque el cliente mismo les recomiende el secreto... el interés público de que la justicia conozca las acciones criminosas, ha hecho esto se admita generalmente, pero en cuanto a las circunstancias de la imputación, creo que no hay ese deber, por esto, si el herido le cuenta al cirujano que Pedro lo hirió al sorprenderlo en el lecho conyugal o robando en su casa, l cirujano no tiene la obligación de denunciar el delito confesado por su cliente"[211].

Por su parte **Caunedo**[212] sostiene que la obligación de denunciar establecida en el artículo 177 del Código Procesal Penal no constituye "justa causa" para revelar el secreto profesional, porque precisamente en los supuestos en que éste rige, no existe esa obligación. Consecuentemente, tampoco habrá encubrimiento si el médico no formula denuncia. Pero la circunstancia de que no haya obligación de denunciar, no implica que la denuncia en esos supuestos esté prohibida. La prohibición no surge del texto legal. En todo caso, al eliminarse la obligación, rige el principio general de la facultad de denunciar, prevista en el artículo 174 del mismo código, para todo aquel que resulta damnificado de un delito de acción pública o, sin serlo, tenga noticias de él.

De este modo, dice el autor "De modo que, si media la denuncia de un profesional de la salud, que haya conocido el delito en circunstancias en que lo obliga el secreto profesional, no cabe desechar la validez de esa denuncia de manera automática, por entender que, al no estar obligado a la denuncia, ésta es nula por violación del secreto".

"La cuestión a determinar será si existe "justa causa" para la revelación, que en ese caso nada tendrá que ver con la norma del artículo 177 del Código Procesal Penal".

"Creo que la cuestión se ha confundido a partir de la jurisprudencia sentada sobre la materia en los casos de aborto. Porque muchos han parcializado el enfoque, para convertirlo en un modo práctico de despenalizar ese delito, ya que como se trata de hechos que ocurren en la intimidad, si se veda la

209 Cfr.: "Tratado de Derecho Penal"; Gomez, Eusebio; Tomo 3; pág. 436; Ediar Editora; año 1940.
210 Moreno, Rodolfo (hijo), "El Código Penal y sus antecedentes", Tomo V, Buenos Aires, Editor H.A. Tommasi, 1923, ps. 37.
211 Carrara, Francesco; Programa, tomo 4, Parágrafo 1646, ps. 457/458.
212 CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. "El secreto profesional médico". http://www.eldial.com.ar/publicador

posibilidad del inicio del proceso cuando su complicación motiva que la mujer acuda a un centro de salud, pocas posibilidades quedan para que se sancione".

"El peligro que representa la confusión temática señalada, es que todo lo que se afirme, en miras a desincriminar fácticamente el aborto o, cuanto menos, por la conmoción que puede generar la particular situación de las mujeres de escasos recursos que, tras maniobras caseras o en condiciones precarias, ven peligrar su vida y deben acudir a la asistencia pública, valdrá para todos los casos en que un delincuente acuda al mismo lugar, y quizás en determinados supuestos no estaremos convencidos de que, axiológicamente, la solución deba ser la misma".

"No cabe duda de que todo ser humano, por más delincuente que sea, merece la asistencia médica, si está afectada su integridad física y, con más razón, si peligra su vida. Pero ello, de suyo, no implica que la asistencia que se le brinde conlleve también la impunidad de su delito".

"Supongamos un hecho de suma violencia, como los que son noticia frecuente en la actualidad: un asalto llevado a cabo por varias personas en un lugar cerrado, lleno de público, con gran despliegue de armas de fuego, donde se toma como rehenes a particulares y, tras un tiroteo con la policía, uno de los delincuentes termina herido y luego de lograr huir del escenario de los hechos, acude a un hospital público. En ese caso, ¿sería tan clara la primacía del secreto profesional, respecto del interés público en la represión de los delitos, frente a un hecho que quizás mantiene en vilo a la población de un centro urbano durante horas, por la toma de rehenes, aunque tenga un final feliz, sin ninguna muerte ni heridos graves?"

"Y aun cuando admitamos que los profesionales de la salud que lo atienden, no estén alcanzados por la obligación de denunciar debido al secreto profesional prevista en el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación, la obligación de guardar el secreto, ¿alcanzaría para negar a la autoridad policial y/o judicial toda información al respecto, que pudiese solicitar, si por prueba testimonial llega a conocer que uno de los prófugos ingresó al hospital? Téngase en cuenta que, como la cuestión se vincula con el secreto profesional, regirá la norma del artículo 244 del citado código".

Así, para **Caunedo** el análisis relativo a la "justa causa" deberá ser particular para cada caso. "El juicio al respecto deberá ponderar los intereses en juego, de acuerdo a la preponderancia axiológica que pueda corresponder a uno u otro, y al principio de proporcionalidad, para medir la afectación del derecho que eventualmente deba sacrificarse y, consecuentemente, la razonabilidad de esa limitación, de acuerdo al interés superior que prevalece".

"No corresponde establecer reglas generales al respecto, porque múltiples factores pueden incidir y deberán analizarse en cada caso en concreto…Como se sostuvo antes, al tratar el secreto profesional a la luz de su tutela penal, la creencia del obligado al secreto de que existe justa causa para su revelación, si ésta no es absurda y tiene mínima razonabilidad, sin duda eliminará el dolo…Pero el juicio al respecto, en el proceso penal iniciado en función de su denuncia, quizás exija un análisis más sutil y profundo. De modo que, aun cuando el médico no haya incurrido en el delito de violación de secreto profesional, por falta de tipicidad subjetiva, probablemente el proceso se invalide, si el juicio de valor sobre el conflicto de intereses presentado en el caso, que efectúe el tribunal como guardián del debido proceso legal y de la legitimidad de las pruebas reunidas arroja la preeminencia del ámbito de intimidad

que tutela el secreto profesional, sobre el interés social en la punición del delito… esa evaluación también corresponderá al tribunal, para resolver el eventual relevamiento del secreto profesional, cuando el testimonio del médico pueda aportar elementos de importancia en la investigación de un delito. Si en el caso concreto, el análisis exhaustivo de todas las circunstancias, determina que el interés social prevalece sobre el individual que tutela el secreto, podrá relevarlo. Y entonces el médico no cometerá delito alguno, pues la dispensa del tribunal será, para él, la "justa causa" de revelación, como ya se dijo…lo mismo sucede en cuanto al aporte de prueba documental que pueda exigirse a un profesional de la medicina o a un centro de salud, si está amparado por el deber de confidencialidad". Continúa diciendo: "De manera coherente con lo que venimos exponiendo, entiendo que en esos casos ni el profesional de la salud convocado a declarar como testigo y relevado del secreto ni el centro de salud requerido a aportar información o documentos confidenciales, pueden negarse legítimamente a la orden judicial…Si lo hacen, pese a ser debidamente enterados de las excepcionales circunstancias que motivan al relevamiento que tienen derecho a conocer eventualmente podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Esta norma dispone que *"será reprimido con prisión de quince días a un año, el que desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones…* Es que es el juez quien decide en definitiva cómo debe resolverse un conflicto de intereses. Claro está que no de manera discrecional, sino a través de una decisión fundada, sujeta al contralor del tribunal superior, por la vía recursiva y, en definitiva, a la responsabilidad funcional, civil e inclusive penal, en el supuesto de un manifiesto y arbitrario abuso de poder… Admitir lo contrario implica dejar la decisión en manos del profesional médico o del centro de salud en abierta oposición a legítimas razones de interés público, cuando éstas concurren, conforme a un adecuado análisis particular del caso…Conforme a esta interpretación, pueden responderse las preguntas que formulé antes, en el ejemplo del asalto con toma de rehenes…Seguramente el interés social, en ese caso, prevalecerá sobre el del delincuente por su impunidad. Y la llave para ello, constituirá la "justa causa" a que alude el artículo 156 del Código Penal, con cuya presencia no hay tipicidad por la revelación del secreto… En otro orden, entiendo, compartiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado, que la cuestión analizada no se vincula con la prohibición de la autoincriminación, garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional… y es que la garantía rige respecto de la autoridad policial, fiscal o judicial, en el marco del proceso penal e históricamente tuvo un propósito claro y determinado: desterrar las antiguas prácticas de torturas para obtener la confesión. Fuera del proceso penal, la actividad del delincuente que libremente en el sentido de no coaccionado por terceros, menos aún por autoridad alguna acude a un centro de salud para reparar las consecuencias no deseadas de su delito, no contraría la prohibición constitucional…La "necesidad" que lo mueve, para preservar su salud, no puede equipararse a la "obligación" prohibida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que *"nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"*... Tampoco puede equipararse la evidencia material que surja del examen de su cuerpo, o la manifestación que efectúe al profesional de la salud, con la "declaración" a que alude la disposición constitucional, que mira al procedimiento penal, de acuerdo al contexto donde se encuentra ubicada…Finalmente concluye el autor que " 1) Las obligaciones legales impuestas a los médicos en las leyes de profilaxis de

enfermedades contagiosas, las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas, y las obligaciones de los profesionales de la salud previstas en la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar constituyen justa causa de revelación del secreto profesional; 2) En cambio, no constituye justa causa de revelación el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales, cuando expresamente se exceptúan del deber los hechos conocidos al amparo del secreto profesional. En esos casos los profesionales de la salud no están obligados a formular denuncia y, consecuentemente, tampoco están expuestos al delito de encubrimiento si guardan silencio; 3) En la Capital Federal, está vigente el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dictado en la causa "Natividad Frías", conforme al cual no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo oficial o no pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. De modo que en esa materia específica del aborto, conforme a la interpretación jurisprudencial, está prohibida la denuncia del profesional de la salud; 4) En los otros delitos contra la vida o la integridad física, fuera de los casos de aborto, no existe la obligación de denunciar prevista en los códigos procesales, pero subsiste la facultad de hacerlo si el médico entiende que existe "justa causa" que, conforme al artículo 156 del Código Penal, lo releva del secreto profesional. El análisis deberá efectuarse en cada caso, ponderando los intereses en conflicto. En general, si el motivo es razonable, aunque el criterio del juez que reciba la denuncia no coincida con el del médico que la efectúa, éste no cometerá delito, por falta de tipicidad subjetiva; 5) En los procesos que no se inician con la denuncia del profesional de la salud, éste puede ser convocado como testigo y ser relevado del secreto profesional por el juez, cuando el particular análisis del conflicto de intereses permita concluir que prevalece el interés público sobre el secreto profesional. Igualmente, podrá requerirse información a los centros de salud, pese al deber de confidencialidad, cuando el interés público prevalezca sobre el secreto que protege al paciente. En ambos casos, ni los médicos ni los responsables de los centros de salud cometerán el delito de violación del secreto profesional, porque para ellos el requerimiento judicial constituirá la "justa causa" prevista en el artículo 156 del Código Penal; 6) En los supuestos mencionados en el punto anterior, los profesionales de la salud no podrán negarse ante el requerimiento judicial, argumentando el secreto profesional. Si bien tienen derecho a conocer las excepcionales circunstancias que motivan el relevamiento de la obligación de secreto, si pese a ser debidamente informados de ellas se niegan, podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Penal".

El Maestro **Tomás Jofré** sostenía que no siempre, es obligatoria la denuncia. No debe olvidarse la razón de humanidad que pueda exigir el secreto. Es imposible admitir que el enfermo o herido quede privado de los socorros de la ciencia o el arte de curar, por el temor de que tal socorro importe el descubrimiento de un delito, imputable, que puede ser puesto en conocimiento de la justicia. La excepción está fundada en razones de interés social. Los médicos y demás profesores en el arte de curar, tienen que instruirse por razón de su profesión de muchos delitos fáciles de ocultar, como

envenenamientos, abortos, infanticidios, etc., que escaparían, en la generalidad de los casos, a la acción de la justicia si ellos no los denunciaran...". En el Proyecto (nota al art. 109 allí citada) agregaba que esos profesionales "sólo deberán denunciar los delitos contra la persona de naturaleza grave, y eso mismo en el caso de que la denuncia no pueda exponer a un procedimiento penal a la persona asistida, al cónyuge o a otros parientes muy cercanos"[213].

Jurisprudencia de la Corte de Justicia de La Nación

Existen tres fallos liminares en la materia: “Natividad Frías”, “Zambrana Daza” y “Baldivieso”. Separados en el tiempo han servido de proemio para el fructífero desarrollo de la doctrina vernácula. Tal vez por su perfil creativo, especialmente por involucrar planos axiológicos y éticos, el fallo “Zambrana Daza” de la C.S.J.N. e “I.M.” y su antecedente de la C.S.J. de Santa Fé , merezcan especial detenimiento.

En carácter de prólogo a cualquier análisis se debe rubricar que el caso "Natividad Frías" resuelto en plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (1966) es en sí mismo una pieza de alta calidad jurídica. Allí, en ajustado voto de la mayoría, se sostuvo que no correspondía iniciar causa contra la mujer que había causado su propio aborto punible basándose en la denuncia del médico que la había atendido, aunque sí correspondía la persecución penal de los coautores, instigadores o cómplices. Este último criterio de persecución es aceptado por la gran mayoría de la doctrina[214]

El plenario tuvo dos ejes principales de debate: a) si el interés público por la investigación de delitos podía someter al sospechoso a enfrentarse al dilema entre prisión o muerte y, b) en que medida la denuncia derivada de la concurrencia necesaria (para la minoría "voluntaria") de la victimaria a la asistencia médica importaba una autoincriminación prohibida.

En las entrelíneas de la resolución se advierte que, los votos de la minoría, tienen notoria influencia por el disvalor del delito de base, cuya necesidad de perseguir hacen primar.

Años después la Corte Suprema resolvió la causa "Zambrana Daza". Allí se revocó -también con reñida mayoría- la resolución que había decidido absolver a la imputada de transporte de estupefacientes que había sido denunciada por el médico que la asistió por una complicación derivada del transporte de la sustancia.

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el caso I.M. por Aborto provocado, sobre recurso de inconstitucionalidad, resuelto el día 12 de Agosto de 1998, causa nro. 48.795[215], anulando una sentencia de Cámara, instaló la posición que “el anoticiamiento del galeno es válido y no viola el secreto profesional”. Este fallo tuvo aristas novedosas en materia de ética profesional. Aquí la Corte sostuvo en síntesis que “la máxima jerarquía que reviste el derecho a la vida y la gravedad que tiene un ilícito como el aborto, confieren innegable legitimidad a las denuncias efectuadas por profesionales médicos en los casos de pacientes con cuadro de aborto provocado, sin que ello implique una violación del secreto

[213] Jofré, Tomás; Código de Procedimientos Penales, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, ps. 54 y ss.
[214] Asturias, Miguel y Bustos, Ventura, en "Código Procesal Penal de la Nación", dirigido por M. A. Almeyra, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo II, pág. 14.
[215] El fallo se encuentra publicado entero en El Derecho, tomo 179, página 193 y siguientes. El trabajo del Profesor Eduardo Roberto Sodero se titula : “ABORTO, SECRETO Y ARGUMENTACION JURIDICA JUDICIAL. Se recomienda la lectura integra del mismo.

profesional; en razón de que en tales supuestos está comprometido el bien común de la sociedad, interesado en la protección de la vida de sus miembros y en el castigo de quienes atenten contra la misma”... “Cuando como en el caso de autos, se encuentran confrontados dos valores, cuales el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la salud de la madre, cuya ponderación por el ordenamiento jurídico es incuestionable, no cabe duda de que el primero cuenta con la más decidida protección tanto en las disposiciones de la Constitución Nacional como en los numerosos antecedentes del más Alto Tribunal...”. Véase que en I. M. se sostiene “la presentación de una persona en un hospital revelando haber cometido un aborto o consentido que otro lo causare no implica autoacusación forzada para preservar su vida, sino el desenlace en todo caso natural de una acción ilícita que habría sido ejecutada conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse. La comunicación del aborto a la autoridad policial efectuada por el médico de la paciente no es típica del delito de violación de secretos, no sólo porque no impone un daño en el sentido de injusta afectación de bienes jurídicos amparables, sino también porque existe justa causa de revelación”[216].

Analizando el fallo de la Corte de Santa Fe, Sodero[217] entiende que “las reglas de interpretación no son otra cosa que “los puntos de vista”, “pautas rectoras” o “cánones” de que se vale un jurista, cuando frente a un enunciado normativo debe establecer *que* contenidos de significado son aceptables racionalmente. Destaca así Sodero la falacia del adagio “in claris non fit interpretatio” y concluye este primer item de análisis diciendo que “toda labor interpretativa supone contar con dos órdenes de reglas: las constitutivas o fuentes del derecho, que definen las conductas, y las regulativas, que definen el procedimiento del discurso, esto es, definen cómo usar las fuentes del derecho. En orden a la perspectiva *justificatoria* en sentido amplio, sostiene que esta le permite al Juez (siguiendo a Aarnio) la “justificación de la elección entre alternativas posibles”. En tanto la justificatoria en sentido estricto, es la que le interesa al Derecho Constitucional. Por eso se cita a Carnelutti cuando decía: “ la sentencia que dice bien y razona mal, no satisface la justicia”. En definitiva *siempre deben haber argumentos racionales* en las decisiones de los jueces. Sodero examina que toda interpretación es un asunto lingüístico , observando el significado de las palabras (semántica) y su distribución en la oración (sintaxis). El análisis sistemático –enseña Sodero-, se da cuando se intenta atribuir a un enunciado de comprensión dudosa un significado sugerido por el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Por ello los jueces deben “derivar razonadamente[218] desde todo el derecho vigente la solución justa para el conflicto”. Sin perjuicio de lo expuesto –continúa diciendo Sodero-, debe aspirarse a la *coherencia del sistema*, a través de la necesaria armonización de las normas en juego. Pero véase que en el caso que nos ocupa – al menos en mi opinión personal-, el hermeneuta se encuentra en una encrucijada sin retorno, donde la ingeniería interpretativa deberá esforzarse al plano de transitar una solución justa, que dejará seguramente un sesgo de injusticia como remanente (en esto no coincidimos con Hernández). Resulta entonces inevitable afectar un derecho o bien jurídico protegido. Esta observación que formulo apunta a señalar que la coherencia no se logra, si se aspira, pero no se llega a ella. Pues cualquiera de las dos

[216] Gulco, Hernán, *La tutela de la intimidad y el rechazo de “Natividad Frías”* en JA 2007-IV-295. Cepede, Analía de los Angeles, *El secreto profesional médico en materia de aborto*, Doc. Jud. 2010-543.
[217] Sodero, Eduardo; Ibidem ….
[218] Desde tiempo se insiste en la palabra “razonable” como fuente de inspiración o línea de argumentación en importantes sentencias de Corte en Estados Unidos, Alemania, España, etc.

soluciones implica la afectación a algún derecho, y así son las cosas. Por eso deviene útil recordar a Popper cuando enseñaba: "el lenguaje no puede hacer que las cosas sean lo que no son". Véase que éstos principios que la sentencia acepta, no sólo están referidos a los derechos individuales, sino también expresan "derechos comunitarios" o bienes colectivos de modo que ambas categorías deban ser tomadas en serio a la hora de decidir[219] .

Veremos a continuación el análisis de **Héctor Hernández** sobre esta misma sentencia de la Corte de Santa Fe[220].**Hernández** sostiene que lo que está en la mente de los jueces en este caso es que "la doctrina sentada se aplica a cualquier caso de secreto – delito y no solamente a algunos de especial gravedad o relevancia institucional como el aborto". Resume este comentarista los distintos votos de esta manera: a) Vigo: lo funda en que la médica, por ser funcionaria pública, debía denunciar (Código Procesal). Además tal imperativo se encuentra en los Códigos de ética profesional. Luego advierte este Ministro que la vida es un bien jurídico tutelado consagrado por la Constitución Nacional, los tratados y principios jurídicos naturales e internacionales. Agrega Vigo que la denuncia sería facultativa. b) Ulloa: insiste en el derecho a la vida, considerando de aplicación la justa causa del art. 156 del Código Penal. c) Barraguirre: intenta resolver el tema desde el punto de vista "técnico" del llamado "secreto – proceso"; d) Falistocco: entiende que "todos los médicos" están *obligados* a las denuncias de estos delitos (citando a Rodolfo Moreno hijo); e) Alvarez: ratifica la idea que la vida es un bien jurídico protegido por la Constitución y que la ley procesal exige al médico que denuncie.

Objeta que se diga en la sentencia que hay valores en conflicto. Esto no puede existir, pues no es posible admitir a la vez y desde el mismo punto de vista, en concreto, en una conducta, valor y disvalor. Asimismo realiza objeciones "filosóficas" y "semióticas" sobre la sentencia, al decir que no puede hablarse de la vida como principal derecho y atribuirle la necesaria "condición – para", pues así cedería su jerarquía. Tampoco puede hablarse –continúa diciendo Hernández- de los Derechos Humano como principios (son derechos subjetivos). Finalmente dice que si entendemos al derecho "parte natural y parte positivo" (Aristóteles), no se debe decir que haya derechos que "preexistan al orden jurídico"[221]. Trae a su favor notable y extensa bibliografía propia, precisamente en una temática en la cual Hernández es un modelo y también un ejemplo de doctrinario[222].

Concluye entonces este maestro en que se acertó en lo principal: defender penalmente la vida de los niños no nacidos, evitando la impunidad de sus muertes[223].

Alfredo Battaglia, también comentando el fallo indicado, sostiene que en esta discusión subyace lo primordial que es la vida humana, que como bien superior hay que proteger con mayor consagración dogmática que la esfera de la intimidad de la persona humana. Además no se trata de una vida cualquiera, sino de una persona humana en indiscutible estado de indefensión, concluyendo sin

[219] Al respecto puede consultarse "Los derechos en serio" ; Dworkin; Ronald; Editorial Ariel; Barcelona, año 1984.
[220] Ver: " Superación de "Natividad Frías": luces y sombras de un discutido fallo", en El Derecho, nro. 9977, del 3 de Abril de 2.000.
[221] En contra de esta posición se recomienda ver el excelente trabajo de Renato Rabbi – Baldi Cabanillas: "Los derechos humanos como derechos "anteriores" o "preexistentes": un exámen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", publicado en "El derecho" el 10/12/97, pág. 7 y siguientes.
[222] Pueden verse: "Valor y Derecho" Derecho subjetivo – Derechos Humanos (Doctrina Solidarista); "La norma jurídica"; Verdad y Derechos Humanos", "Abortismo pretoriano", etc. todos de Héctor Hernández. Es un autor de sólidos conocimientos filosóficos, de fuerte autoridad moral e intelectual.
[223] Hernández ha continuado aportando trabajos doctrinarios sobre el tema. Así dio a conocer una "serie" de escritos denominados "Abortismo pretoriano", la cuarta parte puede verse en El Derecho del 15 de Noviembre de 2000.

hesitación que es doctrina jurídicamente imperante que el aborto u otro ilícito debe ser denunciado, cualquiera sea la vía que se llegue a conocer, porque es JUSTA CAUSA de revelación del secreto profesional y porque ninguna disposición procesal de carácter local puede predominar sobre un Tratado Internacional y la Constitución Nacional[224].

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente el plenario "Natividad Frías" ha tenido -y aun mantiene- fervientes adherentes. En prieta síntesis el plenario sostuvo: que se imponía el sobreseimiento automático de una mujer que habiendo practicado o dejado practicar el aborto de su hijo concurría a un centro de salud a fin de atenderse de alguna secuela de dicha práctica por las siguientes razones:1) Que se estaría obligando a la mujer a declarar contra sí misma de utilizarse la asistencia médica como medio de imputación de un delito; 2) que el haber practicado el aborto queda dentro del marco de reserva del médico, por lo que su divulgación importaría la comisión del delito de violación del secreto profesional por parte del galeno; 3) que la declaración del médico, en caso de hacerla, no tiene validez y es nula de nulidad absoluta en aplicación de la teoría del "fruit of poisonous tree"; 4) que se obliga a la mujer a elegir entre la disyuntiva "morir o ir a la cárcel"; 5) que el delito tiene sólo por finalidad criminalizar a las mujeres de una determinada clase social.

Otro fuerte argumento que suele utilizarse es la violación al principio de igualdad previsto en la Constitución Nacional, pues en la práctica el punitivismo ha servido para criminalizar la pobreza. Véase que la mujer que posee un buen status económico jamás acudirá a un hospital público y –de suyo- nunca se topará con un funcionario público.

Véase que la salud pública está reconocida como un bien innato al individuo. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el Estado se halla obligado a "proteger la salud pública" (Fallos: 31:274), con lo que surge naturalmente el derecho que cada habitante tiene para poner en marcha esta manda. Se trata de un derecho constitucional no enumerado, reconocido a través del art. 33 de la Constitución Nacional[225].La cuestión ha tenido insospechadas resultantes que sólo han servido para violar los derechos de las personas extranjeras que faltos de recursos económicos debían comparecer a un hospital público para su tratamiento[226]. Como puede observarse, la solución de la discriminación aun está lejana en nuestro plexo normativo.

En definitiva, según el plenario "Frías", nadie "que haya causado su propio aborto" puede ser denunciado. Sí deben denunciarse -según esa postura- los coautores, instigadores y cómplices de esa acción. Así, "*el principio legal es el deber de guardar el secreto profesional cuando la denuncia expone a la paciente a proceso*".

La tendencia jurisprudencial ha reiterado lo resuelto en el Plenario en el sentido de que: *"No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices"*[227].

[224] Cfr.: El Derecho, pág. 5, 31 de Mayo de 1999, en Der. Penal y Política Criminal, Serie Especial.
[225] Quiroga Lavié, Humberto; "Derecho constitucional", Buenos Aires, 1978, ps. 211.
[226] Puede recordarse el art. 103 de la derogada ley de migraciones nro. 22.439 que obligaba a denunciar la situación irregular migratoria.
[227] S.C. Buenos Aires, 24-mayo-1983 M,A.M. y otra; C.Crim.Paraná Sala 2, 9-novbre-1984; C.Penal San Martín en Pleno,5-julio-1985; C.Penal Morón en Pleno, 8-mayo-1986; T.S. Neuquén,14-abril-1988, M.,M.E. y otra; C.N.Crim y Corr.Sala

Los fundamentos de la resolución señalan: la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional por la que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"; y en el caso de una mujer que confiesa su aborto ante un profesional del arte de curar, en busca de su auxilio médico, se ha entendido que la obligación a declarar contra sí misma es urgida por el derecho a vivir (del voto del Dr. Amallo en el Fallo Plenario);

La colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional (cuya violación está penada por el artículo 156 del Código Penal) y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos de los que tuvieren conocimiento en ejercicio de sus funciones, es superada entendiendo que las manifestaciones de la paciente respecto de su aborto no alcanzan a configurar la "justa causa" que el Código reclama para justificar la violación del secreto profesional [228]. "*Aceptar la validez de las manifestaciones incriminatorias que el confidente pueda hacer respecto de su asistida lleva a la peridia de las garantías que para ella representa el deber del secreto reglado. 'Para el médico, en efecto, la abortante es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; obigarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, sobre recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo de las asistidas, pues muchas de ellas ante el fundado temor de que la consulta médica sirviere de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos' (Quintana Ripollés,A.,Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo I, pag. 520)"* (del voto del Dr. Pena en el Fallo Plenario Natividad Frías). El efecto de la aplicación de la doctrina arriba enunciada es la nulidad de las actuaciones iniciadas por denuncia de los profesionales que atendieron a la mujer.

Demos señalar que en 1986 la Cámara Penal de Morón en pleno, se expidió en sentido contrario al del Plenario Natividad Frías, al admitir la validez de la instrucción penal de oficio por la posible comisión de delito de aborto, cuando la notitia criminis proviene de la denuncia formulada por un profesional del arte de curar que conoció el hecho a raíz del ejercicio de su profesión[229].

La posición del Plenario "Natividad Frías"se vió refutada virulentamente a través de un fallo: "Núñez del Prado del Carpio, Hugo", de fecha 15 de Setiembre del año 2005, emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B[230]. Corresponde reproducir el análisis que se practicó en la especie: Refutación a la declaración contra sí mismo: los jueces, en primer lugar, consideraron que no puede interpretarse un derecho como la negación de otro, sino que deben ser interpretados de manera armoniosa a fin de conservar la vigencia de todo el ordenamiento legal. Siguiendo dicho parámetro, consideraron que declaración –en contra de uno mismo-, es aquella que se formula en un proceso judicial o durante un procedimiento policial. Los datos aportados al médico no pueden ser tenidos como declaración, en los términos del artículo 18 CN y los pactos internacionales, mientras no se le haya engañado para obtener una "confesión" del delito, la cual también está protegida por los pactos internacionales de derechos humanos. Refutaron los jueces (Pizzatelli-Hornos-Grabivker)

VI,noviembre 1991; C.Penal Rosario Sala 2 26-diciembre-1995.

[228] Artículo 156 : "Será reprimido con multa e inhabilitación especial, en su caso, por 6 meses a 3 años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa."

[229] C.Penal Morón, en pleno, 8-mayo-1986.-R,R.

[230] L.L. 17/11/2005 con nota de Hernán Munilla Lacasa.

por el absurdo la tesis contraria sostenida por los doctrinarios abortistas: si a quien acude a un hospital por secuelas de un aborto o un aborto sin terminar no se le debe instruir sumario alguno, también debería estar exento de la persecución penal una persona herida de bala –que tras una investigación penal posterior se prueba que recibió el disparo como consecuencia de un accionar ilícito-, y también no debería ser sancionado ni perseguido, quien solicita ayuda a un médico para evacuar cocaína o droga encapsulada en su estómago que fue ingerida con fines de narcotráfico.

Citaron los magistrados el fallo "Jonkers de Sambo" de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la que se afirmó que: "si la autoridad pública no requirió de la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica que permitió expulsar las cápsulas con sustancias estupefacientes que había ingerido…sin engaño ni mucho menos coacción…no se advierte que haya sido violada la garantía de raigambre constitucional invocada sino antes bien concertada con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio de las potestades estatales".

Refutación del principio de reserva de la actuación médica y el ilícito del médico: para los jueces de este fallo "Gallo", las declaraciones realizadas por la mujer que abortó o la visualización del médico de rastros inequívocos de un aborto jamás pueden quedar en la esfera de reserva por ser conductas que afectan derechos de un tercero -artículo 19 CN-. Dicho tercero es el feto.

El delito, que tiene se encuentra legalmente tipificado, tiene su propio disvalor de acto y su afectación a un bien jurídico –en este caso vida-, constituye un delito ante el cual el médico se encuentra, según la propia norma, obligado a denunciar. La pregunta ahora es ¿el aborto se produjo en un estado de necesidad justificante que impida la conversión del injusto en un delito?. Para hacer frente a este cuestionamiento los jueces citaron un voto del ex juez de la Corte Antonio Boggiano, en el que se aplicó nada más y nada menos, que la dogmática penal sobre las causas de justificación: "…no cabe equiparar en forma mecánica, como lo hace el fallo impugnado, los supuestos de autoincriminación forzada con la situación de quien delinque y concurre a un hospital exponiéndose a un proceso. Este último realiza un acto voluntario con el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado. No es posible, en tal hipótesis, afirmar que existe estado de necesidad, pues el mal que se quiere evitar no ha sido ajeno al sujeto sino que, por el contrario, es el resultado de su propia conducta intencional…"

Respecto a la declaración del galeno, por tratarse de un delito, no está incluido dentro de su secreto profesional, por lo que al igual que pasa con los heridos de bala y las "mulas" del narcotráfico, tiene la obligación de dar aviso a la policía. Por ser un acto lícito, no es posible aplicar la teoría del fruto del árbol venenoso.

Refutación de la disyuntiva "muerte o cárcel": sobre este punto, los jueces consideraron que tal aseveración es una apreciación dogmática –tal vez sofística- que no resulta de aplicación para la totalidad de los fenómenos de la realidad, y carece de cualquier sostén empírico y científico. Primero, el delito tiene una pena ínfima que permite la excarcelación del imputado, por lo que su libertad puede no verse afectada en caso de una condena condicional. Más allá de esta especulación penológica, señalaron que la disyuntiva "muerte o cárcel" no está impuesta por el Estado, sino que nace de la decisión propia del victimario. Es decir, morir producto de las heridas producidas por el aborto o ser enjuiciada por

acudir a un hospital es una consecuencia ex post facto de un acto ilícito que es el aborto. La decisión de morir –en caso de no querer acudir a un nosocomio- o de riesgos a su salud es una decisión íntima de la propia mujer que dispone de su propio bien jurídico vida, luego de disponer de la vida de un tercero –la del feto-. Finalmente citó el tribunal: "…enfáticamente dice el juez Prats Cardona en el plenario "Frías", que no puede invocarse "el remanido argumento de que la amenaza de ser denunciada, coloca a la abortante ante el dilema de arriesgar su vida o perder su libertad. Todas las cosas tienen un precio que hay que pagar cuando el motivo determinante que las causa no ha sido extraño a la propia conducta…".En este caso, la decisión de ponerse en peligro –auto puesta en peligro de la propia víctima- impide que el dilema en cuestión pueda ser transmitido al Estado para justificar la desprotección al bien jurídico vida de la persona por nacer. En referencia al argumento de la impunidad por discriminación social: los jueces aceptaron que desde las más modernas teorías criminológicas, determinados delitos tienen sujetos activos de una determinada clase social, ya que los más pudientes pueden perpetrarlo con una complejidad mayor que impide cualquier sanción penal –clínicas privadas, abortos en el extranjero, abortos en aguas internacionales, etc-.

Para el tribunal, esa circunstancia no justifica la punición de aquellos que han cometido el ilícito, sino que en todo caso el Estado debería desarrollar políticas adecuadas para que todos los infractores sean ajusticiados sin importar su capacidad para no ser vulnerables al sistema penal. "…debe reeditarse aquí lo dicho por el juez Vigo en el caso "Insaurralde", por su claridad: "si bien es un lugar común en el pensamiento de los criminólogos modernos la idea de la discriminación social que genera el fenómeno de la 'cifra negra' en ciertos delitos, por los que sólo serían penados ciertos sectores de la población, tal circunstancia –que, en todo caso, pondría en evidencia ciertos defectos inherentes al sistema penal- no es razón ni excusa suficiente para sustentar una tesis con efectos desincriminantes" sino que impone, como sostiene el juez Iribarne en el citado fallo, "el agotamiento de toda instancia que asegure la correcta y general aplicación de la ley…". En esta inteligencia se concluye que no por ser apresados sólo integrantes de una clase social en un determinado delito –aborto, hurto, robo, etc- dichos delitos deberían ser derogados y no aplicados por los jueces.

En el caso "Zambrana Daza", nuestro más Alto Tribunal sostuvo que "el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material". Con referencia a la garantía que prohíbe la autoincriminación, la Corte dijo también que la autoridad pública no había requerido una activa cooperación de la imputada en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica solicitada. De igual modo se dijo que "tampoco ha existido una intromisión del Estado en el ámbito de privacidad de la acusada, dado que ha sido la propia conducta discrecional de aquélla la que permitió dar a conocer a la autoridad pública los hechos que dieron origen a la presente causa". El voto de minoría en el citado precedente, integrado por los ministros Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, se pronunció por la postura opuesta, afirmando que "la interpretación de la cámara establece un juego armónico de todas las normas que coliden en el examen del caso... El medio que permite ese juego integral está dado por la extensión del secreto profesional respecto del médico que es, a la vez, funcionario público".

En el mismo sentido se ha dicho que "Cuando la Constitución Nacional garantiza que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", hace efectiva alusión a la existencia de actuaciones prevencionales o judiciales ya iniciadas legalmente, en las que se protege al acusado de la autoincriminación forzada, lo que no ocurre en las situaciones aquí analizadas, puesto que al momento de la concurrencia al facultativo u hospital para su atención, más allá de examinarse si la situación ha sido o no tan desesperante que lo obligue a confiar un delito o surjan de su humanidad rastros o elementos reveladores de un hecho criminoso, no puede sostenerse en verdad que esté declarando en juicio… Véase que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la garantía de "no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable", pero ello "durante el proceso" (art. 8.2.g). Además, la mujer[231] que concurre en las condiciones referenciadas para su atención no aparece compelida por terceros ni por ninguna autoridad, sino en el entendimiento de que un profesional de la salud le proporcione los respectivos auxilios médicos, por cierto a consecuencia del hecho que ella misma causó o cuya causación consintió"[232].

El Tribunal Superior de Neuquén en oportunidad de pronunciarse sobre la citada garantía sostuvo que siempre ha tenido un neto carácter procesal, de modo que "si no existe proceso no puede válidamente afirmarse que rige el privilegio. Y en nuestro caso, es tan claro que no existe proceso cuando la abortante va al médico, que la misma formación del proceso nace por los dichos de éste. Nadie ajeno impone a la abortante a ir al médico; para que opere la garantía es necesario que la compulsión provenga de un extraño a quien la sufre"[233].

Volviendo a la doctrina de "Frías" se ha dicho recientemente que "En nuestro sistema de garantías la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, la que nunca podrá ser la sola finalidad de exponer al necesitado a un proceso penal… Es por este motivo que, más allá del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, resulta decisivo para la solución de este caso tener en cuenta que aquí no se encontraban en juego otros intereses que permitieran justificar el proceder de la médica, pues el transporte del estupefaciente ya se había frustrado, y nada indicaba que este sujeto estuviese en condiciones de seguir su plan. El imputado, a diferencia de lo que sugiere el recurrente, no le estaba pidiendo a la médica que se transformase en cómplice o encubridora de su delito, sino sólo que le salvase la vida… El Estado cuenta con suficientes herramientas para tomar conocimiento de los delitos sin necesidad de recurrir a los médicos para que delaten a sus pacientes en violación al secreto profesional, pues ello significaría privarle a una porción de la población, que por lo general suele ser la más vulnerable y necesitada -como lo son la personas utilizadas como mulas en el tráfico de droga- de gozar del derecho esencial a la vida y a la salud"[234].

Cuando la jurisprudencia ha tenido que abordar el tema, más que frecuente por cierto, de la violación de secretos por parte del médico en los casos de aborto, ha dicho que "si...hay casos en que por existir intereses jurídicos por encima del interés del secreto, se impone el 'deber de revelar' -tal el ejemplo de la ley 11.359 sobre enfermedades peligrosas, la ley 12.137 sobre enfermedades contagiosas y

[231] En el caso se trataba del ingreso por parte de la misma a un hospital público por un aborto incompleto.
[232] "G., N. S/ Sobreseimiento- Aborto" - CNCRIM Y CORREC - Sala VII - 17/04/2007.
[233] Tribunal Superior de Neuquén, causa "M., M.E.", del 14-4-1988.
[234] M. A., P. s/ nulidad". Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (30.04.2009)

transmisibles-, me pregunto cómo no puede permitirse la revelación del secreto para casos en que la noticia es nada más y nada menos que la eventual comisión de un aborto, que sin dudas, reviste una repugnancia mayor a todo el ordenamiento jurídico que las mencionadas con anterioridad”[235]. De ese modo, “Entonces debe atenderse que, en los casos de ingresos de abortantes a hospitales públicos, rige la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio por los "funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones" (art. 177, inciso 1°, del Código Procesal Penal)… Tal precepto debe ser integrado con lo dispuesto por la Ley 17.132, relativa al ejercicio profesional de la medicina, por cuyo art. 11 "todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer -salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal-... Congruentemente, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (art. 70), en cuanto a la obligación de denunciar delitos, establece que "El médico sin faltar a su deber, denunciará los delitos de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, de acuerdo con lo dispuesto por el C.P.. No puede ni debe denunciar los delitos de instancia privada contemplados en los arts. 71 y 72 del mismo código… Y aun más, desde la perspectiva de la deontología médica, muy claramente su art. 72 prevé que "Cuando el médico es citado ante el tribunal como testigo para declarar sobre hechos que ha conocido en el ejercicio de su profesión, el requerimiento judicial ya constituye 'justa causa' para la revelación y ésta no lleva involucrada por lo tanto una violación del secreto profesional. En estos casos el médico debe comportarse con mesura, limitándose a responder lo necesario, sin incurrir en excesos verbales”[236].

Al respecto tuvo oportunidad de pronunciarse la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en una causa que se inició con la recepción de un certificado precario médico de un hospital público en la oficina de guardia de una seccional policial, que daba cuenta del ingreso al nosocomio de una mujer que refería maniobras abortivas[237]. Allí el tribunal bonaerense sostuvo la plena aplicación de la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohibe la autoincriminación, del art. 8, ap. 2, g, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable", el art. 14, ap. 3, g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece la garantía de toda persona "a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable".

El fallo sostiene que la concurrencia de la mujer que había practicado las maniobras abortivas al hospital público no puede equipararse a que prestó un libre consentimiento para hacer públicos los signos de su accionar delictivo, ya que "el dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario"; así se señaló que la actuación autoinculpatoria de la procesada no ha tenido lugar en un marco de libertad. Recordemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su art. 8, ap. 3, que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su

[235] Caso Insaurralde.
[236] "G., N. S/ Sobreseimiento- Aborto" - CNCRIM Y CORREC - Sala VII - 17/04/2007.
[237] Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fallo del 7/6/2006, “E., A.T.”.

art. 14, ap. 3, g, que toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser obligada "a confesarse culpable".

Comentando este fallo, Edwards sostiene que Coacción significa la violencia o fuerza a la que es sometida una persona para obligarle a que diga o haga algo, pudiendo diferenciarse dos clases de coacción: a) la física o psíquica; y b) la inherente. La primera opera sobre el cuerpo o la psiquis del imputado, a fin de obtener algo de él (habitualmente su confesión), manifestándose mediante los más diversos actos, como resultan la tortura o los apremios, o los interrogarios capciosos o sugestivos; la segunda, denominada "inherente" por la jurisprudencia norteamericana en el célebre precedente "Miranda v. Arizona", del año 1966, consiste en la atmósfera de intimidación que rodea al individuo. Lógicamente que ni la concurrencia de una mujer que se practicó maniobras abortivas a un hospital público a fin de requerir asistencia médica, ni lo que pudo manifestar en dichas circunstancias al médico o a la policía, de ninguna manera pueden considerarse una confesión válida sobre el delito cometido, ya que se encuentra evidentemente coaccionada por su estado de salud que imprescindiblemente necesita del auxilio médico, encontrándose viciada dicha confesión para iniciar la persecución penal.

En un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal[238] se reivindica derecho a la salud y a la intimidad del paciente, debiendo siempre prevalecer el secreto profesional, a fin de evitar el peligroso dilema al que se somete a quien ha cometido un delito de elegir entre su vida o ser perseguido penalmente, más aún cuando la supuesta obligación de denunciar por parte del médico no tipifica el delito de encubrimiento. Así, se sostiene que el hecho que motivó nunca debió judicializarse, ya que la circunstancia de que la médica de la clínica privada no denunciara el presunto delito resultaba totalmente atípica[239].

Fallo Baldivieso: CSJN.

La mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por Lorenzetti, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay (estos tres últimos según su voto), en la causa "Baldivieso, César Alejandro s/ causa nº 4733"(2) resolvió hacer lugar a al queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada, declarar la nulidad de todo lo actuado en la causa y absolver a César Alejandro Baldivieso del delito de transporte de estupefacientes (previsto por el art. 5 de la ley 23.737) (Adla, XLIX-D, 3692) en calidad de autor.

Los hechos que dieron lugar a la intervención del Tribunal Oral en lo Criminal de Salta, tuvieron su origen el día 20 de Octubre de 2002 en ocasión que el encartado Baldivieso ingresa a la guardia de un Hospital Público donde se le diagnosticó que había ingerido cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína. En el año 2003 este Tribunal condena al imputado a cuatro años de prisión como autor del delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inc. C ley 23.737). el caso es tratado en Casación[240]. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que no se había violado la garantía que

[238] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, fallo del 30/4/2009, "M. A., P.".

[239] EDWARDS, Carlos E. "El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?". LL-2009-D-1.

[240] Sobre la admisión de este recurso se recomienda ver: PEREZ BARBERA, Gabriel; "Casación penal y posibilidad de control", en "Pensamiento penal y criminológico", nro. 11, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2007.

prohibe la autoincriminación (tema de objeción) apoyándose en el antecedente "Zambrana Daza" (fallos: 320: 1717). Finalmente la defensa de Baldivieso presentó la Queja entendiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en torno a su competencia, que se trata de una cuestión federal donde está en juego las cláusulas constitucionales que emanan de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Así se declaró procedente el recurso extraordinario en los términos del art. 14, inc. 3, de la ley 48.

Es de señalar previamente que el dictamen del entonces Procurador Righi expresó liminarmente: "el secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado como lo es la información acerca del propio estado de salud psicofísica. El carácter privadísimo de esa información y la sensibilidad de su revelación convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana" ("Ponzetti de Balbin c/ Editorial Atlántida", CSJN, Fallos: 306:1892).

Como eje central el fallo realza la consagración jurisprudencial de la prohibición de la autoincriminación. En forma implícita deja de lado la catalogación de "funcionario público" del médico que atiende en un hospital público.

De suyo esta circunstancia que abordo en todo el texto confiere especial significado, pues sólo basta cotejar valores en pugna para resaltar que es una problemática compleja. El voto en mayoría desde el comienzo focaliza la temática en dos planos: abstracto y concreto, diciendo: " En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud –una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como señala el Sr. Procurador General (art. 19 de la Constitución Nacional) – y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado". Con reiteradas citas al Plenario "Natividad Frías" (Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, año 1966) se concluye que "los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos", ponderación que debe resolverse "en base a la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución" .

Dice –además- que "el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado".

Se insiste en la mentada colisión de normas y de bienes jurídicos en juego para concluir –como adelanté- en la idea de que cuando exista tensión entre una garantía constitucionalmente reconocida y la necesidad estatal de perseguir y aplicar penas, en tanto ésta última no es sino expresión del poder punitivo.

La sentencia de esta manera se coloca en una posición de no validar cualquier revelación médica en el espacio sanitario[241] Se concluye en revocar la sentencia condenatoria, la nulidad de todo lo actuado

[241] El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha manifestado que; "...*Si bien, por una parte, el personal sanitario tiene la obligación de denunciar ante la evidencia de una conducta presuntamente delictiva con la finalidad de*

y la absolución del encartado.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte[242] considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.

Al respecto, la Corte entiende que la información obtenida por el médico en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que "el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente". Esta sentencia se inclinó en forma directa a favor del secreto profesional médico, estableciendo que el médico que tenga conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a una persona no está obligado a denunciar el hecho[243]. Tal secreto se extiende inclusive tras la muerte del paciente. Se trata de responder con silencio a la confianza depositada.

En el caso referido el máximo Tribunal señaló que así como hay un interés general en preservar la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, o entre el sacerdote y el penitente, el interés social en preservar la vida y la salud de las personas justifica el respeto al secreto médico[244].

De esta manera, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que "nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos". Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que "no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad". Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

La cuestión jurisprudencial se torna hoy un motivo de discusión doctrinaria de valía, ya que se examina la obligatoriedad o no de las resoluciones de los órganos internacionales de control de derechos humanos.

Por cierto "profusa doctrina de nuestro país ha tratado el tema y las opiniones han sido del todo divergentes"[245].

Oportunamente sostuve que "la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta de lo previsto por el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2° de la Ley 23.054 en cuya virtud se reconoce la

---

promover la formación de un proceso penal, por otra, ***no siempre puede iniciarse válidamente un proceso contra la persona que -impelida por razones de vida o muerte- ha debido someterse al tratamiento asistencial hospitalario estatal*** *..."*(Sala I, 6353 RSD-717-2, S 26/11/2002).

[242] Corte I.D.H., *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

[243] C. Tamayo e I. Sandoval, 2010. *El Derecho de las Médicas y los Médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. PROMSEX: Lima, Perú.

[244] O. Cabrera y M Hervia, 2009. *Secreto Profesional Médico y Servicio de Salud Sexual y Reproductiva en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Revista Argentina de Teoría Jurídica, Nro. 13, junio de 2009.

[245] Bianchi, Alberto; "Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad", La Ley, suplemento constitucional 2010 (setiembre), 15, La Ley, 2010 – E, 426, punto 4.

competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales son las condiciones de su vigencia (artículo 75.22 de la Constitución Nacional). Los fallos del Tribunal no son apelables, va de suyo que también son definitivos y los Estados Partes se comprometen a cumplir el mismo"[246]. Creo que el tema debe reexaminarse, veamos. En el caso "Almonacid Arellano" la CIDH en el párrafo 124 resolvió que "el poder judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas que se aplican en los casos concretos… el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. En el caso "Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú", en el párrafo 128, dijo que este control de convencionalidad debe ejercitarse incluso de oficio. Nuestra CSJN acepta la idea de control de convencionalidad en el caso "Mazzeo" (La Ley, 2007, - D, 426)[247] y va más lejos aun en "Videla" donde llama a la jurisprudencia de la CIDH como una "insoslayable pauta de interpretación"[248].

La Corte Suprema entiende que los tratados internacionales son "para – constitucionales", ocupan así el mismo rango en la pirámide jurídica con la constitución[249] Lo expresado precedentemente lo formulo en base a una idea predominante, cual es la siguiente: la Convención Americana de Derechos humanos, según su artículo 68. 1, dispone que serán obligatorias las decisiones de su órgano de control. Es obvio que la referencia está dada solamente a la CIDH . Existe una posición que apuntala la obligatoriedad y uniformidad de éstas resoluciones, sin margen para el disenso, lo que formaría de parte de la CIDH un derecho puro que los Estados signatarios deben cumplir a rajatablas.

Sería entonces muy útil observar estas reflexiones para la mejora del sistema: a. los tratados de derechos humanos forman parte de "un pacto de mínimos" entre los Estados (no de "máximos"); b. no se puede ni se debe aceptar un poder absoluto de parte de un órgano. No es sano el poder total y "soberano", el que de hecho contradice varias de las propias resoluciones de la CIDH; c. debe analizarse con meridiana claridad si el instrumento particular es aplicable a un solo Estado o a todos. Así también si el instrumento particular lo fue en torno a nuestro país o a otro y con respecto a nuestro país deberá estarse al caso particular y si el derecho que se intenta proteger en otro país tiene en el caso del nuestro mayor protección, por lo que en la especie se deberá a estar por la norma más favorable [250]; c. la CIDH ha seguido en todos los fallos fundacionales de doctrina a la CEDH, los que –de suyo- asisten a civilizaciones extrañas o ajenas a nuestras culturas, lo que ideológicamente resulta objetable[251]; d. proponer un carácter obligatorio de todo lo dispuesto por los órganos de control de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, sin introducir ningún matiz en su análisis, no cuenta con fundamento ni en el texto de los mismos tratados a los que se obligó el Estado, ni en la jurisprudencia de la CSJN; e. a ser personas el objeto de protección de los tratados de derechos humanos, no resultará obligatorio lo dispuesto en los instrumentos en la medida en que contraríen expresamente lo dispuesto

[246] Parma, Carlos: "Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 347.
[247] Fallos 330:3248. Considerando 21. CSJN
[248] Fallos 333: 1657. CSJN.
[249] Zanja una vieja discusión doctrinaria de época de la convención constituyente de 1994 donde Rodolfo Barra entendía la "infraconstitucionalidad" en tanto Liliana Carrió la "supraconstitucionalidad"
[250] El art. 41 de la CIDN dispone que las normas aquí dadas no pueden afectar a las normas que sean más conducentes a la protección de los derechos del niño. Se advierte aquí el resguardo que debe hacerse en torno a la vida del nasciturus, situación que el órgano consultivo (comité de derecho humanos) en la observación final nro. 41 violentó.
[251] Existen diversas objeciones políticas –públicas y notorias- en el año 2012 de mandatarios de varios países (Venezuela, Bolivia y Ecuador) referidas a la ideología de las resoluciones de la CIDH.

por el texto del tratado, o el derecho interno del país contenga normas más protectoras de los derechos de las personas. Será una consecuencia necesaria de la aplicación del principio *pro homine*[252].

La Opinión Consultiva del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Como se sabe el **Comité de Derechos Humanos** de Naciones Unidas es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este comité fijó su posición en defensa de la vida diciendo:"El deber jurídico impuesto al personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a aborto puede inhibirlas a los fines de obtener tratamiento médico poniendo en peligro sus vidas, por lo que el Estado debe tomar medidas para garantizar el derecho a la vida" [253]. Esto llevo al Comité de derechos Humanos a recomendarle al gobierno de Chile que establezca excepciones a la prohibición general de que todo aborto sea denunciado y tienda a proteger el carácter confidencial de la información médica[254]. No obstante ante el Comité se han planteado cuestiones de excepción que conducirían a cumplir con mayor efectividad los pactos Internacionales, tal es el ejemplo de Marruecos que a los efectos de lograr una mejor aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño dispensó a los médicos y sus ayudantes de la obligación de mantener el secreto profesional, para que puedan comunicar casos de violencia cometida contra niños de los que tuviesen conocimiento durante la práctica de su profesión[255].

Sobre el alcance de los derechos humanos:

Véase que cuando se habla de derechos humanos, aun en las peores hipótesis de protección en que se pueda colocarlos, éstos gozan de estabilidad es decir, no pueden ser limitados. La Convención Americana de Derechos Humanos [256] y el Pacto de Derechos Humanos [257] al regular los derechos que

[252] Ocantos, Jorge; " Instrumentos elaborados por los órganos de control de los tratados de derechos humanos. Su inserción en el derecho interno", La Ley, año LXXVI nro. 13, 18/01/12, ps. 3

[253] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15.

[254] *Cfr.* Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15

[255] Cfr. Comité de Derechos del niño, Respuestas escritas del gobierno Marroquí a las cuestiones, CRC/C/OPSC/MAR/Q/1/Add.1 (2005), pagina 3

[256] **Art. 27.** ***Suspensión de garantías***

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica)-, 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derecho del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de la disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

[257] **ARTÍCULO 4.** 1.- En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre

pueden ser limitados durante los Estados de Excepción determinan con claridad que la facultad concedida a los gobiernos en estas situaciones excepcionales es de solo "suspensión" de ciertos derechos, porque hay unos taxativamente enumerados que ni siquiera en los estados de excepción pueden ser suspendidos como es el de la dignidad humana y su intimidad. En la misma orientación se inclina el Estatuto o Tratado de Roma que instituye la jurisdicción penal universal y consecuentemente la Corte Penal Internacional [258].

.

Doctrina "Tarasoff".- Jurisprudencia de EE. UU.

En materia de secreto profesional médico no puede ni debe soslayarse el tratamiento de la llamada doctrina "Tarasoff". La jurisprudencia norteamericana registra un emblemático pronunciamiento en torno al secreto profesional y es precisamente el caso **"Tarasoff"**. Este caso derivó en una muerte que pudo haber sido evitada: Poddar reveló a su terapeuta que tenía intenciones de matar a su ex novia. El Psicólogo sabía perfectamente de quien se trataba: Tatiana Tarasoff. Ordenó la internación del joven en un instituto psiquiátrico por problemas mentales sin revelar la verdadera causa, pero lo médicos forenses determinaron que el estado de Poddar no requería internación y lo externaron. Dos meses más tarde, Poddar mató a Tatiana Tarasoff en la forma que había expresado[259].

---

que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2.- La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos **6**, **7**, **8** (párrafos 1 y 2), **11**, **15**, **16** y **18**.

3.- Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

[258] Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas .

[259] En más detalle los extremos fácticos fueron así: Prosenjit Poddar, nacido en India, llegó a estudiar a California en la década de los años sesenta, En ese estado conoció, en el otoño de 1968, a Tatiana Tarasoff, con quien inició una relación sentimental seria que Tarasoff decidió no continuar por disparidad de pensamientos. Durante 1969, con posterioridad a un viaje de Tarasoff a Brasil, Poddar buscó apoyo profesional psicológico y en agosto de ese año figuraba como paciente externo en el Cowell Memorial Hospital. En un comienzo fue visto por el Dr. Stuart Gold, psiquiatra, para posteriormente ser derivado al cuidado del psicólogo Lawrence Moore. En su novena sesión con Moore, el 18 de agosto de 1969, el estudiante le confidenció que iba a matar a una mujer, claramente identificable como Tatiana Tarasoff, cuando ésta retornase de Brasil. Dos días después, Moore notificó a la policía que Poddar sufría de una reacción esquizofrénica paranoide y que se encontraba en riesgo de dañarse a si mismo, o de dañar a otros. La policía del campus retuvo a Poddar quien fue internado en un centro asistencial pero fue liberado prontamente tal vez por la intercesión del Director de Psiquiatría del centro asistencial, quien solicitó al Jefe de Policía la devolución de la carta de Moore y ordenó a este último la destrucción de sus registros de la terapia, así como las copias de la carta enviada a la policía. En octubre siguiente Tatiana Tarasoff , al regresar de Brasil, continuó siendo acosada por Poddar, siendo acuchillada y muerta por éste el 29 de ese mes, al negarse a sus requerimientos. El Psicólogo Moore, en su testimonio judicial, reveló que Poddar había dado a conocer sus intenciones de matar a Tatiana durante las sesiones de terapia. Poddar fue condenado en primera instancia por homicidio en segundo grado. El juicio luego fue nulificado por vicios de procedimiento, Poddar absuelto se volvió a la India en libertad. Los padres de Tatiana Tarasoff, por su parte, decidieron querellar a la Universidad de California y sus psicoterapeutas. Una de la quejas contenidas en la demanda era que los psicoterapeutas no habían dado oportuno aviso a Tatiana Tarasoff, o a sus amistades, de las intenciones que tenía Prosenjit Poddar de matar a su ex novia. Tanto la Corte del Condado de Alameda, como la Corte de Apelaciones correspondiente, encontraron que no había razones para condenar, alegando esta última que al no existir relación alguna entre el psicoterapeuta y Tatiana Tarasoff, o sus padres, no existía, por consiguiente, la obligación de informar. La Corte Suprema de California, sin embargo, resolvió lo contrario. En su decisión final sostuvo, entre otras consideraciones, la siguiente: "… los terapeutas no pueden escapar a su responsabilidad simplemente porque Tatiana Tarasoff no era su paciente. Cuando un terapeuta determina, o de acuerdo a los estándares de su profesión, debiese determinar, que su paciente representa un serio peligro para otros, le asiste la obligación de ejercer cuidados razonables dirigidos a proteger a las victimas de tal peligro. El cumplimiento de este deber puede requerir del terapeuta tomar una o más medidas, dependiendo de la naturaleza del caso. Así, puede llevarlo a advertir a la posible víctima o a otros que puedan advertir a la víctima del peligro, notificar a la policía o tomar las medidas que sean razonablemente necesarias en esas circunstancias".

Los debates que tuvieron lugar en los Estados Unidos, en 1969, a raíz de este caso, sentaron las bases de lo que se conoce como *doctrina Tarasoff*, que sostiene que el médico debe romper el secreto profesional, cuando su no revelación implique riesgo de daños para terceras personas.

La misma doctrina ha construido una suerte de guías o protocolos médicos donde se recomienda que hacer ante casos de celotípicos con trastornos paranoicos[260]. National Commission, convocada por el Congreso de los Estados Unidos, que redactó el Informe Belmont (1978), hizo que la confidencia ceda ante problemas inminentes donde está en juego la vida de un tercero, imponiéndose la "ética médica" frente a la norma jurídica. A tal punto de considerar "delictuoso" el acto de retener información sensible que pueda dañar en forma artera a una tercera persona, quien –de suyo- no tuvo oportunidad alguna de saberlo y defenderse.

.

Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el precedente "Z. v. Finlandia" de la Corte Europea de Derechos Humanos[261], pondera los intereses en conflicto en la materia que venimos tratando. Tomaremos en su abordaje la exposición que hacen Caunedo y Gorstiaga[262].

"En varios procesos penales acumulados, se imputó a "X" la comisión de delitos sexuales -sucesivos en el tiempo en perjuicio de distintas víctimas. En el curso de la investigación, se había tomado conocimiento de que "X" tenía sida y existía la posibilidad de que se hubiera contagiado de su esposa, "Y", demandante ante la CEDH".

"La condición de esposos del imputado y la demandante, y la transmisión sexual de la enfermedad, otorgaban importancia a la precisión de las fechas en que la mujer había enfermado, y del eventual contagio al imputado, porque si era anterior a la comisión de los hechos, era posible ampliar la imputación por violación, a tentativa de homicidio".

"La mujer se negó a prestar testimonio contra su marido y el tribunal finlandés convocó entonces a los médicos que la habían tratado. Ante las objeciones de éstos, amparados en el secreto profesional -inclusive uno de ellos leyó una carta donde la mujer expresamente le había pedido silencio, el tribunal les ordenó declarar, conforme lo autorizaba la ley finlandesa en supuestos de delitos graves, e incorporó toda la prueba relativa a la atención de la mujer, a puertas cerradas y con carácter confidencial. Luego la mujer terminó declarando como testigo, atento a que las cuestiones que a ella concernían, de todos modos habían sido abordadas por el tribunal. Entre otras cosas, dijo que ella no se había contagiado de su esposo".

"Finalmente, la Corte de Apelación de Helsinki condenó a "X" por tentativa de homicidio en todos los hechos, porque entendió que por las fechas en que había enfermado su esposa y otras

---

[260] Walcott D M, Cerundolo P, Beck J C.; Current analysis of the Tarasoff duty: an evolution towards the limitation of the duty to protect. Behav Sci Law 2001; 19 (3): 325-43. Gutheil T G.; Moral justification for Tarasoff-type warnings and breach of confidentiality: a clinician's perspective. Behav Sci Law 2001; 19 (3): 345-53.

[261] CEDH, fallo del 25 de febrero de 1997; Recueil 1997-I. CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel."El secreto profesional médico". http://www.eldial.com.ar/publicador/03f/doctrinaRTF.asp?archivo=nt031242.asp&pie=DC364
&direc=2

[262] CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. "El secreto profesional médico". http://www.eldial.com.ar/publicador/03f/doctrinaRTF.asp?archivo=nt031242.asp&pie=DC364
&direc=2

circunstancias particulares, aunque él no se había hecho los análisis enseguida, conocía la alta probabilidad de su contagio y, consecuentemente, había obrado con indiferencia respecto de la transmisión a sus víctimas de violación, es decir, intencionalmente".

"Junto con la condena, la Corte de Apelación confirmó la decisión del tribunal de Helsinki de que los documentos del caso debían permanecer confidenciales por un plazo de diez años".

"En los periódicos finlandeses, que habían dado importante cobertura al caso, se mencionó el nombre de la demandante y su condición de enferma de sida".

"Varias fueron las objeciones planteadas ante la CEDH, y una de ellas fue, precisamente, la que aquí nos ocupa".

"La CEDH sostuvo *en lo que concierne a las órdenes obligando a los médicos y al psiquiatra de la requirente a testificar, la Corte destaca que ellas fueron expedidas a raíz de que Z había hecho uso del derecho que le ofrecía la legislación finlandesa de no deponer en contra de su maridoEllas tenían por objeto establecer únicamente, a partir del testimonio de los médicos, en qué fecha X había conocido que él era seropositivo o tuvo razones para sospechar de ello. A la época de los hechos estos testimonios eran susceptibles de jugar un papel determinante para responder a la cuestión de saber si X era solamente culpable de infracciones sexuales o si también, lo que es más grave, de tentativa de homicidio, en lo que concierne a las dos infracciones perpetradas antes del 19 de marzo de 1992, fecha en la cual X había tenido conocimiento de los resultados positivos del* test *de detección. No da lugar a dudas de que las autoridades nacionales competentes estaban en el derecho de pensar que intereses públicos extremadamente serios militaban a favor de la conducción de una investigación y de una persecución contra X por el cargo de tentativa de homicidio por el conjunto de las cinco infracciones cometidas y no simplemente por tres de ellas. La Corte destaca, por otra parte que, en los términos de la legislación finlandesa pertinente, no es sino en pocos casos que los médicos de la requirente podían ser constreñidos a testificar respecto de la requirente sin su consentimiento informado: en el marco de la investigación y de la persecución por las infracciones penales graves penadas al menos con seis años de prisión La audición tuvo lugar a puertas cerradas ante el tribunal de Helsinki, el cual había ordenado de antemano que su expediente, comprendidas en él las actas de declaración de los testigos, permaneciesen confidenciales. Todas las personas relacionadas con el procedimiento estaban obligadas a respetar la confidencialidad de estas informaciones, en su defecto, ello daba lugar a su responsabilidad civil y/o penal, de conformidad con la legislación finlandesa. La afectación a la vida privada y familiar de la requirente provocada por las medidas incriminadas estaba, pues, sometida a importantes restricciones y provista de garantías efectivas y suficientes contra los abusos. La Corte juzga que las órdenes precitadas, citando a testificar a los médicos de la requirente, se fundaban en motivos pertinentes y suficientes, correspondientes a una exigencia imperiosa dictada por las finalidades legítimas perseguidas existía una relación de razonable proporcionalidad entre estas medidas y las finalidades en cuestión no ha habido violación del artículo*".

“Sí consideró, en cambio, que había existido violación de las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto al término de confidencialidad de la información obtenida en el juicio y a la publicidad de la identidad de la reclamante y su enfermedad, de modo que condenó al estado finlandés a indemnizar a Z únicamente por ello”.

La reforma de la Ley 25.246.

En la anterior redacción del art. 277 del Código Penal, tanto el médico del hospital público como el médico de la clínica privada, tenía la obligación de denunciar los delitos contra la vida y la integridad física que conocieran al prestar los auxilios de su profesión, y en caso de omitir tal denuncia cometía el delito de encubrimiento, en la modalidad de favorecimiento personal, salvo que conocieran dichos hechos al amparo del secreto profesional; incluso, en la hipótesis del médico del hospital público, se plantea la cuestión de que aunque conozca el hecho al amparo del secreto profesional predomina la calidad de funcionario público, estando obligado a denunciar por el inc. 1) del citado art. 177 de la ley procesal penal nacional -Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Zambrana Daza"-.

Ahora bien, con la reforma de la Ley 25.246 al art. 277 del Código Penal, principalmente respecto a la omisión de denuncia, provoca una especialización del sujeto activo de dicho delito, pues se establece que solamente incurrirán en el delito de omisión de denuncia los que estuvieren "obligados a promover la persecución penal de un delito". En este aspecto, cabe destacar que únicamente puede ser autor de este delito los representantes del Ministerio Público Fiscal, la policía y los jueces, en las legislaciones procesales que permiten al juez iniciar de oficio la instrucción, ya que son los únicos sujetos que pueden promover la persecución penal de un delito.

Así, señala Donna que al especializar al autor y determinar que sólo podrán ser autores aquellos que estuvieren obligados a promover la persecución penal de un delito de esa índole, la ley deja sólo tres posibles personas: el fiscal, en los casos de sistemas acusatorios o semiacusatorios como el Código Procesal de la Nación, a las fuerzas policiales y a los jueces. El tipo penal transforma este inciso en un delito especial propio y que el obligado solamente es un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos"[263].

Al respecto la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "la redacción actual del inc. d) del art. 277 del Cód. Penal, modificado por la ley 25.246, exige para la configuración del delito de encubrimiento que el funcionario en cuestión sea de aquéllos obligados a promover la persecución penal -en el caso, por el delito de exacciones ilegales- y no simplemente de los obligados a denunciar la comisión de un ilícito; por lo tanto se trata de un delito de sujeto activo especial cuyo ámbito de posibles autores se circunscribe a los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, a los de las fuerzas del orden en su tarea prevencional y, en su caso, a los jueces cuando lo prevén los códigos adjetivos locales … Comete el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público el agente que omite denunciar un ilícito del cual tomó conocimiento -en el caso exacciones ilegales-, pues conforme el art. 177 inc. 1° del Cód. Procesal Penal éstos tienen la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que conocieran en el ejercicio de sus funciones"[264].

[263] Donna, Edgardo Alberto, Delitos contra la administración pública, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 511.
[264] C.N.C.P., Sala III, 27/11/01, Alderete, Víctor A. s/rec. de casación, L.L., 2003-A, 83.

Sostiene Edwards que la anterior redacción del art. 277 del Código Penal castigaba a quien omitía denunciar el hecho "estando obligado a hacerlo", contemplando una verdadera ley penal en blanco, puesto que el precepto estaba previsto en otra ley, concretamente el citado art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación que determina quién esta obligado a denunciar; conforme a esa redacción, hoy derogada, los médicos, tanto del hospital público como de la clínica privada, tenían el deber de denunciar, salvo que conocieran los hecho al amparo del secreto profesional. A partir de la reforma de la ley 25.246, se redujo el círculo de posibles autores del delito de encubrimiento por omisión de denuncia, por lo que ahora los médicos quedan excluidos de tal círculo, no pudieron ser sujetos activos de esta clase de favorecimiento personal; respecto del médico del hospital público, podrá plantearse la cuestión de si comete el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, conforme alguna jurisprudencia al respecto, como la del citado tribunal casatorio. Consiguientemente, la obligación que impone el inc. 2 del art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación a los médicos de denunciar los delitos que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, no tipifica el delito de encubrimiento por omisión de denuncia; tal atipicidad debería desalentar las numerosas, e innecesarias, denuncias que radican los médicos, que prestan sus servicios tanto en el ámbito público como privado, supuestamente para evitar cometer un delito, concentrándose en el cumplimiento de su deber como profesionales de la salud de preservar la vida, aunque se trate de una persona que aparentemente cometió un delito[265].

Una Visión del Derecho Procesal Penal Sobre el Secreto Profesional y su Guarda.

Los procesalistas en líneas generales han focalizado el cuestionamiento a la revelación del secreto médico en la violación a la garantía de no autoincriminación". En forma muy breve trataré este tópico.

Comenzaré por destacar el antecedente jurisprudencial dado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires cuando estableció que corresponde nulificar por presunto aborto un sumario criminal "si, dicho procedimiento tuvo como única causa de investigación la prueba involuntariamente producida por la imputada al exhibir su cuerpo y referir maniobras abortivas en procura de auxilio médico pues, visto que las manifestaciones de aquélla y la evidencia de los rastros corporales del delito constituyeron una consecuencia directa de su necesidad de asistencia médica, ellas no pueden ser utilizadas como elementos que posibiliten el despliegue de la actividad estatal persecutoria en tanto, lo contrario importaría una violación a la garantía que prohíbe la autoincriminación" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/06/2006, E., A. T., La Ley 04/07/2006, 5) .

La cuestión de la garantía de no autoincriminación se conecta directamente con la validez, admisión y legalidad de la prueba. Esto nos lleva necesariamente al debate de la incorporación de la prueba ilícita al proceso, es decir aquella que ha sido practicada en contravía de las ritualidades establecidas. La doctrina aparece dividida en dos posturas diametralmente opuestas. Mientras unos autores, partiendo de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la "inutilizabilidad" procesal de toda prueba obtenida ilícitamente, otro sector doctrinario, mayoritario en la actualidad,

[265] EDWARDS, Carlos E. "El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?". LL-2009-D-1.

restringe esta inefectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales. Por último, no faltan autores que optan por una posición intermedia entre los que circunscriben la ineficacia de la prueba ilícita a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales y los que, desde una posición más amplia, defienden la ineficacia de toda prueba en cuya obtención y/o práctica se han infringido normas procesales. Este debate doctrinal perdura en la actualidad [266]. La exclusión de la prueba mediante la nulidad es opinión dominante en el derecho procesal penal, abonada por la alegoría anglosajona (hoy teoría) del fruto del árbol venenoso[267], la que a su vez tiene una contracara en la dogmática procesal bajo la denominación de "la descontaminación del fruto"[268].

La Posición de Vazquez Rossi.

De estirpe procesal, las consideraciones que **Jorge Vazquez Rossi** practica sobre el fallo citado, merecen atención[269].

Según este autor, lo que sería el núcleo del conflicto del planteo del recurso interpuesto por el Ministerio Público y que llega vía inconstitucionalidad a la Corte Santafesina, es un caso "con netas implicancias axiológicas". Dice **Vazquez Rossi**: "... esta es la verdadera cuestión", aunque para él la discusión es "ideológica"[270].

Sostiene este comentarista que el "recurso en cuestión se ha interpuesto y resuelto en contra del imputado y que desde la óptica de un pretendido interés general"... "so pretexto de explicitar una posición represiva del aborto", violándose la doctrina del "doble conforme", pues la imputada no puede recurrir tal Sentencia de Corte.

Agrega **Vazquez Rossi** que la "denuncia, entendida como noticia calificada del delito (con cita de Leone), es por regla opcional: se puede anoticiar de un delito, pero no existe obligación de hacerlo (art. 177 del C.P.P. de Santa Fe). Tal regla reconoce dos excepciones, a saber: la primera, de índole negativa, prohibe hacerlo a parientes cercanos, y otra, de índole positiva, que obliga (los funcionarios...

[266] Miranda Estrampes, Manuel; "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal", J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, ps. 55.-

[267] La teoría del fruto del árbol venenoso ha tenido sólida aceptación en doctrina y jurisprudencia. Esto llevado al mundo probatorio nos indica que no solo es ilícita la acción de torturar, sino que igualmente es ilícita la confesión o declaración obtenida mediante tales actos de tortura; no solo es ilícito le interceptación telefónica o de comunicaciones en general, sino que también lo es las conversaciones interceptadas o los documentos obtenidos mediante la misma; de la misma manera que es ilícito el allanamiento domiciliario realizado sin autorización judicial, como todos los elementos de convicción que sean recaudados dentro de la misma; y es ilícita la captura sin orden judicial y la entrevista en la que por medio de interrogatorios ilegales lleva al indiciado a confesar e indicar el sitio donde tiene escondidos los objetos ilícitos.

[268] Es sugerente a este respecto el texto de ROBERT F. MAGUIRE, "How to unpoison the fruit The fourth amendment and the exclusionary rule", en *Journal of Criminal law, Criminology, and Police Science,* vol. 55 núm. 3, 1964, págs. 307-321. De acuerdo con este autor, criterios como el de preponderancia de evidencia (descubrimiento inevitable), origen independiente (fuente independiente), función capaz de borrar la mancha (vínculo atenuado), explotación de la ilegalidad, etc., pueden tener un tratamiento teórico acertado a partir de una exégesis metódica de las aplicaciones jurisprudenciales de la regla de exclusión. La propuesta del autor se cifra en modelos de causación entre actos ilícitos de la policía y el descubriendo de evidencia que se exponen con las nociones tradicionales de causación de facto, teoría *sine qua non* y causa próxima.

[269] Ver: " Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso"; Vazquez Rossi, Jorge; publicado en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley; del 28 de Setiembre de 1998, pág. 26 y siguientes.

[270] Vazquez Rossi, con subido tono crítico, formula apreciaciones hacia la composición de la Corte Santafesina, como así también sobre la terminología utilizada en la especie.

médicos, etc.). Este autor interpreta la frase "en cuanto a los atentados personales que conozcan al prestar los auxilios de su profesión", diciendo que "aquí se trata de aquellos actos en los que la persona atendida por un profesional del arte de curar evidencia señales o informa de haber sufrido una agresión de un tercero... porque se trata de proteger a la víctima". Cita en su apoyo la siempre solvente opinión de D'albora.

Entiende finalmente que el fallo se aparta de importantes antecedentes jurisprudenciales[271] e incurre en una errónea comprensión de la cuestión planteada, apartándose de una interpretación gramatical y sistemática de la ley, inclusive de los mejores precedentes doctrinarios.

La posición de D'albora.

Francisco D'albora, en oportunidad de analizar el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación reconoce ab initio que "el problema se ha planteado en los casos de aborto causado o consentido por la propia mujer". Criteriosamente el maestro procesalista selecciona jurisprudencia que impone silencio al médico. Sin embargo se plantea el interrogante de cómo sale ilesa de persecución penal la mujer (autora) en tanto son perseguidos los partícipes.

Dice D'albora que es censurable que se excluya a la mujer cuando el hecho lo anoticia un tercero. Así distingue que el médico no denunciará si le fue confiado el secreto.

Cuestiona el criterio de la Corte Nacional en el caso Zambrana Daza, porque el Estado no se puede valer de un delito para perseguir otro.

Concluye diciendo que "frente a la posible colisión entre el deber de denunciar y de guardar secreto profesional, aquel desaparece. Es que no puede otorgarse preferencia a la persecución del delito, anteponiéndolo a los valores cubiertos por el art. 156 del C.P., la situación no varía cuando se trata de un profesional funcionario", por ello corresponde –según este autor- declarar la nulidad de lo actuado[272].

La posición de Roxin.

Claus Roxin analizando el Código Procesal Penal Alemán sostiene que: "si un paciente no revela a su médico de la obligación de guardar el secreto profesional o retracta la dispensa anterior, la revelación no está permitida, sólo debe estar permitida por el derecho material bajo los requisitos estrictos del estado de necesidad justificante". Aunque admite que *la doctrina y la jurisprudencia dominantes defienden la opinión de que, aun una lesión del secreto profesional conocida por el Tribunal, no afecta la valorabilidad procesal penal de la declaración.* Si se sigue este análisis Roxin acepta que jurisprudencialmente se haya considerado el derecho de abstenerse de prestar testimonio cuando se trata de proteger la esfera privada del individuo frente a los intereses de la administración de justicia .

---

[271] Esto es virulentamente criticado por Héctor Hernández quien en un trabajo publicado en El Derecho de fecha 25 de Octubre de 2.000, titulado "Abortismo pretoriano", primera parte, dice que el único antecedente serio que podría computarse es el voto de Soler en oportunidad que fuera Camarista en Rosario, todo según cita de Creus en "Protección penal y procesal del secreto profesional", publicado por el Colegio de Magistrados de Santa Fe, pág. 57.

[272] Cfr.: Código Procesal Penal de la Nación" Comentado; D'albora, Francisco; pág. 303 y siguientes, Editorial Abeledo – Perrot; año 1999.

En síntesis este autor se inclina por la prohibición de interrogar y, dado el caso, una prohibición de valoración[273].

Se trata de un delito de Acción Privada

El delito de violación de secretos es de acción privada (ley 24.453/95; art. 73 del Código Penal).

Esto quiere decir que el ofendido, en este caso a quien se le ha violentado su reserva o esfera íntima, es quien debe “accionar”.

Aquí se exige el propósito de iniciar las medidas procesales útiles y pertinentes para que prospere la acción penal.

Este tipo de acción es subjetiva y objetivamente divisible. Desde la faz subjetiva, el juez no puede extender de oficio la querella a personas no comprendidas en ella y a consecuencia de la divisibilidad objetiva la sentencia debe limitarse a los hechos querellados[274].

Las acciones privadas se caracterizan por la necesidad de que el particular insta todo el desarrollo del proceso, manifestando en forma permanente el deseo de llevar adelante la pretensión punitiva[275].

Si se intentara la prescripción de una causa por este rubro, la misma por tratarse de una cuestión de orden público, debe efectivizarse con la presencia del Ministerio Público.

Si en un caso de violación de secretos se procediera de oficio, o en virtud de una simple denuncia, existiría un vicio sustancial de procedimiento que autoriza la NULIDAD de todo lo actuado[276].

Reflexiones necesarias sobre la guarda del Secreto Profesional. La Linea de “Tarasoff”.

La regla es que el secreto debe guardarse, debe cuidarse. No hay razón alguna valedera para que un Tribunal convierta en legal lo que es ilegal. Hay ciertas profesiones que en la relación con el cliente son verdaderos santuarios del sigilo. En los casos del sacerdote católico o el abogado esta cuestión no se encuentra controvertida: el secreto debe mantenerse siempre[277].

Pero en otras profesiones o actividades el conflicto sobre el secreto subsiste pues se encuentra en pugna la obligación ética y jurídica de resguardar el secreto conferido y la obligación impuesta al testigo de no ocultar, no callar la verdad o bien de obedecer una orden (arts. 275 y 239 del C.P.). Hasta se puede entender que es una consigna devenida de normas supralegales:La Convención Internacional de los Derechos del Niño contiene un baremo de principios, declaraciones y garantías a favor de los menores de 18 años cuyo eje central es “el interés superior del niño”[278]. La Convención sobre Derechos del Niño alude al **interés superior** de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para

[273] Cfr.: “ Derecho Procesal Penal”; Roxin, Claus; pág. 225 y 226; Editorial del Puerto; año 2000.
[274] Cfr. “Código Penal Comentado”; Breglia Arias – Gauna; pág. 248; Editorial Astrea, año 1993.
[275] Cfr.: “ Código Penal Comentado”; Dayenoff, David; pág. 147; Editora A-Z; año 1996.
[276] Superior Tribunal de Santa Fe; en L.L. 14 – 812; del 18/4/39.
[277] En el caso del abogado se entiende una revelación “limitada” en casos donde deba cobrar honorarios profesionales. Ver “ut supra”.
[278] El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Del texto de la Declaración de los derecho del niño del año 1959).

asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades[279].

Algunos autores piensan que el Juez puede relevar al profesional para que "diga lo secreto", pero que tal cuestión no obliga pero sí "autoriza". Otros entienden que directamente la "orden" del Juez generará una causa de justificación a favor de quien revele.

La doctrina ha venido a llamar a este tipo de testigos como "inidóneos", ya que no pueden ser admitidos como testigos. D'albora, en oportunidad de analizar el artículo 244 del Código Procesal de la Nación, cita en apoyo del rechazo categórico del testimonio del abogado en juicio, abundante jurisprudencia. Dice que "es inconcebible la declaración del abogado contra su cliente por hechos conocidos en el cumplimiento de su ministerio..."[280]

Es obvio que cualquier cosa que se diga en juicio prontamente tomará estado público. A excepción de los procesos en donde son imputados menores. Aquí la identidad del menor es reservada y los debates no son públicos.

Lo verdadero es que en un debate oral y público personas ajenas a la causa judicial tomarán contacto con lo "reservado". Podrá estar el periodismo en el propio debate "oral y público" y lo que es más la misma sentencia será un instrumento público conocido, es decir con posibilidad de difusión.

Si se trata de defender un interés personal (por ejemplo como víctima) el profesional estará habilitado a testimoniar cuestiones reservadas, como así también la temática puede tomar carriles de exposición cuando la víctima sea determinada o identificable.

La cuestión de los abogados como testigos en juicio tiene un tratamiento que tiende a universalizarse. En la Unión Europea el Código Deontológico de Estrasburgo del año 1988 establecía que la dispensa procede si el abogado tiene una previa autorización de su cliente. En tanto en países de estirpe anglosajona quedan relevados de guardar secreto profesional en los casos de narcotráfico (véase que el caso "Zambrana Daza" de nuestra Corte Nacional puso ese argumento entre otros para autorizar la denuncia), blanqueo de dinero, delito fiscal o delincuencia contra menores). Se ha dicho que en la "la prueba testifical, sobre los hechos objeto del juicio, encuentra ciertos factores a tener en cuenta como: si su cliente es imputado o no, si se releva de guardar el secreto profesional o no, si en definitiva el contenido de la declaración que efectúe será o no favorable para su cliente o perjudicará su defensa"[281]. La tendencia jurisprudencial en España y Alemania es considerar prueba ilícita en los casos que el abogado declara en contra de su ex cliente revelando el secreto profesional.

Bacigalupo entendía que se trataba en este caso de una "colisión de deberes" quien como testigo en un proceso, tiene la obligación de declarar lo que sabe, mientras que como médico, abogado o

---

[279] En igual sentido el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció lo siguiente:
El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. Así también el Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala: El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres. Se destaca que UNICEF (2010) publicó: "Guía de las buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas válidas para el proceso".

[280] D'albora, Francisco; "Código Procesal Penal de la Nación"; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p.439.

[281] Urbano Castrillo, Eduardo; "La testifical del abogado como prueba ilícita", Madrid, Actualidad Jurídica Aranzadi, 21 de Febrero de 2002, p. 2.

sacerdote tiene la obligación de guardar secreto[282]. Esta colisión se debate entre obedecer a un funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones (art. 239 del CP) y a la misma norma penal que lo demanda (art. 275 del CP) y por otro lado ser fiel al secreto conferido no revelandolo (art. 156 del CP).

Insisto en que no debe dejarse de lado el cualquier análisis el ***leading case*** **"Tarasoff, Vitaly vs. The Regents of the University of California"** (ver "ut supra") citado recurrentemente en las cátedras latinoamericanas y europeas. El juicio civil (que incluyó a otro profesional y hasta a los policías actuantes) se fundó en que la muerte de Tarasoff tenía relación causal[283] con la omisión de avisar a la víctima por parte del profesional, es decir ponerla al tanto del peligro que corría. El Tribunal resolvió que había responsabilidad por daños, por haber reservado el secreto[284].

Este caso **"Tarasoff**" sirve para dimensionar que no está dicha la última palabra en materia de "secreto profesional", pues tratándose de una cuestión estrictamente reservada, como es la relación psicólogo paciente, y habiendo inclusive los profesionales anoticiado de la cuestión a la policía, igual tuvieron responsabilidad civil por el siniestro. "Tarasoff" es en sí misma toda una doctrina que tiene como eje conductor la revelación de un secreto (en caso psiquiátrico o psicológico) toda vez que el profesional conozca de un peligro inminente para la vida o la salud de un tercero[285].

Hay otro supuesto que merece tratamiento especial. Se trata de los casos de **pacientes con Sida**, precisamente por su relación con la familia como así también con terceras personas con las cuales comparten agujas. Este tema fue debidamente tratado en el capítulo ……

Resulta significativo lo que Rosenbusch en su tiempo enseñaba, afirmando que la obligación de guardar secreto llegaba desde el Código Penal y desde el Código Civil, por ende el testigo no podía ser compelido a contestar cuestiones reservadas que le han sido confiadas por su calidad profesional, revelamiento que sólo puede hacer por decisión del interesado o del juez que lo releve[286].

Enseña Sayago que el secreto profesional médico es tan antiguo como la Medicina Occidental. Ya en el Juramento Hipocrático (uno de los más importantes documentos de la ética médica tradicional) se hace una clara alusión al mismo. Sin embargo, antes de Hipócrates parece que esta exigencia tenía un sentido muy especial, pues estaba referida a guardar secreto sobre los conocimientos que se poseían en la profesión. Dicho de otra manera, lo que los primeros médicos (sacerdotes, hechiceros y adivinos) guardaban con reserva absoluta era el "saber médico" que habían aprendido y no lo que les comunicaban los pacientes. Es a partir del mencionado documento, que se reafirma en forma escrita esta preservación del "conocimiento profesional" (capítulo 1, versículo 3) pero se agrega, además, otra obligación de confidencia respecto de las revelaciones del paciente (capítulo 2, versículo 5). Las características del secreto médico en el texto del juramento, indica que trasciende a lo estrictamente relacionado con el diagnóstico y terapéutica y se extiende al área de la vida privada del paciente. Según Diego Gracia, está

---

282 Bacigalupo, Enrique; "Lineamientos de la teoría del delito"; Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p.114.

283 Paciente hospitalizado por un trastorno delirante celotípico que explicita su idea de matar a su cónyuge en medio de crisis paranoide

284 Highton, Elena; "Responsabilidad por violación de secretos", en "La responsabilidad", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 646.

285 El caso "James Holmes" se inclina en esa dirección. Se le imputa que el día 20/7/12, dio muerte a 12 personas en Denver, EEUU, cierne como un novedoso caso.

286 Rosenbusch, Erwin; "La invocación del secreto profesional en la prueba de testigos"; J.A., 1945, Tomo III, p. 169.

claro que los límites de lo que debía quedar en guarda los ponía el médico: "El ámbito del secreto no lo establece el enfermo sino el médico" (1) lo que indica un claro paternalismo[287].

Se puede definir con García Sanz el secreto médico como "*derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros e incluiría toda información, conocida por el paciente y otra u otras personas pertenecientes a un círculo reducido, que la persona afectada no desea sea revelada o divulgada a terceros"*[288].

La existencia del secreto profesional y, concretamente del secreto médico, deriva de la existencia de la intimidad y del hecho de que el hombre es un ser social. El secreto médico profesional sería la consecuencia de un contrato y tiene índole pública en razón de que la observancia del mismo "viene exigida por el bien social". Dicho con más precisión, el buen funcionamiento de las profesiones sanitarias y su consecuencia, la preservación de la salud, tiene que darse en un marco de confianza para el paciente, lo que está garantizado por este secreto. Esto quiere decir que hay una razón individual: la intimidad, y una razón social: la correcta atención de la salud[289].

En los casos en los que exista una relación médico-paciente será el médico que viole el secreto profesional el sujeto activo del delito. Sin embargo, ofrece mayor dificultad la delimitación del círculo de sujetos activos en los casos de la *medicina en equipo* (hospitales, centros de salud, etc.), ya que la información confidencial de los pacientes es compartida por un conjunto de profesionales sanitarios ("*secreto compartido*") e incluso por profesionales no sanitarios ("*secreto derivado*"). En estos casos de división de trabajo (vertical u horizontal) rige el principio de confianza, que implica que multitud de profesionales conozcan los datos e historial médico del paciente. No obstante, el ostentar la condición de profesional sanitario no permite acceder a cualquier información médica, sino que el acceso a la misma debe ser en interés del paciente y ser necesario para su tratamiento. El Código penal, a diferencia de otros modelos de Derecho Comparado, no introduce un listado exhaustivo58 ni tan siquiera una cláusula genérica59 que permita delimitar las personas ligadas al secreto profesional[290]. El tipo penal sería aplicable a todas aquellas personas erigidas en "confidentes necesarios" pese a que sólo desempeñen tareas auxiliares, de manera que se extenderá a éstas también el deber de secreto. La figura del secreto medico puede ser analizada a al luz de lo preceptuado no solo por los códigos de ética internacional sino también a través de las distintas declaraciones que sobre la materia existen.

El deber de reserva se refiere a los *datos personales* o *de salud* que conoce el profesional por la relación de confidencia que mantiene con su paciente y que comprendería los datos revelados por el paciente y los descubiertos o deducidos por el sanitario[291].

Tipos De Secreto

El secreto médico admite distintas modalidades.

[287] SAYAGO, Roberto D. "El secreto médico: su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética". JA 2001-IV-1273.
[288] "EL SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO". JUDIT GARCÍA SANZ.
[289] Cuyás Matas; citado por SAYAGO, Roberto D. "El secreto médico: su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética". JA 2001-IV-1273.
[290] "EL SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO". JUDIT GARCÍA SANZ.
[291] "EL SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO". JUDIT GARCÍA SANZ.

Secreto Médico Absoluto: se trata de la negación inquebrantable de cualquier tipo de revelación. El médico no podrá confiar un hecho conocido a través de su profesión ni a sus colaboradores. Esta modalidad es utilizada en Inglaterra.

Secreto Médico Relativo (intermedio o ecléctico): aceptado por nuestra legislación y la del resto de América del Sur, convalida la revelación a personas y entidades correspondientes (con discreción y límites) del secreto médico siempre que hubiera una razón suficiente: "justa causa". En cierto modo, la revelación queda supeditada a casos de excepción.

Secreto Médico Compartido: variante del anterior, amplía el conocimiento a otro médico o auxiliar de un hecho de su profesión siempre que redunde en el beneficio terapéutico del paciente. Se trata de la asistencia ejercida por un equipo que proporciona un diagnòstico, pronóstico o tratamiento a un paciente. No sólo los distintos médicos actuantes tienen el deber sino también el personal de enfermería, laboratorio, farmacia, fisioterapia, terapia ocupacional, residentes, etc.

Secreto médico derivado: surge de la medicina institucional u organizacional. Hay una extensión del sigilo al personal que no es estrictamente médico. Aquí la referencia está dada al personal administrativo sanitario (difusión continua) como así también al personal de justicia o de empresas aseguradoras (difusión discontinua), etc.

Desde otra óptica al secreto en general se lo clasifica en: secreto natural, prometido y confiado[292].

Secreto natural: este secreto es independiente de todo contrato profesional y se extiende a todo lo que el profesional ha podido obtener por casualidad, por investigación o por confidencia de un tercero. No puede divulgarse, pues se trata de un precepto moral, resguardado por la deontología. Razones de índole natural (no dañar a otro) y de orden ético exigen la reserva.

Secreto prometido: en este caso hay un compromiso personal, un pacto entre partes en cuya base se encuentra la reserva prometida por el galeno.

Secreto pactado o confiado: emana de una promesa explícita o implícita hecha de antemano. Un contrato entre quien transmite la información y quien la recibe. Cuando este pacto viene de la mano de la profesión médica se habla propiamente del secreto profesional médico.

El secreto médico propiamente dicho se lo distingue en:

Secreto moral: supone una obligación genérica a las disposiciones sanitarias que deben regirse por las reglas de la discreción y confidencialidad hacia los pacientes. Los distintos códigos de ética médica solventan y resguardan este secreto.

Secreto contractual: está referido a la obligación sanitaria del médico, su equipo o personal administrativo. Deben resguardar el secreto de todo lo recibido confidencialmente motivo del acto médico.

Secreto legal: la normativa concreta exige guardar el secreto profesional.

El Secreto Profesional Del Médico y Su Deber De Guarda.

Los médicos y profesionales involucrados en la atención de los enfermos tienen el deber y la obligación de respetar y hacer cumplir el derecho de toda persona a su intimidad, cuyo límite puede ser

[292] Gisbert Calabuig, Juan A.; “Medicina legal y toxicología”, 6ta. Ed., Ed. Masson, Barcelona, 2005, ps. 93 y ss.

únicamente fijado por el interesado. Por lo tanto, el médico, salvo consentimiento expreso del paciente debe resguardar lo conocido en el ámbito de su ejercicio, salvo que exista un motivo considerado justificado.

Es más a fin de preservar la confianza social hacia la medicina y se precisa claramente que la autorización del paciente a revelar un secreto, no obliga al médico a tener que hacerlo.

En afán de buscar la equidad o una visión desde una correcta organización social fácil es observar que en la relación médico – paciente, éste último "está peor situado". Su condición y necesidad así lo muestra manifiestamente. Con base en Rawls, Thomas Pogge marcó la caracterización de una sociedad injusta en diez pautas de las cuales extraigo lo siguiente: 1. Los peor situados están peor absolutamente… 3. Los mejor situados no pueden imaginar la situación de los peor situados por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación de los segundos … 5. Los mejor situados pueden mejorar la situación de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por lo tanto, es evitable… 6. Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema… 7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad…[293].

La intimidad es un valor ético y jurídico amparado por la Constitución y por la legislación vigente en nuestro país, y como tal hay que demandarlo y protegerlo.

El derecho a la confidencialidad que tiene todo paciente es la única garantía para la defensa de su intimidad. Si en todas las profesiones debe existir el secreto profesional, es en medicina donde éste adquiere un grado de máxima sensibilidad ya que el médico no sólo es depositario de las más íntimas manifestaciones del cuerpo sino también junto al sacerdote, las del alma[294].

El deber de denunciar implica constreñir a los médicos y funcionarios a colaborar con la justicia para esclarecer la verdad de los hechos delictivos y, de esa manera, aplicar las penas programadas en la función represiva.

Ahora bien, el motivo de la imposición no es el mismo para los dos destinatarios. En el caso de los funcionarios es su vinculación con el Estado y su connatural responsabilidad por la persecución pública de la delincuencia lo que explica su inclusión en la disposición legal. Se trata de alguien que personaliza al Estado, está afectado esencialmente a los intereses globales de la sociedad jurídicamente organizada y, en esa función, sus actos, realizados de acuerdo con las formalidades del caso, cuentan con una preeminencia legalmente establecida.

Por su parte, el fundamente de las disposiciones que establecen a los médicos como denunciantes obligados radica, simplemente, en la circunstancia de ser propicia la profesión sanitaria al descubrimiento de ciertos graves delitos personales a raíz de prestar auxilio a la víctima de esos hechos. Por ello parece lógico que cada vez que atienda a la víctima del suceso criminal y no se verifique la posibilidad de un perjuicio para su asistido -con motivo de la denuncia- se le imponga el deber de comunicar a las autoridades encargadas de la persecución penal.

Conclusiones finales:

[293] Pogge, Thomás; "Propuesta para un dividendo sobre recursos globales", " Sur. Revista Internacional de derechos humanos", año 4, nro. 6, Red universitaria de Derechos humanos, Sao Paulo, 2007, ps. 145 y ss. En www.surjournal.org

[294] Secreto Profesional Médico **Jorge Fiorentino** **http://www.paideianet.com.ar/sm.htm**

Hacer ceder el secreto o la confidencia no es tarea sencilla para ningún derecho[295] por lo que el secreto debe resguardarse. Sin perjuicio de esto no es prudente instalar una política criminal deje impune ciertos delitos graves, que una norma tenga sólo valor simbólico o que no se ponderen adecuadamente bienes, derechos o valores en juego.

Una sociedad bien ordenada es aquella que está orientada a promover el bien de sus miembros, pregonaba Rawls[296]. La pregunta surge naturalmente ¿cuál es el bien de sus miembros a resguardar?.

Tal vez la pregunta final sea más sencilla de lo que nos podemos imaginar ... ¿el derecho tiene derecho a preguntar?. ¿Tiene algún límite el derecho en la indagación de la intimidad?.

Parece asistirle razón a Eser cuando enseña que “el ámbito médico ofrece un muestrario paradigmático de problemas de justificación. Este problema de justificación se convierte en un juego de técnica legislativa entre prohibición y permisión”[297].

La cuestión para algunos –cuando se debate la autorización o no de denunciar- se puede dirimir en la problemática de la **contradicción o inconsistencia** legislativa, ya que en la especie hay una norma que autoriza a denunciar y otra que impone el secreto. Esto exige dos condiciones insoslayables: a) Que dos o más normas se refieran al mismo caso o ámbito material y b) y que las normas imputen soluciones incompatibles.

Basándose en los estudios de Alf Ross, nuestro recordado filósofo Carlos Nino analizaba tres formas de contradicciones normativas: total – total; total – parcial y parcial – parcial. En nuestro caso estamos ante la más grave inconsistencia: total – total, la que puede graficarse didácticamente como dos círculos superpuestos[298].

Nino aclara que el criterio que utiliza la dogmática jurídica para ordenar jerárquicamente las normas de un sistema, puede formularse así: “una norma es superior a otra cuando de haber conflicto entre ellas, se consideraría válida la primera, no la segunda”[299]. Luego debe tenerse en cuenta también que la ordenación jerárquica de las normas depende también de lo que dispongan las propias normas del sistema (prelación).

Pero ¿a qué debe acudir un Juez en un caso difícil?. Dworkin se contesta “a los principios”. Estos no están canonizados, pues son dinámicos y cambiantes, crece entonces en importancia el llamado “razonamiento judicial”.

Dworkin intenta a través de “Hércules” (un juez omnisciente) solucionar los casos difíciles[300], recomendando que éste explique y justifique el derecho histórico y el vigente. Acepta que los principios guíen al Juez, pero rechaza la discrecionalidad de éste, pues si se admite la discreción judicial entonces

---

[295] La opinión autorizada de la Dra. Kemelmajer está a favor de defender el secreto profesional del abogado aún en el ámbito de la minoridad. Puede verse “El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa”; Kemelmajer de Carlucci, Aída; en Cuadernos de doc. Y Juris. Ad Hoc; año 5, nro. 9 – C, Diciembre de 1999, pág. 228.

[296] Cfr.: “Las teorías de la justicia después de Rawls”; Gargarella, Roberto; pág. 35, Editorial Paidos, año 1999.

[297] Cfr.: “ Nuevos horizontes en la ciencia penal”; Eser, Albin; pág. 39 y 40; Edición de la Universidad de Belgrano; año 1999.

[298] Cfr. “Introducción al Derecho”; tomo II, Miret, Luis, pág. 188 y 189, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo; año 1994.

[299] Nino continúa el análisis en “Notas de Introducción al Derecho”; Nino, Carlos; pág. 69 y siguientes, Editorial Astrea, año 1974.

[300] Cossio también pretendía que el Juez llene cualquier laguna del derecho. Para este pensador tucumano, los casos difíciles y las lagunas del derecho no existen porque existen jueces.

los derechos de los individuos está a merced de los jueces. Así el juez tiene *una función garantizadora*[301].

La temática cuando se resguarda el secreto de "un ilìcito" compromete tantos análisis dogmáticos que alcanzan las conductas inocuas tanto como la "la prohibición de regreso", que reza en su frontispicio "no todo es cuestión de todos"[302].

Lo secreto, como esfera íntima, sigue a la persona. No puede escindirse.

Nuestro art. 19 de la C.N. garantiza el derecho a la intimidad, al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vetando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio y supone que el sujeto tenga un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia e imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida aunque con algunos límites impuestos por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos[303].

El derecho a la intimidad debe ser preferente sobre el deber de denunciar o testificar cuando se refiera a datos del pasado (por ejemplo, el paciente le confiesa que se sometió a un aborto ilegal en el pasado). En cambio, la cuestión da un giro copernicano cuando se refiera al comportamiento futuro del paciente que pueden lesionar o poner en peligro bienes de otras personas (por ejemplo, le revela a su psiquiatra que en los próximos días va a matar a alguien – ver "Tarasoff"-)

En el ámbito de la salud, el profesional médico es confidente forzoso de quien solicita asistencia. La intimidad se refleja en una zona profunda y escondida de la persona, reservada, íntima y exclusiva. Cualquier intento de penetración en estas zonas íntimas, fuera de lo aceptable, se experimentan como una violación. Pero si fuera aceptado por el confidente es también –al menos- una intromisión. Por eso la *confidencia de algo íntimo es el mayor regalo que una persona puede hacer a otra.* De allí que utilizar ese regalo para difundirlo, como si la intimidad de alguien nos perteneciera, no puede tener protección jurídica ni menos aún convertirse en un deber de tal índole, mucho más cuando se hace con miras interesadas, buscando beneficios materiales, simple alivio a la carga que supone esta posesión de la intimidad del otro o refleja mera inconsecuencia y falta de interés o atención[304].

La confidencia no es una mercancía. En el caso estimo prudente excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confidencia que éste le hace con motivo del acto médico. En este caso podría operar una excusa absolutoria similar a la que ampara a los familiares del imputado en casos de encubrimiento por favorecimiento[305] o bien lo descrito en parágrafos anteriores.

---

301 Ver: "Los derechos en serio"; Dworkin, Ronald; pág. 146 y siguientes; Editorial Ariel, año 1989.
302 Parma, Carlos; "La prohibición de regreso en Günther Jakobs", Ediciones jurídicas cuyo, Mendoza, 2004, ps. 17.
303 STC 134/1999, de 15 de julio de 1999.
304 Comp. prólogo de JOSÉ DELFÍN VILLALAÍN BLANCO a la obra de Verdú Pascual, Fernando A. "Secreto profesional médico". Ed. Comares. 2005.
305 VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ EN LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL *CASO DE LA CRUZ FLORES*, DE 18 DE NOVIEMBRE

Cuando una persona pierde su intimidad, lo hace también su dignidad. De esta manera se emprende el derrotero hacia la vulneración de la estrella polar que es la libertad humana. A guisa de corolario y aunque suene a tautología en oportuno recordar que “el secreto mejor guardado es el nunca revelado”.

Bibliografía Básica

ÁBALOS, Raul; *Derecho Procesal Penal* ; Mendoza; Ediciones Jurídicas de Cuyo; 1993.

ABRAHAM, Tomás; “*Tensiones filosóficas*”; Buenos Aires, Sudamericana, 2001.

AFTALION, VILANOVA, RAFO; *Introducción al derecho;* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del derecho*; Barcelona, Gedisa, 1994.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro; *El neoconstitucionalismo transformador*; Editores Alberto Acosta y Esperanza Martínez, Quito, 2011.

AYÁN, Manuel; *Actividad Impugnativa en el Proceso Penal*; Córdoba; Advocatus; 1999.

AYÁN, Manuel; *Recursos en Materia Penal*; Córdoba; Lerner; 1985.

BALCARCE, Fabián: Derecho Penal . Parte Especial; Córdoba, M.E.L. Editor, año 2007.

BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal*; Bogotá, Temis, 1998.

BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales de Derecho Penal*; Bs. As.; Hammurabi; 1998.

BARBERA DE RISO, María Cristina; *Reglas penales constitucionales*; Editorial Mediterránea, Córdoba, 2005.

BELLUSCIO, ZANNONI; *Código Civil Comentado*; Bs. As.; Astrea; 1993.

BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal;* Buenos Aires, Hammurabi, 1995. BOUMPADRE, Jorge; *Derecho Penal. Parte Especial*; Corrientes; MAVE; 2000.

BIDART CAMPOS, Germán; “Teoría General de los Derechos Humanos”; Buenos Aires; Ed. Astrea; 1991.

BREGLIA, ARIAS GAUNA; *Código Penal Comentado*; Bs. As.; Astrea; 2001.

BROEKMAN, Jan; *Derecho, Filosofía del derecho y Teoría del derecho”;* Bogotá, Temis, 1994.

BUERES, HIGHTON; *Código Civil Comentado*; Bs. As.; Hammurabi; 2001.

CAFFERATA NORES, José (h); *El Imputado*; Lerner; 2001.

CAFFERATA NORES, José; *Derechos Individuales y Proceso Penal*; Lerner; 1968.

CANCIO MELIA, Manuel; *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*; Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

CARRERAS, Daniel; *Pensamiento Penal Vigente*; Córdoba; Advocatus; 1994

CATETZOGLUS, Alberto; *Derecho Procesal Penal*; Bs.As.; Hammurabi, 1999.

DE 2004.

CATHREIN, Víctor; *Principios fundamentales del Derecho Penal*; Barcelona, Editor Gustavo Gili, 1910.

CEVASCO, Luis; *Principios de Derecho Procesal Penal Argentino*; Bs. As.; ed. Oxford; 2000.

CLARIA OLMEDO, J.; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; Bs. As.; Ediar; 1962.

CLEMENTE, J.L.; *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*; Córdoba; Lerner; 2000.

CONASIDA, *El médico frente al Sida*; Méjico; Panacea editores; 1998.

COSSIO, Carlos; *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad;* Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

COURTIS, Cristian; *Desde otra mirada,* Bs. As., Eudeba, 2001.

CREUS, Carlos; *Derecho Penal, parte especial;* Bs. As.; Astrea; 1999.

CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge; "Derecho Penal". Parte Especial; tomo 1, 7ma. Edición, Buenos Aires, Astrea, 2007.

D'ALBORA, F.; *Código Procesal Penal de la Nación*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1999.

DAYENOFF, D.; *Código Penal Comentado*; Bs. As.; ed. A-Z; 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz; *Tipicidad e imputación objetiva*; Mendoza, DONNA, Edgardo; *Teoría del delito y de la pena*; Bs. As., Astrea, 1995.

DWORKIN, Ronald; *Los Derechos en Serio*; Ariel; 1989.

ECO, Umberto; *Cómo se hace una tesis*; Barcelona, Gedisa, 1977.

ESTRELLA, GODOY LEMOS; *Código Penal Comentado*; Bs. As.;Hammurabi; 1996.

FINNIS, J.; *Derecho Natural y la Ley Natural*; Bs. As. ;Abeledo Perrot; 2000.

FLORIÁN, E.; *Derecho Procesal Penal*; España; Bosch; 1934.

FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Parte Especial*; Bs. As.; Abeledo Perrot;1998.

FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1992.

FOUCAULT, Michel; *Vigilar y castigar*; Méjico; Ed. Siglo XXI; 1994.

FUKUYAMA, Francis; *El fin de la historia*; Buenos Aires; Ed. Planeta; 1992

GAMBRA, Rafael; *Historia sencilla de la filosofía;* Ed. Siruela;1999

GARCÍA CAVERO, Percy*; Tendencias modernasen la dogmática jurídico penal alemana.* En *"Más derechos" Nº1;* Argentina; Ed. Di Plácido; 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *El derecho la ley y el juez.* En *La democracia y el lugar de la ley*; Ediciones cuadernos Civitas, 1997.

GARDIOL, Ariel; *Manual de filosofía del derecho;* Ed. Astrea; 1979.

GARGARELLA, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls;* Ed. Paidós; 1999.

GHIRARDI, Oslen; "La semiótica en Miguel Herrera Figueroa"; *Semanario Jurídico;* Tomo 80; Córdoba; 1999

GHIRARDI, Oslen; *El razonamiento forense;* Cordoba; Ediciones El Copista; 1998.

GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes;* Bs. As., Astrea; 1987.

GOMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal* ;Bs. As.; Ediar; 1940.

GUIBOURG, Eduardo; *Pensar en las normas*; Ed. EUDEBA, 1999

GUTIERREZ, Alicia; *Pierre Bordieu. Las prácticas sociales;* Córdoba; Ediciones cátedra de la Universidad Nacional de Córdoba; 1997.

HABERMAS, Jürgen; *El discurso filosófico de la modernidad;* Madrid; Ed. Taurus; 1989.

HART, H; *El concepto del Derecho*; Buenos Aires; Ed. Abeledo Perrot.

HASSEMER, MUÑOZ CONDE; *Introducción a la Criminología; y al Derecho Penal*; Bs. As.; Tirant lo Blanch; 1989.

HERNANDEZ, Hector; *La justicia en la teoría egológica del derecho;* Buenos Aires; Ed. Abeledo Perrot; 1980.

JAKOBS y STRUENSEE; *Problemas Capitales de Derecho Penal Moderno*; Hammurabi; 1998.

JAKOBS, G.; *Fundamentos del Derecho Penal*; Bs. As.; Ad Hoc; 1996.

JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma";* Mendoza; Ediciones Jurídicas Cuyo; 2001.

JAKOBS, Günther; *Fundamentos del Derecho Penal;* En *El concepto jurídico penal de la acción ;* Ed. Ad-Hoc; 1996.

JAKOBS, Günther; *Sobre el estado de la teoría del delito; dirigido por Silvia Sánchez;* Ed. Civitas; 2000.

JAKOBS, Günther; *Sociadad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional;* Ed. Civitas; 1996.

JAUCHEN, Eduerdo; *Estudios sobre el Derecho Penal*; Ediciones Jurídicas Panamericanas; 1994.

KANT, Immanuel; *Crítica de la razón pura;* Chile; Ed. Ercilla; 1988.

KUHN, T.; *La estructura de las reoluciones científicas;*Méjico; Ed. Fondo de cultura económica; 1993.

LAJE ANAYA y GAVIER; *Notas al Código Penal*; Córdoba; Lerner; 1995.

LASCANO, Carlos (h), y otros; *Lecciones de Derecho Penal*; Tomo I y II, Córdoba; Ed. Advocatus; 2000.

LASCANO, Carlos (h) , *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Advocatus, Córdoba, 2002.

LEVENE, Ricardo (h); *Derecho Penal. Parte Especial*; Bs.As.; Zavalia; 1978.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA; *Instituciones de Derecho Procesal Penal*; Mendoza; Ediciones Jurídicas de Cuyo; 2001.

LUHMMAN, Niklas; *Ilustración sociológica*; Buenos Aires; Ed. Sur; 1973.

MANIGOT, M.; *Código Penal Anotado*; Bs.As.; Abeledo Perrot; 1978.

MARTINEZ PAZ, Fernando; "Introducción al derecho", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994.

MARTÍNEZ PAZ, Fernando y CARRERA, Daniel; *El mundo jurídico multidimensional*; Córdoba; Advocatus; 1996.

MAURACH-GÖSSEL-ZIPF; *Derecho Penal. Parte general.* Tomo II; Ed. Astrea; 1994.

MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*; Barcelons; Ed. PPU; 1990.

MOLINARIO, Alfredo; *Los delitos;* Tomo II; TEA; Bs. As.; 1996

NÚÑEZ, Ricardo; *Manual de derecho penal;* Córdoba; Lerner; 1999

NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*; Córdoba; Lerner; 1976.

NEUMAN, Elías; *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*; Buenos Aires; Ed. Universidad; 1995.

ODERIGO, M.; *Código Penal Comentado*; Bs.As.; Depalma; 1962.

OLIVERA AGUIRRE, Ricardo; *Derecho y Proceso*; San Luis; ed. Universidad Católica de Cuyo; 1996.

PARMA, Carlos; *El pensamiento de Günther Jakobs*; Ediciones Jurídicas Cuyo; Mendoza; 2001.

PARMA, Carlos; *Culpabilidad – lineamientos para su estudio-;* Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

PARMA, Carlos; *La Tentativa*; Ediciones Jurídica Cuyo; Mendoza; 1996.

PARMA, Carlos; "Código Penal Comentado", Tomo II, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2005.

PARMA, Carlos; "Derecho Penal Posmoderno", Lima, Perú, ARA Editores, 2005.

PARMA, Carlos; "Derecho penal convexo", Ediciones El Original, La Paz, Bolivia, 2008.

PARMA, Carlos; "Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PEREZ BARBERA, Gabriel; "Casación penal y posibilidad de control", en "Pensamiento penal y criminológico", nro. 11, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2007.

POPPER, Karl; *La sociedad abierta y sus enemigos;* Bs. As., Piados; 1967.

RAMELLA, Pablo y LLOVERÁS, Antonio; *Introducción al derecho*; Universidad Católica de cuyo; 1980.

RAWLS, J.; *La Teoría de la Justicia*; Fondo de Cultura Económica, México, 1997

RIVERA, J.; *Instituciones del Derecho Civil*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1993.

ROMBOLA, REBORAIS; *Código Penal Comentado*; Bs.As.; ed. Ruiz Diaz; 2000.

ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Perte General*; España; Civitas; 1997.

ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*; Bs.As.; del Puerto; 2000.

ROXIN, Claus; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*; B. As., Hammurabi; 2000.

ROXIN, Claus; *Problemas básicos del Derecho penal;* España; Ed. Reus; 1976.

SCHILARDI, María del Carmen; *Ciencia y Derecho;* Mendoza; Ed. EDIUNC; 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd; *El sistema moderno del Derecho penal;* Tecnos 1991.

SILVA SANCHEZ, Jesús M.; *Aproximación al derecho penal copntemporáneo;* Ed. Bosch 1992.

SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Bs.As.; TEA; 1978.

STANISLAWSKI. Estanislao; *El médico frente al sida; Méjico;* Ed. Consejo nacional de prevención y control del Sida (CONASIDA); 1989.

TALE, Camilo; *Lecciones de filosofía del derecho;* Córdoba; Ediciones Alveroni; 1995.

VALDOVINOS; *Código Penal Comentado*; Bs.As.; Abaco; 1979.

VELEZ MARICONDE, A.; *Derecho Procesal Penal*; Córdoba; Lerner; 1968.

WOJTYLA, Karol; *Acción y Persona;* Madrid; Ed. BAC; 1982.

YACOBUCCI, Guillermo; *La deslegitimación de la potestad penal;* Ed. Ábaco; 2000.

YACOBUCCI; *La deslegitimación de la potestad penal*; Abaco; 2000.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; *Tratado de derecho Penal;* Tomo VI; Buenos Aires; Ed. EDIAR; 1983.

ZAFFARONI, Raúl; *Manual de Derecho Penal*; Bs.As.; Ediar; 1991.

ZAFFARONI, Raúl; *Política Criminal Latinoamericana*; Hammurabi; 1982.

ZAGREBELSKY, Gustavo; "El derecho dúctil; Ed. Trotta; 1999.

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL

ALFIAGUAL, Alfredo; *Delito de violación*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1998.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; *Delito de espionaje telefónico, grabaciones ilegales y otros;* Caracas; Ed. Vadell Hermanos, 1992

BAJO FERNANDEZ; *El Secreto Profesional;* España; Anuario; 1980.

BAQUERO LAZCANO, H.; "La enseñanza del derecho penal según el modelo multidimensional"; *Seminario Jurídico*; Tomo 78; 1998- A; Córdoba; 1998.

BARREIRO, Alberto Jorge; "El delito de revelación de secretos"; *La ley española*; Tomo 3; 1996; pag 172.

BAYARDO BENGOA, Fernando; *La tutela penal del secreto;* FDCS; 1961

BERGSTEN, Schutz; *El delito de violación de secreto bancario; FCU; 1987*

BERTONI, Eduardo; "La tensión entre la libertad de expresión y el derecho penal"; *L.L.*; Tomo 2001-E; Buenos Aires; 2001; pág. 451

BLASCO, Francisco; "Vulneración al derecho de las comunicaciones telefónicas por la supuesta invalidez e ilicitud de la intervención telefónica y por falta de motivación"; *Revista general de Derecho;* Valencia; Lex;1996

BREGLIA ARIAS, Omar; "Algunas cuestiones particulares en el Código Penal argentino"; *J.A.; Nº 101 – fas. Nº7; Bs. As.;* 2002

BUONPADRE, Jorge; "Delitos contra la integridad sexual"; Corrientes; Mave; 1999; Pág. 237

CALCEDO ORDOÑEZ, Alfredo; *Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica;* Médica panamericana; 2000

CARRASCO ANDRINO, María del Mar; *La protección penal del secreto de la empresa,* Barcelona; CEDECS; 1998

CASTEX, VERME; *El secreto médico en la peritación*; Cuadernos de la Academia de Ciencias de Buenos Aires; 1998.

CATTUCCI, Silvina; *Secreto de las fuentes periodísticas*; Bs.As.; EDIAR; 1997

CHIOSSONE, Tulio; *Secreto Médico;* Universidad central de Venezuela; 1974

CHUVENIN, Dominique; *Le secret medical et`línformation du modole; Francia;* Presses Universitaries de Lyon; 1982

COROLEU I BORRAS, Wifred y SOFORCADA, M.; *El secreto médico;* Barcelona; 1922

CREUS, Carlos; Violación de secretos; Bs. As.; ASTREA; 1993

CZARNY, Natalio; “Ciberespacio y Derecho (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos temáticos)”; *E.D.;* Tomo 173; 1997; pág. 898

DE LUCA, Javier; *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*; ed. Ad Hoc; 1999

DESIMIONI, Luis María; *Secreto profesional o sigilo sacramental en La evidencia en materia criminal;* ABACO; 1998.

EDWARDS, Carlos; “El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?”, L.L., 2009, D – 1.

EDWARDS, Carlos; “El deber de confidencialidad del médico y la nueva postura de la Corte Nacional”, La Ley, Suplemento Extraordinario Penal y Procesal Penal, 75 aniversario, Setiembre 2010.

FARINELLA, Favio; “Privacidad en Internet” ; *L.L; Nº 37; Bs. As.; 2002*

FARINELLA, Favio; “Una necesidad del presente: las operaciones bancarias en internet”; *E.D.;* Rev nº 182; 1999

FERNANDEZ DELPECH, Horacio; *Protección jurídica del software*; Abeledo-Perrot; Bs.As.; 2000.

FIRRO, Guillermo; “Un nuevo desafío: el delito a través de Internet”; *L.L.;* Tomo F; 1997; pág. 710

FRÍAS, Pedro; “Comunicaciones y Privacidad”; *Rev. Entre Abogados*; Nº 2; San Juan; 1999.

GALINDEZ, Maricel; “Acceso ilegítimo a sistemas informáticos. La informática y el derecho a la intimidad. Necesidad de una reforma”; *E.D.;* Tomo 184; 1999

GALLINO YANZÍ, Carlos; *La antijuridicidad y el secreto profesional;* Buenos Aires; Víctor P. Zavalía; 1972

GHERSI, Carlos; *Derecho de daños. Economía, mercado, derechos personalísimos.;* Abeledo Perrot; Bs As.; 1999; Pág. 476

GHERSI, Carlos; *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación, Tomo II;* Hammurabi; Bs. As; 2000; Pág. 488

GODOY, García Ernesto; *Código de derecho médico (incluye capítulo de secreto médico);* Argentina, 1999

GONZÁLEZ GAITANO, Norberto; *El deber de respeto a la intimidad*; ed. Eunsa; España.

HERNANDEZ, Carolina; *Aborto consentido en Acción y prescripción en el Der. Penal*; Rosario Juris; 1995; Pág 69

HERNÁNDEZ, Héctor; Abortismo pretoriano; *E.D*.; 2000.

HERNÁNDEZ, Héctor; *Discurso Penal, Garantismo y Solidarismo*; E.D; tomo 168; 1996.

HERNÁNDEZ, Héctor; Superación de Natividad Frías. Luces y Sombras de un discutido fallo.; *ED*; Nº 9977; 2000.

HIGTON, Ekna; *La responsabilidad – homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg. Responsabilidad por violación de secretos;* Bs. As.; Abeledo Perrot; 1995; 347-351

ISLAS MAGALLANES, Olga; *Delito de revelación de secretos;* México S.E.; 1962

LARGUIER, Anne-Marie; *certificat médecauz et proffessionel;* París; Libraire Dalloz; 1963

LITWAK, Martín y ORAZI, Maximiliano; *La reparación de los daños a la personalidad producidos mediante la utilización de páginas WEB*; en GHERSI, Carlos; Derecho de daños. Economía, mercado. Derechos personalísimos; Bs.As.; Abeledo Perrot; 1999.

LITWAK, Martín; *Las redes informáticas y el agravamiento de la problemática en torno al mailing y a las bases de datos;* en GHERSI, Carlos; Derecho de daños. Economía, mercado. Derechos personalísimos; Bs.As.; Abeledo Perrot; 1999

LÓPEZ BOLADO; *Los médicos y el código penal*; Perú; ed. Universidad; 1994.

LUJAN PEÑA, Diego; *Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español;* Estudios penales- PPU; 1991; Pág. 457

MARTINEZ COBO, José; *El secreto médico en el campo penal;* Madrid; 1951

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel; "La protección penal del secreto médico en el derecho español"*; Actualidad penal* Nº 10; 1996

MARZOA, MIRAAS, RODRIGUEZ OCAÑA; *Comentario exegético al código de derecho canónico*; Comentario F. Loza; ed. Eunsa; 1997.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; "El secreto en el derecho penal colombiano", Editorial Leyer, Bogotá, 1998.

MONTAÑES DEL OLMO, Enrique; *El secreto profesional médico;* Madrid; Antibióticos; 1972

MORAS MON y DAMIANOVICH; *Delitos contra la libertad*; Bs. As.; Ediar; 1972.

MORENO CATENA, Víctor M.; *El secreto en la prueba de testigo;* Madrid; Montecorvo; 1980

MOSQUERA, Gerardo Raúl; "SIDA, ¿Presentación de la confidencialidad o deber de divulgación?; *L.L. 1992-E; 1992*

MUÑOZ CONDE, Francisco; *Violación de secreto y uso indebido de información privilegiada;* España; Instituto Andaluz de administración pública; 1998.

NIÑO, LUIS; "El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble", en "Garantías constitucionales en la investigación penal", Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, ps. 3/16

NUÑEZ, Ricardo; "Violación de secreto profesional y denuncia del aborto"; *L.L 1980 Tomo D;* pág 473

OTERO GONZALEZ, María del Pilar; *Justicia y secreto profesional;* Madrid; Centro de estudios Ramón Arecer; Universidad Carlos III; 2001

OTERO GONZALEZ; *La revelación del secreto de estado en los procedimientos penales (violación de secreto por funcionario);* Valencia; Tirant lo Blanch; 2000

PADILLA, Roberto E.; "Mediación en Internet: las nuevas ventajas y oportunidades que brinda la autopista informática; *L.L;* Tomo A 1997; pág. 729

PALAZZI, Pablo A.; "La informática jurídica y las autopistas de la información"; *J.A;* Tomo II, 1997; pág. 170

PARERAS, Luis; *Internet y derecho;* Masson; España; 1997

PEREZ VENEGAS, Francisco; "Secreto médico profesional y situaciones en conflicto*"; Revista general de derecho; Nº53 629/629; pág. 147-158*

REAL ACADEMIA DE MEDICONA Y CIRUGIA DE BARCELONA; *El secreto médico en orden a la sífilis;* Imprenta Federico Sánchez; 1992

REINALDI, Victor; "Responsabilidad de los Médicos por Transfusiones e Intervenciones Quirúrgicas no Consentidas"; *Rev. De la facultad de Derecho* (U.N. Córdoba); nro. 2; Córdoba; 1994.

RELDA, Oskar; "Secreto, aborto y exclusión de la regla de exclusión" ; *L.L.*; Tomo B; 1994; Pág. 553

RIGO VALLABONA, José; *Univ. Barc. Facultad de derecho;* 1962

ROMERO COLOMA, Aurelia; *Derecho a la información y libertad de expresión;* España; Bosch;1984; Pág. 45

ROMERO COLOMA, BOSCH; *Derecho a la información y libertad de expresión*; España; 1984.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *El secreto profesional de los médicos, en El aborto , problemas constitucionales,* Madrid, CEC, 1990

SAGÜES, Néstor Pedro; "¿Derecho constitucional a no curarse?"; *La Ley. Suplemento universitario. Casos Portillo- Bahamondez*; Bs. As.; 2001.; pag. 19.

SAMPAY, A.; *La filosofía Jurídica del articulo 19 de la Constitución Nacional*; Omega; 1965.

SÁNCHEZ CARAZO, Carmen; *La intimidad y el secreto médico;* Madrid; Díaz Santos; 2000

SANCHEZ CARAZO, Carmen; *Protección de casos de carácter personal relativos a la salud;* Madrid; Agencia de protección de datos; 1999

SANCHEZ FREYTES, Alejandro; "Violación de secreto particular"; *Revista del colegio de abogados de Córdoba;* Nº 17/18; Córdoba; Col. De abogados de Cba.; 1983; pág. 75

SANCHEZ MELGAR, Julián; "El delito de descubrimiento de secretos"; *Revista actualidad jurídica;* Tomo 462; Aranzandi; 2000; Pág. 1

SANCHEZ, Silvia; *Perspectivas sobre la política criminal moderna*; 1998.

SEGAL, María; *El aborto: ¿Facultad de denunciar o violación de secreto profesional?;* Pág 203

SODERO, E.; Aborto, Secreto y Argumentación Jurídica; *E.D*., tomo 179.

SOLSONA, Enrique; *Violación de secretos en Delitos contra la libertad;* Bs.As.; Universidad; 1987; Pág 97

SUCAR, Germán y RODRIGUEZ, Jorge; Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio"; *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal;* Tomo 8-B; Ad Hoc; Bs.As., 1998

TARDITTI, Aida; "Violación de secretos y sus efectos en un proceso por infanticidio (nota a fallo)"; *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias penales;* Rev Nº 35; Depalma, 1986

TERRAGNI, Marcos Antonio; *Derecho Penal*; Univ. Nacional del Litoral; Fac. Cs. Sociales; 1994

TOZZINI, Carlos A.; "La violación del secreto profesional del médico en el aborto"; *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*; Nº17; Depalma; 1982

¿? VAZQUEZ ROSSI, Jorge; Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso; *L.L.*(juris. Penal); 1998.

VERWAEST, Paul; *etude Médico-legale sur le secret,* París; A.Garal et E. Briere; 1892.

BIBLIOGRAFIA DE SITIOS WEB

BARTOLOMÉ, Alberto; “el juramento hipocrático explicado sin necesidad de palabras”; *Diario médico*. Obtenido de internet el 30 de noviembre de 2001: http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,81914,00.html

DIARIO MEDICO. Sección de normativa; “¿Falta cultura de la confidencialidad entre los médicos?; *Diario Médico.* Obtenido de internet: http://www.diariomedico.com/normativa/informes/secretomedico.html

DIARIO MEDICO. Sección de normativa; “El secreto profesional del médico ante el requerimiento judicial” *Diario Médico.* Obtenido de internet: http://www.diariomedico.com/asesor/mercantil/n090697.html

ESCUDERO, Javier; “Es necesaria una regulación urgente del secreto profesional”; *Diario Médico.* Obtenido de internet el 11 de abril de 1997: http://www.diariomedico.com/normativa/norm110497combis.html

ESTEBAN, Marta; “El supremo condena a un médico por violar el secreto profesional”*; Diario Médico*. Obtenido de internet el 25 de abril de 2001:

GIL, Carlos “El secreto prima sobre la intención homicida del enfermo psiquiatrico”; *Diario Médico*.; Obtenido de internet el día 23 de julio de 1999

HEITZMANN, Teresa; "Los médicos violan el secreto de modo ocasional por inconsciencia" comentado por Carlos Gil; *Diario Médico.* Obtenido de internet el 24 de diciembre de 1999: http://www.diariomedico.com/normativa/norm241299com.html

http://www.diariomedico.com/normativa/norm230799com.html

http://www.diariomedico.com/normativa/norm250401comcuatro.html

MOREN, Patricia; “El secreto profesional se puede romper por un delito importante”; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 23 de octubre de 2001: http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,68059,00.html

PELAYO, Santiago; “Médico, Código Penal y revelación de datos”. *Diario Médico*. Obtenido de internet el 7 de julio de 1999: http://www.diariomedico.com/normativa/norm070799combis.html

PEREZ GALLEGO, Roberto; “El secreto médico es un deber jurídico y no un privilegio”. Comentado por Carlos Méndez Zamora. *Diario Médico*. Obtenido de internet el día 12 de marzo de 2002: http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,119029,00.html

REVUELTA, Pablo; “Condena por violar el secreto, pese a existir riesgo para terceros”; *Diario Médico.* Obtenido de internet el 14 de enero de 2000: http://www.diariomedico.com/normativa/norm140100com.html

SANCHEZ CARAZO,Cármen; “Aspectos éticos y legales de la intimidad y el secreto médico” comentado por M.Esteban; Diario Médico. Obtenido de internet el 23 de noviembre de 2000; http://www.diariomedico.com/normativa/norm231100comtris.html

TEJERINA, Marina; “Los datos clínicos, el secreto mejor guardado de internet; *Diario Médico*. Obtenido de internet: http://www.diariomedico.com/grandeshist/internetysalud/uno.html

VERDÚ, Fernando; “El secreto profesional del médico una carencia constitucional” *Diario Médico*. Obtenido de internet el 8 de noviembre de 2001: http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,74008,00.html

Delitos contra la Libertad de Trabajo y Asociación

Por **María Ángeles Ramos y Javier De Luca**

Art. 158: ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada."***

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación.

Antecedentes.

La redacción actual de delito del art. 158 del Código Penal tiene como antecedentes los proyectos de 1891 y 1906, las leyes 2873, 4189 y 7029, y el artículo 186 del Código penal italiano de 1889.

El Código Penal de 1886 no tenía un título sobre los delitos contra la libertad de trabajo y asociación. Fue recién con el Proyecto de 1891 que en el artículo 187 se castigaba con prisión de seis meses a dos años al que obligare a un obrero, con violencias o amenazas, a tomar parte en una huelga. Tenía inspiración en la legislación italiana que ya lo había previsto como una forma específica de afectación a la libertad. Por otra parte, en la exposición de motivos se fundamentó la autonomía de esta figura frente a las previstas para los delitos contra la libertad individual en el concepto de que, así como la libertad del trabajo estaba especialmente garantizada por la Constitución Nacional, resultaba apropiado considerar la violación a esta garantía como un delito distinto a los demás.

El Proyecto de 1906 redactó tres artículos por los que se diferenciaban las conductas de: 1) quienes ejercieren violencias o amenazas sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga; 2) quienes impidieran el ejercicio de la industria o el comercio; y 3) quienes por maquinaciones

fraudulentas, sospechosas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal tratare, con un fin interesado, de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

En ese orden se redactaron el artículo 165 con prisión de seis meses a dos años; el 166 con prisión de un mes a un año; y el 167 que penaba la conducta con multa de dos mil a diez mil pesos.

Surge de la exposición de motivos de aquella reforma que *"En el capítulo cuarto del título de que nos ocupamos hemos previsto dos delitos que no existen en el código actual, y cuya creación era necesaria para garantir la libertad de trabajo e industria. Esos delitos consisten: el primero en emplear violencias o amenazas contra otro para restringir o impedir el ejercicio de su industria o comercio, y el segundo en valerse de maquinaciones fraudulentas, sospechosas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, para desviar con un fin interesado la clientela de un establecimiento comercial o industrial"*[1].

Regía también la ley 7029 de seguridad social –de 1910–, que contenía algunas disposiciones relativas a la materia que dirigidas a reprimir determinados movimientos obreros y constituía una verdadera ley de clase[2]. Como ejemplo, podemos citar: la prohibición de cualquier asociación o reunión de personas que tuviera por objeto la propaganda de las doctrinas anarquistas, o la preparación e instigación a cometer hechos reprimidos por las leyes de la Nación y la utilización de emblemas, estandartes o banderas conocidas como características de una asociación prohibida, ya sea que se tratare de una reunión pública en un local cerrado o al aire libre. A partir de estas conductas el Estado estaba habilitado a disolver la formación de esos grupos o impedir que su reunión. Esta atribución otorgada a la autoridad pública tenía fundamento en el objeto de la prohibición pero, también, en la obligación de solicitar previamente autorización a la autoridad local por parte de las sociedades, asociaciones o personas que quisieran celebrar una reunión pública. Si existía el permiso pero la autoridad determinaba que la reunión constituía el objeto prohibido por la ley, estaba legitimada para ordenar la disolución del encuentro.

El Proyecto de 1917 actualizó los contenidos de esta materia que tuvo en cuenta las diferentes formas de relación entre obreros y patrones. Por ejemplo se encontraba prevista como forma típica la conducta de los patrones que ejercieran coacción sobre sus obreros o empleados, para que abandonasen la sociedad gremial a la cual pertenecían voluntariamente o para que ingresaran a otra; y también sobre sus propios colegas de industria o comercio para que secunden el cierre o *lock-out* decretado con propósitos de resistencia[3].

---

[1] MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, págs. 42 y 43.
[2] MORENO, Rodolfo (hijo), op.cit., pág. 44.
[3] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aries, 1992, pág. 421.

Hasta aquí hemos enunciado todos los elementos que influyeron en el Código Penal de 1921. Estas bases sirvieron para elaborar un precepto que tuviera en cuenta la protección de la libertad individual que abarcara la protección de la libertad de trabajo y asociación de los obreros contra los patrones o empresarios pero, también, la de éstos mismos entre sí o entre patrones o empresarios entre sí.

Hasta el Código de 1921 se castigaba al obrero que pretendía imponer una huelga; con la reforma, se pasaron a reprimir las dos formas de violencia posible: la del empleado y la del empleador. En todos los casos debía determinarse una forma violenta o coactiva, según se trate.

Se destacó que en lo que se refiere al delito de propaganda desleal y maquinaciones fraudulentas, debía estar presente el elemento del "provecho" para el autor por ser éste el que da el carácter al delito.

Sin embargo, la ley de facto 17.567 (1968) derogó el artículo 158 por considerar –según la Exposición de motivos– que la inclusión de los delitos de amenazas y coacciones (art. 149 bis) tornaba innecesario establecer otros sobre libertad de reunión, trabajo y asociación[4]. Este artículo recobró vigencia por la ley 20.509, y fue mantenido por la ley de facto 21.338.

Por otro lado, el artículo 159 mantuvo su redacción original, variando únicamente la penalidad prevista que pasó de ser multa a pena de prisión de un mes a un año. El Proyecto de 1906 llamaba a este delito *propaganda desleal* caracterizó la acción con el requisito de que el autor obrare *"con un fin interesado"*. Sin embargo, esa frase fue sustituida en el Proyecto de 1917 por la frase *"en provecho propio"* que permitió circunscribir el aspecto subjetivo a un acto de carácter lucrativo.[5]

Compulsión a huelga o boicot y Lock-out.

Art. 158: *"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón,*

[4] FONTÁN BALESTRA, op.cit. pág. 422.

[5] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992, pág. 163.

empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada."

Bien Jurídico.

Como puede verse de la ubicación del delito en el Libro II, Título V, se deduce que el bien jurídico es la libertad. Sin embargo, como sabemos, la libertad es un término que importa muchos aspectos y, con ello, una gran cantidad de posibles ofensas y, además, como atributo de la personalidad, puede verse menoscabada de diferentes maneras.

Vemos que la Constitución Argentina, ya en el Preámbulo contiene, entre las declaraciones y propósitos, el de asegurar los beneficios de la libertad[6]. En este sentido, la redacción del artículo 158 del C.P. tuvo en cuenta un aspecto esencial que permite identificar con precisión esta forma específica de lesión a la libertad, ésta es, como derecho laboral o como libertad de actuar[7] frente a un derecho de esta clase.

Los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional reconocen a todos los habitantes de esta Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y, también, el de asociarse con fines útiles. Además, este derecho está reconocido por diversos Pactos Internacionales[8] que componen el bloque de constitucionalidad del artículo 75, inc. 22. Este es sin dudas el valor que ha tenido en cuenta el legislador para justificar su dictar una disposición que castigue aquellas conductas que atenten contra este derecho, pero no todos los atentados que puedan cometerse contra este derecho sino únicamente aquellos que ofendan la libertad de trabajar o asociarse de obreros y patrones en sus ocupaciones específicas[9].

Carrara llamaba a este delito *coalición o huelga industrial*[10] que podía adquirir dos modalidades: por un lado aquella orientada a afectar la libertad de un número indeterminado de personas y aquellas acciones que ocasionen un obstáculo a la libertad de un individuo determinado para ejercer su derecho al trabajo. Consideraba que el primer caso es un supuesto de afectación a la tranquilidad pública que no ha sido tratado por el legislador y que ocurriría cuando las personas que trabajan en la industria, la fabricación o el comercio, se ponen de acuerdo para hacerlos cesar, con miras a obtener una ganancia mayor de la acostumbrada. Carrara argumentaba que en estos casos la

---

[6] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 261.

[7] NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino,* parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.

[8] El artículo 23 de la CADH; los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 22, inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[9] NÚÑEZ, Ricardo C., op. cit., pág. 139.

[10] CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000, pág. 403.

acción que deriva en la afectación a un número indeterminado de personas es una condición accidental y no esencial. De esta manera explicaba la razón por la cual el legislador no la había incluido dentro de los delitos contra la tranquilidad pública[11]. Por otro lado quedan aquellas acciones dirigidas a ofender un aspecto de la libertad de un individuo determinado, el derecho a trabajar del que dispone toda persona en cuanto *"… es libre de disponer, tanto de sus brazos y de su inteligencia, como de sus mercancías y de sus bienes, y sería una tiranía evidente, alejada por completo de los sacros principios de la libertad del comercio y de la civilización moderna, una ley que (no limitándose a simples medidas de policía o a providencias de política económica) osara blandir la espada de la justicia penal contra un obrero o un jefe de talleres, porque al primero le parece que no le trae cuenta trabajar por escaso salario, o porque el segundo dice que no le conviene tener en el trabajo gentes que con sus salarios absorben todas las ganancias."*[12]

Tipicidad.

El tipo penal vigente en el artículo 158 del Código Penal tiene dos clases de acciones típicas; por un lado aquellas que atentan contra la libertad de trabajo y aquellas que lo hacen contra la libertad de asociación.

La acción penal es de naturaleza pública (artículos 71, 72 y 73 del Código Penal).

Del tipo penal se desprenden las siguientes conductas punibles:

a) Ejercer violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o *boicot.*

Tipo objetivo.

Acción.

[11] CARRARA, op.cit, pág. 403.
[12] CARRARA, op.cit., pág. 405.

Tradicionalmente la doctrina sostiene que el delito requiere que el autor emplee fuerza física sobre la víctima o compulsión física[13]. Esa limitación puede ser discutible a la luz de lo que se sostiene sobre otros delitos que tienen una redacción similar, donde los autores admiten que también comprenden la violencia moral, psíquica, o vis compulsiva. En cualquier caso, aun la posición restringida, deberá admitir que si por intimidación o coacción se obliga a otro a hacer o no hacer algo contra su voluntad, habrá un concurso con el delito de coacción.

La violencia puede ser mínima, pero siempre capaz de producir el efecto buscado con la acción, porque la violencia debe ejercerse para obligar al obrero que no quiera hacerlo, a participar en una huelga o boicot. Con lo cual, la violencia posterior a la huelga resulta atípica.

Lo que se castiga no es la huelga o boicot sino la compulsión violenta a tomar parte. Como explica Donna, *"…la doctrina se ha encargado de aclarar, repetidamente, que no se pena, en modo alguno la huelga o el boicot, sino el ejercicio arbitrario de los procedimientos indicados, a través del compelimiento violento sobre otras personas para que tomen parte en la huelga o boicot."*[14]

La violencia física exigida no se restringe las lesiones, sino que en este delito puede consistir en una breve privación de la libertad[15], quemaduras con fuego o ácido[16], el uso de narcóticos[17], etcétera. Se sostiene que no contempla la ruptura de objetos, pero, nuevamente, aparece el asunto de la intimidación mediante esos daños a las cosas muebles, de relevancia para operar sobre la voluntad del sujeto pasivo.

Recuérdese que la mayoría de la doctrina sostiene que no queda comprendida la violencia moral, las amenazas e insultos.[18]

Sujetos.

Sujeto activo y pasivo de este delito es un obrero que, para un sector de la doctrina[19] debe ser entendido en un sentido limitado, como quien desempeña un trabajo manual con independencia de la

---

[13] MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos,* tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996, pág. 156. En el mismo sentido NÚÑEZ, Ricardo, op.cit., pág. 140.
[14] DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal, parte especial,* tomo II-A, ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fé, 2001, pág. 387.
[15] MOLINARIO, op.cit., pág. 157.
[16] NÚÑEZ, Ricardo, op.cit., pág. 143.
[17] Artículo 78 del Código Penal: *"Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos y narcóticos."*
[18] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 422. Coincide con esta posición DONNA, op. cit., pág. 388.
[19] NÚÑEZ, Ricardo, op.cit., pág. 143.

modalidad o rango remunerativo. De esta manera, para esta posición, quedan de lado aquellos prestadores de un servicio laboral como maestros, jueces, empleados, médicos, etc., porque no realizan trabajos manuales. En estos casos la conducta sería atípica de la figura del artículo 158 aunque podría tratarse de otro delito.

Con relación a esta última posibilidad, Fontán Balestra considera que se trataría de un supuesto de vacío legal porque *"…el tercero no obrero que adecue su conducta a la descripción de la figura que examinamos no será punible ni en virtud de ella, por faltarle la calidad especial de obrero, ni de la disposición del segundo párrafo del artículo 149 bis como coacción. Esto, a raíz de que el artículo 158 es específico respecto al artículo 149 bis y, por lo tanto, lo desplaza… Lo dicho, de lege lata, porque de lege ferenda debió derogarse el artículo 158 como lo hizo la ley n° 17.567 al establecer las amenazas y coacciones genéricas. Con la ley vigente se atenúan graves coacciones y se dejan impunes en estos casos las que no provienen de sujetos especiales"*[20].

Para Soler[21] hay que concebir el delito con criterios ontológicos. Así, desaparecen las limitaciones de interpretación. En este caso, la palabra *"otro"* que surge del tipo penal debe ser entendida en un sentido corriente y genérico, es decir, no referido a *"otro obrero"* sino, simplemente, a otra persona.

Núñez, por su parte, critica la limitación del círculo de autores elegida por el legislador porque la considera "*…científicamente incorrecta mirando el delito como atentado a la libertad de trabajar, porque la calidad de la persona del autor resulta indiferente a su respecto"*[22]. Pese a ello, considera que a la hora de interpretar el tipo debe serlo a partir de un criterio restrictivo tanto respecto del sujeto pasivo como del autor.

Estamos ante una observación lógica desde un punto de vista dogmático porque parte de un criterio limitado que obliga a sostener supuestos de atipicidad. Sin embargo, a nuestro modo de ver, a poco que se vuelvan a repasar los antecedentes de los que se valió el legislador para redactar el tipo penal advertiremos que en realidad el castigo apunta a los abusos derivados de conflictos gremiales que tienen por protagonistas únicamente a quienes forman parte de la actividad. Por ende,

[20] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 423 y, página 485 del *Tratado de Derecho penal, parte especial,* tomo II, actualizado por Guillermo Ledesma, ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.
[21] SOLER, op.cit., pág. 159.
[22] NÚÑEZ, Ricardo, op.cit., pág. 141.

entendemos que la descripción de los sujetos es clara en cuanto a que la ley no exige que se trate sólo de un obrero "manual". En rigor de verdad, el término obedece a la posición que ocupan frente a la relación laboral. Quedan incluidos profesionales en relación de dependencia (médicos, abogados, periodistas, parteras, ingenieros, maestros, etc.) y también los empleados jerarquizados de cualquier empresa o entidad.

Por lo tanto nos parece adecuado interpretar el tipo penal de manera limitada pero no literal. Es decir, corresponde circunscribir la acción típica dejando de lado el resto de los supuestos de autor no calificado como un supuesto de atipicidad respecto del artículo 158. De esta manera, si uno de los sujetos no reúne la calidad exigida por la ley no corresponderá la aplicación de este tipo penal y habrá que analizar la acción y el resultado desde el punto de vista de una coacción y lesiones debido a que la acción de "ejercer violencia" para obligar a otro no está comprendida como elemento del tipo de la coacción y por ello habría que analizar ambos tipos penales bajo las reglas del concurso, o incluso, desde el punto de vista de una contravención, como podría ser un supuesto de hostigamiento o acoso.

Debemos decir también que los sujetos colectivos, como asociaciones, sindicatos o cámaras laborales no pueden ser sujetos activos o pasivos por más que posean personería jurídica, sino tan solo sus miembros y colaboradores. A nuestro modo de ver, las personas jurídicas no pueden cometer delitos. Nuestro sistema penal[23] tiene por fundamento la conducta humana en la medida que ofenda bienes jurídicos de terceros; y castiga la conducta de quienes obren de forma típica, antijurídica y culpable. Las personas jurídicas carecen de la capacidad de imputabilidad y culpabilidad de la que sí es poseedor el ser humano racional.[24]

Elementos normativos.

Como elemento normativo está el término *huelga* o *boicot,* elemento particular del tipo que requiere de una valoración jurídica o ética[25].

[23] Arts. 18, 19, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Arts.11, 2° párrafo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[24] En contra de esta posición está la de Buompadre que considera que el término "obrero" comprende tanto a una persona física como jurídica. Ver: BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, ed. Mave, Corrientes, 1999.

[25] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal- Parte General*, ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002, pág. 461.

Se entiende por *huelga* el abandono voluntario del trabajo hecho por los obreros que, generalmente, se realiza para obtener alguna ventaja laboral, por ejemplo, referida a la remuneración o condiciones laborales[26]. Es indiferente que la huelga sea general o parcial; es decir por la totalidad del grupo trabajador o por uno o alguno de ellos. Lo mismo sucede con el aspecto temporal, la ley no exige que la huelga se lleve a cabo por cierto lapso; es indistinto que se lleve a cabo por uno específico o por uno indeterminado.

Boicot implica en la abstención de comprar o vender productos de una determinada marca o preferencia, de trabajar con determinado patrón o bajo las órdenes de determinado capataz o jefe, o de trabajar en determinada industria[27]. Para Núñez, esta abstención debe ser colectiva y concertada[28].

Tipo subjetivo.

Se trata de un tipo penal doloso y solo admite la modalidad de dolo directo debido al plus subjetivo que debe estar presente, referido a que la violencia sea ejercida contra “otro” (el obrero) para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot, es decir, integrando la finalidad del autor.

De esta manera, para el dolo de la figura es necesario que el autor actúe con conocimiento de los elementos objetivos guiado por su finalidad y dominio, no sólo de ejercer violencia, sino de compeler a los otros a tomar parte de las actividades que menciona la figura. Es atípico de este delito, el ejercicio de violencia sobre “otro” (el obrero) una vez terminada la huelga o boicot, o como venganza o represalia por no haber participado[29], debido a que el elemento ultraintencional contenido en la figura está dado por que la acción se realiza para lograr que el sujeto pasivo tome parte en una huelga o boicot.

Consumación y tentativa.

La lesión al bien jurídico no está vinculada al derecho del patrón sobre el obrero o viceversa o de obreros entre sí, por el contrario, el problema se relaciona con el derecho de libertad del “otro” –sujeto pasivo– para trabajar o no según su voluntad[30].

[26] MOLINARIO, op.cit., pág. 157.
[27] MOLINRIO, op.cit., pág. 158.
[28] NÚÑEZ, Ricardo, op.cit., pág. 144.
[29] MOLINARIO, op.cit., pág. 157.
[30] SOLER, op.cit., pág.158.

El delito se consuma con el ejercicio de violencia física sobre el sujeto pasivo, sin que sea necesario que se logre el propósito final perseguido. Por esta razón resulta difícil establecer casos de tentativa sin que se confundan con actos preparatorios, que son impunes. Puede suceder que un sujeto comience la faz ejecutiva y que luego, por causas ajenas a su voluntad se vea frustrada la concreción del plan. Por ejemplo, si tomamos en cuenta que dentro del término violencia se incluyen los medios hipnóticos y narcóticos.

Autoría y participación.

Es una figura de autor calificado *–delicta propia–* y esto jugará un papel central al momento de analizar la posibilidad de participación delictiva en cualquiera de sus modalidades.

Antijuridicidad y culpabilidad.

El derecho de huelga, como forma de expresión, consiste en la abstención colectiva y concertada de brindar una prestación laboral; es de carácter temporal e implica el abandono del lugar de tarea, como forma de presión del gremio sobre la voluntad del trabajador con el propósito de conseguir un beneficio, la reforma o cumplimiento de una disposición vigente. Si bien, la Constitución Nacional reconoce este derecho al gremio, ello no es entendido en términos de sindicato o asociación gremial sino al derecho consensuado de los propios trabajadores. Es decir, comprende a los gremios como entidad que agrupa la voluntad de un grupo de personas trabajadoras y, también, a los propios trabajadores.[31]

Más allá de que se lo considere como un derecho operativo, es decir, como aquel que pueda ser invocado y ejercido aunque no haya una ley que lo reglamente[32] creemos que la ley 25.877[33] que regula el régimen laboral, resulta reglamentaria del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional en lo que hace al derecho de huelga y fija límites que permitirán resolver conflictos que pudieran suscitarse a partir del enfrentamiento entre derechos y ante situaciones específicas, como por ejemplo, las vinculadas a prestación de servicios públicos o actividades que puedan ser consideradas esenciales para la sociedad.

Se establece en el artículo 24 que cuando se ejerza el derecho de adoptar medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas como servicios esenciales,

---

[31] GRISOLÍA, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral,* tercera edición ampliada y actualizada, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 675, 676.
[32] GRISOLÍA, op.cit.
[33] Sancionada el 2/3/2004, promulgada el 18/3/2004.

se deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. A su vez, la ley resulta específica en cuanto al término "servicios esenciales" dado que los define como aquellos servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo, o cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población o cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo[34].

La Declaración de Principios de la OIT[35] sobre el Derecho de Huelga de funcionarios públicos considera que *"…el reconocimiento del derecho sindical a los funcionarios públicos no tiene relación alguna con la cuestión del derecho de esos funcionarios a la huelga… cuando no se concede a los funcionarios públicos el derecho de huelga, deberían disfrutar de garantías adecuadas para proteger sus intereses, como por ejemplo procedimientos de conciliación y arbitraje apropiados, imparciales y rápidos en los que las partes puedan participar y en todas las etapas, y en los que las decisiones arbitrales sean obligatorias para ambas partes y se apliquen plena y prontamente…"*[36]

Esta afirmación podría resultar relevante desde el punto de vista de la antijuridicidad debido a que si se determina que en el supuesto concreto no existen regulados mecanismos laborales de resolución de conflictos para funcionarios públicos, no significa que pertenezcan a un grupo de personas excluidas de ejercer este derecho. Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 158 del Código Penal no castiga a quien ejerce este derecho sino al que emplea violencia para obligar a otro a tomar parte en una huelga o boicot, por tanto, si no pudiera considerarse este supuesto como uno capaz de cancelar la antijuridicidad podría tener entidad para reducir la capacidad de culpabilidad.

b) Compulsión al lock-out.

Tipo objetivo.

[34] La Comisión de Expertos de la OIT definió a los servicios esenciales como *"los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona o parte de la población."* Esta definición fue adoptada por el Comité de Libertad Sindical y se refleja en la ley que comentamos.

[35] http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication /wcms_087989.pdf

[36] Op. cit. 35, pág. 17/18.

Acción.

Son dos las acciones punibles. Por un lado, aquella que consiste en el ejercicio de coacción para obligar a otro a tomar parte en un *lock-out* y, por otro, la coacción ejercida sobre un obrero u otro patrón para que abandone o ingrese en una sociedad obrera o patronal determinada.

Se trata del segundo supuesto previsto por el artículo 158, con igual pena que el anterior que, como explica Donna[37], se refiere al sector patronal o empersarial. La ley no castiga el *lock-out* en sí mismo sino la conducta de quien obligue a otro a cerrar un comercio o cesar en su actividad contra su voluntad[38]. Es decir, una forma específica de coacción que ofende o lesiona la libertad de trabajar y la de asociarse.

La redacción del texto legal es interesante desde el punto de vista del desarrollo que ha tenido en los últimos tiempos la teoría de la autoría y la participación criminal, porque alude a la realización de la acción por sí o por cuenta de alguien, dando a entender así que no importa que el autor persiga un interés propio o ajeno. Siempre debe serlo para obligar a otro a realizar una de las conductas previstas en el precepto.

Rodolfo Moreno (h) señala que existe un error en el empleo de la conjunción "y" después de la palabra *lock-out* porque con ella parece aludirse a una única acción típica de doble finalidad. Sin embargo, se trata de dos supuestos que lesionan derechos bien diferenciados y, por ello, según explica, el legislador debió haber empleado la conjunción disyuntiva "o". [39]

El ejercicio de coacción implica la amenaza de sufrir un mal inminente e inmerecido con el objeto de obtener del sujeto pasivo la conducta exigida. En este caso, la coacción se convierte en un medio para conseguir el propósito buscado por el autor. En cuanto a su alcance, la coacción abarca los supuestos de violencia moral[40], física, directa o indirecta[41], idónea para influir sobre el ánimo de la o las víctimas.

Sujetos.

Se trata de un *delicta propria* por cuanto sujeto activo de este delito puede ser un patrón, un empresario o un empleado. Para Fontán Balestra[42] en el caso del patrón o empresario la conducta puede ser llevada a cabo por sí o por cuenta de alguien, mientras que en el caso del empleado solo es

---

[37] DONNA, op.cit., pág. 389.
[38] SOLER, op.cit. pág. 161.
[39] RODOLFO MORENO, op.cit.
[40] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 425 y, página 487 del *Tratado de Derecho penal, parte especial,* tomo II, actualizado por Guillermo Ledesma, ed. La Ley, Buenos Aires, 2013
[41] NÚÑEZ, op.cit., pág. 145.
[42] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 425.

posible que realice la conducta por cuenta de un patrón o empresario u otra persona (por ejemplo un delegado gremial) pero nunca por sí mismo. Núñez[43] en cambio, lo considera al revés. Sostiene que el empleado puede obrar por sí o por cuenta de otro, que puede ser o no su patrón, mientras que el patrón o empresario actúan por sí aunque pueden valerse como autores mediatos de otros partícipes no calificados.

Con relación al sujeto pasivo se requieren las mismas calidades. Hay consenso en que solo podrá ser aquel que esté facultado para proceder al cierre del negocio o comercio[44]. Cuando se trate de un empresario o el patrón, no habrá inconvenientes debido a que por su función poseen facultades para operar sobre el comercio o industria. Por tanto, se requerirá que para el supuesto en que el sujeto pasivo sea un empleado que posea la facultad de cerrar el establecimiento.

Elementos normativos.

Dentro de los elementos normativos del tipo encontramos el término *lock-out* como forma de huelga patronal, que significa el cierre concertado de establecimientos industriales o comerciales como medio de lucha laboral frente a los obreros[45]. Se trata de una modalidad opuesta al delito anterior.

Tipo subjetivo.

Es una figura dolosa que, al igual que en el supuesto anterior, requiere de un plus subjetivo dado por el propósito de obligar al sujeto pasivo a tomar parte en un lock-out.

Consumación y tentativa.

El delito se consuma con la realización de la acción típica, es decir, con la concreción de la coacción sin que sea necesario que se logre la finalidad propuesta.

En cuanto a la posibilidad de que exista tentativa, la doctrina tradicional considera que no es posible. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, esa conclusión dependerá de la concepción que tengan de la tentativa los autores, ya que algunos no la aceptan en los delitos que no son de resultado.

---
[43] NÚÑEZ, op.cit., pág. 144. En igual sentido, DONNA, op. cit., pág. 390.
[44] SOLER, NÚÑEZ, y FONTÁN BALESTRA, citados por éste, en pág. 426.
[45] NÚÑEZ, op.cit., pág. 144.

Para nosotros, mientras haya una puesta en peligro de un bien jurídico ajeno, no habrá obstáculo a la tentativa, porque los delitos formales o de mera actividad también la permiten, lo cual dependerá en cada caso del plan individual del autor. Si se envía la coacción idónea por algún medio de comunicación, pero no llega al destinatario por razones ajenas a la voluntad del remitente, puede haber tentativa. Lo mismo pasa en las calumnias e injurias, las amenazas y en muchos casos más. El límite es constitucional (art. 19 CN).

Autoría y participación.

Como se trata de una figura de autor calificado nos remitimos a lo expresado para el primer caso.

Jurisprudencia de la CSJN.

- CS, Fallos, 242:353 (1958), *"La incorporación del derecho de huelga en la Constitución deja en salvo y no simplemente aniquila los demás derechos y garantías que la Ley Suprema asegura a todos los habitantes del país. Recíprocamente, los demás derechos y garantías individuales deben ser interpretados de manera que no hagan prácticamente ineficaz el derecho de huelga."*

- CS, Fallos, 258:267 (1964), *"El derecho de huelga, con jerarquía constitucional, no es óbice a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable de dicho derecho. Sólo excluye las sanciones penales a la participación en las huelgas, en tanto ellas sean pacíficas. El empleo de la violencia en una huelga es incompatible con el respeto de los demás derechos que la Constitución nacional preserva para los integrantes de la comunidad. Aunque se invoque el ejercicio del derecho de huelga, corresponde confirmar la sentencia que, con fundamento en los hechos de la causa y en normas de Derecho común, condena a dirigentes gremiales por usurpación y desobediencia, delitos en que habían incurrido al ocupar, con motivo de un conflicto laboral, el lugar de trabajo."*

- CS, Fallos, 267:452 (1967), *"El art. 14 de la Const. Nacional, en cuanto reconoce el derecho de huelga, no justifica la comisión de delitos comunes en el curso de movimientos huelguísticos."*

Bibliografía.

- AAVV. NIÑO, L.F.- MARTÍNEZ, S.M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010.
- BAIGÚN, D.- ZAFFARONI, E.R (Directores), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, ed. Mave, Corrientes, 1999.
- CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000.

- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aries, 1992.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Parte Especial, edición actualizada y ampliada, Guillermo A. C. Ledesma –actualizador-, ed. La Ley, Buenos Aries, 2013.
-GRISOLÍA, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, tercera edición ampliada y actualizada, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos,* tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996.
- MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino,* parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992.
- ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal- Parte General*, ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002.

Robo Simple

Por **Fernando Ávila**

Art. 164: ***"Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad".***

Antecedentes Históricos.

1. Derecho patrio. Disposición del Triunvirato:

El 4 de julio de 1811, por decreto de Triunvirato, se dispuso que: "Todo el que perpetrare algún robo calificado, este es violentando una persona, horadando, o escalando alguna casa, frangiendo o falseando puerta, sea de la cantidad que fuese en moneda o especie, será condenado a muerte en la horca; todo el que cometiese un robo simple, esto es, que no contiene cualquier de las circunstancias expresadas, llegando a la cantidad de cien pesos en moneda o especie, será afecto a la misma pena, y no llegando a dicha cantidad, se le aplicará la de diez años de presidio, en el trabajo de las obras púbicas"[1].

2. Código Tejedor:

En el artículo 316, ubicado en el capítulo I (De los robos y los hurtos) del título octavo (De los delitos contra la propiedad particular) se establecía que: "El que comete robo, hiriendo o maltratando a una persona para que descubra, entregue o no defienda la cosa que intenta robar, sufrirá seis a diez años de presidio o penitenciaria..."[2].

3. Proyecto Villegas, Ugarriza y García (1881):

[1] Levaggi, Abelardo, "Historia del derecho penal argentino", Ed. Emilio Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 103, citado en Schiavo Nicolás, "La violencia física en el robo", Ed. Fabián Di Plácido, p. 41/42.
[2] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo I", Editorial AZ Editora, pág. 423

El artículo 310, ubicado en el capítulo primero (Robos, usurpaciones y hurtos) del título séptimo (Delitos contra la propiedad), definía al robo del siguiente modo: "El arrebato violento de una cosa mueble constituye el delito de robo, que será castigado con la pena de prisión mayor[3]"[4].

4. Primer Código Penal, ley 1920 (1886):

Este cuerpo normativo carecía de una disposición general que reprima el robo simple fuera de los casos específicos enumerados en sus artículos 187 a 191 donde se contemplaban entre otros el robo con resultado de muerte, en despoblado y en banda, en despoblado y con armas, en poblados y en banda, con toma de rehenes, con simulación de autoridad pública, o robo con escalamiento[5].

Esta situación fue advertida por Piñero, Rivarola y Matienzo en su exposición de motivos al presentar su proyecto de Código Penal[6].

Cabe destacar que el artículo 187 mencionaba por primera vez diferenciados como elementos constitutivos del tipo la "...violencia o intimidación en las personas..."[7].

El artículo 192 preveía la aplicación del máximo de la pena posible en el caso de que en el hecho concurrieran la violencia física en las personas o intimidación y la fuerza en las cosas.

5. Proyecto Rivarola, Piñero y Matienzo (1881):

En el artículo 199 establecía que: "El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total ó parcialmente ajena, con ánimo de lucro y con fuerza en las cosas, ó con violencia ó intimidación en las personas, sea que la violencia ó intimidación tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo ó después de cometido para procurar su impunidad, será reprimido con penitenciaría de dos á seis años."[8].

---

3 La pena de prisión mayor oscilaba de cuatro años y un día a seis años, conforme artículo 54 del proyecto.
4 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo II", Editorial AZ Editora, pág. 147
5 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo II", Editorial AZ Editora, pág. 231
6 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo II", Editorial AZ Editora, pág. 429
7 Schiavo, Nicolás, "La violencia física en el robo", Ed. Fabián Di Plácido, p. 47
8 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo II", Editorial AZ Editora, pág. 623

6. Proyecto Segovia (1895):

El artículo 223 describía el tipo penal de robo en estos términos: "El que se apoderare sin derecho de una cosa mueble o inmueble, total o parcialmente, ajena con ánimo de lucro y con fuerza en las cosas, o con violencia o intimación en las personas, sea que la fuerza, violencia o intimación tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo, o después de cometido para asegurarlo o procurar su impunidad, será reprimido con penitenciaría de dos a seis años"[9].

7. Código Penal reformado (1903):

La reforma del año 1903, en su artículo 22, derogó los artículos 187 a 195 y en su lugar dispuso para el robo el siguiente texto: "El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena y con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitarlo, o en el acto de cometerlo o después para facilitarlo, o en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad será castigado con tres a seis años de penitenciaría"[10].

El texto del artículo era similar a nuestro actual 164 con la particularidad de hacer mención expresa a la intimidación en las personas como elemento tipificante.

8. Proyecto de Código Penal de 1906:

En su artículo 179 se reprimía el robo de un modo muy similar al actual, con el agregado de la intimidación como medio comisivo: "Será reprimido con prisión de uno a seis años el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad"[11].

Nuevamente aparece el elemento intimidación como constitutivo del delito de robo.

---

[9] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo III", Editorial AZ Editora, pág. 79

[10] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo III", Editorial AZ Editora, pág. 201

[11] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo III", Editorial AZ Editora, pág. 359

9. Proyecto de 1917 - Código Penal de 1921 (ley 11.179):

Fue presentado por Rodolfo Moreno ante el Congreso nacional. Se designó una comisión especial para su estudio y corrección. Se mantiene el texto del proyecto de 1906 suprimiendo la mención a la intimidación. En el título VI, dedicado a los "Delitos contra la propiedad" trata el robo en su artículo 164: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas, o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad".

A diferencia del proyecto de 1906, en este caso se suprime la mención a la intimidación como modo comisivo del delito de robo, por una recomendación efectuada por Octavio González Roura[12]. En la Exposición de Motivos expresamente manifiestan que: "La Comisión ha aceptado el criterio general sobre robo contenido en el art. 164, suprimiendo la palabra "intimidación" y exigiendo que la violencia sea física, porque esto es lo que caracteriza al robo..."[13].

El 30 de septiembre de 1921 fue sancionado el proyecto de Moreno, comenzando a regir el 29 de abril de 1922.

10. Proyecto Coll-Gómez (1937):

En este proyecto varía la denominación del bien jurídico de propiedad a patrimonio, ya que se propone incluir como objeto del mismo toda energía económicamente apreciable[14].

Se introduce nuevamente el extremo típico de la intimidación.

En el artículo 215 se tipifica el robo del siguiente modo: "Se impondrá prisión de un mes a seis años al que se apodere de una cosa mueble o de una energía económica apreciable, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo, para facilitarlo, o en el acto de cometerlo, o después de cometido, para continuar teniendo la cosa o facilitar que otro se la lleve o con el fin de procurar la impunidad para si o para un tercero"[15].

[12] Schiavo, Nicolas, ob. cit. p. 50/51
[13] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo IV", Editorial AZ Editora, pág. 114
[14] Schiavo, Nicolás, ob. cit. p. 53
[15] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo. "Digesto de codificación penal argentina. Tomo IV", Editorial AZ Editora, pág. 706

11. Proyecto Peco (1941):

El bien jurídico afectado es el patrimonio, ya que "todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son objeto de tutela penal (...) la denominación más exacta no es la que la reduce al bien jurídico más importante como el de la propiedad, sino el que la extiende a todos los bienes que la componen..."[16]. Suprime todas las agravantes[17] y agrega la intimidación como elemento típico. El artículo 143 dispone que: "El que sustrajere una cosa mueble total o parcialmente ajena, apoderándose de ella en beneficio propio o de un tercero, con violencia o intimidación sobre la persona, ejercida antes, durante o tras el apoderamiento, se le aplicará privación de libertad de seis meses a seis años. La sanción podrá elevarse hasta diez años si el delito revelare particular peligrosidad del autor."[18]

12. Proyecto de 1951:

En el título dedicado a los delitos contra el patrimonio, se encontraba el artículo 234, donde se tipifica el robo del siguiente modo: "El que se apoderase de una cosa mueble o de una energía susceptible de apreciación económica, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia física en las personas, sea que la violencia tuviese lugar antes del apoderamiento, para facilitarlo o en el acto de consumarlo, se impondrá prisión de uno a seis años. En idéntica sanción incurrirá quien entrase en posesión de dichas cosas o energías por medio de la amenaza de ejercer inmediata violencia física sobre la persona de la víctima del robo"[19].

La particularidad del texto es que agrega la amenaza de violencia como una equiparación a la violencia física siempre y cuando fuere sobre la víctima del robo.

13. Proyecto de 1953:

El artículo 210 describía el robo con estos términos: "El que se apoderare de cosa mueble o de energía, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia en las personas, para facilitar el apoderamiento o para procurar impunidad, ya sea antes, durante o después del mismo, se le impondrá prisión de uno a seis años"[20].

---

[16] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo V, p. 220
[17] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo V, p. 224
[18] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo V, p. 579
[19] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VI, p. 94
[20] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VI, p. 290

Aquí se utiliza el término violencia de modo genérico, sin embargo en la Exposición de Motivos los redactores indicaron de modo expreso que por violencia se entiende "...la física, comprensiva de la fuerza en las cosas y la violencia en las personas y que el término intimidación se refiere a las amenazas o violencia moral"[21].

14. Proyecto Soler (1960):

En este proyecto se hacía una diferencia entre los modos comisivos de acuerdo a la sanción aplicable a cada uno de ellos, considerando que era más grave la violencia en las personas que en las cosas.

En el artículo 210 se contemplaba el robo del siguiente modo: "El que se apoderase ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena será reprimido: 1. con prisión de uno a seis años cuando el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas. 2. con prisión de dos a ocho años, o reclusión de hasta ocho años, cuando el hecho fuere cometido con intimidación o violencia en las personas. Estas penas se aplicarán sea que la fuerza, la violencia o la intimidación tenga lugar antes del hecho, para facilitarlo, en el acto de cometerlo o inmediatamente después para lograr el objeto propuesto o la impunidad"[22].

En la nota al pie Soler explica que se restituye la palabra intimidación que fuera suprimida "por error" por creer que podía generar confusiones con la extorsión.

15. Reforma del gobierno de facto 1968 - Decreto-Ley 17.567:

El golpe militar que depuso al gobierno de Illia, autodenominado "Revolución Argentina", sancionó del decreto-ley 17.567 (el 6 de diciembre de 1967). El delito de robo quedaba redactado de un modo prácticamente idéntico al contenido en el proyecto Soler: "El que se apoderase ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena será reprimido: 1. con prisión de uno a seis años cuando el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas. 2. con reclusión o prisión de dos a ocho años, cuando el hecho fuere cometido con intimidación o violencia en las personas. Estas penas se aplicarán sea que la fuerza, la violencia o la intimidación tenga lugar antes del hecho, para facilitarlo, o en el acto de cometerlo o inmediatamente después para lograr el fin propuesto o la impunidad"[23].

---

[21] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VI, p. 217
[22] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VI, p. 468
[23] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VII, p. 40

En la Exposición de Motivos se señala que "Junto a la violencia en las personas incluimos la intimidación (...) que debe entenderse como amenaza de violencia o mal físico inminente para la víctima..."[24].

16. El retorno de la democracia, ley 20.509:

Con el retorno de la democracia se sanciona la ley 20.509 por la que se derogan todas las disposiciones adoptadas en el gobierno de facto anterior. Entre ellas expresamente se contemplaba el decreto-ley 17.567. Es decir que recobra plena vigencia el texto vigente desde 1921.

17. Reforma del gobierno de facto de 1976 - Ley 21.338:

El 24 de marzo de 1976 se abre la etapa más oscura de nuestra historia con un nuevo golpe de estado. Junto con las innumerables y profundas violaciones a los derechos humanos los militares dispusieron la modificación del Código Penal mediante el decreto-ley 21.338 del 23 de junio de 1976.

El texto del artículo 164 quedaría redactado como en el proyecto Soler: "El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena será reprimido: 1. con prisión de uno a seis años cuando el hecho fuere cometido con fuerza en las cosas. 2. con reclusión o prisión de dos a ocho años, cuando el hecho fuere cometido con intimidación o violencia en las personas. Dichas penas se aplicarán sea que la fuerza, la violencia o la intimidación tengan lugar antes del hecho, para facilitarlo, o en el acto de cometerlo o inmediatamente después, para lograr el fin propuesto o la impunidad"[25].

18. El retorno de la democracia y la ley 23.077:

El 22 de agosto de 1984 se promulga la ley 23.077 ya restablecido el orden constitucional. Esta norma deroga el decreto-ley 21.338, con lo que se retorna al texto original del Código de 1921 que es el que nos rige actualmente.

Bien Jurídico.

[24] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VII, p. 77
[25] Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VII, p. 234

Los delitos contenidos en este Título tienen como presupuesto la lesión al bien jurídico propiedad, término que en este contexto posee una extensión mayor a la que se le otorga en el derecho civil (artículo 2506 del Código Civil[26]), acercándose más a la idea de propiedad contenida en el artículo 17 de la Constitución.

En este tipo penal se ve acotada la esfera de represión ya que la propiedad genérica redefine sus límites debido a que la acción que se exige es aquella que vulnere un vínculo de poder efectivo, fáctico, positivo y real que liga a las personas con las cosas que tienen consigo. Se pretende así, sancionar aquellas acciones que quiebren la tenencia de cosas muebles, ya sea que se trate de un simple tenedor, poseedor o propietario[27].

Compartimos la noción de bien jurídico como un concepto limitador del derecho penal, partiendo de la denominación bien jurídico lesionado y no bien jurídico protegido como habitualmente es presentado por la mayoría de los autores. Desde este punto de vista resulta importante hacer una breve mención al principio de lesividad, que encuentra en la insignificancia un valioso tamiz reductor del castigo estatal.

Si el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar conductas luego de comprobar lesiones a los mismos, entonces se advierte la relevancia de valorar el grado de afectación a aquellos como elemento que permita el progreso -o no- del proceso hacia la pena.

No es este el lugar en el que corresponde desarrollar los fundamentos de la insignificancia como elemento reductor ligado a la lesividad, pero si sostener que la bagatela reviste mayor importancia cuando el bien jurídico considerado es la propiedad privada. La jurisprudencia se ha hecho eco -no siempre lamentablemente- de la irracionalidad que implicaría la pena frente a lesiones insignificantes al bien jurídico.

Sujeto Activo.

Puede ser cualquier persona ya que no se exige calidad especial en el autor. Quedan excluidas, por supuesto, las personas que detentan la tenencia, posesión o propiedad de la cosa como consecuencia de la entrega voluntaria del tenedor o dueños, ya que en estos casos no existiría apoderamiento sin el consentimiento del propietario.

[26] Art. 2.506. El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

[27] Comentario al artículo 162 por Elizabeth A. Marum en Zaffaroni E. R., Baigún D. "Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. T. 6". Ed. Hammurabi, p. 32

Sujeto Pasivo.

Puede ser cualquier persona, inclusive las jurídicas. Se suele delimitar la diferencia entre el sujeto pasivo del delito y el damnificado -que habitualmente coinciden en la misma persona-, donde el primero es el tenedor de la cosa que fue privado del poder material y el segundo el propietario que ha visto disminuido su activo patrimonial[28].

Tipo Objetivo.

Es un delito cuya consumación exige la producción de un resultado determinado, que se traduce en la privación efectiva de una cosa mueble. La acción típica del robo consiste en apoderarse de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

El robo no es más que un hurto agravado por los medios comisivos: fuerza en las cosas o violencia física en las personas, compartiendo con aquél una estructura común (las nociones de cosa mueble, ajenidad y apoderamiento). Debido a esta relación género-especie entre ambas figuras es que vamos a desarrollar los conceptos propios del tipo penal y que delimitan su ámbito de aplicación, remitiéndonos por lo demás al desarrollo de la figura correspondiente.

1. La fuerza en las cosas: A pesar de su aparente sencillez este elemento típico presenta algunas dificultades que se evidencian en las diversas interpretaciones respecto a sus límites y a la extensión de su contenido.

Ferrajoli acude justamente al artículo del Código Penal italiano que tipifica el hurto agravado por la "violencia en las cosas" para presentar ejemplos de vaguedad e indeterminación en contraste con el principio de estricta legalidad o taxatividad penal. Señala que los términos violencia y cosas presentan múltiples interpretaciones, extensas o estrictas, a diferencia de otras agravantes -como el número de personas que cometen el hecho- que presentan una determinación clara y unívoca[29].

Una adecuada descripción de este extremo requiere dar respuesta a estas preguntas: ¿Qué se entiende por fuerza en las cosas? ¿Sobre qué cosas debe recaer la fuerza para ser típica? y ¿Qué vínculo debe existir entre la fuerza y el hecho?

---

[28] Comentario al artículo 162 por Elizabeth A. Marum en Zaffaroni E. R., Baigún D. "Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. T. 6". Ed. Hammurabi, p. 39

[29] Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, p. 122 y ss.

1.a. ¿Qué se entiende por fuerza en las cosas?

Manzini decía que por fuerza en las cosas debe entenderse toda energía -biológica, mecánica o química- que produzca la destrucción, rotura, disminución, deterioro, descomposición, difusión u otro daño o transformación de la cosa, o que, dejándolas inalteradas, cambie su destino, impidiendo o modificando su utilización, desarrollo o crecimiento, violentando las condiciones ambientales, o sea, cuando las cosas resultan dañadas o transformadas o cuando su destino experimenta un cambio[30].

Donna señala sin embargo que el concepto de fuerza es un concepto normativo antes que físico[31]. Esta diferenciación permite excluir del concepto de fuerza aquellas acciones que sin dañar la cosa ocasionan un cambio en su destino.

Siendo un concepto normativo, su delimitación también dependerá en cada caso de las características de las cosas sobre las que recae el apoderamiento y de la intención y actividad llevada a cabo por el sujeto[32].

La fuerza en las cosas que contempla el tipo penal será aquella que quebrante, por medios no comunes u ordinarios la resistencia material que opone la cosa o las defensas predispuestas para su resguardo.

Por otra parte, sólo podrá ser considerada fuerza típica aquella que es dirigida por el sujeto activo de modo intencional para superar esa resistencia.

En este contexto es claro -en esto todos los autores coinciden- que la fuerza constitutiva del robo no es la necesaria para transportar o remover la cosa, sino que es necesario un plus que va más allá del esfuerzo normal. La fuerza no se ejerce en la cosa sino en razón de la cosa[33].

Algunos autores[34] interpretan que la norma exige fuerza, sin importar que sea anormal. Según este criterio sólo alcanzaría con un mero despliegue de energía para que el hecho sea rotulado como robo.

Entendemos que esta posición es errónea porque nos ubica frente a una concepción de márgenes demasiado laxos y reñida con la lógica ya que el uso de una fuerza normal, adecuada al objeto, igual a la que usaría el dueño no puede ser jamás señalada como la que es constitutiva de robo.

---

[30] Tozzini, Carlos A., “Los delitos de hurto y robo”, Ed. LexisNexis Depalma, 2da. Edición, p. 253

[31] Donna, Edgardo A., “Derecho Penal - Parte Especial, T. II-B”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 104

[32] Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte especial, T. I”, Ed. Astrea, 6ta. Edición, p. 418

[33] Núñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T. IV”, Ed. Lerner, p. 215

[34] Núnez, ob. cit., p. 215 y ss.; Buompradre, Jorge Eduardo, “Tratado de derecho penal. Parte Especial 2”, Ed. Astrea, 3ra. edición, p. 54

Lo correcto es definir la fuerza requerida por el tipo como aquella destructiva y anormal. Más aún, la primera postura implica partir de una pauta de difícil determinación: la cantidad de energía necesaria para que el apoderamiento se convierta en robo, ya que quienes la postulan se cuidan de advertir que la fuerza empleada para el transporte o movimiento de la cosa no constituye la fuerza típica[35]. Carlos Tozzini, en la segunda edición de su obra señaló que dejaba atrás la postura adoptada en la primera edición aceptando ahora la exigencia de estas características en la fuerza[36].

Esta interpretación, por otro lado, es la adecuada considerando que los tipos penales deben ser objeto de una valoración reductora de sus hipótesis de prohibición[37].

Las características "destructiva" y "anormal" de la fuerza empleada implican, en el primer caso, una alteración dañosa de la misma o de sus reparos (no comete robo sino hurto, quien quita los tornillos de un faro o una tapa para sustraerla), mientras que en el segundo, que la misma sea algo más que la actividad normal desplegada por el legítimo tenedor para tomarla, aún cuando ésta exija una alteración de su estado (cortar el árbol para apoderarse de leña no será robo, tampoco cortar una fruta de un árbol). Es por ello que la acción requerida por el robo debe contener un plus con respecto a la acción separativa ordinaria[38].

1.b. ¿Sobre qué cosas debe recaer la fuerza para ser típica?

Definida la fuerza, debemos preguntarnos sobre qué cosas debe recaer para que el hecho encuadre en el artículo 164 del Código Penal.

La ley no dice sobre qué cosas debe recaer la fuerza, la redacción resulta un tanto lacónica en este sentido. Es por ello que se entiende que la agravante de fuerza en las cosas tiene un carácter general, no específicamente referido a las defensas de cercamiento o de encerramiento expresamente predispuestas por el propietario[39].

Soler señala que esta indeterminación es delicada ya que la fuerza puede recaer sobre: a) defensas predispuestas de cercamiento (por ejemplo, una puerta); b) defensas predispuestas de simple guarda (por ejemplo, un placard o una caja); c) elementos sólidos no predispuestos como defensa, pero que retienen o contienen la cosa (por ejemplo, la pared respecto de la puerta; d) sobre la cosa misma que ofrece resistencia natural.

[35] Creus, ob. cit., p. 420
[36] Tozzini, ob. cit. p. 254
[37] Zaffaroni, E. R., "Derecho Penal - Parte General", Ed. Ediar, 2da. edición p. 436 y ss.
[38] Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino, Tomo IV", Ed. Tea, 4ta. edición, p. 269
[39] Soler, ob. cit., p. 266

El sentido más restrictivo es el que adoptara Carrara[40], vinculando esta exigencia típica únicamente a reparos puestos intencionalmente en defensa de la cosa por el propietario. Aquí no se agravaría el hurto por la materialidad de las cosas o los daños ocasionados, sino simplemente por el vencimiento destructivo de medios de seguridad puestos por el propietario para que cumplan esa misión.

En contraposición, Soler[41] señala que como la letra de la ley no hace esta distinción, en realidad el criterio del robo debe buscarse en la existencia de la fuerza antes que en los caracteres de la cosa sobre la que recae.

La resistencia ofrecida por la cosa no debe ser totalmente dependiente de ella misma, sino que debe depender de su colocación con respecto a otras. En definitiva, es necesario que exista alguna resistencia efectiva aunque no sea preordenadamente defensiva. Se excluyen aquellos casos en los que la resistencia surge de objetos de adorno o mero control[42].

El daño hecho a la cosa misma, en cuanto no se emplea como medio para sustraerla, queda absorbido por el hurto[43].

1.c. ¿Qué vínculo debe existir entre la fuerza y el hecho?

Finalmente, analizaremos las exigencias del vínculo entre la fuerza típica y el hecho.

La fuerza que tiene relevancia típica es aquella que está vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento.

La vinculación objetiva requiere que la fuerza desplegada sea el procedimiento empleado para concretar el hecho. Se requiere un nexo de necesidad entre ésta y la sustracción[44]. Toda fuerza realizada en oportunidad del apoderamiento pero no vinculada con éste no puede ser considerada como un elemento típico de la figura de robo.

Subjetivamente, el autor del hecho debe haber querido emplear la fuerza como medio para apoderarse de la cosa. La fuerza realizada con otra motivación o de modo meramente culposo no abre el camino para la imputación de este tipo penal (quien rompe por un descuido algo al sustraer la cosa o quien ya habiendo tomado el objeto rompe otra cosa sólo con intención de dañar no comete robo).

[40] Carrara, Francisco, “Programa de derecho criminal, Vol. IV”, Ed. Temis, § 2155
[41] Soler, ob. cit., p. 268
[42] Soler, ob. cit, p. 270
[43] Soler, ob. cit., p. 268
[44] Soler, ob. cit. p. 270

De este doble nexo entre la fuerza y el hecho se deriva la lógica consecuencia que el daño ocasionado con posterioridad al apoderamiento no convierte al mismo en robo. La fuerza debe ser ejercida en el acto de apoderarse o en las instancias previas pero siempre vinculadas del modo antes descripto: debe ser desplegada para cometer el hecho.

El extremo típico "fuerza en las cosas" carece legalmente de la ampliación temporal que sí se le ha otorgado al extremo "violencia en las personas", por lo que sólo será relevante aquella cometida en el acto de desapoderamiento y no así la desplegada con anterioridad o posterioridad al mismo.

2. La violencia en las personas: Es otra de las modalidades de ejecución que convierte al hurto en robo. Consiste en la efectiva aplicación de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química[45], real o simulada, sobre una persona para vencer la resistencia a la sustracción de la víctima, ya sea ejercida sobre la misma o sobre un tercero. No es necesario que la violencia afecte la integridad física del sujeto agredido.

La violencia debe ser efectiva, es decir que no puede considerarse tal aquella que el agente no haya desplegado de modo concreto, como por ejemplo sucedería si el autor del delito lleva consigo un arma que no utiliza. Es por ello que se considera que la acción debe ser objetivamente violenta, esto implica que el mero temor de la víctima del hecho no es suficiente para calificar a la acción como tal.

La violencia que se precisa para que se configure el robo es la que consiste en un acometimiento físico agresivo, aplicado directamente sobre las personas.

La cuestión adquiere complejidad en cuanto se intenta delimitar el contenido de la violencia física, ya que mayoritariamente los autores nacionales y la jurisprudencia se han volcado hacia una interpretación de la norma que admite dentro del concepto de violencia física a la intimidación. Entendemos, como mostraremos a continuación, que tal pretensión es incorrecta.

La norma textualmente requiere la existencia de "violencia física" en las personas. Ésta, como su nombre lo indica, es violencia directa ejercida sobre otra persona. Vitale señala con acierto que debe ser distinguida de la "violencia moral" o "intimidación", que es la que se concreta con la amenaza de causar un mal futuro[46].

---
[45] Artículo 78 del código penal
[46] Vitale, Gustavo L., "¿ROBO CON ARMAS, EXTORSIÓN O COACCIÓN CON ARMAS? (arma de fuego, prueba del "arma", art. 41 bis del Código Penal y consumación de un solo coautor), disponible online en

La distinción entre los dos tipos de violencia encuentra fundamento no sólo en el aspecto terminológico[47], sino también legislativamente donde podemos encontrar una clara delimitación en el Código Civil que define en el artículo 937 la intimidación como la acción de inspirar "...a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave sobre su persona, libertad o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes...". La violencia física no puede ser equiparada a una amenaza o intimidación. Solo será violencia física la directa intervención sobre el cuerpo de un ser humano.

A pesar de esta clara delimitación conceptual, la mayoría de los autores y la jurisprudencia de modo casi abrumador han entendido que la violencia física requerida por el tipo también abarca la llamada vis compulsiva (intimidación o violencia moral), y de su mano ingresan al tipo penal acciones como la de apoderarse de una cosa ajena mediante amenaza con armas, entendiendo que la amenaza es causante de una intimidación en la víctima.

Actualmente y de modo mayoritario, se sostiene que se encuentra presente la violencia física exigida por la norma no sólo mediante el acometimiento de carácter violento y físico sobre las personas sino también mediante la llamada intimidación o violencia moral.

Un texto legal que hiciera expresa referencia a la intimidación como elemento constitutivo del robo zanjaría la cuestión relativa a la amenaza con armas. Sin embargo, la norma vigente sólo requiere violencia física, y nada más que violencia física.

Como viéramos en el acápite destinado a los antecedentes, el texto que actualmente nos rige tiene como base el proyecto de 1906, con la sugestiva supresión de toda mención a la intimidación, como consecuencia de la recomendación efectuada por González Roura a la comisión especial designada para trabajar el proyecto Moreno de 1917 (proyecto que fuera finalmente aprobado y es hoy nuestro Código Penal).

En aquella recomendación González Roura sostuvo que era necesario dejar en el robo sólo la violencia física: "Reduzco el robo a la fuerza física y traslado la intimidación y violencia moral a la extorsión"[48].

Mientras que la intimidación aparecía contemplada como medio comisivo del apoderamiento en el robo, tanto en el Proyecto Tejedor, como en el Código Rivarola de 1886 y en los Proyectos de

http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/robo-con-armas-extorsion-coaccion-con-armas

[47] El diccionario de la Real Academia Española, disponible online en www.rae.es define a la acción de intimidar como "causar o infundir miedo".

[48] González Roura, 2a carta a la ronda de consultas realizadas por la comisión redactora del proyecto de Código Penal de 1921, citado por Schiavo Nicolás, ob. cit., p. 51

1891, 1906 y 1917, es recién nuestro actual Código Penal (sancionado por ley 11.179 de 1921 y puesto en vigencia en 1922) el que suprime la "intimidación", contemplando únicamente como medio comisivo del robo a "la fuerza en las cosas" y "la violencia física en las personas".

Por otra parte, la ley ha suprimido de forma expresa por dos veces consecutivas (leyes 20.509 y 20.642 de 1973 y 23.077 de 1984, luego de que los gobiernos de facto lo insertaran) el concepto de "intimidación" como medio comisivo del robo del texto explícito de la ley, por lo que reintroducirlo por vía interpretativa constituye un verdadero ejercicio de aplicación analógica de la ley penal, que integra "in malam partem" el texto histórico[49].

Sin embargo, y a pesar de la claridad de la cuestión hasta aquí expuesta, los autores nacionales y la jurisprudencia en su mayoría se han encargado de extender los límites de la violencia física de tal modo que abarque la violencia moral.

Así, Soler ha dicho que "...debe considerarse comprendido dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que "quebranta o paraliza la voluntad" sin motivarla..."[50].

Núñez, en un primer período, en sus trabajos anteriores a la reforma de la ley 21.338 -que reincorporara el término "intimidación" al artículo 164- sostuvo que la intimidación era un elemento constitutivo del robo a pesar de la letra de la ley, ya que consideraba que no era necesario que la energía de la violencia física, haya obrado encima del cuerpo de la víctima, ya que también "...se despliega una energía física contra la persona, cuando se la amenaza con ella de manera inmediata"[51].

En una segunda etapa, al escribir la obra dedicada al análisis de la ley 21.338 expresamente sostiene que "...Queda excluida del concepto de violencia física en las personas, la amenaza a mano armada real o simulada, incluida en aquella por la doctrina y los Tribunales..."[52].

Entendemos que la interpretación adecuada es la que propician -entre otros- autores nacionales como Gustavo Vitale y Nicolás Schiavo y en jurisprudencia la postura del juez Mario Juliano del Tribunal Criminal No. 1 de Necochea, quienes sostienen con argumentos contundentes, que la violencia física en el robo es sólo la aplicación de violencia contra el cuerpo de las personas

---

[49] Disidencia de Mario Juliano en Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea • Montiel, Rosendo F. • 08/09/2004 • La Ley Online • AR/JUR/4232/2004

[50] Soler, Sebastián, ob. cit. p. 277

[51] Núñez, Ricardo, "Delitos contra la propiedad", Ed. Bibliográfica Argentina, p. 196 y ss. Citado por Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 129 y ss.

[52] Núnez, Ricardo, "Análisis de la ley 21.338", Ed. Lerner, p. 60

quedando absolutamente excluida la intimidación o violencia moral. Al respecto señalan en coincidencia que el apoderamiento de una cosa ajena con amenaza con armas en todo caso será un hurto simple en concurso ideal con coacción con armas.

No de otro modo puede ser entendida la norma cuando su letra es absolutamente clara y elocuente, y sus antecedentes normativos nos aportan precisión sobre la intención del legislador.

Extender la tipicidad hacia la violencia moral implica ceder ante la tentación de hacer decir a la norma aquello que resulte razonable para no dejar lagunas. La ausencia de consideración punitiva de ciertos tramos de conducta suele generar desolación en algunos penalistas y frente al panorama de la no punición optan por extender los límites hacia extremos poco ortodoxos.

La desarticulación interpretativa a la que nos hemos acostumbrado (como consecuencia de la llamativa coincidencia en este sentido entre autores y jueces), en este caso -como en casi todos- genera una extensión punitiva que viola de modo inaceptable el principio de estricta legalidad.

Con claridad explica Vitale que: “...Tal como se desprende del principio constitucional de legalidad ("nullum crimen ...", previsto expresamente en el art. 18 de la Constitución Nacional), nadie puede ser penado por un hecho que no se corresponda exactamente con la descripción legal efectuada antes del hecho que se juzga (nadie puede ser penado sin "ley anterior", dice el citado art. 18)...”[53], por el mismo principio -señala- ninguna ley penal puede ser aplicada a situaciones análogas.

Al iniciar este apartado hemos tratado de diferenciar lo que es la violencia física de la violencia moral. Existiendo una distancia -considerable y evidente- entre ambos conceptos, el hurto por medio de intimidación (violencia moral) no podrá en modo alguno constituir un robo. El operador jurídico puede coincidir o no con esta solución, pero lo que no debe hacer es apartarse de lo que dice la letra de la ley. Existen pocas controversias legales donde la mayoría se haya volcado hacia una interpretación con tan endeble soporte argumental.

Vitale explica que “...Apuntar con un arma y apoderarse, de ese modo, de cosas muebles ajenas sin el consentimiento de su tenedor es, sin duda, un ilícito penal, pero (también sin duda alguna) no constituye el delito penal de robo. Ello por cuanto apuntar con un arma no es un supuesto de violencia "física" (como sí lo sería golpear a otra persona con un arma). Cuando la intimidación era un medio comisivo del robo -en otra época legislativa- la cuestión era diferente, pero no porque apuntar con un arma era violencia física, sino porque, siendo un supuesto de intimidación, estaba

[53] Vitale, Gustavo L., “¿ROBO CON ARMAS, EXTORSIÓN O COACCIÓN CON ARMAS? (arma de fuego, prueba del “arma”, art. 41 bis del Código Penal y consumación de un solo coautor), disponible online en http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/robo-con-armas-extorsion-coaccion-con-armas

prevista en la ley penal como un medio comisivo del robo. El problema radica en que el texto actualmente vigente del Código Penal Argentino excluyó la intimidación como medio comisivo del robo...”[54].

Debe existir, al igual que con la fuerza en las cosas, una vinculación objetiva y subjetiva entre la violencia y el apoderamiento. Esto quiere decir que debe ser la violencia física lo que permita al sujeto apoderarse o lograr la impunidad posterior al apoderamiento, y esta violencia debe ser querida por el autor como medio para lograr cualquiera de las dos cosas.

Respecto al momento en el que debe presentarse la violencia física para ser constitutiva de robo, la norma -a diferencia de la fuerza en las cosas- específicamente establece una ampliación temporal donde podrá ser desplegada antes del hecho para facilitarlo, durante su comisión, o posteriormente para procurar su impunidad.

Así, la violencia preparatoria, será aquella que se efectúe inmediatamente antes del robo para facilitarlo. Esto no implica que -siguiendo a Núñez y en contra de lo que dice Soler[55]- se adelante en sentido temporal el principio de ejecución de este delito. El hecho que no se inicie el apoderamiento luego de desplegada la violencia no obsta a que esta sea punible de modo autónomo si encuadrase en otro delito.

La violencia concomitante, es aquella que se efectúa durante el apoderamiento, es decir, desde el inicio de la actividad destinada al apoderamiento hasta su consumación siempre que sea desplegada para cometerlo, ya que la mera concomitancia con la ejecución no transforma sin más el hurto en robo[56].

Finalmente, la violencia posterior, será aquella que se presente luego de cometido el robo para procurar su impunidad. Lo que se toma en cuenta es la defensa violenta de los autores frente a la reacción inmediata de la víctima o terceros. No se trata de la defensa de lo sustraído porque la norma -a diferencia del artículo 80 inciso 7- no menciona el propósito de asegurar los resultados del delito[57].

La circunstancia temporal con la que se aprecia el empleo de la violencia (posterior al apoderamiento), exige que se presente dentro de la misma unidad de acción del verbo típico, no siendo calificante la que el sujeto despliegue una vez consumado el apoderamiento y en un momento

[54] Vitale, Gustavo L., artículo citado.
[55] Donna, Edgardo A. ob. cit., p. 123
[56] Núñez, Ricardo, ob. cit., p. 224
[57] Núnez, Ricardo, ob. cit. p. 225

posterior no inmediato al hecho. El delito de hurto consumado no puede quedar abierto de modo indefinido hasta que se presente la violencia que calificaría al hecho como robo.

Los resultados de la violencia física quedarán absorbidos por el tipo penal en cuestión, situación por demás clara teniendo en cuenta que se consideran como agravantes específicos del robo el resultado muerte y las lesiones graves o gravísimas.

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso. Comparte con el hurto las características del tipo subjetivo.

Los extremos comisivos contemplados como fuerza en las cosas y violencia en las personas deben estar dirigidos al apoderamiento y ser queridos por el autor con esa finalidad. Es decir, como ya vimos al tratar el tipo objetivo, ambas características tienen que estar vinculadas de modo objetivo y subjetivo con el apoderamiento.

No habrá robo, sino hurto, aún cuando exista violencia en las personas o fuerza en las cosas si éstas no son queridas por el autor como medio para concretar el apoderamiento (o para facilitarlo o procurar su impunidad en el caso de la violencia física).

Consumación y Tentativa.

Constituyendo este tipo penal un hurto agravado, no repasaremos las distintas teorías orientadas a clasificar la acción material constitutiva del apoderamiento (aprehensio rei, contrectatio o amotio, ablatio rei, e illatio rei) ya que su desarrollo corresponde al comentario de aquél delito.

Entre los autores nacionales la cuestión presenta dos posturas claras. Por un lado la teoría del desapoderamiento (Núñez), para quien habrá hurto o robo siempre que haya desapoderamiento en concurrencia con la intención de apoderarse. El delito se consuma tan pronto como el acto del sujeto priva a la víctima de la posesión corporal de la cosa.

La teoría de la disponibilidad o posibilidad física de disponer (Jiménez de Asúa, Soler, Creus, Tozzini, entre otros), por la que se entiende que el verbo típico requiere el efectivo apoderamiento por parte del sujeto activo. No es suficiente el mero desapoderamiento. Lo que se requiere es la

consolidación de un poder efectivo sobre la cosa, la posibilidad de realizar sobre ella actos de disposición[58].

Compartimos esta posición, que por otra parte es la mayoritaria. El delito, al igual que el hurto, se consuma sólo una vez que exista apoderamiento efectivo por parte del autor. Esto quiere decir que no alcanza con el desapoderamiento, que resulta ser el antecedente inmediato y necesario del apoderamiento.

El delito sólo se habrá consumado cuando el autor haya tenido la posibilidad material de disponer del bien sustraído, de otro modo la acción quedará en grado de tentativa. Así, y a modo de ejemplo, si el sujeto toma la cosa pero no logra perderse de la vista de la víctima o de terceros que lo persiguen, el delito no podrá considerarse consumado.

El criterio rector es la disponibilidad y es por ello que se acude a la idea de solución de continuidad entre el desapoderamiento y la aprehensión. El hecho de que no exista entre uno y otro un espacio de tiempo donde el autor del hecho pudiera -razonablemente- disponer del bien nos arrojará la imposibilidad de tener por consumado el delito.

Disentimos parcialmente con la idea dominante en jurisprudencia por considerarla particularmente ingenua con respecto a sus pretensiones. Se sostiene que no debe mediar -para que se mantenga en tentativa el delito- ni un segundo de tiempo en el que el sujeto haya sido perdido de vista. Entendemos que lo razonable es no valerse de precisiones absurdas sino determinar en cada caso concreto si puede suponerse válida y lógicamente que el espacio de tiempo entre ambos momentos es suficiente como para sostener que el autor dispuso del bien consumando el hecho, siempre teniendo como punto de ingreso que si no fue perdido de vista, no importa cuanto tiempo haya pasado, no podrá tenerse por consumado el delito.

En aquellos casos donde exista robo con violencia física en las personas, cuando la violencia se presenta antes o durante el apoderamiento, el delito se consumará recién con el apoderamiento efectivo de la cosa de acuerdo a las consideraciones efectuadas previamente.

En cuanto a la violencia que se ejerce después del apoderamiento, para lograr su impunidad, la consumación recién se presentará con la concurrencia de ambos elementos (apoderamiento efectivo y violencia física en las personas). Mientras no se presente la violencia posterior y sólo el apoderamiento, estaremos frente a un hurto consumado. Asimismo, la tentativa de apoderamiento con violencia consumada sólo configurará un robo en grado de tentativa[59] .

[58] Donna, Edgardo A., ob. cit. p. 27 y ss.
[59] Donna, Edgardo A., ob. cit. p. 128

Autoría y Participación.

La fuerza en las cosas y la violencia en las personas que califican como robo al tipo penal se extienden a todos los partícipes, aun cuando por la división de tareas no sean todos los partícipes autores materiales de la violencia o la fuerza en las cosas.

Quien ejerce materialmente la violencia puede ser diferente del que concreta el apoderamiento, y sus interrelaciones se rigen por las reglas de la coautoría y, en general, por las del concurso de personas en el delito[60].

Considerando que el conocimiento posterior de lo realizado no puede ser el dolo, quien se incorpora a un grupo de coautores que han realizado "fuerza en las cosas" (por ejemplo romper una ventana o una puerta) y consecuentemente se están apropiando de cosas, y toma a su cargo una parte de la tarea de apoderamiento, sólo realizará una conducta típica de hurto, porque la fuerza en las cosas ya estaba hecha y acabada cuando el sujeto ingresó al plan criminal.

Particularidades de la Figura.

Las lesiones graves y gravísimas constituyen agravantes específicas del robo contempladas por la norma, pero se ha planteado una dicotomía respecto a las lesiones leves producidas como consecuencia de la violencia física en las personas en ocasión de cometerse el robo.

Mientras que algunos autores[61] entienden que las lesiones leves concurren materialmente con el robo, otros[62] -posición que compartimos- interpretan que las mismas son absorbidas por el robo cometido con violencia física en las personas.

Con respecto al concurso con la privación ilegal de la libertad, sucede lo mismo que con las lesiones leves. La privación de la libertad empleada como medio para consumar el delito será nada más que el desarrollo de la violencia física en las personas por lo que no podrá considerarse la existencia de un concurso material entre ambas.

---

[60] Donna, Edgardo A., ob. cit. p. 127
[61] Soler, ob. cit. p. 282
[62] Creus, ob. cit., p. 422

Jurisprudencia.

Enumeraremos algunos de los fallos que realizan aportes de relevancia con la intención de acotar el ejercicio del poder punitivo estatal, siendo que una simple búsqueda de fallos en internet o cualquier base de datos arrojará innumerables resultados en el sentido más tradicional (conservador) en la materia.

1. Principio de insignificancia:

"…De cualquier modo, quiero destacar que resulta hasta grotesco que el sistema penal se haya movilizado por un hecho de bagatela, cual es el robo de un cuaderno de 100 hojas, que dada su escasa importancia económica hubiera configurado una "falta" reprimible con multa en otras legislaciones…" (CÁMARA CRIMINAL Nº 1 CORRIENTES – 19/11/2003 - AUTOS: "SAUCEDO DANIEL RICARDO P/ ROBO SIMPLE-CAPITAL")

"…Un derecho penal que gire en torno a la protección exclusiva de los bienes jurídicos más importantes respecto de los ataques más graves, no puede dejar de considerar aspectos que hacen al grado y extensión de la lesividad como corrector de la tipicidad objetiva o en su caso como excluyente de una verdadera antijuricidad material. El principio de "intervención mínima del estado", da lugar así al de subsidiariedad, según el cual el derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios menos lesivos (…) Con ello entiendo que también existe un fundamento utilitarista del derecho penal, no tendiente a la mayor prevención posible sino al mínimo de prevención imprescindible. (…) debe tenerse presente no sólo el escaso o casi nulo valor material sino también el hecho que se trata –en el contexto dado- de un artículo, cuya prescindencia, no parece alcanzar el umbral de una lesión significante, y en consecuencia, la falta de reprimenda estatal no altera la confianza en el sistema ni la estabilidad de la paz social, dicho esto para quienes ponen el acento en la prevención general…" (Fallo de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, dictado en la causa n° 38.167 –nro. 11.930 del Reg. de Sala-, caratulada "O., N. M. s/Recurso de Casación int. por Fiscal General", sent. del 26 de abril de 2011).

"…cuando la afectación a un bien jurídico es ínfima, ninguna reacción de carácter penal puede presentarse como razonable y proporcional. Por ello, un juego armónico de los presupuestos

que se desprenden de los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad, impiden que aquellas lesiones de carácter mínimo a los bienes jurídicos puedan considerarse como lesiones jurídicamente relevantes a los fines del Derecho Penal. (…) Es por lo expuesto precedentemente que entiendo que en el caso traído a estudio del tribunal corresponde revocar la resolución impugnada y sobreseer al imputado, pues el objeto del cual se apoderó M. S. junto a un menor -esto es, un estuche de una cámara fotográfica-, es, por insignificante, inidóneo para llenar la tipicidad objetiva del art. 164 CPen.(Del voto en disidencia de GARRIGÓS DE RÉBORI)…" (Tribunal: C. Nac. Crim. y Corr., sala 5a Fecha: 20/06/2007
Partes: M. S., Sergio M. y otro).

2. Fuerza en las cosas:

"…El frecuente caso de la rotura de empaques que contienen medidas de seguridad, a fin de sustraer los objetos que resguardan dicho envoltorio, encuadra prima facie en el tipo del hurto, en los términos del art. 162 del Cód. Penal y no en el delito de robo pues, la fragilidad del empaque, impide considerarlo un factor de resistencia al apoderamiento, desde que aun un niño pequeño podría violentarlo, sin que a ello obste que el envoltorio contenga una identificación electrónica consistente en un pelo magnético u otro dispositivo que, una vez inutilizado, imposibilite la detección de las alarmas de seguridad del local…" (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal - 14/09/2004 – "Flores, Enrique D. y otro s/rec. de casación". LLC2005 (abril), 300).

"…No revisten relevancia típica -con relación al robo- los actos de fuerza en las cosas no comprendidos en el tramo de ejecución del hurto como podrían ser los tendientes a preparar el proceso ejecutivo del apoderamiento y los posteriores a la consumación…." (Cámara Nacional de Casación Penal - Sala III - 26/03/02 - Voto del Dr. Mitchell - Registro n° 122.02.3. "Salinas, César Walter s/recurso de casación").

"…La rueda de un vehículo no va asegurada con tuercas o bulones a éste como medio de seguridad contra ladrones sino como forma de asegurar el funcionamiento correcto del mecamismo. Desajustarlos no constituye, pues, el empleo de la fuerza que caracteriza el robo, sino que es un medio de removerlo, casi natural, atento que pertenece a la forma universal de disposición del mecanismo creado (…) el empleo de la fuerza para que se trate de robo, debe ir acompañado de un

factor psicológico emanado del propietario: creación de un medio de seguridad contra el cual va encaminada aquella fuerza…" (C.N.Crim. y Correc., Sala IV. - 28/09/04 – c. 24811 "RIVELLI, Anibal Ricardo. ").

"…El mero corte del cable para realizar la conexión que se dice clandestina, y así dejar expuestos los hilos metálicos con el objeto de unirlos a un adminículo distribuidor denominado técnicamente "splitter", consiste en utilizar una fuerza mínima y necesaria de la cual no puede prescindir quien tiene por propósito realizar dicha operación ilícita y por ende no resulta asimilable a la requerida por el artículo 164 del Cód. Penal. (Del voto del Dr. González)…" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV - Ocupantes del inmueble sito en Moreno 1072, D - 13/09/2010 - Sup. Penal 2010 (diciembre) , 59 - JA 2010-IV , 81 - LA LEY 2010-F , 595)

3. Violencia en las personas

"…Debe calificarse como hurto el hecho por el cual el imputado intimidó a la víctima con el fin de apoderarse de la recaudación, si de los propios dichos del damnificado no se desprende que el autor hubiese ejercido violencia física en las personas (…) En efecto, del relato de la víctima, (…) no se desprende que los autores del asalto hubiesen ejercido "violencia física en las personas", tal como requiere el tipo penal involucrado. Muy por el contrario, los mismos simplemente se limitaron a "intimidar" al trabajador del volante para conseguir el propósito de apoderarse de la recaudación, acción que —a mi ver— no es asimilable a la categoría legal indicada, por lo que el hecho debe ser calificado como hurto, previsto y sancionado por el art. 162 del C.P (Del voto en disidencia de Mario Juliano)…." (Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea - L.D. A. - 24/04/2006 - LLBA 2006 (julio) , 823 - AR/JUR/883/2006).

"…Incurre en el delito de hurto, y no en el de robo, quien sube a un remise y amenaza al chofer con un cuchillo a fin de lograr el desapoderamiento de la recaudación, toda vez que dicha conducta no implica el ejercicio de violencia física sobre la víctima como lo requiere el delito de robo, la cual se limita a la que cae en forma directa sobre el cuerpo de la víctima, no comprendiendo a la "violencia moral" que produce la intimidación (…) Atento que la ley ha suprimido en forma expresa por dos veces consecutivas -leyes 20.642 y 23.077 (Adla, XXXIV-A, 138; XLIV-C, 2535)- el concepto de "intimidación" como medio comisivo del robo, reintroducirlo por vía interpretativa

constituye una aplicación analógica "in malam parte" de la ley penal (del voto en disidencia parcial del Juez Juliano)…" (Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea - Montiel, Rosendo F. - 08/09/2004 - La Ley Online - AR/JUR/4232/2004).

"…la amenaza con armas no constituye un supuesto de violencia física sobre las personas (si es que no queremos formular una interpretación verdaderamente forzada y extensiva de la ley penal) …" (Juzgado de Instrucción Formal de Cuarta Nominación de la ciudad de Salta - causa N° 23.792/86, seguida contra JULIO R. MORENO, MILTON M. TEJADA Y SANDRA I. NIEVAS, resolución firme del 4 de Diciembre de 1986).

"…El artículo 164 del Código Penal, al establecer que la violencia puede acaecer luego de cometido el robo y para asegurar su impunidad, requiere que ella sea la defensa de los sujetos activos frente a la reacción inmediata de la víctima o de terceros, es decir, debe construir una unidad de hecho con el apoderamiento y no una actividad posterior independiente – en el caso, coacción a un taxista que superó la simple e inmediata violencia para lograr la impunidad – fuera de dicho contexto… (del voto en disidencia del doctor Hornos)". (Cám. Nac. Casación Penal, Sala IV, 17-9-99; "R., H.A."; J.A. 2001-1-752, CDLL).

Delitos de Extorsión
Simple, Básica o Común y Documental

Por **Omar Breglia Arias**

Art. 168: "Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito"

Los Antecedentes

I.- Ubicación Histórica y Sistemática En Roma

a) Nacimiento de la extorsión.-: Entre los delitos contra la propiedad, el hurto es el más antiguo. Constituye el antecedente más remoto de la extorsión. La determinación autónoma del hurto, tal como lo conocemos ahora, se realiza bajo el Imperio. En ese período, el hurto, como apoderamiento ilegítimo de cosa mueble ajena, se separa de otras conductas análogas, el *peculatus,* o hurto cometido por un funcionario público, el *plagium,* o hurto de una persona libre; el *sacrilegium,* o hurto de cosas sagradas; el *stellionatus,* o fraude penal; *la violati sepulcro,* o despojo de cadáveres; el *abigeatus,* o robo de animales, y por último, el hurto violento, robo o rapiña, nuestro actual robo con armas.

La rapiña o robo con violencia contra las personas, se contrapone al hurto simple, así como el arrebato con violencia de la cosa (*rapere vi et palam*) se contrapone a la sustracción clandestina y oculta (contrectare clam et oculte).

Mas tarde aparece, muy desdibujada aún, la extorsión (obtención de dinero bajo coacción moral) con el nombre de *concussio,* que no tenía la significación actual, sino la de abuso de autoridad propia de los funcionarios y la amenaza de acusar a alguien de delito.

Esta orientación se debió a, las cada vez, más enormes distancias a que se extendía el Imperio romano, y a la imposibilidad de control desde Roma de la conducta de sus funcionarios, lo que daba lugar a la corrupción de éstos dada la inexistencia de un control adecuado.

b) Vinculación con el inicio del procedimiento penal romano. En forma larvada, la extorsión se vincula a un momento decisivo dentro del desarrollo penal romano. En efecto, este último no tuvo la amplia regulación del procedimiento civil, porque los romanos no llegaron a establecer una *sistematización* sobre el delito y las penas, ni tampoco a dictar normas que regularan todo lo concerniente a la organización procesal. Precisamente, el derecho penal romano logra una más armónica formulación cuando se establecen las *quaestionae perpetuae.* La causa de creación de estos tribunales permanentes obedeció a la necesidad de sancionar criminalmente las exacciones de los magistrados

provinciales (repetumdae) las que se habían hecho muy frecuentes en los últimos años de la República, como consecuencia de la corrupción de las costumbres.

Las quejas de los provinciales contra los funcionarios venales llegaron hasta el senado, quien ante la ausencia de tribunales especializados para juzgar tales delitos, procedió a nombrar un colegio de *recuperatores* para que investigara los hechos denunciados y en caso de encontrar culpable al acusado, *le obligaran a devolver lo indebidamente percibido*.

En el año 149 a. C., se dictó un plebiscito a proposición del tribuno Calpurnio Pisón, que se conoce con el nombre de *ley Calpurnia repetumdarum.* La misma tuvo la virtud de echar las bases para la primera *quaestio perpetuae.* Dicha ley dispuso que el *pretor peregrino* debía estar a cargo de la dirección de esta clase de juicio, ordenando que se confeccionara una lista de jueces entre los cuales serían ser elegidos los miembros que formarían el jurado que debía entender en cada caso particular.

c) La "concussio" cometida por particulares. En el año 122 a. C, la *lex Acilia repetumdarum* confirma el carácter delictual de las exacciones cometidas por funcionarios públicos y somete a la competencia de las *quaestio perpetuae* el juzgamiento de los crímenes de concusión. En época de Sila se amplió la competencia de los mismos, cuando el dictador dispuso que debían tramitarse por los procedimientos de *quaestiones* los delitos sancionados por las leyes *Corneliae de sicarios, Corneliae testamentaria, Corneliae maiestatis* y todas aquellas referidas a hechos considerados como violatorios de la ley penal. Desde este momento, el procedimiento de las *quaestiones* abarca toda clase de delitos, configurándose como el verdadero derecho penal romano.

Posteriormente, ciertas formas de la *concussio* pueden ser cometidas por particulares,. La coacción moral, la intimidación, como métodos para obtener un provecho ilegítimo *no se reconocen como exclusivos* de los funcionarios. Y es así que, ***la extorsión, hija de las exacciones ilegales y de la concussio, descendiente lejana del hurto, asume una condición independiente y comienza a vivir su vida propia***

II. Orígenes Históricos y/o Legislativos y Proyectos, en Argentina

a) Doctrina del delito medio y delito fin. La extorsión es una ofensa a la libertad, como *medio* y a la propiedad, como *fin.* CARMIIGNANI Y CARRARA desarrollaron la teoría por la cual la clasificación y el ordenamiento de las infracciones, ha de hacerse teniendo en cuenta el *objeto ideológico del delito o final de la acción*. . La excepción es que, cuando sean dos los bienes atacados, y el atacado en primer término, que da lugar al *delito medio,* tenga mayor importancia, la clasificación ha de hacerse teniendo como base ese "hecho delictivo medio". Contrariamente, en el caso de la extorsión, el hecho delictivo medio es de menor importancia, por lo que, siguiendo esa teoría, se ha clasificado a la extorsión entre los delitos contra la propiedad, o el patrimonio.

b) Identificación con el robo en el proyecto Tejedor. En el Proyecto Tejedor, de 1867, el art. 296 menciona conductas parecidas a nuestra actual extorsión. Se reprime con uno a tres años al que "amenazase por escrito con un mal que constituye delito, si la amenaza se hiciere con el objeto de que se deposite una suma de dinero, o se practique cualquier otro acto".

Como se ve, se trata de un delito de mera conducta, *amenazar, no* exigiéndose que haya una entrega del dinero.. Al final, "o se practique cualquier otro acto", comprende el envío, entrega, puesta a disposición o depósito de la actual figura del art. 168.

La extorsión y el robo se identificaban parcialmente. "*El que obligue a otro con violencia o intimidación a firmar, otorgar o entregar una escritura pública, letra, vale o documento que contenga obligación o descargo, será castigado como culpable de robo con las penas señaladas en los capítulos respectivos"*. La nota al artículo expresaba: "Obligar, por fuerza, dice Pacheco, a cualquier persona que firme o entregue un documento de los que declara el artículo, equivale plenamente a arrancarle la cantidad que en el documento se señala. Es pues, igual, esencialmente, a un robo el acto aquí ejecutado, y las penas que para el robo deben servir han de aplicarse también a esos otros hechos de violencia. Lo mismo ataca mi propiedad con violencia de mi persona quien me arrebató el reloj poniéndome un puñal en el pecho, que quien me obliga con el mismo puñal a firmarle un pagaré".

c) Proyecto de 1881, "Villegas, Ugarriza y García". Aparecen figuras acercadas a la extorsión, tal como está en el Código vigente. En su art. 234, se castiga al que con amenazas de causar a otro o a su familia un mal, que realizado constituyere delito, exigiere de él la entrega de un valor cualquiera o la ejecución de un acto que pudiera aprovechar el delincuente. La entrega "de un valor cualquiera" se corresponde con "cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos". Pero se trata de un delito de peligro, pues la conducta consiste en la amenaza, al igual que en el Proyecto Tejedor, a diferencia de la actual formula que consiste en una lesión, no en un peligro. Y el mal amenazado debe consistir en un delito. Otra diferencia con el Proyecto Tejedor en el cual la amenaza es por escrito. En otro art., 236, la amenaza es de un mal que no constituya delito.

d) Código de 1886. El art. 168 castiga al que amenazare a otro con causar al mismo o a miembros de su familia, un mal que constituya delito. En el art. 189, inc. 3º, presentaba una figura parecida a la de la segunda parte del actual art. 168, extorsión documental, pero se la llamaba robo: "La pena (del robo) será de tres a seis años de presidio cuando se obligue por violencia a firmar un documento de obligación o de cancelación

e) Código de 1887. En el Código de 1887 aparecen figuras parecidas a la extorsión, siguiendo a Tejedor, como coacciones o como robos. En los artículos 187, inc. 1ro., 188, inc. 1ro., y 189, se incluye como robo el intimidar a una persona para que entregue la cosa, retención en rehenes para sacar rescate, y el hecho de usar violencia para obligar a firmar un documento de obligación o de cancelación. Este proyecto innova en la materia agrupando en un Capítulo, al que denomina "Extorsión", dentro del Título de los Delitos contra la Propiedad, las figuras que el Código vigente prevé como extorsión, con algunos cambios en su estructura.

En la Exposición de Motivos, se dice: "En el Capítulo III y bajo el rubro "Extorsión", colocamos la represión de aquellos actos que, tendiendo, como una de las formas del robo al apoderamiento ilegítimo por medio de violencias sobre las personas que no pueden causar el apoderamiento sino de una manera media o indirecta o ***con un intervalo***. *Aparece así por primera vez, y*

como una importante novedad, el reconocimiento del intervalo, que aún hoy se discute por algunos autores, los menos en número, pero que es esencial para diferenciar del robo a la extorsión.

f) Proyecto de 1891: "Figuran como extorsión, los siguientes hechos: obligar a otro con violencia o intimidación, a depositar, entregar, suscribir o destruir, en perjuicio propio o ajeno, un documento capaz de producir cualquier efecto jurídico; obligar a otro por medio de amenazas o simulando orden pública, a enviar, depositar, o poner a disposición del agente o de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos; obligar a otro, por amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, a la entrega de una cosa que no sea del culpable, o a contraer una obligación o a extinguir un crédito; detener en rehenes a una persona para sacar rescate; sustraer un cadáver para hacerse pagar su devolución. Dentro de los distintos Proyectos y Códigos que jalonan el desarrollo del Código hasta la forma actual, puede decirse sin miedo a error, que el de este Código de 1891 es el más importante, ya que como se advierte están adelantadas en su letra las distintas figuras penales que han de consagrase en el Código vigente, desde el art. 168 hasta el artículo 171.

g) Proyecto de 1895.- La extorsión está en el Capítulo III de su Título V, "Delitos contra la propiedad", .Libro II, "De los delito en particular y sus penas". En el art. 277 se reprime con penitenciaría de dos seis años al que con violencia o con amenazas graves a la persona o a sus intereses, obligue a otro a suscribir o destruir, en perjuicio propio o ajeno un documento capaz de producir un efecto jurídico cualquiera. Hay evidentemente un parecido con el delito del art. 168, Cód. Penal actual, segunda parte, llamado "extorsión documental". La pena es superior a la del Código de 1921, pero inferior a la del texto vigente en la actualidad. En el art. 229 se reprime con penitenciaría de dos y medio a cinco años al que inspirando por un medio cualquiera temor a un grave daño a la persona, el honor o a los intereses simulando orden de autoridad, constriñe a otro a enviar, depositar, poner a disposición del culpable, dinero, cosas o documentos capaces de producir un efecto jurídico cualquiera. El art. tiene una notable semejanza con el actual art.168. Emplea el término "constriñe" en lugar de "obligue" y es por esto más ventajoso, en el sentido que "obligue" nos acerca a la teoría de las obligaciones, y es por tanto un término que se debería corregir en la actual figura de la extorsión. La misma crítica puede hacerse a la palabra "depósito" que nos remota un instituto que nada tiene que ver con esta figura de la extorsión, y sin embargo está presente en el art. 168 actual.

h) Ley de reformas 4189. Con el título "Extorsión", se reprime con tres a seis años de penitenciaría, al que, con violencia o intimidación obligare a otro a depositar, entregar, suscribir o destruir en perjuicio propio o ajeno, un documento capaz de producir cualquier efecto jurídico. Es fácil vincular este texto con el art. 168 actual. , en su primera parte y también en la segunda parte, parcialmente. La fuente es el Proyecto de 1891. No aparece, sin embargo, la palabra "entrega". Se ha señalado que ello es para evitar la confusión con el robo. Las penas de ambos delitos se asemejan.

i) Proyecto de 1906.- En el artículo 183 está la extorsión, que es por "violencia o simulación de autoridad". El texto es parecido al 168, primera parte. La extorsión documental aparece muy alejada de la configuración actual, en el art. 155. El robo se presenta como de difícil distinción con la extorsión.

j) Proyecto de 1917.- No están los delitos de amenazas y coacciones. En cuatro artículos, desde el 168 al 171, tal como ocurre en el Código actual, salvo lo que dice el art. 171 del presente Código, están las figuras de extorsión. La redacción es similar a la del Proyecto de 1906. La “entrega” entre las formas de disposición, no aparece. La intimidación no aparece en el robo, por opinión de GONZÁLEZ ROURA que propuso esa supresión para evitar la confusión con el robo, según opinó. Esto fue luego criticado por SOLER.

k) Código Penal de 1921 (ley 11.179).- Es el vigente que se sanciona en 1921, pero comienza a cumplirse en 1922. Se incluye la “entrega” entre las acciones que son obligadas por sujeto activo al pasivo. Aparece ahora la extorsión documental tal como la tenemos, en el art, 168, segunda parte. También se incluye junto a la falsa orden, la simulación de la autoridad. El robo sigue no incluyendo la intimidación, según el criterio de GONZÁLEZ ROURA.

III. El Bien Jurídico Protegido

El derecho reconoce la existencia de *entes* que merecen su protección[1]. Estos *entes* existen naturalmente antes de que el derecho se interese por ellos, pero es recién por intermedio de ese interés que se ven elevados a la condición de bienes jurídicos.

Cuando el interés del derecho por eos bienes es mayor, se produce una protección de naturaleza penal. Puede ocurrir que la protección existente, ya dada, no fuera de esa clase o que el bien no tuviera ninguna protección. En ambos casos, la protección penal surge del reconocimiento de una insuficiencia. Ese déficit sancionatorio es así *cuantitativo* (cuando ya existe una protección penal) o *cualitativo* (cuando no existe protección alguna). Consecuentemente, el derecho penal es normalmente sancionatorio (porque la primera categoría es la regla) y algunas veces *constitutivo* (porque la segunda categoría es la excepción).

IV. Utilidad de la Determinación del Bien Jurídico Protegido en cada Delito.

Del *ente* como objeto que interesa al derecho, se pasa a la norma, que es lo que el derecho elabora para esa protección; y de la norma deviene el tipo como concreción prohibitiva. Frente a esa progresión, el derecho manifiesta *un interés jurídico negativo* con respecto a la conducta infractora.

Así determinada la noción del instituto *bien jurídico protegido* en cada delito adquiere *importancia básica* a través de un proceso circular. Frente a una conducta reprochable penalmente, tener en cuenta el bien jurídico que se halla protegido es calar profundamente en el tipo y en la norma, y adquirir una fuente de información para la intelección adecuada del delito.

---

1 El concepto de JAKOBS es diferente: “El Derecho Penal no persigue la protección de bienes jurídicos sino la protección de la vigencia de la norma; el delito es algo negativo que debe ser evitado; pero no porque represente una amenaza de intereses relevantes cuya lesión o puesta en peligro podría afectar gravemente la capacidad de participación de los individuos en la vida social, sino sólo porque expresaría una oposición a la norma imperativa, con total independencia de su concreto contenido” (JAKOBS, G., *El concepto jurídico penal de acción*, 1992, trad. de Miguel Cancio Meliá, en “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, 1997, p. 116.

V. El Bien Jurídico Protegido en la Extorsión: La Propiedad O El Patrimonio.

Como se ha visto, la extorsión, en sus formas originales, aparece como un ataque a *la administración de justicia*. Más adelante, en su evolución., quedó claro que el delito protege, primero, a la libertad, pero a través de la libertad, a la propiedad. Cuando en la extorsión se habla de "*obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos",* la doctrina y la jurisprudencia han entendido que eso que así se obtiene debe ser *ilegítimo*, ¿de dónde surge ese pacífico criterio si el art. 168 nada dice al respecto? Surge de haber quedado firme que el bien jurídico protegido es la propiedad (NUÑEZ, en *Derecho Penal Argentino*; FONTAN BALESTRA, SOLER, ARGIBAY MOLINA, MILLÁN). Por eso, a la inversa, se entiende que en el delito de coacción, donde lo que se persigue puede ser el cobro de una deuda, el bien jurídico protegido es la libertad. y lo que se castiga es *la prepotencia en el método de requerimiento, el modo asocial de exigir.*

Para algunos autores, el bien jurídico protegido en la extorsión, no es la propiedad, sino el patrimonio (MOLINARIO, GÓMEZ y PECO). Dice este último: "*No sólo se ataca a la propiedad, sino también el derecho de posesión y aún la mera tenencia de la cosa; hasta los derechos pecuniarios y los bienes materiales de valor económico. En consecuencia la determinación más exacta no es la que se reduce al bien jurídico propiedad*".

La concepción del patrimonio como bien jurídico protegido ha sido sostenida fuera del país, por QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1964, II, p. 2 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, VI, p. 168; MAGGIORE, *Derecho Penal*, Bogotá, 1956, V, p. 3 y ss.) y MANZINI, *Trattato di dirito penale*, Torino, 1947, V, p. 1 y ss.).

VI. Posición inicial de Nuñez, "Propiedad en el sentido Constitucional"

En su libro, *Delitos contra la propiedad,* p. 7, dice NÚÑEZ, "que *propiedad* como bien protegido por el Código Penal no es la propiedad o dominio del Código Civil (art. 2506). El *dominio* es un derecho real en virtud del cual, una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona. El Código Penal le confiere a la propiedad una extensión mucho mayor.

"No sólo protege –sigue diciendo NÚÑEZ- esa relación de dominio entre las personas y las cosas, sino otras relaciones reales entre ambos, de carácter menos amplio, como son los otros derechos reales que las leyes le reconocen al hombre sobre éstas, así como también los llamados *derechos personales* y los *derechos administrativos,* y la *vinculación de hecho* –entre una persona y las cosas- *de posesión y tenencia.*"Lo que el Código Penal protege es la propiedad en el sentido que le confiere la Constitución, la cual le reconoce toda persona el derecho de usar y disponer de su propiedad. Esta *propiedad* comprende, tratándose de los delitos contra ella, todos los intereses apreciables que una persona física o jurídica, privada o pública tiene, fuera de los derechos de la personalidad, de los derechos de familia y de los derechos políticos, que con arreglo a su naturaleza, le pueden corresponder".

VII. Posición posterior de Nuñez

Posteriormente, NÚÑEZ, modifica su posición sobre el punto. Lo hace en *Derecho Penal Argentino*, V, p. 164. Allí reconoce que "no puede identificarse la propiedad protegida penalmente como la propiedad a la que se refiere la Constitución Nacional; esa identificación-dice- la hicimos en *Delitos contra la propiedad.* El pensamiento de NÚÑEZ varía porque admite ahora que existen bienes que constituyen una propiedad en el sentido constitucional, como, por ejemplo, las *adquisiciones procesales frente a las leyes nuevas, la cosa juzgada y los derechos de familia,* y que, sin embargo, estos bienes no son la propiedad, distinta de la propiedad en sentido civil, que el Código Penal protege. Precisa así, que los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria pueden ser cosas u objetos inmateriales (derechos). Ellos son propiedad de una persona cuando el derecho se los atribuye *a título de tenencia, posesión o dominio, o de otro derecho real*; *o de derecho personal de índole civil o de otro carácter*; o a *otro título jurídicamente válido*: o a *título de expectativa* reconocida legalmente, como es el *lucro cesante incierto* (Cód. Civil, art. 1069) o a título de *cualquier otra facultad jurídica"*

"no todos estos casos, entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente media una relación jurídica particular, en virtud de la cual el sujeto puede invocar *una pertenencia particular respecto del objeto.* Sin esa relación jurídica, no media una vinculación de propiedad entre una persona y una cosa, derecho o situación. Por *falta de esa vinculación de propiedad*, verbigracia, entre el patrimonio de una persona y la masa de acreedores, salvo el caso de quiebra o concurso civil, es que *no constituye delito, ni el pago preferente a un acreedor, ni la falta de justificación de la salida de los bienes* .Sin embargo, la persona puede hallarse en el caso de invocar una posibilidad de que éstas lleguen a ser suyas. El tenedor de un billete de lotería, por ejemplo, o de un boleto de carreras autorizadas, tiene una expectativa jurídica respecto del premio, pero no ocurre así con el poseedor del billete o boleto de una lotería de juego prohibido. No obstante, que este billete o boleto representa en sí mismo, para su poseedor, una propiedad".

Concluye NUÑEZ en que existe *una noción jurídica de la propiedad, de carácter penal.* Ésta se aleja de la noción puramente económica sustentada sobre la posibilidad de gozar de los bienes. Incluso, esta relación de propiedad es admisible si el título que lo origina es ilícito. Esto sucede, por ejemplo, respecto de la tenencia o posesión ilegítima del ladrón, estafador o receptador, los cuales gozan de protección jurídica frente a terceros que, a su vez no gocen del derecho de recobrar el objeto (caso del que hurta lo robado a un ladrón).

VIII. "Propiedad" del Código Penal, no identificable con propiedad Código Civil.

En realidad, entonces, la protección que el derecho penal acuerda en referencia al bien jurídico protegido *propiedad,* tampoco se identifica con la propiedad del Código Civil. Esa tutela se extiende a la *posesión,* es decir, a la *tenencia* por alguien de una cosa con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351, Cód. Civil) y también a la *simple tenencia,* vale decir, cuando se reconoce la propiedad de otro (art. 2352, Cód. Civil).

En el *delito de hurto* y en el *de robo,* vemos como se protege la posesión y la *mera tenencia.* Incluso, la persona que sustrae del poder de otra persona, su propia cosa, que era tenida por el desapoderado, es sujeto activo del delito de *hurto impropio.*

El *delito de usurpación* ampara la posesión, la tenencia y los derechos reales de uso, habitación, servidumbre y anticresis, constituido sobre bienes inmuebles

De manera que la propiedad en sentido penal es un *criterio amplio.* Esa característica ha sido puesta en señalamiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosas oportunidades, tal como SOLER (*Derecho Penal Argentino*, IV, p. 17) lo hace notar.

Por esta circunstancia, no ha de entenderse errada la designación de *Delitos contra la propiedad* que tiene el título pertinente del Código Penal. La posición que postula como bien jurídico protegido el *patrimonio,* no toma en suficiente y valorada mensuración la diferencia existente entre propiedad y dominio que hemos connotado. Por otra parte, según algunos autores (PLANIOL, RIPERT, BOULANGER) el patrimonio está integrado, no sólo por los bienes, sino por los créditos y además, las deudas. Sea esta teoría, aceptada o no (la han atacado ENNECERUS-KIPP-WOLFF, I, p. 16, *Parte General del Derecho Civil*; von THUR, *Derecho Civil, Parte general*, Depalma, Buenos Aires, I, p. 385), su sola formulación por tan importantes maestros, trae otra razón para rechazar la proposición del término *patrimonio* para designar el bien jurídico contra el cual la acción criminosa se dirige.

Observa CARAMUTI[2], que ha resultado discutible si se puede cometer extorsión respecto de cosas que son propiedad del propio extorsionador. Y cita a AGUIRRE OBARRIO, quien dice que no puede ser sujeto activo quien es titular derecho que se exige. *Pero si el propietario reclama la tenencia que no tiene, que no lo corresponde, y lo hace con intimidación, nos encontramos frente al delito de extorsión*, porque la cosa no es propia respecto de lo que de ella se exige. *Nos parece que de paso, este es un buen ejemplo para quienes sostienen el argumento por el cual el bien jurídico de la extorsión reconoce como tal al patrimonio*. En fin, de ambos bandos existen elementos que los favorecen

Particularidades de la Figura

La relación de la extorsión con otros delitos. Analogía. Notas comunes. La diferenciación.

a) La estructura particular de la extorsión: Una característica particular de la extorsión es su vecindad, conforme a su estructura con una serie de delitos. A diferencia de lo que ocurre, verbigracia, con el homicidio simple, con el duelo, y con el abuso de armas, ilícitos bien alejados de otros en el contexto insular que toda programática punitiva supone, la extorsión mantiene con determinadas infracciones, una escasa y conforme a ciertas hipótesis, mínima distancia.

La tarea de determinar en estos casos, en los cuales la extorsión también tiene *vocación aplicativa,* cual es el delito cometido, no siempre es fácil.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la extorsión es un *delito pluriofensivo*: dos son los bienes atacados por el entuerto estudiado: la libertad y la propiedad (o el patrimonio, como hemos visto,

---
[2] CARAMUTI, *Extorsión,* en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), TERRAGNI (coord.), *Código Penal*, t. 6, p. 529; AGUIRRE OBARRIO, *El delito de chantaje,* págs. 275/276.

l hecho de que siendo la primera un camino para llegar a la segunda, ello haga que se considere y se ubique a la extorsión como un delito contra la propiedad, no extingue las concomitancias de esa *duplicidad ofensiva* que el ilícito del cual nos ocupamos, tiene.

b) Los delitos contra la propiedad. En el área de los delitos contra la propiedad, dos son los delitos de parecida conformación: la *estafa* y el *robo*. Con la estafa la nota común es cómo pasa el objeto obtenido de la víctima al autor: la *disposición patrimonial*. En efecto, con este delito la analogía que se observa es en la forma *de desplazamiento* del objeto Además, el fraude que se encuentra presente en la descripción de la intimidación del art. 168: *simulación* de autoridad pública y *falsa* orden de la misma. Con el robo. la nota común es la *intimidación* que existe también en la extorsión, pero de manera diferente. Tanto es así que, en el acercamiento en los antecedentes argentinos de la figura de extorsión con el robo (ver lo que decimos en *Extorsión; análisis de las cinco especies delictuales*, Astrea, Buenos Aires, 2011, págs. 62 a 77), este último delito, aparece enraizado y confundido con el extorsión, en el mismo título de la figura.

Por último, la *extorsión documental*, segunda parte del art. 168, incluye, como el robo, *la violencia*. También el empleo de la misma es disímil

Y para cerrar, la existencia de *medios comunes* crea, finalmente, un parecido innegable, y en la práctica, el zanjamiento de una extensa casuística colindante ha traído dificultades.

c) Los delitos contra la libertad, En el área de los delitos contra la libertad, los de *amenaza* y *coacción* (amenaza calificada, art. 149 bis, segunda parte), y la *privación ilegítima de la libertad* tienen notorias zonas comunes. La extorsión va más allá de la de la amenaza, porque concluye en un provecho económico *ilegítimo.* La nota común de los tres delitos, *amenaza, coacción y extorsión,* es la amenaza, que está en todos. En la extorsión, ínsita en la *intimidación,* que es *la amenaza más su efecto, el miedo.*

En cuanto a la *privación ilegítima de la libertad,* esta figura es la base de una forma de extorsión que no estudiamos aquí en este trabajo, el *secuestro extorsivo* (art. 170 del Cód. Pen.), que es, en definitiva, una privación de libertad con más la exigencia del rescate.

d) Los delitos contra la administración pública. Con las *exacciones ilegales,* y su variante, la *concusión,* delitos donde el bien jurídico protegido es la administración pública, la extorsión tiene casi en común el medio intimidatorio, exigencia/intimidación, y la condición de funcionario público en el autor (pues la extorsión puede hacerse *por un funcionario público*, por una persona que simule serlo, y por un simple particular).

Sin perjuicio de ir precisando después, en la medida que avancemos en el estudio particular de los delitos mencionados, las diferencias existentes, corresponde adelantar, como hemos hecho, o básico.

Las semejanzas y diferencias con otros delitos

1. las diferencias y semejanzas con el delito de amenaza y con el delito de coacción

a) *Ubicación.-* El art. 149 bis del Código Penal, se refiere en el primer párrafo al delito *de amenaza*, y en el segundo, al delito *de amenazas calificadas*, llamado también, *delito de coacción*. El texto actual, correspondiente a la ley 21.338, es el siguiente:

"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a uno o más personas. La pena será de dos a seis años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas".

"Será reprimido con prisión o reclusión de dos a seis años, el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

Incurre en la acción típica del primer párrafo quien anuncia a otro un *mal futuro* dependiente de la voluntad del agente, que éste dice tener el propósito de realizar[3]. De manera que si bien no se exige lograr el efectivo amedrentamiento de la víctima, sí se requiere el propósito específico de causarlo. Se puede amenazar directa o indirectamente, en forma velada, manifiesta o tácita; por gestos y ademanes simbólicos, palabras o signos; en forma verbal o por vía escrita. En forma postal, telefónica o personal, o por interpósita persona. El hecho de exhibir significativamente o apuntar, con un arma de fuego, aun descargada o no apta para el disparo, puede resultar suficiente.

El anuncio de un mal a recaer sobre el mismo agente que lo formula, o que éste se causaría a sí mismo, constituye amenaza calificada, si pretende coaccionar a la víctima (un hijo se pone una pistola en la sien y amenaza a su padre con accionar el gatillo, si éste no le firma una traslación de bienes). Por eso se ha dicho: "El propósito de coaccionar a la víctima torna punible la amenaza de autolesión, por cuanto la criminalidad de este hecho no reside en la ilicitud de aquello con que se amenaza, sino en la intrínseca ilicitud de aquello que se le adosa"[4].

La manifestación o exteriorización de la voluntad de ocasionar o de concurrir a ocasionar un daño, debe ocasionalmente realizarse de tal manera que "llegue", o estar dirigida alguien a quien pueda alarmar o amedrentar la posibilidad de su producción. Por eso, las amenazas proferidas en soledad, y escuchadas casualmente por un tercero, no constituyen este delito, porque no se hace uso de ellas "para" alarmar o amedrentar. Es delito formal y su consumación no exige la producción de un daño, por lo cual

[3] Conviene detenernos en el delito de amenazas, pues él es la base de la extorsión. Algunos códigos penales incluyen la figura de "amenazas" entre los delitos contra la libertad y seguridad, bajo el título de "Amenazas y Coacciones". Ciertos autores le niegan a la amenaza la categoría de un delito propio, considerándola solamente como *una tentativa de delito amenazado,* opinión que no puede ser sostenida por no haber aun en la amenaza un principio de ejecución. En cuanto a la concepción en sí de la amenaza como un delito contra la paz jurídica (*Rechtsfrieden*), o contra la conciencia de la seguridad bajo la protección del orden jurídico, es admitida y defendida por los tratadistas alemanes Von LISZT, MEYER, ALFRED Y FRANK. Comparten la creencia de que la amenaza constituye un atentado contra la libertad CARRARA, PESSINA, IMPALLOMENI y MANZINI. Otros códigos penales consideran a la amenaza como delito contra las personas (Francia, Portugal), contra la seguridad pública (Bélgica), o como un atentado contra la paz y el honor de las personas (Dinamarca), contra la libertad moral (Italia), o contra la libertad personal (Alemania, Brasil). En España, Torio López señala que en la literatura penal extranjera, suiza y alemana, el delito de coacciones ha despertado modernamente mayor interés que otros problemas. En Alemania, *hay una amplia utilización del tipo de coacción en el ámbito del tráfico automovilístico*, donde la proliferación de la violencia es siempre creciente para sancionar comportamientos como impedir durante un largo trayecto un adelantamiento, forzar la maniobras no queridas, etc.

[4] CPenal de Santa Fe, Sala I, 29/8/1986, *Juris,* 80-100.

no se requiere que las amenazas proferidas *alarmen o amedrenten* verdaderamente a la víctima, que no es lo mismo que *luzcan* la idoneidad para amedrentarla.

La amenaza de obrar conforme a derecho (denunciar al ladrón o demandar por desalojo), por más que cause alarma o amedrente, no configura el delito, debiendo considerarse justas todas las amenazas de causar un daño a las que ampara el Derecho, tanto penal como civil. Las exigencias de *injusta* o *grave* de la amenaza estaban en la ley 17.567 y no están en la fórmula actual, pero ellas no han desaparecido de la tipicidad.

La amenaza debe ser *seria*, *atendible*, para lo que importa el contexto en que se produce. Las proferidas en estado de ebriedad o en el transcurso de una discusión[5] pueden ser, no más, "inútiles fanfarronadas".

b) Coacción como delito y coacción como inculpabilidad. El delito de coacción no tiene nada que ver con la coacción del art. 34, inc. 2do, del Cód. Penal. Este última es un *mandato a delinquir impuesto con la amenaza de un grave mal*. Se trata de una excluyente de culpabilidad del sujeto activo, que tiene su voluntad *totalmente reducida, al punto de carecer de opción.*

Dice ZAFFARONI; "la coacción, entendida como la acción de un tercero que amenaza a otro para que cometa un delito, puede ser un estado de necesidad inculpante; pero también puede ser un estado de necesidad justificante: si el mal que se le amenaza es equivalente al que se le quiere hacer causar, habrá un estado de necesidad inculpante; si el mal que se le amenaza es más grave, la coacción será un estado de necesidad justificante. Así si A amenaza de muerte a B para que mate a C, habrá un estado de necesidad inculpante; pero si A amenaza de muerte a B para que se apodere del reloj de C, el estado de necesidad en que se encuentra B, será justificante. Dentro de nuestro esquema, que se maneja con un concepto personal del injusto, es admisible que el interpuesto para la comisión de un acto jurídico actúa justificadamente. Cuando el obligado actúa justificadamente, el agredido no podría defenderse legítimamente contra él (porque no se admite causa de justificación contra causa de justificación) pero, podrá actuar en estado de necesidad inculpante. Así cuando A exige a B que mate a C, C podrá defenderse legítimamente contra B y contra A, pues cualquiera de ambos actúa antijurídicamente, siendo irrelevante para los efectos de la defensa legítima que B actúe inculpablemente. En lugar, si A amenaza de muerte a B para que le hurte el reloj a C, C no podrá defenderse legítimamente de B (porque B actúa justificadamente en razón de que el hurto de un reloj es un mal menor que la muerte); de cualquier manera, por supuesto, puede defenderse legítimamente de A.

En la coacción del art. 34, del Cód. Penal, se mantiene una defectuosa redacción, en la que aparecen juntas `la fuerza física "irresistible", que da lugar, en realidad, a la ausencia de acto, "las amenazas de sufrir de sufrir un mal grave e inminente", lo que excluye la culpabilidad, pero deja subsistente el acto. Es que, para que la persona se siente realmente coaccionada, conforme a la exigencia del art. 34, inc. 2do., tiene que carecer de opción y hallarse su voluntad totalmente reducida. SOLER

[5] "Teniendo en cuenta que las expresiones amenazantes vertidas por el imputado a un grupo de periodistas reunidos, a efecto de que se retiraran del frente de su casa, lo fueron en medio de una confusa batahola, no resultan configurativas del delito de coacción, ya que ellas no pueden ser juzgadas como una acción autónoma específicamente enderezada a quebrar la voluntad de sus contendientes, sino más bien como un *quod plerunque accidit, ,* fruto de la exaltación del ánimo que iba generando el episodio en todo su *crescendo* de ofuscación, desprovistas esas amenazas de un proceso mental crítico y originadas al influjo de un *raptus irae" (*CApel y Garantías Mercedes, "Maradona, Armando", Sala I, 7/57/99, *LLBA*, 1999-830).

ejemplifica con la amenaza de los *claqueurs* al artista de teatro. La *silbatina* no excusaría el delito como respuesta. No hay coacción. Sí, en cambio, es indudable que hay intimidación. Pero si se amenaza con abuchear *y se hace exigencia ilegítima,* hay extorsión (SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 302, IV).

c) *La relación entre coacción como delito y extorsión.* Ciertamente, el delito de coacción se comete ahora mediante amenazas, exclusivamente. Es un delito contra la libertad, pero de modo específico, protege la *autodeterminación* y la *realización de la voluntad* en forma libre. En el delito de extorsión también está atacada la libertad y el medio utilizado es la *intimidación.* Entonces, en realidad, entre ambos conceptos, hay una estrecha relación. Las amenazas son para *alarmar o amedrentar, intimidar* significa lograr temor. El estado de ánimo en que ambos medios concluyen es el mismo, pues *atemorizar, alarmar o amedrentar* son sinónimos.

Ahora bien, la diferencia sustancial entre ambos delitos extorsión y coacción (o "amenazas calificadas") está dada por la característica de *ilegítimo* del provecho que se logra en el primero de los ilícitos. . Esto no fue visto con claridad en alguna oportunidad anterior, porque el art. 20 de la ley de reformas al Código Penal, 4189, que derogó los arts. 168 y 172 del Código Penal de 1887, lo hizo, porque según se dijo, se creyó que la coacción y la amenaza eran actos comprendidos en el flamante delito de extorsión. Lo observa URE, *Once nuevos delitos* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 12, diciendo además que: "…no es posible que el error que se originara en las circunstancias que en el art. 168, inc. 1ro., del Cód. Penal de 1887, se reprimía con mayor severidad al que hubiese hecho la amenaza exigiendo una suma de dinero y que la misma solución se daba en el Proyecto Tejedor. Que así haya ocurrido no deja de ser, de todas formas, señalamiento de la analogía entre ambas figuras delictivas: en el delito de coacción la acción está dirigida a que el sujeto pasivo *haga algo, deje de hacer algo o tolere algo*. Cuando el `hacer algo´ consista en *entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, o la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos*, estamos en la extorsión. De manera que en la extorsión una determinada conducta del delito de coacción se especifica y consiste en la obtención de un provecho económico ilegal. La extorsión es `algo más´. Esta es la diferencia. La consecuencia: cuando se desiste de la extorsión, funciona como figura remanente la amenaza calificada (es el tipo "de recogida" de que habla Torio López, A., "*La estructura típica del delito de coacción*", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Abril, MCMLXXVII, Madrid. Es lo que ocurrió en el importante fallo dictado *in re* "Jankovski, Carlos Arturo", cuya síntesis es la siguiente: "Quien comete amenazas a los fines de una extorsión, desistiendo respecto de este último delito, incurre en el primero de ellos (coacción), cualquiera fuese la relación concursal entre ambos".

d) "Ilicitud de la exigencia", no "ilicitud de lo exigido". Conforme lo expuesto hasta aquí, el delito de coacción castiga *el modo asocial de exigir, la prepotencia en el método de requerimiento.* Consecuentemente, lo que la ley tiene en cuenta para castigar esta conducta es la *ilicitud de la exigencia, no la ilicitud de lo exigido*. Esto último, precisamente, es lo que se exige en la extorsión, porque es un delito contra la propiedad.

Ahí reside la diferencia fundamental a la que ya nos hemos referido. En la extorsión, la amenaza puede ser la de un acto lícito, como sería el caso, por ejemplo, de oponerse a la moción del intimidado en una reunión de directorio de una sociedad anónima, o en una asamblea de accionistas. Y aún la de realizar un acto que sea impuesto por la ley; de esta manera, el acto obligatorio de la denuncia, cuando ella tiene esa característica, *siempre que se obtenga un provecho económico ilegal por estas conductas*. Por eso dice MAGGIORE: "*La base no consiste tanto en la injusticia intrínseca de la amenaza sino en la injusticia del hecho que se trata de realizar por medio de la amenaza"* (separando la coacción de la extorsión cuando la primera no existía como delito, la CCrimCorrCap, había dicho: *"La extorsión no prevé la violencia privada*", Agosto 6 de 1954, "Faimah, I.", *LL,* 76, pág. 3)

.

2. Semejanzas y diferencias con el delito de estafa

El **modo de disposición o de desplazamiento de la cosa** es semejante en los dos delitos. Se hace **entrega.** Además, los dos son delitos *contra la propiedad o el patrimonio*, según se piense[6]. Otro aspecto que las une en que en ciertas formas de intimidación, *simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma* está presente el engaño. En la extorsión, la simulación de autoridad pública o falsa orden se usa para *intimidar*. Hay *un plus*, que es el *miedo* impuesto. Aquí terminan las semejanzas. La simulación y lo falso que en la extorsión conducen al temor, en la estafa llevan al error, al convencimiento engañoso.

Si el funcionario simplemente engaña habrá estafa. La intimidación está corrientemente ínsita en la autoridad, y el funcionario utiliza el flanco coactivo de ella, pero puede ocurrir que, presentándose el funcionario, su modo de desenvolvimiento delictuoso sea engañoso. En ese caso, cuando exclusivamente es el *engaño* lo que motivó la disposición, será la figura del art. 172, Cód. Penal, la violada.

Hemos dicho en otra oportunidad, "contrariamente, comete extorsión, no estafa, el sujeto que simula ser funcionario público del Ministerio de Educación, y obtiene así, dinero de los alumnos que se habían hecho "la rabona", bajo la intimidación de hacerlos detener si no le hacen la entrega. No son exacciones ilegales ni concusión. Con respecto a los dos ilícitos, porque no se trata de un funcionario verdadero ni es por su naturaleza una exacción lo que se solicita: y con respecto a lo último,

[6] Dice RODRÍGUEZ DEVESA que lo característico y lo que diferencia a la estafa del resto de los delitos contra la propiedad, reside en el medio utilizado para el ataque, a saber, el engaño, hasta el punto de que una serie de reputados autores sostiene que, al lado del perjuicio patrimonial, se da siempre en la estafa *un ataque a la buena fe* en el tráfico jurídico, llegando incluso a considerar como un objeto primario de protección, *la lealtad y buena fe antes que el patrimonio*. No parece, sin embargo, posible, admitir al lado de la prestación patrimonial la presencia de un segundo bien jurídico, consistente en la buena fe, porque el quebranto de la confianza y seguridad en las relaciones jurídicas patrimoniales, mientras se derive o pueda derivarse perjuicio, es irrelevante desde el punto de vista jurídico penal. Comparto, desde luego, la opinión de BINDING, de que no sólo existe, ni ha existido nunca un `derecho a la verdad´, sino que un derecho de esa naturaleza sería `insufrible" (*Derecho penal español*, t. II, p. 451).

Fue presentado como estafa por el defensor, un caso en que, un menor, con el ánimo de obtener de su progenitor, dinero, simuló un secuestro. Se entendió que el ilícito era extorsión (CNCrimCorr, Sala Especial, 27/5/1972, *BICCC.* 1972-5-57).

"Configura el delito de extorsión en grado de tentativa, y no el de estafa, la acción del procesado que, titulándose policía –que no lo era- mediante la exhibición de chapa correspondiente, retuvo al damnificado el documento de identidad, diciéndole, antes de llegar a la seccional policial, que se lo devolvería previa la entrega de dinero, o sea, que la disposición patrimonial a que se encontraba obligado el denunciante, frustrada por la intervención policial, tuvo como factor determinante, no el error, sino el temor que acarreaba la extorsión" (CNCrimCorr, Sala II, 22/9/87, "Goncalvez Díaz", causa 33.031). Lo que establece que es una extorsión es la falsa condición de policía; si se tratase de un policía verdadero el delito sería concusión (art. 266, Cód. Penal, según la tesis de RAMOS MEJIA).

simplemente porque el autor no es un funcionario"[7]. Sin embargo, hoy pensamos de otra manera: no hay entre la intimidación y el provecho, la distancia de tiempo suficiente: el intervalo característico de la extorsión. Es, nomás, una estafa. Lo que, por otra parte, permite una pena adecuada, ya que de otra manera, si fuese una extorsión, la pena mínima es de cinco años, excesivamente severa para el caso, mientras que en la estafa la pena mínima es de un mes.

Pero equivocadamente, altos tribunales llegan a decir que es estafa, episodios conductuales en los cuales no se puede llegar a producir el daño, como ocurre en los llamados "*secuestros virtuales*" (que no debemos confundir con los *secuestros express*) modalidad que es corriente en los últimos años. Se intimida a una familia, o simplemente a un allegado, en base a que se tiene a una persona secuestrada. Esto no es cierto. Pero antes de que el individuo víctima averigüe que es lo que está pasando, realmente, se obtiene de él una suma de dinero que, en general, no es importante. Un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del cual una de las autoras es la Dra. Garrigós de Rébori, se basa en que el daño que se amenaza, que la persona "secuestrada" sea lesionada o muerta, no se pueda producir, porque, en realidad, eso no está en manos de los captores. Se decidió entonces por estafa, por el engaño o ardid existente. Pero esto no es un obstáculo para calificar por extorsión la extorsión, sino en la *intimidación* que se ha producido, sobre el engaño o ardid, válidamente, porque como respuesta se produce la entrega del dinero, y lo que entonces ocurre es, indudablemente, el delito del art. 168. . Que el peligro del cual se habla sea real o no, no es el requisito central de la cuestión, sino el temor del peligro. En la fórmula del art. 168 *no se encuentra ninguna referencia como requisito a que el delito conduzca a un resultado: la concreción de lo que se amenaza o intimida*. Por otra parte, la víctima tiene oportunidad de averiguar si lo que le dicen es cierto. Hay un tiempo para eso, y éste es el intervalo de la extorsión. Es gruesamente erróneo, entonces, decir, *"las amenazas no son más que el anuncio de un daño que se producirá en el caso de no cumplir con lo exigido, extremo que nunca podría haber ocurrido en este sumario, toda vez que los dichos amenazantes proferidos por los sujetos intervinientes no se hubieran podido concretar a tratarse de un "secuestro virtual"*[8]. El artículo 168 se basa en *una intimidación que obligó a una conducta*. Este es todo el tipo objetivo. Si esto ocurrió, hay una extorsión.

El Tribunal, de la Casación de la Pcia. de Buenos Aires, en casos como ese, optó por extorsión. También se ve ese criterio en un artículo de SIMAZ, "Una nueva modalidad delictiva, el secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?", *LL*, 2009-C-735. Tanto CREUS y BUOMPADRE, que concuerdan con SOLER y FONTÁN BALESTRA, dicen que, cuando se han producido la entrega, el envío, el depósito o la puesta a disposición no se necesita más. Que el peligro amenazado pueda concretarse es una cuestión ajena a la realización de una verdadera extorsión. Está tan claro el error de optar por estafa que cuesta creerlo, salvo que pensemos en una oculta intención de contar con una pena más reducida: en la estafa el mínimo, como dijimos, es de un mes. *Pero ésta no es una opción de los jueces.*

---

[7] Tal aseveración la hicimos en nuestro libro, *Los delitos de extorsión*, Abaco, 1982, Buenos Aires, pero no la repetimos en *Extorsión. Las cinco especies delictuales,* Astrea, 2011, Buenos Aires

[8] (CNCrimCorr, Sala V, 13/5/2008, "Cisneros, María Cristina s/Procesamiento", c. 34.743, elDial-AA488C).

Así como cuando se utiliza el *engaño para intimidar* nos hallamos claramente en una extorsión, cuando se utiliza *la intimidación para engañar*, el caso es una estafa. Es difícil entender cómo puede ocurrir esto: el ejemplo lo propone CARRARA (Programma, vol. VI, p. ,169): Dos sujetos se ponen de acuerdo: El primero finge atacar a un tercero y el otro simula intervenir defendiéndolo. El primer sujeto, el agresor, ante la aparición del segundo, huye. El otro acompaña a la víctima hasta su casa, para "asegurarse de que no será nuevamente atacado". La víctima le da una recompensa. Que el segundo sujeto divide con el primero.

Dos palabras sobre los secuestros express: "a punta de pistola", una persona es llevada a retirar dinero de los cajeros automáticos. En estos casos, la diferencia es entre robo y extorsión. No existe intervalo, la intimidación es de peligro inmediato y permanente: se trata, sin dudas, de robo (ver 3. Semejanzas y diferencias con el delito de robo, y especialmente, como fallo equivocado, con disidencia correcta, TOC, nº 14, "Sosa Azcurrein, C.", 16/9/96, c. 308, *JPBA*, 97-22, fallo 78).

3. Semejanzas y diferencias con delito de robo

Durante toda la vigencia del Código Penal de 1921 a 1968, la extorsión aparece caracterizada por la intimidación y el robo por la violencia. Ocurrió que al tener injerencia otra nota distintiva, como el modo de desplazamiento del objeto, por disposición en la extorsión y por apoderamiento en el robo, SOLER señaló una doble laguna, quitar (apoderarse) mediante coacción, no sería robo por no haber entrega, sino sustracción. Inversamente, hacerse entregar por la fuerza física, no sería extorsión, por el medio empleado y no sería robo, porque no habría sustracción.

Ese no fue el único problema. Basado en que la amenaza con armas no existía todavía violencia física, sino amenaza de ella, Gerardo PEÑA GUZMÁN, y otros autores, y los siguieron los tribunales, observaron que, quien amenaza con armas –intimidando- al requerir una suma de dinero, cometía extorsión y no robo. SOLER, corrigió esta idea: en el robo con violencia física ha de apreciarse no sólo la *vis absoluta*, sino también la *vis compulsiva*, o sea la amenaza. Por ello, para él, la amenaza con armas constituía robo y no una extorsión. Pero a diferencia de la extorsión, esta amenaza era de concreción *inmediata.*

Por la ley 17.567, de 1968, siguiendo al sistema del Proyecto de 1891, se incluyó la intimidación en el robo. Este podía ser cometido por violencia, pero también por intimidación. Cesó, entonces, la discusión anterior: la amenaza con armas, como intimidación, es una forma constitutiva de robo. Pero se trata de una *forma distinta* de intimidación. Este es un medio *puramente moral.* ¿qué significa esto?. Que obra **en el tiempo.** Se intimida ahora con un mal que va a suceder después. Es un mal **mediato,** mientras la intimidación del robo **es inmediata** en sus efectos**.**

Los redactores de la ley 17.567, dijeron: junto a la violencia en las personas del robo, incluimos la intimidación, como mal físico **inminente** para la víctima. En cambio, la intimidación de la extorsión, el mal amenazado supone un *cierto intervalo* entre la amenaza y su cumplimiento[9].

[9] "Las figuras del robo y la extorsión se separan por la discontinuidad existente entre la amenaza y el mal o entre aquella y la prestación que se da en el caso de la extorsión y no en el robo donde la amenaza de violencia se cumple con acto de presencia, o sea, con la víctima a disposición del sujeto activo. La distinción entre el robo y la extorsión, cuando en los dos delitos la violencia se ejerce sobre la persona, radica en que en el robo esa violencia es física y en la extorsión es moral. El

Hay un ejemplo que dan los autores: en una casa de campo donde está reunida toda la familia, llegan unos ladrones con amenazas de armas de fuego. El dueño de la casa les dice que el dinero que buscan no está allí, sino en el negocio que tienen en la ciudad. Propone que un hijo vaya con uno de los ladrones a buscar ese dinero. Así ocurre que mientras los mencionados van a la ciudad, los restantes miembros de la familia siguen amenazados con las armas. Luego de más de una hora, llegan de regreso, el hijo y uno de los ladrones. En este caso, se dijo que el delito cometido es robo, porque la amenaza de las armas estuvo todo el tiempo manteniéndose igual. Continuidad de la amenaza, permanencia de ella O sea que no hubo entre amenaza y provecho, un intervalo, una discontinuidad. Si ese intervalo hubiera existido realmente podría hablarse de extorsión.

En cambio, la amenaza ha sido continuada, persistente, sin interrupción, sin solución de continuidad. Estamos, claramente en un caso de robo.

Lo mismo ocurre con conductas delictivas hoy frecuentes. Una mujer es interceptada por dos sujetos, que la amenazan con armas. De esta forma, y con este novedoso procedimiento la llevan a distintos cajeros automáticos, para que saque dinero de ellos. Luego, finalmente la liberan. No es una extorsión, porque siempre ha estado amenazada con armas; *es robo, por la continuidad de la amenaza*.

Hay un fallo interesante sobre esto. "Configura extorsión y no robo la conducta del chofer de un automóvil de alquiler que amenazó a una pasajera presuntamente con un arma de fuego y tras despojarla de efectos personales y una tarjeta de crédito, la obligó a proporcionarle su código personal de acceso a la red bancaria correspondiente a ala tarjeta de cuestión, reteniéndola en el vehículo y recorriendo así –siempre bajo amenazas- distintas sucursales hasta finalmente obtener el dinero, pues la coacción excedió las características de la mera violencia física prevista por el tipo legal del art. 164 del Cód. Penal para constituirse en una cabal intimidación, con la lograda finalidad de constreñir su libre determinación en cuanto a la disposición de sus bienes (del voto de la doctora Barrionuevo, con adhesión del Dr. Cataldi). En disidencia, la doctora Bistué de Soler postuló el encuadramiento en el art. 164 del Cód. Penal, robo (pues el arma no fue secuestrada) fundada en la persistencia de la intimidación en todo el contexto de la acción desplegada por los autores hasta que lograron su propósito, permaneciendo la víctima durante ese lapso inmovilizada por el temor al arma, lo cual, sostuvo, "es característico del robo y excluyente de la extorsión. Además, la intimidación fue ejercida para eliminar la resistencia que la damnificada pudiera oponer a la actividad de los sujetos y no para compelerla a hacer algo determinado, ya que el accionar inherente al apoderamiento –la extracción de dinero del cajero automático- fue ejecutada por el acusado". "Es cierto que éste obligó a M. a entregar su tarjeta de crédito, a llamar por teléfono y a dar el número de ingreso al sistema bancario computarizado, pero ello equivale en realidad al `la bolsa o la vida´, típico del robo, de igual modo que en un asalto domiciliario se exigiera al dueño o la entrega de la llave o la clave de ingreso a la caja de valores"…" (TOC, nº 14, 16/9/96,"Sosa Azcurrein, C.", c. 308, *JPBA,* 97-22. fallo 78). En realidad, quien tiene razón es la minoría, ya que la doctora Bistué de Soler, al inclinarse por robo, señala bien que la amenaza fue persistente en todo el tiempo, y que entonces, se desprende a nuestro juicio que no hubo en la intimidación, la característica de un intervalo, propio de la

hecho de haberse apropiado de dos cheques que la víctima, previamente, confeccionó y suscribió intimidada por armas de fuego, por quienes los cobraron en los respectivos bancos y se apoderaron del dinero, configura el delito de robo calificado y no el de extorsión documental" (TSCórdoba, Sala Penal, 30/11/83, "Flores Miranda, Alejandro A.", *LLC*, 1984-1276, 105-R).

extorsión, entre amenaza y provecho. La "cabal intimidación", por el contrario, que señalan los doctores Barrionuevo y Cataldi, es la propia del robo por ser la *vis* compulsiva, de efectos inmediatos (SOLER) por lo que, definitiva, el resultado del fallo es equivocado. En nuestra opinión, es un ejemplo acabado para diferenciar de la extorsión, el robo, y optar claramente por este último.

4. Semejanzas y diferencias con los delitos de exacciones ilegales y concusión

Hemos dicho, que, la extorsión, en su etapa más remota de su formación, en Roma, se vincula con el uso indebido de la potestad pública para obtener un beneficio indebido (*metus publicae potestatis).* Recordado esto, está explicada ya su actual íntima relación con el delito de exacciones ilegales (art. 266, del Cód. Penal), Ello además está connotado porque, si bien las exacciones ilegales y la concusión, su forma derivada, son considerados delitos contra la Administración pública, se acepta que ambos atacan, por agregado, *a la propiedad.* Veamos el art. 266, *exacciones ilegales:*

"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciera pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden".

Lo primero que observamos es que las exacciones ilegales deben ser hechas por un *funcionario público*[10]. Pero, como dijimos, la extorsión puede ser hecha *por un funcionario público, por quien simule serlo, o además, por quien simplemente sea un particular*; lo que en definitiva se traduce en la expresión, comprensiva, "cualquier persona puede ser el sujeto activo de una extorsión". Esto significa que cuando interviene un funcionario público como autor, abusando de su cargo, no por ello el hecho *deba ser,* en la diferenciación que estamos tratando, necesariamente, exacciones ilegales o concusión: el hecho puede ser una extorsión. Dice lo contrario, CARAMUTI, citando a LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 82)y lo dice en Extorsión, "Código Penal, BAIGÚN-ZAFFARONI, Y TERRAGNI, coordinador: "*Puede ser cometido por cualquier persona, incluso por un funcionario público, a condición de que no cometa el delito en ejercicio de sus funciones*" (pág. 555, *in fine*); pero no da sus razones. Y esto es equivocado, porque la conducta si se hace por un funcionario público, mientras lo que se exija no sea una contribución un derecho o mayores derechos de los que corresponden, estará claro que se trata del delito del art. 168, extorsión[11]. Habrá una intimidación y se

[10] Se ha dicho: debe ser considerado funcionario público el martillero designado para llevar adelante un remate en un expediente judicial, que fue investido por el magistrado de facultades como vencer la inviolabilidad del domicilio y la de demandar para sus fines el uso de la fuerza pública, en carácter de oficial de justicia *ad hoc*, pues aquél participaba sin dudas del ejercicio de una función pública. "Es autor de exacciones ilegales calificadas, por la utilización de *intimidación* (art. 267), el martillero rematador designado oficial de justicia *ad hoc*, que se presentó repetidamente en el inmueble a subastar y exigió en todas esas oportunidades la entrega de una suma de dinero en forma perentoria y amenazante, formulando permanentes advertencias acerca de las consecuencias desfavorables que se producirían de no acceder a su reclamo. El delito del art. 267 es de mal futuro y se consuma con la exigencia" (TOralCriminal Nro. 24, 20/03/03, "Brahim Adrem M. causa 964). Como suele ocurrir el TribunalOral 24, se equivoca. No es "exacciones ilegales calificadas" la calificación que debió hacerse. Se trata, sin más de una extorsión. Hay un "mal futuro" como lo dice el mismo pronunciamiento. Y el futuro, es característico de la extorsión. Pero, además, es evidente, que no se reclamaba "para el Estado", lo que es un requisito de las exacciones ilegales, calificadas o no. Finalmente, "exigencia" no es la palabra adecuada, según lo requiere el art. 267, sino "intimidación". Es visible, entonces, el error. Y más aún, plural.

[11] Concuerda con nosotros, y no con CARAMUTI, el siguiente fallo: "No deben confundirse los delitos contra la Administración con los delitos contra la propiedad: cuando el funcionario no reclama para la Administración, sino directamente para sí se está en el terreno de la extorsión, si es que dan los demás requisitos de ella. Cuando el acto no implique un abuso del cargo, sino una actitud personal y evidentemente extrafuncional del sujeto, se trata del delito de estafa, si se utilizan para ello procedimientos engañosos, o de un robo, si se utilizan procedimientos violentos o intimidatorios

obtendrá "la entrega, envío, depósito o puesta a disposición, de cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos".

Son muchísimos por otra parte, los casos de esta característica, que se han calificado como extorsión. Y el autor es muchísimas veces, un policía, de grado, que actúa de esa manera..

Por otra parte, la expresión "exigiere" de las exacciones ilegales acentúa el acercamiento a la extorsión, *por la palabra "intimidación" de este último delito, que prácticamente es sinónimo de "exigencia".* Pero, sobre todo, porque también la palabra "intimidación", en identidad absoluta con el art. 168, Cód. Penal, se halla presente en el art. 267, "exacción ilegal agravada por el modo", que dice: "Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años"[12]. Aparte de existir una forma agravada *por el modo,* o sea la de este art. 267, hay otra forma agravada por el *destino* del tributo, que es la del art. 268, que dice: "Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores".

Hasta acá lo que puede llevar a confusión frente a algunas conductas, dando encaje en la extorsión, o dando encaje en las exacciones ilegales, y en la concusión. Veamos las diferencias: el sujeto activo de la exacción ilegal es un funcionario público, el que puede actuar directamente o por persona interpuesta; en este caso, el tercero, por no ser funcionario, es partícipe necesario. El delito se comete con abuso del cargo mediante una *exigencia.* La exigencia debe ser hecha *sin intimidación* en el caso del art. 266, y además *invocando orden superior,* pues si se dan estos dos medios se pasa al art. siguiente, 267, exacción ilegal calificada. El delito del art. 266 es instantáneo y doloso; admite la tentativa.

Pero el intento de distinción con la extorsión se ha hecho con errores. Así de decir que en un caso, exacciones ilegales, el funcionario es verdadero y "en el otro simulado", se ha pasado a descuidar que lo exigido en un delito y otro son cosas diferentes. En efecto, para que una exigencia indebida sea **exacción ilegal** no bastará con que el funcionario sea verdadero. Un elemento fundamentalmente requerible es que se trate, realmente, de una "exacción[13]. Es ésta una **contribución, un derecho, o**

---

enderezados a la inmediata concesión de la prestación por parte de la víctima" (CApelCriminal Sta Fe., Sala I, 2/9/81, "Galmez, Eduardo L.", *RepLL*, XLII, A-I-1106. sum. 3).

12 "La diferencia fundamental entre el delito de exacciones ilegales calificadas, por haber sido cometido mediante intimidación, y el de extorsión, perpetrado por igual medio comisivo, consiste sustancialmente en que en aquel delito contra la Administración pública el autor es funcionario competente, aunque por excepción pueda caber que lo sea también en actividad funcional semejante, y en cambio, en el aludido delito contra la propiedad, el agente no es funcionario, y si lo es, carece en absoluto de atribuciones para actuar" (CNCrimCorr, Sala III, Agosto 5 de 1978, *ED,* Disco Láser, 1995).

"Si existió una coacción moral sobre la voluntad de la víctima –amenaza consistente en la posibilidad de imputarle un delito y ser detenido- en busca de la obtención injusta de un beneficio pecuniario en perjuicio de esta última –entrega de dinero y otros efectos- la conducta desplegada por el imputado reúne los requisitos típicos previstos por el art. 168 del Código Penal. En las exacciones ilegales, en cambio, el funcionario público actúa abusivamente a fin de obtener más de lo debido o superar los límites de su autoridad, lo que no se da si el damnificado nada debía al imputado, por lo cual mal podría exigirle la entrega de alguna cosa, lo que es extorsión" (CNCrimCorr, Sala I, 21/10/12, "Ríos, Carlos A.", causa 18.939).

13 PIÑA recuerda a RAMOS MEJÍA quien sostiene que, a fin de separar debidamente con criterio jurídico el delito de concusión de las hipótesis de exacciones ilegales, de nada vale tomar en consideración la naturaleza de la pena, la calidad de funcionario público que debe revestir el sujeto activo, el necesario abuso en el ejercicio, la posible intervención de un tercero, ni el modo común de la acción mediante el requisito de un pago o una entrega indebidos. El elemento fundamental, y que realmente señala la distinción entre ambos delitos, consiste en aquello que es objeto de la exigencia ilícita del funcionario, pues es cierto que, en tal aspecto, no es lo mismo exigir una contribución, un derecho, o mayores derechos que los que corresponden, que exigir una dádiva, ni en todos los casos lo recibido es producto de una exacción, ni es posible por ello, convertir ese producto en todos los casos en provecho propio o de un tercero. El error en nuestra ley –a consecuencia del cual se ha producido esa confusión entre ambos delitos –reside en haber equiparado en el art. 266 del Cód. Penal la exigencia de

mayores derechos que los que corresponden; después vamos a ver porqué no hablamos de "**una dádiva**", palabra que está entre las mencionadas en la descripción que hace el art. 266, de las exacciones ilegales. Por otra parte, en la extorsión el funcionario puede ser simulado, pero también verdadero o ser un simple particular, que no es verdadero funcionario ni lo simula.

"**Contribución, un derecho o mayores derechos que los que corresponden",** palabras enigmáticas, se han traducido como *impuestos, tasas, multas, prestaciones y cobranza violenta e injusta*. MORENO ejemplifica: "La infracción se produce cuando un funcionario público cobra un impuesto sin que el mismo exista; cuando obliga a una persona a entregar un establecimiento público, objeto cualquiera; cuando exija invocando autoridad que se le entregue dinero para una suscripción a los efectos de arreglar un camino, por ejemplo, y siempre que obligue, en una palabra, a otro a entregar lo que no le corresponde en virtud de autorización legal"[14] .

Pero, además, cuando el funcionario no reclame para la Administración, sino directamente para sí, desaparece la exacción ilegal, en razón de que ésta requiere que tal exigencia tenga como destino los fondos públicos, o sea que vaya dirigida al Estado, y si en el caso, el imputado ha exigido para sí, se ha discutido que se trata de una extorsión, o del delito de concusión, Será extorsión si el provecho es futuro, y será concusión, si el provecho es inmediato. Pues otro elemento que distingue a la extorsión de las exacciones ilegales y la concusión es el ***intervalo*** que está presente el primero. Se trata, como hemos dicho de la existencia de tiempo entre intimidación y provecho.

Para establecer las diferencias entre estas figuras, exacciones ilegales, extorsión y concusión, hay dos puntos de vista que giran entorno al entendimiento que ha de dársele a la palabra "**dádiva**" del artículo 266.

a) La primera teoría considera que las exacciones ilegales están en el art. 266 del Código Penal, y en el art. 268, como formas agravadas, se llaman "concusión, La interpretación que de las exacciones ilegales se hace, desde esta opinión, es que se trata, no de beneficiar al funcionario público, sino al Estado, mediante la actitud delictiva del funcionario público. Si este deriva para su propio bolsillo lo obtenido, estamos ante la exacción agravada llamada "concusión" (art. 268).

Entre las exacciones que pueden derivarse al bolsillo del funcionario figura la dádiva, mencionada en el art. 266. Según este criterio no se distinguen dádiva y exacción: son la misma cosa a los efectos del art. 268. Por eso, cuando en el art. 268 se dice: "Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio las exacciones expresadas en los artículos

---

una contribución o de un derecho con la exigencia de una dádiva, confusión agravada por el art. 268, al considerar a todas esas exigencias como exacciones. Actualmente se ve aun más gravosa, la situación descripta, por el agregado, en el texto legal, del art. 266, del término "solicitare" (ENRIQUE RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión,* p. 70). A ello le aduna que, "al analizar la cuestión también recurre al origen del vocablo "exacción", que tiene una firme tradición etimológica y jurídica, y vale tanto como *recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones,* es decir, de algo que sólo se puede adeudar o pagar al Estado, en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa y debe actuar el agente. Por ello, aquel tipo de exigencia importa una exacción ilegal, y se halla reprimida en el art. 266, agravando la pena el art. 268 del Cód. Penal, en caso de que el funcionario convirtiere la respectiva exacción en provecho propio o de un tercero, desviándola del destino primitivo: las arcas fiscales. La maliciosa combinación de extorsión y engaño ha concluido así en beneficio exclusivo del reo. Ahora bien, cuando lo exigido indebidamente es una dádiva (algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado) el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio: sin posibilidad de convertir, luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera y no infringe por ello el art. 268 del Cód. Penal, sino solamente en el art. 266 del mismo Cód. Penal" (ROXANA PIÑA, *Cohecho ,exacciones ilegales y concusión,* Revista de Derecho Penal, 2003-3-99

[14] MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes,* pág. 256, parágr. 251, Tomáis Editor, Buenos Aires, 1923.

anteriores", una interpretación es que "entre las exacciones expresadas en los artículos anteriores", o sea, 266 y 267, está la "dádiva", que es, no otra cosa que una exacción[15].

b) Por la segunda teoría, exacciones son sólo las *contribuciones, los derechos… y los mayores derechos que los que corresponden.* No la dádiva, que incluida en el art. 266, y mencionada entre "los derechos" y "mayores derechos que los que corresponden" no puede ser exacción[16], ya que por su naturaleza está dirigida directamente, y de principio, al bolsillo del funcionario público[17].

Enrique RAMOS MEJÍA, en su libro, *El delito de concusión*, Depalma, 1966, ve en las expresiones: "una contribución, un derecho… o mayores derechos que los que corresponden", del art. 266, "verdaderas exacciones", y no lo considera así respecto a la "dádiva", palabra incluida dentro de las primeras[18]. Dice RAMOS MEJÍA, "la dádiva "no es una exacción ilegal por su naturaleza, ya que

[15] CREUS, dice: "Buena parte de la doctrina se resiste a concebir la existencia de una dádiva destinada a la Administración, pero, sin dejar la "irregularidad" de la disposición, no descarta la posibilidad de la existencia de dádivas solicitadas en nombre de la Administración, y destinadas a ella. Otros, sin embargo, partiendo además de una construcción estrictamente subjetiva del tipo de exacción, señalan que cuando al sujeto pasivo se le exige una dádiva, nunca puede suponer que lo haga para el Estado y que sólo es admisible la dádiva en beneficio del agente o de un tercero, pero nunca de la Administración, por lo cual resulta imposible *convertirla* en provecho propio o de un tercero, puesto que ya es exigida. como tal, con esa finalidad, por ello la equiparación –considerada errónea- de la ley a las otras exigencias de los arts. 266 y 268, se procura superar afirmando que la exigencia de dádivas en ningún caso puede quedar comprendida en el tipo agravado del art. 268, sino que entra siempre en el art. 266, dentro del cual forma "un tipo autónomo"; se tratará, pues, de una concusión no agravada, o sea, en el art. 266 quedan todos los casos de exacciones en cuanto a exigencias para la Administración, como también el supuesto de concusión por exigencia de dádivas y en el tipo de concusión del art. 268 todas las otras exigencias previstas en el art. 266, menos la de dádivas. Este último criterio que ha sido seguido por importante doctrina y por numerosa jurisprudencia a partir del fallo de la Cámara Federal de la Capital del 11/8/59, parte de la imposibilidad de recabar dádivas para la Administración –como hemos visto-, lo cual no es exacto; no pocos son los casos en que se exigen aportes graciables para la Administración, con la finalidad de que se los invierta en servicios públicos; así la exacción del art. 266, constituida por la exigencia de una dádiva, es perfectamente admisible, por lo cual no hay necesidad dogmática alguna de pensar en "un tipo autónomo de concusión con la punibilidad propia de la exacción simple" (*Delitos contra la Administración Pública,* Editorial Astrea. Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1981, pág. 94).

[16] "Configura el delito de concusión, la conducta de los imputados que, en su calidad de inspectores de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, exigieron una suma dineraria a la propietaria de un comercio. Es improcedente, entonces, la tipificación del delito de exacciones ilegales, cuando lo ilegítimamente solicitado no estaba dirigido al Estado, sino al provecho de los imputados, con lo cual al tratarse de un delito formal queda consumado una vez exteriorizada la exigencia de una dádiva" (CNCrimCorr, Sala I, 12/7/96, "Banegas, Marcelino y otros", causa 44.854).

[17] "La suma de dinero exigida por el imputado, por persona interpuesta, lo fue a título personal para su provecho propio, y no para la Administración pública. En definitiva, quien exige una dádiva para apropiársela comete delito de concusión y no de exacciones ilegales, en tanto no puede *convertir* para sí lo por él requerido en su calidad de funcionario público, porque ya de inicio lo ha recibido para sí. El texto del art. 266 del Cód. Penal ofrece la particularidad de legislar la *concusión* junto las hipótesis de *exacciones ilegales*; el elemento diferenciador entre ambos delitos está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica: mientras que en el delito de exacciones ilegales versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, mas no para exigir en demasía, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima" (CNCasPen, Sala III, 7/12/2004, c. 5004, reg. 776.04.03, "Buratto, Horacio G."), se citó, CNCasPen, Sala I, 5/11/98, reg. 2262, c. 1803, "Hara, C. G. s/recurso de casación"; íd. Íd, 8/7/03, c. 5839, reg. 4509, "Adre, M. B, s/recurso de casación"; íd, íd, Sala III, 10/8/95, "Perreta, J. A. s/rec. de casación", c. 442, *BCNCP,* 2004/4/14).

[18] RAMOS MEJÍA sostuvo que a fin de separar debidamente y con criterio jurídico, el delito de concusión de las hipótesis de exacciones ilegales, de nada vale tomar en consideración la naturaleza de la pena, la calidad de funcionario público que debe revestir el sujeto activo, el necesario abuso en el ejercicio, la posible intervención de un tercero, ni el modo común de la acción mediante el requisito de un pago o una entrega, indebidos. El elemento fundamental y que realmente señala la distinción entre ambos delitos, consiste en aquello que es objeto de la exigencia ilícita del funcionario, pues cierto es que, en tal aspecto, no es lo mismo exigir una contribución, un derecho o mayores derechos que los que corresponden, que exigir una dádiva, ni en todos los casos lo recibido es producto de una exacción, ni es posible, por ello, convertir ese producto en todos los casos en provecho propio o de un tercero. El error en nuestra ley –a consecuencia del cual se ha producido esa confusión entre ambos delitos- reside en haber equiparado en el art. 266 del Cód. Penal la exigencia de una contribución o de un derecho con la exigencia de una dádiva, confusión agravada por el art. 268, al considerar a todas esas exigencias como exacciones. Actualmente, se ve aun más agravada la situación descripta, por el agregado, en el texto legal, del término "solicitare" (RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión",* p. 70).

inicialmente va, de manera natural y directa, al bolsillo del funcionario[19], una vez requerida por el funcionario y entregada por la víctima. Según esta teoría, entonces, el delito de concusión es una figura autónoma ubicada dentro del artículo 266, junto a las exacciones ilegales, pero no es una de ellas[20].

Así se ha podido decir que el art. 266 del Cód. Penal no solamente contempla la exigencia indebida de una contribución a favor del Estado, sino también la del funcionario que **exige para sí** una dádiva, que de antemano no va encaminada al erario público[21].

Ahora bien, cuando la extorsión es hecha por un verdadero funcionario público ¿cómo se diferenciará de las exacciones ilegales? En primer lugar, por lo que se obtiene. En la extorsión son

[19] "El accionar del inspector municipal que exige dinero a una persona para no labrar una infracción municipal, configura el delito de concusión (art. 266, Cód. Penal) y no el de cohecho, dado que regatear sobre el monto de la dádiva que se le exige, mientras se menea una infracción que se amenaza instrumentar, sólo está intentando disminuir el perjuicio de lo que es víctima, pues su oferta menor *carece de libertad*, se da en un contexto de *coerción* que elimina la posibilidad del cohecho" (CNCrimCorr, Sala III, 14/4/88, "Ascheri, H.", causa 23.212).

"Si se encuentra comprobado que, en su calidad de miembros de la policía de la provincia de Buenos Aires, en cumplimiento de sus funciones, junto con los integrantes de la Policía Federal, allanaron un depósito y exigieron ilegítimamente la entrega de dinero a su propietario durante el transcurso de la diligencia, bajo amenazas de colocar en el lugar elementos que lo comprometieran penalmente, logrando para sí importantes sumas de dinero, corresponde confirmar los procesamientos en orden al delito de concusión" (CNCrimCorr, Sala IV, 7/7/05, "Grys, Federico R., causa 23.546).

"Comete delito de concusión (art. 266, Cód. Penal) el síndico del procedimiento concursal que exige al presidente de la empresa bajo su supervisión, la entrega de dinero al margen de sus honorarios, a fin de presentar un informe favorable para la homologación judicial del acuerdo alcanzado con los acreedores" (CNCrim Corr, Sala V, 18/3/1994, "Robbiano, Ernesto". Causa 31.919)". "Constituye delito de concusión (art. 266, Cód. Penal) y no el de cohecho (art. 256) la conducta del funcionario policial que requiriendo dinero al denunciante como exigencia para entregarle el vehículo previamente secuestrado; no habiendo existido un acuerdo previo para que se haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones. No hubo aceptación espontánea de éste, de algo que le ofreciera el denunciante, sino que hubo exigencia de parte de aquél" (CNCrimCorr, Sala II, 18/4/89, "Bello, Oscar", causa 35.555)". "Es constitutivo del delito de concusión, agravado por el empleo de intimidación –art. 267, en función del art. 266, Cód. Penal- la conducta del funcionario público que exhibiendo su credencial y chapa –dando cuenta de su autoridad- y habiendo advertido la condición de menor de una de las víctimas, que se encontraban conversando sentadas en un banco de plaza, las intimidó con amenazas de detención , por corrupción de menores y escándalo, haciéndose entregar así una suma de dinero y un reloj, dándose dicha agravante toda vez que a la intimidación tácita derivada de la condición de autoridad del sujeto, se sumó un medio coactivo que fue más allá del "puro temor genérico a la autoridad"…el art. 266 incluye dos conductas diferentes: la exacción ilegal , que tiene por objeto una dádiva en beneficio particular del funcionario o de un tercero, dándose en el caso este último supuesto, pues el agente actuó desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, debiendo excluirse, por tanto, la agravante del art. 268 del Código Penal, por referirse exclusivamente a las "exacciones ilegales expresadas en los artículos anteriores" (TOCrim nº 8, 22 /6/93, "Díaz, Máximo W.", causa 56, con cita de CNCrimFed, 11/8/59, *JA,* 1959-VI-364)". "La dádiva a que alude el art. 266, debe entenderse como "cosa que se da graciosamente", lo que implica una liberalidad por parte de quien la entrega, no siendo legalmente exigible, por no adeudársele. Por lo tanto, si un funcionario público exige una dádiva, no está realizando una exacción. Toda vez que nunca la pudo suponer la víctima como adeudada regularmente al Estado. La inclusión de la dádiva en el art. 266 del Cód. Penal supone una creación de un delito autónomo e independiente, el de concusión, que encuadra siempre en dicha norma. Quien exige una dádiva para apropiársela comete delito de concusión y no de exacciones ilegales, en tanto no puede convertir para sí lo por él requerido en su calidad de funcionario público, con ese fin, dado *que fue así desde el principio de la conducta*" (CNCasPen, Sala III, 29/12/99, "Olmedo O. A.", causa 1845). En todos estos casos, la concusión es manifiesta, y no la extorsión, porque no hay una distancia de tiempo –el intervalo- entre la exigencia del art. 266 y la intimidación, del art. 267..

[20] Policías que circulaban a bordo de un patrullero, por la vía pública, exigieron al damnificado la entrega de dinero. Elevadas las actuaciones con relación a un conflicto de competencia, la Cámara calificó el hecho como *concusión,* atribuyendo competencia a la justicia de instrucción. Se dijo: *1)* encuadra en el delito de *concusión* (art. 266), la conducta de los funcionarios policiales que, abusando de su cargo, exigen indebidamente la entrega de dinero a un ciudadano extranjero; *2)* cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado al Estado y, por ende, el autor actúa desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, la hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en el art. 268, sino un delito autónomo e independiente: el de *concusión*; *3)* es improcedente calificar como *extorsión* (art. 168), el actuar de un grupo de policías que exigió a un extranjero en la vía pública la entrega de dinero, toda vez que no corresponde en la especie apreciar simulación de autoridad pública; *4)* es competente la justicia de instrucción para investigar el presunto delito de *concusión* (art. 266), toda vez que la pena máxima que prevé la figura penal –de conformidad con la reforma introducida por la ley 25.188- así lo impone (art. 27, inc. 2º, *a contrario sensu)"* (CNCrimCorr, Sala IV, 22/3/01, "Zukiazian, Arta"; se citó, en igual sentido, entre otros, TOralCriminalFed nº 5, 11/5/99, "Varela Cid, Eduardo A.", *LL,* 1999-D-295, con nota de Rimondi). Ver, también Torres, *El delito de concusión, LL,* 1991-C-577.

cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. En las exacciones ilegales, "*una contribución, un derecho…o mayores derechos que los que corresponden,* lo que se ha traducido como "recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tasas, tributos, impuestos". En segundo lugar, porque en la extorsión hay un **intervalo** entre la intimidación y el provecho, fracción de tiempo que no existe en las exacciones ilegales.

En cuanto a la dádiva, o sea la concusión, hay este ejemplo: dos policías –reales funcionarios públicos- que , sorprendiendo a una pareja en el interior de un vehículo en una relación sexual explícita, los hacen bajar del rodado y los interrogan separadamente, y al constatar que ambos son casados, los amenazan con el "serio problema" que tendrán con sus respectivos cónyuges "si los llevan a la comisaría", y con esto, les sacan dinero, *hacen un delito de concusión*, dado que no hay intervalo entre la amenaza y el provecho por lo que no es extorsión; y el dinero no va como beneficio al Estado, por lo que tampoco es exacción ilegal. . El dinero es exigido desde el principio para sí, y por tanto está excluida la posibilidad de que habiéndolo recibido parta el Estado, luego el autor lo convierta para sí, que es otra circunstancia totalmente diferente.

Otro ejemplo. Un agente a cargo del control de personas que ingresan al país, en una frontera, advierte que un viajero, argentino, vuelve a Argentina después de mucho tiempo, y tiene una captura a su respecto. Se lo dice al ciudadano y recibe dinero de éste para no dejarlo preso. No hay extorsión porque no hay intervalo. Tampoco hay exacciones ilegales porque el dinero no va al Estado. Es delito de concusión. Por eso no creemos que sea extorsión, como se decidió, el siguiente caso: "Los imputados privaron a una persona ilegítimamente de su libertad con la finalidad de obtener un beneficio económico

[21] "La suma de dinero exigida por el imputado -por persona interpuesta- lo fue a título personal para su provecho propio, no para la Administración pública. En definitiva, quien exige una dádiva para apropiársela comete delito de concusión y no de exacciones legales, en tanto no puede `convertir para sí lo requerido´, en su calidad de funcionario público. El texto del artículo 266 del Código Penal ofrece la particularidad de legislar la *concusión* junto con la hipótesis del delito de *exacciones ilegales*; el elemento diferenciador entre ambos delitos está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica: mientras que en el delito de exacciones ilegales se versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, más no para exigir en demasía, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima" (CNCasPen., Sala III, 7/12/04, "Buratto, Horeacio G.", causa 5004, reg. 77604.03, con cita de CNCasPen, Sala I, 5/11/98, "Hara, C.G s/recurso de casación, causa 5839, reg. 4509; íd. Sala III, 10/08/95, "Perreta, J. A.s/recurso de casación", *BICNCP,* 2004-04-14).

"Configura *concusión agravada* por el empleo de intimidación, la acción del director de Auditoría Fiscal de la DGI que, por intermedio de un tercero, requirió a los integrantes de una empresa petrolera la suma de $ 1.500.000, a cambio de presentar un informe favorable a ésta, haciéndoles saber que, de no acceder a ello, presentaría un dictamen sumamente perjudicial para la firma, toda vez que le podría significar un ajuste fiscal que, con intereses y demás accesorios, alcanzaría la suma de 60.000.000 de pesos. La exigencia de una suma de dinero en el propio beneficio del funcionario constituye una dádiva que jamás podría haber tenido como destino el erario público. Excede la violencia de carácter moral o el mero temor que infunde la autoridad propia del art. 266 del Código Penal, la forma en que el sujeto activo exigió el dinero, mostrándose como el único que podía salvar a la empresa de un ajuste fiscal del orden de los 60.000.000, coaccionando a los integrantes de la firma al señalarles que en caso de no aceptar su exigencia, emitiría a la brevedad el informe desfavorable que afectaría, seriamente, la misma continuidad de la empresa, colocando a la firma en una peligrosa situación financiera" (TOralCriminalFed., 27/8/96, *JPBA,* 99-21). Sin embargo, es discutible la subsunción jurídica que se hace. En nuestra opinión **la existencia de un lapso o intervalo** entre la amenaza (intimidación) y el provecho ilegitimo hace más a la naturaleza de la extorsión que a la de la concusión: lo que, por otra parte, conviene más a la "cantidad delictiva" de la conducta por la pena de la extorsión -cinco años de mínima y diez de máxima- , comparándola con la pena de la figura del art. 267 ("prisión hasta cuatro años"). Por otros criterios se ha visto la diferencia desde otros ángulos. Así, las exacciones ilegales, aun en su forma agravada, cuando el funcionario recurre a la intimidación (art. 267, Cód. Penal), se distingue de la ilicitud más grave constituida por la extorsión (art. 168, Cód. Penal), pues requieren aquéllas y no ésta, la actuación funcional. El abuso de autoridad de un funcionario que, en el desempeño de su cargo, formula las exigencias ilegales, aun cuando el sujeto activo del delito se desempeñe efectiva y concretamente en la Administración pública, implica que su proceder será extorsivo, *si actúa fuera del ámbito de sus funciones específicas"* (CCrimCorr San Martín, Sala II, 21/11/93, *JPBA*, 89-46).

bajo la amenaza de involucrarla en una causa penal –en el caso tenencia de arma de guerra- pues la circunstancia de que los inculpados revistan el carácter de autoridad pública no implica que sus conductas deban subsumirse en la figura penal de exacciones ilegales –art. 266, Cód. Penal- si el causante pidió una suma de dinero para sí –no es exacción- y esto lo manifiesta la víctima" (CNCasPen, Sala II, 17/9/2003, *ED,* 205-514 y *LL,* 2004-B-478).

Téngase en cuenta que en este esquema diferenciador entre los tres delitos, cuando en el art. 268 se dice que "las exacciones ilegales de los artículos anteriores se agravan, cuando el funcionario convirtiere provecho propio o de terceros esas exacciones", debe interpretarse que no se está refiriendo a la dádiva, **porque ella no es una exacción. El artículo habla de las "exacciones ilegales de los artículos anteriores". En ellas, no está incluida la dádiva, porque la dádiva, por su naturaleza, no es una exacción.**

El delito de concusión aparece así **como una cuña** entre la extorsión y las exacciones ilegales. ¿Cómo ocurre esto?. Como consecuencia de las siguientes consideraciones: 1) que una persona – funcionario público- utilizando el *metus publicae potestatis,* vale decir, el miedo a la función pública – auténtica y real en este caso- obtenga beneficios ilícitos, si éstos no constituyen lo que se llama una "exacción, es decir, "una contribución, un derecho… o mayores derechos que los que corresponden", el delito que se cometa será el de concusión, que se diferenciará de la extorsión, porque mientras en esta última hay un **intervalo** entre la intimidación y el provecho, en la concusión no lo hay; 2) cuando una persona – funcionario público-obtenga por intimidación cosas, dinero o documentos como beneficio o provecho ilícito, será una extorsión, siempre que haya un intervalo entre intimidación y provecho, porque sino lo hay será una concusión; 3) que una persona, mediante *exigencia* (¿cómo separarla tajantemente y en todos los casos, de la intimidación?), obtenga beneficio ilícito consistente en una contribución, un derecho…o mayores derechos que los que corresponden, si esa persona es funcionario público, será el delito de exacciones ilegales, *siempre que ese beneficio vaya para la Administración pública*[22].

5. Semejanzas y diferencias de la extorsión, las exacciones legales y la concusión, con el delito de cohecho.

[22] Un camarista calificó de ingenua la creencia en este tipo de conducta (que SOLER había llamado, "celo fidealista abusivo") donde el beneficio va para el Estado, y también dijo que la hipótesis es casi inexistente. Lo que no deja de ser cierto, pero no anula la posibilidad contraria.

Un ejemplo acabado lo dio el siguiente caso real. Cuando hace muchos años, hubo una ola de reclamos contra la empresa nacional de teléfonos, que en aquel tiempo era ENTEL, por cobros inusitados y desmesurados, pero también falsos, de llamadas telefónicas, lo que hacía temer a mucha gente la pérdida de la línea telefónica -dos señoras de mucha edad, madre e hija, que vivían solas en su departamento y que no tenían familiares ni amigos, recibieron una cuenta imposible de ser aceptada como cierta- los diarios se ocuparon con grandes títulos de esas exigencias, que en la mayoría de los casos eran imposibles de ser cumplidas, y *que beneficiaban al Estado a través de los funcionarios de ENTEL.* Los medios periodísticos hablaban de "una gran estafa". La gente se desesperaba. Perdía su actividad laboral. Téngase en cuenta, para ubicarnos, lo que significaba en esa época perder una línea telefónica. Pero, precisamente, no era una estafa, sino exacciones ilegales, aunque detrás había una ruinosa y pérfida maniobra. Después se supo cuál era la intención de lo ocurrido. Esas maniobras estaban dirigidas a defenestrar definitivamente a la empresa pública que era ENTEL, y propiciar *desde el gobierno que el servicio telefónico pasara a manos privadas, que ése era el negociado que se intentaba y que se logró, para beneficio de principales funcionarios.* Se trató de lograr de la comunidad una desaprobación total al servicio de ENTEL, y por tanto, una buena recepción social a que el servicio pasara a manos privadas. lo que se constituyó, desde el punto de vista dogmático, como *exacciones ilegales*: funcionarios que lucraban… para el Estado.

El artículo 256 del Cód. Penal, dice: ***"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones"***

La distinción definitoria del delito descrito por el art. 256 respecto de los delitos detallados en los arts. 266 a 268 del Código Penal, exacciones ilegales y concusión, radica en que, en el primero el funcionario público *acepta* el dinero o promesa, en tanto, que, en los otros, dicho funcionario exige la entrega para sí (concusión) o para el Estado (exacciones ilegales).

Desde el punto de vista criminológico, el cohecho se ubica entre los delitos que hemos llamado "del miedo y del poder". El miedo está presente en todas estas figuras "vecinas": coacción, extorsión, exacciones ilegales, concusión y cohecho. En las cuatro primeras, el particular *se somete* al poder; en la última, *acuerda* con él. Una categorización efectuada, no desde el bien jurídico ofendido, sino desde el *medio* ("amenazas", "intimidación", "exigencia") que concluye en el *miedo*, permite interesantes visualizaciones de los lindes entre una y otra figura. De este modo, el cohecho aparece en el centro de los delitos "del miedo y del poder".

Dice DE LUCA: "CREUS se adhiere a quienes piensan que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo. El funcionario que no se limita a recibir o aceptar sino que requiere, impone o procura el ofrecimiento o la promesa, sale de este delito para entrar en el capítulo de las exacciones o en los delitos contra la propiedad. Sin embargo, la mera sugerencia, o los actos tendientes a facilitar el ofrecimiento o la promesa no quedan comprendidos en esta última categoría y pueden dar pie al cohecho. Rechaza la tesis de RAMOS MEJÍA (a la cual, como hemos explicado, nos adherimos).

Agrega que "SOLER tiene una interpretación completamente diferente. La *concusión*, nuestra exacción, es una especie de extorsión, en la que actúa como elemento coactivo el temor a la autoridad. La corrupción (cohecho) es un delito bilateral; la *concusión*, no. Un hecho no se transforma en concusión por la sola circunstancia de que el funcionario solicite la dádiva, si no se produce el *acuerdo.* Cuando el funcionario sale de una actitud pasiva para entrar a *requerir, imponer o procurar* el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la *concusión*. En la corrupción (cohecho, sea cual sea la parte que toma la iniciativa) los dos sujetos llegan a un *acuerdo* voluntariamente perfecto; el corruptor da porque quiere dar. En la *exacción*, aun cuando se llegue a una resolución común, el acuerdo dista mucho de existir, porque el *extraneus* se determina por temor al poder del sujeto activo, o por error, es decir, con voluntad viciada.

LA EXTORSIÓN SIMPLE O COMÚN

La primera parte del art. 168 del Código Pena dice:

"Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, al que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o

poner a su disposición o la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos".

I. Caracterización del artículo 168

1. *La heterogeneidad de las especies de los artículos siguientes.-* Esta figura considerada como genérica, propiamente dicha, o común, tiene básicamente los elementos de las otras especies de extorsión. Pero esto con la relatividad que JIMÉNEZ DE ASÚA señalara, diciendo: "La heterogeneidad de las especies que el Código Penal argentino incluye bajo el título de extorsión (*extorsión documental,* art. 168, segunda parte; *chantaje*, art. 169; *secuestro extorsivo*, art. 170; y *extorsión mediante sustracción de cadáveres,* art. 171) hace que GÓMEZ considere imposible definirla con la bastante generalidad para que queden abarcadas toda esas figuras"[23].

2. *La pena*: En el Código de 1921, que rigió a partir del año 1922, la pena originaria de la extorsión era de *uno a cuatro años*. Su antecedente es el art. 203 del Proyecto Tejedor de 1891. En 1968, el decr. ley 17.567 llevó la pena a "*reclusión o prisión de dos a ocho años*". Luego la ley 20.509 restableció la pena que estaba en el Código de 1921, "*reclusión o prisión de uno a cuatro años*". Siguió la ley 20.642, del 25/1/1974 que estableció la pena actual de "**prisión o reclusión de cinco a diez años**". La extorsión resulta así más gravemente castigada que el robo, art. 164, Cód. Penal.

El Proyecto de Código Penal "SLOKAR", que tiene una mínima de seis meses de prisión no responde en absoluto a la gravedad de este delito. Por una extorsión se pone en riesgo la unidad de un matrimonio o la permanencia de la victima en un alto cargo en una empresa. Producido esto, el victimario, ya sea que su conducta alcance condena o no, puede repetir su accionar. Si lo hace es posible que también en esa segunda oportunidad (incluso en una tercera), lo que ha hecho no lo lleva a la cárcel. La pena mínima de seis meses es absurda.

3. *La situación dilemática como núcleo central.* La característica principal de la extorsión es la situación dilemática que contempla (MOLINARIO, y antes, GONZÁLEZ ROURA); la víctima, intimidada, ya que ésta debe elegir entre dos males, o accede a lo que le propone el sujeto activo, o se resiste a él. Eso se produce dentro del llamado *intervalo,* o sea, dentro de la distancia de tiempo que hay entre amenaza-intimidación y provecho. La victima está colocada injustamente en la alternativa de perder uno u otro bien. GONZÁLEZ ROURA, lo explicó así: "La extorsión consiste en procurarse indebidamente una ventaja patrimonial, con perjuicio de otro, colocando a la victima ante un dilema, uno de cuyos términos es el perjuicio patrimonial que ella o un tercero han de sufrir, y el otro, el daño, que en caso contrario, a ella o a una persona de su familia, ha de deparársele".

4. *Resoluciones diferentes ante casos jurisprudenciales en los que se propuso extorsión*.- Se dijo: "Si la víctima se compelida por obra de la tarea intimidante y violenta de los encartados, dirigida sobre su persona, la de familiares próximos (hermana, hermano, e hijo) y bienes, a disponer de la

[23]. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Comentario al Tratado de Derecho Penal,* t. IV, por EUSEBIO GÓMEZ, *LL,* 35-1174.

apertura de una cuenta corriente en un banco, con la finalidad de cambiar los pagarés de los que era deudora su hermana, por cheques propios, se ha configurado un supuesto de extorsión[24] .

En otro caso se dijo: "No constituye extorsión el hecho de intimidar para exigir lo que por la ley está permitido, ni la amenaza de una querella"[25], En decisiones contradictorias se dijo que el intento de cobrar judicialmente una obligación ya extinguida, no configura el delito de extorsión, pues ni la demanda ni el embargo de bienes obtenido sin derecho, importan intimidación, simulación de autoridad ni falsa orden de ésta, y que configura el delito de extorsión la actitud de quien retiene un documento ya pagado, pretendiendo que se trata de una sola obligación aún no vencida, y exigiendo por su devolución la entrega de una suma de dinero, ya que tal conducta es idónea para producir intimidación en quien se ve amenazado de ejecución por una deuda inexistente. Sin embargo, ha señalado MAGGIORE, que en determinadas circunstancias de este tipo, la perturbación que produce la conducta hace que se considere extorsión lo realizado.

En su oportunidad se dijo, "no comete la conducta punible, el patrón que exigió a sus empleados, a los que aceptaba como tales, un documento firmado en blanco, con la amenaza de no tomarlos si no accedían, si dicho documento era para llenarlo y a cubierto de la indemnización que podrían pedirle, dado que al amenaza "no es ilegítima al derecho de tomar empleados"[26]. Pero naturalmente la situación es distinta y hay, por lo menos, tentativa de extorsión, si el patrón hace esto frente a empleados que ya están trabajando, a quien les impone que firmen un documento de esta naturaleza,, porque sino procederá a despedirlos.

Amenazar con no cumplir el boleto privado de venta si no se da un sobreprecio, o con denunciar al ladrón para que devuelva la cosa sustraída o con negar un préstamo si no se firme un documento reconociendo que el dinero se recibe en depósito, no son conductas de extorsión.

No constituye extorsión, sino hurto simple, la conducta de quien requería telefónicamente una suma de dinero al dueño de un teléfono celular, a cambio de entregárselo si el aparato había sido extraviado por este último, momentos antes. Pero sí es extorsión, si el aparato fue apoderado por quien reclama una suma de dinero para devolverlo. La intimidación que efectúa es *a futuro*: la no devolución del objeto. Hay un intervalo entre el reclamo y el hecho de que la devolución no ocurra. Y la conducta plante un "dilema", por todo esto es claramente extorsión.

La persona que, frente a quien no paga, lo amenaza por carta documento con difundir su conducta a centros bancarios y financieros, y colocarla en "Veraz", fue considerada, antiguamente, como"legítima". No es hoy el delito de extorsión, pero sí se la considera como *coacción*..

Otra observación: en el tema de la extorsión hay que tener en cuenta el art. **1071** del Código Civil: "El ejercicio regular de una derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto". Y también el art. **910**, del mismo cuerpo normativo: "Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto". Se trata en síntesis del **ejercicio de un legítimo derecho.** Se ha señalado que estos dos artículos mencionados, son "la llave" de la justificación o de la exclusión de la antijuridicidad, en conductas

[24] CAcus Córdoba, 14/3/1989, *LLG*, 1990-505.
[25] SCJ Tucumán , 5/5/45, *LL,* 39.370
[26] CCrimCorrCao, 30/10/36, *JA,* 56-317.

aparentemente extorsivas. Otro artículo del Código Civil que interesa directamente a la extorsión es el **954**: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando, la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

Se ha dicho que "una persona de existencia ideal es incapaz de sentir miedo". Sobre esta consideración inicial se ha considerado seguidamente que los responsables de las empresas no padecen de similar insensibilidad, ni quienes en ellas tienen intereses funcionales o patrimoniales y que en tal carácter han podido temer (razonablemente) que una campaña de desprestigio respecto de aquellas hubiese de perjudicar dichos intereses. La idoneidad de la intimidación, entonces, debe ser analizada desde la óptica de estas personas de carne y hueso, y con prescindencia de la desproporción de los medios utilizados para lograrlo. La disposición y el ejercicio de resortes para repeler la agresión –así , la denuncia que dio inicio a esta causa- no sugiere indiferencia a la intimidación o desprecio por su entidad, antes bien revela objetivamente un indicio cierto de credibilidad en la potencialidad del riesgo"[27].

5. *El bien jurídico atacado.-* Es la propiedad, y para algunos, el patrimonio. Pero primero se ataca a la libertad. Más modernamente, WELZEL habla del *condicionamiento de la función social de cualquier bien jurídico protegido*[28].

La jurisprudencia ha dicho:"*El delito de extorsión es pluriofensivo, no sólo afecta la libertad de determinación del sujeto pasivo con la intimidación propia, simulación u orden falsa, sino que además, pone en crisis el patrimonio con la obtención de un provecho ilegítimo*" (TribCasación Penal, Pcia. de Buenos Aires, Sala II, 11/4/06, J. C. R.", c. 13.161; y también: "*El delito de extorsión implica un*

[27] Del voto del Dr.Rodríguez Basavilbaso; adhiere el Dr. Bisordi; doctora Catucci, en disidencia (CNCP, Sala I, 20/12/04, "Rachi, Alberto S. y otros s/Recurso de casación, c5351, reg. 7315).

[28] Es interesante aunque discutible la observación que ha hecho JULIANO: "Finalmente -vinculado con el tema que nos ocupa-, la *lesividad,* es usual referirse al bien jurídico, adelantándole la calificación de `protegido´ o `tutelado´, connotando de este modo que la ley penal tiene la función –justamente- de proteger o tutelar bienes jurídicos. Entendemos que tal idea es equivocada o errónea, ya que lo cierto es que la ley penal no tiene por misión el cumplimiento de dichas funciones. La ley penal –exteriorizada en los bienes jurídicos que el legislador aprecia más merecedores de sanción- tiene por principal función la de hacer público en que supuestos precisos y acotados, los actos, acciones u omisiones de un individuo se convierten en delictivos y se habilita la intervención del poder punitivo estatal. Lo precedente no quiere decir que los aludidos bienes jurídicos relevantes no sean merecedores de tutela y protección y que el orden jurídico no esté interesado en su preservación. Todo lo contrario. Pero esa función no puede ser desempeñada, ni por la ley penal ni por el Poder Judicial, ya que los conceptos de tutela y protección entrañan acciones positivas, de cuidado y anticipación, que no se encuentran dentro de las posibilidades legales, ni materiales, de realización del poder punitivo estatal. La tendencia contraria –la recurrente invocación a los bienes jurídicos *protegidos o tutelados*- trae implícita una errónea asunción de roles, que el Poder judicial, desde el fuero penal debe proteger o tutelar bienes jurídicos, lo cual hace desembocar en la inevitable impotencia funcional para el cumplimiento de tal cometido, habida cuenta de la imposibilidad legal o material de `anticiparse´ a la comisión de delitos para proteger o tutelar bienes jurídicos" (JULIANO, *Justicia de faltas o falta de justicia*, págs. 23 y 24.

atentado a la propiedad mediante la inculcación de la libertad" (CAcusCórdoba, 14/3/89, "Orlandi, Daniel y otro", *LLC,* 1990-505). .

II. La Acción y Los Medios:

La acción es la de obligar mediante intimidación[29]. Los medios son: 1) la intimidación lisa y llana, o por cualquier modo[30]; 2) la intimidación mediante simulación de autoridad pública[31]; 3) la intimidación por falsa orden de la misma.

La intimidación[32] puede ser directa o indirecta. En los tres medios señalados está presente la intimidación. No sólo se intimida cuando se actúa de cualquier manera suficiente sino cuando *se simula autoridad pública o falsa orden de la misma.*

A la conciencia de la ilegitimidad de la disposición que tiene la víctima, el autor opone la intimidación que implica el acto de autoridad; el disfraz es así el medio específico dotado *por se* de efecto intimidatorio. No se necesita más[33].

III. La Intimidación. Naturaleza y Grados.

[29] "No configura errónea aplicación de la ley sustantiva señalar que el delito de extorsión requiere de coacción si se advierte que la inteligencia dada a este último término no es otra que la de la intimidación requerida en la figura del art. 168 del Cód. Penal; y que no se ha requerido un elemento que esa figura penal no contiene sino que ha dado al término "coacción" el significado de la "intimidación" (CNCasPenal, Sala I, 4/9/96, "Subirá, J. O. ", c. 836; *JPBA,* 96-80, fallo 229.1)..

[30] "La inidoneidad de los actos para intimidar depende de las circunstancias concretas de cada caso, tanto de las subjetivas que atañen a la víctima, como de las objetivas que rodean el hecho y que, como tales, pueden influir sobre esa subjetividad" (CCrimCorr SNicolás, 17/127/92, *JUBA* 7). Pero si la intimidación, amén de comprender la dosis necesaria para consumar el despojo, estuvo enderezada a evitar que la *notitia criminis* llegara a conocimiento policial, vale decir, que no se plasmó en la forma prevista por el art. 168, en definitiva se plantea una situación de atipicidad" (cfme, CCrimCorr LPlata, 12/8/92, 85/7).

[31] Cuando el art. 168, Cód. Penal, se refiere a la "simulación de autoridad pública" lo hace en función de que dicho medio extorsivo es idóneo para infundir temor que induzca al sujeto pasivo a realizar la disposición patrimonial; ello sólo será así en el caso en que la autoridad que se invoca cuenta con una potestad necesaria para producir efectivamente el mal con que se amenaza; en consecuencia, a los efectos de dicho artículo, no simulará autoridad pública no sólo aquel que no sea funcionario público sino también quien siéndolo carezca de atribuciones (competencia funcional o témporo-espacial) para ejecutar la acción. Sostener lo contrario implicaría resolver que determinadas clases de funcionarios públicos nunca podrían cometer el delito de extorsión mientras ejerzan el cargo" (CSJN, 19/9/95, *DGBA*, 149-269).

[32] "*Intimidar* significa crear miedo o temor, crear en el otro una perturbación angustiosa del ánimo, por un mal que se presenta como un daño futuro. La intimidación es el efecto que en la persona produce la amenaza del mal" (. Pero no configura extorsión el aprovechamiento en forma pasiva de una intimidación preexistente "de carácter general que resulta de complejos y heterogéneos factores extraños a la conducta de los imputados" (CCrimCorr, 12/12/58, *JA,* 1959-II-111), aunque sí en cambio es extorsión, si el autor *puso algo de sí para reavivar* el temor creado (CNCrimCorr, Sala II, 16/4/74).

[33] "Si la imputación que se formula no se refiere al anuncio respecto del ejercicio de un derecho, sino más bien a la utilización de medios ilegítimos mediante los cuales se afectaría el honor de las personas físicas, y se generaría un mal a la persona jurídica a través del desprestigio público, con posibles consecuencias sobre su giro comercial, ello con la finalidad de lograr que ésta, en contra de su voluntad e intereses, acepte un convenio extrajudicial para poner fin a un litigio, resulta improcedente desechar la posible configuraron del delito de extorsión" (CNCasPen, Sala III, 28/2/06, "B. S. y otro/Rec. de casación", *LL, Online*).

"No puede perderse de vista que, no obstante el medio utilizado, los justiciables para lograr una suma de dinero que oscilaba en alrededor del millón doscientos mil pesos, fueron con pancartas y volantes tendientes a desprestigiar a la empresa aseguradora y si bien esa campaña podría haber tenido efectos difamatorios, esa posibilidad no puede asimilarse al efecto intimidante del elemento típico del delito de extorsión. Podría más bien asemejarse a un chantaje previsto en el art. 169 del Cód. Penal, que también deviene atípico porque requiere el ataque al honor de una persona, requisito del que carecen los entes jurídicos. Podrán tener fama, crédito, pero no honor (del voto en disidencia de la doctora Catucci; (CNCasPenal, Sala I, 20/12/04, "Rachi, Alberto S. y otros s/Rec. de casación", c. 5351, reg. 7315, *PJN Intranet; WebRubinzal ppypenal*49.12.r29)."

a) *Naturaleza.-* La amenaza y su efecto, el miedo, configuran intimidación. Es un medio puramente moral por lo menos en su ejercicio inmediato ("moral" es una expresión inadecuada que repiten los más calificados autores; debe ser reemplazada por "psíquico"). Esto quiere decir que su referencia es "a futuro", que es en la psiquis del individuo víctima que se produce el daño de la intimidación. En efecto, no existe la amenaza de un despliegue físico atacante inmediato contra el intimidado o un tercero. Si la amenaza es de un despliegue físico inmediato estamos en el robo. En éste, la limitación de la libertad es mayor. Basta considerar que amenazado con armas el sujeto pasivo no puede denunciar. En cambio, en la extorsión, el sujeto que ha sido intimidado, queda librado a cierta libertad de disposición. Y de hecho, es lo que muchas veces ocurre, llegando, incluso, a la hipótesis del delito experimental.

Este goce de oportunidad de defensa (pedir consejo a un amigo o familiar; acudir a un abogado, o simplemente meditar acerca de lo que deba hacerse) lo da el ***intervalo*** existente entre la amenaza y el provecho, lo que es una característica de la extorsión. (la voluntad está viciada pero no suprimida (*tamen coacta voluit*).

b) *Los grados de la intimidación.* No es correcto sostener que la voluntad queda reducida y el sujeto pasivo puede ser llevado "a hacer lo que el autor quiere", como alguna vez se ha dicho. En cambio, todo aquello que puede verosímilmente impresionar a una persona, y hacerla realizar el acto perseguido es intimidación *suficiente*. Lo más orientador es el concepto de SOLER: "la libertad se halla apreciablemente coartada".

En este sentido, intimidación es diferente a amenaza. Esta última es un vehículo de la intimidación. O sea que, mientras que en la amenaza todo queda en el sujeto activo, el perfeccionamiento de la intimidación se integra con el efecto producido en el sujeto pasivo: el temor.

III. La intimidación por simulación de autoridad o falsa orden de ésta

Los delitos "de paso".- Al hablar de "simulación de autoridad" el art. 168, juega en relación con el art. 246, Cód. Penal, "usurpación de autoridad", pero se trata de un concurso aparente[34]. Se trata de un delito "de paso" (HONIG).

Vinculado a esto está la relación con el delito de coacción. Como hemos observado en éste, la amenaza es para lograr que una persona haga algo, deje de hacer algo o tolere algo. Si entre las cosas que "haga" la víctima está la disposición económica ilegitima, desaparece el delito de coacción, y estamos en extorsión.

Cuando se "simula autoridad pública o falsa orden de la misma", no se necesita otro tipo de intimidación.

IV. El intervalo característico de la extorsión

[34] "La usurpación de autoridad queda subsumida en la figura de extorsión por ser la simulación de ésta uno de los elementos requeridos por el tipo penal descripto por el art. 168 del Código de fondo, extremo que excluye la posibilidad del concurso con la figura prevista por el art. 246, inc. 1º (CFed San Martín, Sala I, 6/2/97, "Toriano, M.", c. 1511, *JPBA,* 101-48, fallo 155)".

La mayoría doctrinaria (no así NÚÑEZ[35]) exige la presencia de un intervalo entre intimidación y obtención del beneficio ilícito, en la extorsión. Esta es la decisiva diferencia con el robo, en el que además de la *vis absoluta* (víctima que en el suelo es despojada de sus pertenencias), puede darse la *vis compulsiva*, amenaza que se cierne sobre la víctima, a quien, frente al arma que se detenta, se le pide que entregue la billetera *en el acto*. La amenaza es inmediata en su logro, e ininterrumpida. En la extorsión la amenaza tiene un fin: un provecho económico ilícito pero éste ha de producirse "en el tiempo".

Los conceptos de desarticulación y continuidad en relación a la amenaza son los que completan el sentido de reconocer un intervalo. Así, si existe permanencia o continuidad en la amenaza estamos en el robo. Si, por el contrario, la amenaza se encuentra desarticulada en dos momentos, la referencia es a extorsión.

V. El desplazamiento de la cosa

a) *La relatividad de este medio distintivo*.- El elemento que aparece como más diluido en la caracterización del delito en estudio, el "desplazamiento" de la cosa, es el que ha sido visto, precisamente, como el más importante por GÓMEZ. A este punto de vista se adhirió Carlos A. SAGARNA, y fue menos concluyente, GONZALEZ ROURA, quien dijo "El verbo entregar tiene un concepto activo, y aunque excepcionalmente, también uno pasivo, el de no defender y dejar tomar".

La crítica vino, ya hace muchos años, de Gerardo PEÑA GUZMAN., quien por muchas razones descartó su importancia.

b) Conclusiones: En nuestra opinión, en síntesis

1. La característica de la intimidación propia de la extorsión es ser puramente moral, más bien dicho, psíquica. Ello no descarta el carácter físico de la amenaza, pero el mal es *mediato*, *no inmediato*. Es de concreción *futura*.
2. Existe un *intervalo,* una fracción importante de tiempo entre la amenaza y el provecho. Este intervalo se expresa mejor con el término discontinuidad.
3. El modo cómo la cosa pasa de manos de la víctima al sujeto activo o autor, es un elemento inocuo y circunstancial, que a lo sumo puede coadyuvar a la caracterización, sin tener importancia en sí. Decir que en el robo hay siempre apoderamiento no es exacto: la tradicional frase "la bolsa o la vida" hace ver que en el robo también *se entrega*.

VI. Los medios de la extorsión básica, simple o común

[35] En contra de ese criterio, NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino,* V, p. 256. A favor, SOLER, *Derecho Penal Argentino,* IV, p. 278; RAMOS*, Curso de Derecho Penal,* VI, nº 47; MORENO, El *Código Penal y sus antecedentes,* V, nº 145; GOMEZ, *Tratado*, IV, p. 167. La CNCrimCorrCap, Sala VI, 14/8/1979, *LL*, 1981-B-567, ha dicho: "La configuración de la extorsión se desdibuja cuando no media un lapso entre la amenaza y el logro de la prestación; por ello, habiendo en el caso ocurrido lo uno y lo otro sin interrupción ni intervalo, corresponde desechar sin más la posibilidad de que el evento importe infracción a la figura del art. 168 del Cód. Penal". Ya hemos dado el ejemplo de la familia en su casa de campo, que es asaltada por un grupo de ladrones. **Al permanecer amenazados por armas de fuego** los integrantes de la familia, mientras uno de los asaltantes va con el hijo de la familia a buscar el dinero a ala ciudad, el caso es un robo y no una extorsión, pese a haber una distancia de tiempo entre la amenaza inicial y el provecho que después se obtiene.

El medio directo de la extorsión es la intimidación lisa y llana, simple o común, o sea la realizada “de cualquier manera”. Los medios indirectos son la *simulación de autoridad pública* y la *falsa orden de la misma.*

La intimidación lisa y llana, común o simple se concreta mediante la amenaza de un mal[36]. Ese mal puede caer sobre el intimidado o sobre un tercero, o sobre una cosa cualquiera en la que el intimidado tenga interés. Pero debe estar en poder del intimidante, concretarlo.

VII. El mal con que se Intimida

El mal debe ser 1) futuro, 2) suficiente, 3) referido a un interés legítimo de la víctima; 4) dependiente, o sea capaz de ser producido, como hemos dicho, por la voluntad del agente.; 5) injusto.

El mal futuro.- El mal puede consistir en una acción o en una omisión. Un este último caso, cuando exista posición de garante: ahí hay una obligación de actuar.

Pero hacer un mal no es lo mismo que no reparar un mal. Sin embargo, en este caso, cuando el mal ya se ha hecho (caso del que robó) sería otro mal, pedir dinero para devolver lo robado. Pensamos de otra manera en el pasado, pero ahora creemos que en esta segunda circunstancia hay una conducta extorsiva.

NÚÑEZ cita el caso del inspector municipal que exige una suma de dinero a cambio de comunicar al propietario del automóvil, el lugar al cual éste ha sido llevado (la CCrimCorr Cap, 2/4/1963, *LL,* III, p. 193, decidió que existía extorsión). NÚÑEZ opinó en contra pues “de esa negativa no provenía la situación creada *(Derecho Penal Argentino,* V, p. 257, n.. 22). Nos adherimos a la posición de NÚÑEZ.

Si el sujeto activo se encuentra en la obligación de hacer algo, su omisión (la exigencia de un provecho ilícito para no hacer lo que tenía obligación de cometerse) constituirá extorsión. El caso del señalero del ferrocarril que amenaza al maquinista con no hacer la señal correspondiente a vía ocupada, o la enfermera que amenaza al enfermo postrado, y en un lugar solitario, con no visitarlo para aplicar la inyección que evitará el ataque, es otro ejemplo, en el mismo sentido.

3) *El mal debe ser suficiente*. En cada caso particular, el grado del mal será diferente. Basta que pueda mover la voluntad en el sentido de que el sujeto pasivo acceda.

4) *El mal tiene que estar referido a un interés legítimo de la víctima*

Cualquier actividad clandestina no está protegida. Si se amenaza clausurar un local donde explotan juegos prohibidos no hay un interés legítimo de la víctima.

Esto no debe confundirse con el carácter de legítima, o no, de la amenaza en sí. Se le dice a una persona que se le dará a conocer a la esposa que tiene una amante. Esto puede ser falso o verdadero: si lo que se provocó fue un daño económico, pues la víctima debió pagar para que aquello con que se

[36] CARRARA, Programma, nro. 1577, sostiene que no comete delito el marido que para evitar que su mujer cometa una infidelidad, la amenaza con “cosas horribles” porque de tal acto no surge una contradicción entre el derecho y el hecho, desde que la producción de temor tiene, precisamente, a obligar al amenazado a la obediencia del a ley moral o jurídica, sin invadir ni restringir el ejercicio de la libertad. URE parece estar de acuerdo. . Pero desde nuestra ley, en cuanto al delito de amenaza no creemos que el punto de vista de CARRARA sea correcto. Lo que la ley castiga en el delito de amenaza. es *el método prepotente de exigir. requerimiento, el modo asocial de exigir.* Esto queda indemne aun cuando lo que se busque sea el cumplimiento (por otro) de la ley moral o jurídica.

amenaza no ocurriera, hay un provecho económico ilegítimo, y por tanto hay extorsión. Incluso, se puede amenazar con lo que era obligatorio para el sujeto activo, que éste amenaza *con no hacerlo.* Por eso se dice: "..el delito de extorsión no consiste tanto en la injusticia de la amenaza como en la injusticia del provecho que se trata de obtener de la amenaza[37] (MAGGIORE, *Derecho Penal*, vol. V, p. 110, nro. 136), y que "lo que torna extorsivo el hecho no es la ilicitud de lo amenazado sino la ilegitimidad de lo exigido" (FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, V, p. 531, parágr. 119, II-3 (ello conforme con CARRARA, *Programma.* Nro. 2138, y MANZINI, *Trattato*, vol. VIII, p. 292).

5) *El mal tiene que ser injusto*[38].

VIII. . "Obligar" como efecto de la intimidación

El signo vinculante.- *Intimidar* es más que *amenazar.* Esto tiene que ocurrir, *dando temor*. El proceso de obligar necesita, *antes*, aunque más no sea por un instante, de la configuración de la intimidación. De ahí que, en puridad, el comienzo de la ejecución siempre arranca de la intimidación, y no del verbo "obligar". Mientras que en el robo, el comienzo de ejecución puede partir de "apoderarse", agregándose un tramo después de la violencia en las personas o fuerza en las cosas, en la extorsión, ésta sólo es concebible a partir de la intimidación.

XI. El Nexo Causal

a) La relación de causa a efecto.- La relación de causa a efecto es la que encuadra la vinculación intimidación-obligación. Ello puede expresarse diciendo que entre la intimidación y sus medios, por una parte, y el logro del objeto material del delito, por la otra parte, que es la concreta disposición ilegítima patrimonial, debe existir el **nexo causal** (FONTAN BALESTRA, C., *Tratado,* V, p. 531, parágr. 119-II-2).

[37] "Pero no debe confundirse *el provecho ilegítimo* con *la repercusión en el patrimonio ajeno* .El autor sin cometer extorsión, no sólo puede exigir intimidatoriamente lo que se le debe, sino que también puede exigir o negar lo que a otro título está en su derecho, aunque repercuta en el patrimonio ajeno; por ejemplo, amenazar con no cumplir el boleto privado de venta si no se le da un sobreprecio" (NÚÑEZ, R. , *Derecho Penal Argentino,* V, p. 258, nota 29)..

[38] Si el imputado hubiera realizado intimidaciones por teléfono y correo electrónico, exigiendo el pago de una suma de dinero en el marco de la negociación por la indemnización laboral, bajo amenazas de que si así no se hacía, denunciaría las actividades de la contadora ante la AFIP, la conducta denunciada resulta atípica puesto que es requisito del tipo penal que la amenaza tenga el carácter de injusta. "Muchas amenazas quedan fuera de la persecución penal en virtud de la causa o el fin que las inspira y que las priva de un elemento fundamental para considerarlas típicas: la calidad de injustas. En efecto, todas las amenazas de causar un daño amparado por el Derecho, no pueden considerarse constitutivas de un delito penal (CNCrimCorr, Sala IV, 25/9/02, "Di Giorgio, P." c. 19.380; ídem, 5/2/04, "Ferreiro, M.", c. 22.770). Esto, sin embargo, puede discutirse. Ver lo que decimos, en XII. La concreción material, sobre el clásico caso de la botella de gaseosa en la que se encuentra o pone un insecto.

b) La intimidación preexistente.- Un sujeto puede intimidar a otra persona sin que ésta se obligue, a una determinada prestación. Pero esta persona intimidada puede hacer una prestación a un tercero, que se aprovecha de la intimidación preexistente. Ninguna de las dos personas habrá cometido extorsión. El primero no se ha sentido obligado a prestación. Tampoco lo ha hecho el segundo. La CCrimCorrCap, con fecha 12/12/58, tiene dicho: "*no configura el delito de extorsión, el aprovechamiento en forma pasiva de una intimidación preexistente, de carácter general, que resulta de complejos y heterogéneos factores extraños a la conducta de los imputados*" (*JA,* 1959-II-111, "Tesaire, A.", citado por RUBIANES C., *El Código Penal, su interpretación jurisprudencial*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 938, nro. 5).

c) Reavivación de la intimidación preexistente.- Sin embargo, bien puede aprovecharse de una intimidación preexistente, y no haber, sin embargo, "un simple aprovechamiento de ella". En la causa "Spaltro, C. A.", la CCrimCorrCap, tuvo que decidir sobre los siguientes hechos: Un oficial, subinspector de la Policía Federal, enterado de un secuestro, y de que se había pagado la suma del rescate sin que se produjera la liberación del privado de libertad, resuelve aprovecharse de las circunstancias. Es así que llama al padre del secuestrado y se titula uno de los secuestradores. Sobre esta base, exige dinero, debiendo primeramente, a instancias del intimidado, dejar un supuesto mensaje del hijo en el baño de un bar (Spaltro, al encontrarse el sobre abierto, que había dejado, dirá después al padre, telefónicamente, que alguien lo había roto, retirando el mensaje), y en segundo lugar, suministra al progenitor el número de cédula de identidad de su hijo (que consigue por intermedio de la División Índice General de la Policía Federal. Habiéndose denunciado las circunstancias narradas a la Policía Federal, Spaltro es detenido. Al fallar la Cámara, considerando que hubo tentativa de extorsión, dice que "no hubo un simple aprovechamiento de la intimidación preexistente. Spaltro no aprovechó pasivamente la situación, sino que puso "algo de sí" para reavivar la posibilidad de esa liberación, que se abrió ante la nueva exigencia de dinero (CCrimCorrCap, Sala II, 23/9/1973, "Spaltro, C. A.", causa nº 1739.

XII. La Concreción Material

a) *Mal ilegítimo y provecho ilegítimo.*- El *provecho ilegítimo* es la *concreción material* de la extorsión. El mal amenazado puede ser legítimo o ilegítimo, pero la extorsión no se configurará si no existe un *provecho ilegítimo (*NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino,* V, p. 258; SOLER, *Derecho Penal Argentino,* IV, p. 275; FONTÁN BALESTRA, *Tratado,* V, p. 530).

La ilicitud del provecho no debe confundirse con la injusticia del mal amenazado. El siguiente caso es una clásica ilustración sobre el punto: "Quien coloca una mosca en una botella de naranjada y luego se dirige a la distribuidora haciendo mención del "hallazgo", y al propio tiempo amenaza con darlo a publicidad, exigiendo una suma de dinero por su silencio, comete el delito de extorsión" (CCrimCorrCap, 13/8/1963, Sala I).

Ahora bien, en este caso el mal amenazado es ilícito; pero si la mosca hubiere sido realmente hallada por el intimidante, el mal incluso, sería lícito. Incluso, respondería la conducta a un interés social. En ambas hipótesis hay sin embargo, extorsión. Este es uno de los puntos más atendidos de la extorsión.

b) *Inexistencia de provecho ilegítimo.*- El que habiendo pagado, y no habiendo obtenido, en el momento del pago, el pagaré que correspondía le devolviesen, a va a ver a su acreedor y lo intimida para lograr la

devolución o destrucción del documento, hace algo ilegítimo, incluso disminuye el patrimonio virtual del otro, pero no comete extorsión, pues no hay provecho ilegítimo[39].

XIII. Los Sujetos

En todo delito se describe un comportamiento humano. Al sujeto titular de los verbos (*matar, disparar*) se lo llama sujeto activo. El de la extorsión puede ser cualquier persona (*delicta comunnia*). Ese sujeto puede ser un funcionario, alguien que lo simule o un simple particular; a diferencia donde se exige en condiciones parecidas que el sujeto activo sea un funcionario que *haga una exacción*, beneficiando al Estado (*exacciones ilegales*) o un funcionario que se beneficie directamente asimismo a través de la "dádiva" (*concusión*); ambas conductas pertenecen al art. 266 del Código Penal. Estos delitoS son llamados *especiales,* porque requieren que el autor sea un funcionario[40].

En cuanto al sujeto pasivo también cualquier persona puede ser víctima, pero los intereses pueden pertenecer a otra persona física o jurídica. En otra forma de la extorsión, la del art. 170, *secuestro extorsivo,* hay un desdoblamiento entre *víctima*, el capturado y *perjudicado* o *damnificado*, la persona a quien se le exige el dinero.

XIV. Conducta Obligada de la Víctima. Distintos Supuestos.

El verbo típico *obligar,* en referencia a lo que el autor hace, se completa con el comportamiento obligado de la víctima, *entregar, enviar, depositar o poner a disposición,* los objetos a que el tipo se refiere

"**Entrega**" es una dación de mano a mano. Víctima y victimario pueden ser reemplazados por otras personas. Se requiere la presencia de unos o de otros. Quienes han sostenido, minoritariamente, que las "cosas" pueden ser inmuebles, ven en acto notarial o judicial de la tradición, la "entrega" del bien. "**Enviar**" es despachar, remitir. En este caso, para que el envío se de ejecutado es necesario que la cosa llegue al sitio indicado por el victimario, aunque éste no esté allí. Existiendo desapoderamiento el delito se da por consumado. No es necesario que el autor reciba o tome la cosa. "Deposita" quien pone –por sí o por otro- la cosa en el lugar convenido. El término ha sido criticado con razón: el art. 2186 del Código Civil habla de "depósito" con otras características. CARAMUTI dice que no comparte la crítica, pero en el universo jurídico no se puede llamar con la misma palabra a cosas distintas. "**Poner a disposición"** significa desprenderse del objeto y colocarlo en condiciones que sea tomado por el autor. En este caso, y a diferencia del "depósito" el objeto puede no haber sido movido del lugar en que se hallaba.

[39] El siguiente es un diáfano caso de mal lícito. "No resta ilicitud a la exigencia extorsiva que la denuncia con que se amenazare sea una facultad particular o ciudadana del sujeto activo, y que los hechos puedan ser verdaderos y su esclarecimiento de interés público; ello es así, porque la ilicitud reside en el uso intimidatorio de lo que se amenaza hacer y se ofrece silenciar, a cambio de una prestación indebida" (CCrimCorrCap, 3/7/373, Sala Ira., c.. 22.235, "Vechiarelli, C.."

[40] La condición del sujeto activo puede ser muy variada a lo largo de otros delitos. El sujeto activo en el homicidio víncular es un *ascendiente, descendiente o cónyuge*. En los delitos contra la integridad sexual aparece como sujeto activo agravado el *ministro de algún culto reconocido o no.*

Un delito se consuma cuando se cumplen todos los elementos del tipo delictivo. Delito consumado equivale a "delito perfecto" en el sentido de haberse realizado tanto los elementos subjetivos del tipo como los elementos objetivos. El Código habla de "envío", "depósito", "puesta a disposición". El que hace algunas de estas conductas, salvo en el caso de la "entrega", se desprende de esos objetos. A diferencia de lo que ocurre en el hurto y en el robo no se requiere apoderamiento por parte del sujeto activo. Basta, en cambio el desapoderamiento para dar el delito por consumado. Caso distinto es el de la entrega, la dación, por que es un acto que se hace entre dos personas. La víctima y victimario, aunque vale también que una de estas personas sea reemplazada por otra. O sea, que el victimario o la víctima, hayan sido sustituidos voluntariamente y otras personas los representen, Vale decir, que efectuada la entrega por el reemplazante de la víctima o aceptada la entrega por el reemplazante del victimario, el delito se de correctamente por consumado. Esta es la opinión mayoritaria, que compartimos. En estos casos, el acto de desapoderamiento se confunde con el apoderamiento, ya sea realizado entre víctima y victimario, ya sea realizado por terceros (CNCrimCorr Fed, Sala de Feria, 24/7/03, *LL,*2004/C/723; ver también entre otros, CNPenEcon, Sala B, 19/3/02, *LL,* 2002-E-758, y *JA,* 2002-III-75. Cuando la entrega es parcial el delito está consumado.

Aquí corresponde hacer notar una diferencia con lo que ocurre frente a otro tipo de extorsión, el del secuestro extorsivo según algunos autores. Así se ha dicho: "La consumación no coincide con la del delito de extorsión común o simple, que estamos analizando, art. 168, en el cual la consumación se verifica cuando la víctima se desprende de las cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos, aunque no hayan llegado a poder del autor. En el secuestro extorsivo, art. 170, no podría decirse que el autor logró su propósito en los habituales casos de interceptación policial, si los funcionarios impiden la entrega del dinero en el momento que se ha acordado el pago, y ello es así, aún en el supuesto en que el dinero hubiese salido del ámbito de custodia y disposición de la víctima". Pero en realidad esta consideración es engañosa, porque si se trata de **una entrega**, vale entender que en ese caso, entrega, no es suficiente la disponibilidad, como ocurre en los casos, de envío, depósito, puesta a disposición, dado que la entrega es un acto entre dos, en el que se confunden disponibilidad y apoderamiento. Acordemos también que en la entrega se ha exigido un poco más que la dación de persona a persona: que el que recibe *haya podido disponer de los objetos*. Es el punto de vista de Jorge FRÍAS CABALLERO, con respecto al momento consumativo en el hurto y en el robo. Es así que, dado que una mujer fue inmediatamente aprehendida, luego de que había tomado contacto, por "entrega", se consideró que el delito no se había consumado[41]

. FRÍAS CABALLERO -del que el autor de estas páginas fue un último discípulo, en su departamento de las calle 56 y 13, en La Plata, por largas charlas encantadoras escuchándolo al maestro- requiere que por lo menos *haya un instante* en que el agente haya podido disponer de la cosa. Esto en referencia al hurto y al robo. Llevada esta exigencia a la práctica, el autor que se apodera de algo si se le persigue, mientras esta persecución dure y se tenga a la vista al ladrón, ya sea que quien lo persiga sea la autoridad policial, la propia víctima o transeúntes que se incorporan solidariamente a la aprehensión del

[41] "Dado que el delito de extorsión se lleva a cabo mediante la entrega de diversos bienes, se perfecciona con el efectivo apoderamiento de la exigencia por parte del sujeto activo. En consecuencia, si la imputada fue inmediatamente aprehendida, no es posible sostener que el hecho haya sido consumado (CNCrimCorr, Sala IV, 31/3/05, "Fernández, Susana", causa 26.034).

delincuente, no se considerará, si en esos momento se aprehende al ladrón, que este haya consumado el ilícito. No tuvo lugar y oportunidad de disposición: la idea es que mientras se tenga a la vista al perseguido, la conducta permanece en grado de tentativa.

Algún fallo ha ido aun más allá. Si el perseguido se pierde vista, pero doscientos metros más adelante es nuevamente visualizado en un recodo del camino, aún estamos en la tentativa.

XVI. Los Objetos del Delito

"Cosas".- Las "**cosas**" son objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311, Cód. Civil). Para la mayoría, se trata de *cosas muebles*. O sea *transportables*. El concepto penal de "bienes muebles" abarca los *inmuebles por accesión y representatividad*. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que están fijadas al suelo (art. 2314, del Cód. Civil). Son inmuebles por representatividad los instrumentos públicos donde constare la adquisición de derechos reales, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis (art. 2317, Cód. Civil).

Así como en el hurto se habla de cosas muebles (art. 162, Cód. Penal), en el art. 168 no se menciona qué tipo de cosas son las protegidas por este ilícito. La doctrina moderna en el país coincide que se trata de bienes muebles, pero en el sentido amplio, penal, con prescindencia de la situación en que se encuentra, de modo permanente y transitorio. De esta manera, bienes como la *energía eléctrica* y el *agua* son susceptibles de extorsión. En estos casos es admisible como tal el comportamiento de un industrial que, necesitando agua o energía eléctrica para su fábrica, amenaza a un vecino con un determinado mal si éste no le proporciona dichos elementos.

CARAMUTI tiene una posición particular: *"Creemos que, si bien la mayor parte de las acciones obligadas a la víctima son incompatibles con los inmuebles por naturaleza (art. 2314, Cód. Civil), ello no ocurre respecto a la puesta a disposición y la entrega, pues cuando se otorga la posición o tenencia de un inmueble no puede decirse que se haga otra cosa que entregarlo. Así, el art. 2377 del Código Civil dice que la posesión se adquiere también por la tradición de las cosas, en tanto que el art. 2378 establece que la posesión de los inmuebles puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa, con asentimiento de quien la recibe, o por actos materiales de quien la recibe con asentimiento de quien la entrega. De modo que no hay razón para excluir esta conducta (obligar a entregar un inmueble) de los alcances del tipo legal, pues la misma no sólo encuadra en su literalidad, sino que lesiona los bienes jurídicos protegidos por la norma (propiedad y libertad de disposición). La hermenéutica que sostenemos es además compatible con el conocido adagio romano: donde la ley no distingue no debemos distinguir. La ley habla de cosas, no de cosas muebles como lo hizo en el art. 162 respecto del hurto. Coincide con esta postura AGUIRRE OBARRIO, quien no ve inconvenientes en que tanto las prestaciones que tengan por objeto bienes inmuebles, como los actos que de hecho afecten a los mismos (toma o pérdida de posesión) se encuentren comprendidos típicamente"*[42].

[42] CARAMUTI, *Extorsión,* en BAIGÚN-ZAFFARONI (dirs.), TERRAGNI (coord.), "Código Penal", t. 6, p. 548.

El “**dinero**” es la moneda que circula en el país, de curso legal en él, o fuera de él, sea nacional o extranjera.

En esta cuestión, NÚÑEZ no siempre pensó de la misma manera. Dijo: “…la enumeración específica del dinero al lado de la genérica de las cosas, significa por el sentido propio de la especificación que, tratándose de dinero, sólo habrá extorsión cuando el detrimento patrimonial provenga de la privación del objeto como dinero, y no como cosa” (*Delitos contra la propiedad,* págs. 269 y 270). Esta interpretación deviene del principio interpretativo de la ley, por el cual ante “nuevas disposiciones ha de haber una evidente utilidad”, y por el cual “la ley cuando quiso decir dijo, y cuando no quiso, calló”.

Pero posteriormente, NÚÑEZ, en *Derecho Penal Argentino, Parte Especial,* t. V, págs. 261 y 262, dijo lo que es *dinero* y lo que es *cosa,* sin escribir sobre su argumentación anterior.

“***Documentos que produzcan efectos jurídicos***”. En comparación con los “documentos de obligación o de crédito”, de la segunda parte del art. 168, precisamente “extorsión documental”, debe advertirse que todo documento de obligación o de crédito es un documento que produce efectos jurídicos, en tanto que existen documentos que producen efectos jurídicos que no son propiamente de obligación o de crédito. *Documentos que produzcan efectos jurídicos*, es así, el género y *documento de obligación o de crédito*, la especie. *Estos últimos son algunos de los primeros, pero no todos*.

Al principio se requirió de estos “documentos que produzcan efectos jurídicos”, efectos patrimoniales (NUÑEZ, FONTÁN BALESTRA[43]). Después, reconociendo que los efectos patrimoniales *pueden estar*, no se exigió que estuviesen. Quedan excluidos los pergaminos de los agasajos, las actas conmemorativas, etc.

Los documentos nulos y anulables son objeto de distintas consideraciones. Los absolutamente nulos (un ejemplo, los extendidos por incapaces) no quedan comprendidos en la disposición. Quedan comprendidos los anulables, y los que están prescriptos. Un campo de mucha discusión, que veremos al tratar la “extorsión documental” (2da. Parte del art. 168) lo presenta la firma en blanco. También es de la 2da.parte del art. 168, el “documento de obligación o de crédito”, lo que se traduce como de “deuda y de crédito”.

CARRARA que aun el documento nulo, que se extorsionó puede traer perjuicios, que describe. Pero un documento nulo es en la opinión mayoritaria incapaz de producir extorsión.

XVII. La Tentativa

[43] También en esta exigencia, MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, V, p. 164; GÓMEZ, *Tratado,* IV, p. 176; RAMOS, *Curso de Derecho Penal,* VI, p. 47; MOLINARIO, *Apuntes de derecho penal,* p. 508.

Cuando el delito no se consuma por circunstancias ajenas al autor habrá *tentativa*[44] Si las circunstancias por las cuales no se consuma son del autor exclusivamente, habrá tentativa desistida (art. 43)[45]. Si la conducta no era idónea[46] para que la conducta llegare al logro propuesto, estaremos frente al delito imposible o tentativa inidónea, pero si el hecho impresiona y perturba habrá reproche penal, art 44, inciso 4. Ahora, cuando la conducta era absolutamente imposible de llegar a término[47] (se trata de extorsionar a un hombre con la amenaza de matar a su hija, pero el error consiste en que ese hombre no tiene ni un hijo ni una hija, existe para algunos delito imposible y para otros, ausencia de tipicidad; vale claramente para esto último, el ejemplo del muchacho que encuentra un cheque sin firma en el suelo, y

[44] "La conducta del imputado de remitir *e-mails* a una empresa de servicios de Internet, en los cuales se identificaba como "el hacker loco", y daba avisos de que hachearía la página *web* y la dejaría inaccesible para otras persona, ataques que cesarían si le ofrecía algo que le pediera interesar, acredita la formulación anticipatorio del comienzo de ejecución del delito previsto en el art. 168 del Código Penal. No obstante el delito no haya podido consumarse por razones ajenas a su voluntad –denuncia por la empresa damnificada-, se descarta una tentativa de delito imposible, toda vez que la amenaza sería idónea para la consumación del ilícito. Con ello, debe homologarse el procesamiento dictado al imputado en orden al delito de extorsión en grado de tentativa (arts. 42 y 148, párr.1º, del Código Penal" (CNCrimCorr, Sala VI, 16/4/2004, "Omoto, Eduardo F.", c. 22.261).

"Si bien el delito de extorsión se consuma cuando el sujeto pasivo se ha desapoderado de la cosa, habiendo en el caso sido ella entregada a sabiendas de que la policía estaba enterada próximo a actuar y el objeto estuvo en manos de la autora por pocos minutos, el hecho quedó en grado de tentativa" (CNCrimCorr, Sala VI, 1/11/1991, "Coll Areco, Alejandrina", LL, 1992-B-342; *DJ,* 1992-1-1080).

"Cuando el autor de la extorsión alcanza el núcleo del tipo, iniciando a través de un medio idóneo la intimidación, con el propósito de obtener algún resultado típico e ilegítimo, la extorsión ha comenzado, aunque la víctima no haya tomado conocimiento aún de los actos del extorsionador" (CApelCriminal Gualeguay, 12/4/77, 1978-II-472).

[45] "En el delito de extorsión, la acción consiste en intimidar o simular autoridad pública o falsa orden de la misma con la finalidad de obligar a la víctima atemorizada a despojarse de parte de su patrimonio, por lo cual, habiendo cumplido el autor el acto intimidante, su conducta ha terminado y la circunstancia de que la conducta del sujeto pasivo no sea la que él pretendió, no constituye una suspensión de la acción por causas ajenas a la voluntad del procesado –delito tentado o tentativa del delito- sino un verdadero delito, frustrado en sus resultados solamente. En el delito tentado, la suspensión del curso de la acción en movimiento, cuando tiene por causa algo propio de la voluntad del autor configura un típico desistimiento, pero en el delito frustrado de extorsión la acción ha terminado y el autor queda a la espera del resultado, que puede no ocurrir porque el sujeto pasivo no cumple con lo pedido bajo amenaza, pero en ese caso igualmente la tentativa se ha consumado" (SCBA, 5/9/78, "López, Antonio y otro": *DJBA,* 116-58

"Sólo puede existir desistimiento en el delito de extorsión, habiendo realizado la acción el sujeto activo, cuando éste logre por sí impedir los efectos de la misma, o sea, lo que se ha dado en llamar "arrepentimiento activo" (SCBA, 5/9/1978, "López, Antonio y otro", DJBA, 116-58).

"Si bien es dable sostener que en el obrar de la encartada hubo –cuanto menos- comienzo de ejecución de un delito, dicha tentativa no resulta pasible de pena por darse en autos los extremos previstos en el art. 43 del Código Penal. Ello así, toda vez que –de acuerdo con las circunstancias del caso- la imputada, al presentarse junto a su hija en el lugar en donde debía realizarse el pago manifestándose como responsable, no consumó el delito, deteniendo el proceso ejecutivo por su propia voluntad. Lo expuesto revela la existencia en autos de los presupuestos exigidos por la excusa absolutoria prevista por la normativa citada, conceptualizada como el "abandono voluntario, definitivo y oportuno del propósito de cometer el delito por parte del autor".

Sentado cuanto precede, debe expresarse que la conducta desarrollada por la encartada no resulta punible por mediar desistimiento voluntario, extremo que impone la adopción de un temperamento liberatorio a su respecto" (CFed San Martín, Sala I, 3/6/2003, "De Jesús Galván, Zulema s/inf.art. 170, Cód. Penal, c. 5819, reg. 879).

[46] "Corresponde desechar la tentativa inidónea de extorsión, cuando las amenazas resultaron suficientemente intimidantes de por sí, pues la víctima tardó diecisiete días para formular denuncia y pagó, incluso, parte de lo exigido. Para el examen de la tentativa presuntamente inidónea, el análisis de la situación debe completarse con la evaluación del hecho *ex ante,* dado que solamente cuando los medios empleados resultaren absolutamente ineficientes se podrá encuadrar la situación en la especie" (CNCrimCorr, Sala IV, 6/5/97, "Cunningham, H.", c. 45.426, *JPBA,* 101-16, fallo 39).

[47] "La defensa sostuvo que no se había configurado el delito de extorsión y que en caso de encuadrar en alguno de los delitos previstos en el Código Penal, la conducta no se habría consumado, quedando en grado de tentativa. Además, a su criterio sería inidónea por cuanto el medio utilizado no tenía entidad para infundir temor, ya que en ningún momento el sujeto pasivo dio crédito al supuesto secuestro de un familiar, lo que provocaba que el delito se tornara imposible de consumar. Sin embargo, esto no es así, ya que esta Sala, con otra integración, en la causa 29.535, "Cisneros, Griselda Susana", del 5/6/06, sostuvo que "la diferencia entre la tentativa y el delito imposible reside en que el impedimento propio de la primera es

no sabiendo como es esta última hace cualquier garabato y pretende cobrar el cheque: éste no podía ser cobrado *de ninguna manera*.

XVIII. La Participación

El art. 168, primera parte, dice que el que obliga hace que la disposición patrimonial sea para sí o para la de un tercero[48]. Es decir, que el autor que puede ser funcionario, o alguien que simula ser un funcionario, o simplemente cualquier particular, puede estar beneficiándose de su conducta o puede beneficiar a un tercero. Se admite la aplicación de los principios generales de la participación. Si el tercero, en conocimiento y aceptación de lo que ocurre, resulta realmente beneficiado, es un caso de coautoría.

XIX. La Competencia

Es el lugar donde se recibe la intimidación el que fija la competencia judicial. Cuando, por ejemplo, cuando las amenazas extorsivas provinieron de internos de una cárcel, que exigían dinero al padre de otro interno, bajo el mal que imponían sobre la persona del hijo, se decidió que no estaban comprometidos intereses nacionales, ni que tales hechos incidieran de manera alguna en el funcionamiento del instituto dependiente del servicio penitenciario federal, y por eso se determinó que correspondía a la justicia provincial, que era la del domicilio de la persona damnificada, o sea, el padre del interno (del *dictamen* del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo, CSJN, 8/3/05, "U., A.", 2005-D, 631).

En otro tipo de extorsión, el del secuestro extorsivo, es la justicia federal, la que por ley ha sido fijada como competente.

También se ha dicho: "Corresponde que el juez que previno continúe investigando la posible comisión del delito de extorsión, toda vez que la denunciante no ha sido preguntada detalladamente acerca de las circunstancias que habrían rodeado las presuntas intimidaciones recibidas y si todas ellas

eventual, mientras que en el segundo es permanente porque de antemano existe un vicio de origen en la relación causal entre la acción y el resultado" (cf. CNCP, Sala I, c. 1247, "Gavilán, Gabriel"). Para aclarar al respecto, se ha dicho que "el delito imposible se funda en la idea de una imposibilidad causal propia de la acción u omisión del agente; en tal sentido, el delito sólo es imposible si con arreglo a las circunstancias del caso concreto, la acción u omisión no podía consumar el delito a pesar de que el autor hubiera hecho todo lo que era dable hacer. La imposibilidad causal debe ser propia de la acción u omisión, y no debida a la intransferencia de una causa extraña que la volvió inocua y allí reside la diferencia esencial entre la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del autor determinante de la punibilidad de la tentativa (art. 42, del Cód. Penal) y la no consumación del delito por imposibilidad determinante del delito imposible (art. 44, *in fine,* Cód. Penal) (Boletín de Jurisprudencia, año 1981, entrega 10, p. 213, c. 7331, "Sadaca", CCC, Sala VI). "En esta causa no hay duda de que el medio escogido por el imputado fue idóneo; simular el secuestro de un familiar. Tal amenaza tupo aptitud suficiente para atemorizar al damnificado…". Ello encuentra corroboración en el hecho de que los Farías al recibir el llamado realizaron las diligencias tendientes a solucionar lo que en apariencia era una privación ilegal de la libertad de un familiar. Dieron aviso al personal policial que se encontraba en las cercanías de la remisería, mientras negociaban la entrega del dinero exigido, monto que en el transcurso de la comunicación se redujo a la suma de mil pesos y otros bienes. Lejos estuvo la reacción de considerar lo ocurrido como un simple "secuestro virtual", de modo que la acción intimidatorio desplegada tuvo la idoneidad necesaria parta ocasionar temor a la víctima…" (CNCrimCorr, Sala VI, 23/5/08, "Cisneros, María Cristina s/Procesamiento", c, 34.743, elDial-AA488C").

[48] "Reviste la calidad de coautor del delito de extorsión (art. 168, del Cód. Penal), quien se vale de otra persona para trasmitir las exigencias dinerarias al damnificado, pues en definitiva es quien tiene el dominio de la situación" (CCrimCorr, Sala I, 11/9/2006, "Madrid, Ricardo Hugo", *LLOnline*).

habían tenido lugar en la misma jurisdicción , ni tampoco se ha escuchado en forma testifical a la mediadora que intervino en el convenio que según se denuncia habría sido obtenido en forma extorsiva, sin perjuicio de lo que resulte del trámite ulterior (del *dictamen* del procurador fiscal que la Corte hace suyo, CSJN, 31/5/05, "Mustillo, Gustavo A.", *LL*. 2006-A, 832).

Es competente la justicia ordinaria y no el fuero federal para entender en hechos que podrían constituir una maniobra extorsiva -amenazas reiteradas. privación de libertad, traslado a un cajero automático, despojo de efectos personales y *requerimiento de dinero a familiares para su liberación*-, si lo actuado revela inequívoca y fehacientemente la existencia de una estricta motivación personal, no existiendo posibilidad de que resulte afectada directa o indirectamente la seguridad del estado nacional o alguna de sus instituciones (del *dictamen* del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo (CSJN, 11/2/03, "R., D. G.", *LL,* 2003-C-637). En este caso, en armonía con lo que hemos señalado en otra parte de este trabajo, el traslado a un cajero automático y el despojo de efectos personales se inscriben en la esfera de represión de *un robo*, y es el requerimiento de dinero para la liberación la típica intimidación *de la extorsión*.

Extorsión Documental

La segunda parte del art. 168:

"Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o por Violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

a) Represión de la suscripción o destrucción forzada del documento. No de su entrega.- En su segunda parte, el art. 168 del Código Penal se refiere a la extorsión documental, llamada también "pseudo extorsión".

Lo primero que hay que hacer notar es que si lo que el autor consigue es un documento que ya estaba suscripto, y éste es entregado enviado, depositado o puesto a disposición del autor, el artículo infraccionado no es el art. 168, segunda parte, sino el mismo artículo en su primera parte, extorsión propiamente dicha, común o simple.

b) *Los mismos medios del art. 168, más la violencia*. *Diferencia en el efecto de esta última.-* Intimidación lisa y llana, o intimidación por simulación de autoridad pública y falsa orden de la misma, son los mismos medios del art. 168, primera parte, que están presentes en esta figura de la segunda parte; *más la violencia*. Lo conseguido en la extorsión documental no puede usarse en el acto. Para obtener de ello un valor debe ser ejecutado, en el tiempo[49]. Este es el intervalo característico de la

[49] "Corresponde confirmar la sentencia que condenó como autor del delito de extorsión documental en concurso ideal con el falsedad ideológica, a quien, mediante violencia e intimidación, obligó a un anciano a suscribir en su favor un contrato de compraventa inmobiliaria, pues éste reviste el carácter de documento de obligación en los términos del art. 168, 2ª parte, del Cód. Penal, en tanto compromete al damnificado a transferir el dominio de la propiedad" (CJ San Juan, Sala II, 6/9/05, "Ochoa, Evangelina del Carmen", *LLGran Cuyo,* 2006-390; *LL,* 2006-C-892).

extorsión. Dice SOLER: "la violencia en este caso no es violencia física, como en el robo, sino violencia tácita. No es violencia física *porque es imposible obtener por ella la firma de un documento* (suscripción), porque el acto de firmar debe ser voluntario. Si después de un golpe, ha seguido la amenaza de otro, y en ese momento el sujeto firma, se trata de amenaza de una violencia inmediata. FONTAN BALESTRA ha pensado de otra manera. "En verdad no se ven razones para excluir la violencia física. Quien golpea de puño obliga a otro a firmar un documento, o que lo quite de donde lo tiene guardado y lo destruya"[50]. NUÑEZ está de acuerdo.

I . El Documento

La suscripción o destrucción

a) Que es "suscripción" y qué es destrucción del documento.- Suscribir un documento es firmarlo al pie, habíamos dicho en 1982, (*Los delitos de extorsión,* Ábaco, Buenos Aires). Reconocemos hoy que esa exigencia es equivocada. Por ejemplo, la práctica de firmar al pie en la última foja, que hace el indagado, firmando además en la parte superior de los anversos. Además, como señaló CHIESA, en el caso de un pagaré, letra de cambio o cheque, puede obligarse al firmar un endoso que se coloca al dorso. *Destruir* el documento es hacer cesar su existencia material (ODERIGO, *Código Penal Anotado,* p. 239, nº 801; MANZINI, *Trattato,* VI, 780; LOMBARDI, *Derecho Penal,* p. 394).

La destrucción puede realizarse rompiendo el documento, quemándolo o poniéndolo de cualquier manera fuera de la posibilidad de ser utilizado (tirarlo al río, borrar de eficiente manera la firma). También puede hacerse rompiendo y retirando la parte correspondiente a la firma. Si el documento es suscripto, enviado, depositado, entregado o puesto a disposición en forma obligada por parte del sujeto pasivo, la conducta deberá entenderse no como infraccionaria del art. 168, 2ª parte, sino de ese artículo pero en su primera parte.

No interesa que la víctima haya redactado de puño y letra el documento: basta con que sea obligada a firmarlo.

b) Cuando el obligado no es el perjudicado.- Puede ocurrir que se obligue a alguien a suscribir un documento y perjudicado por esa suscripción sea otra persona. Puede tratarse de un menor, que sea perjudicado mediante obligar a su tutor a que suscriba un documento que perjudique a aquél; puede también ser que se obligue al director de una sociedad comercial a firmar un documento que perjudique a la sociedad.

"De acuerdo a la doctrina general, en el caso de la extorsión por suscripción de documentos, se sostiene que el delito se consuma cuando el instrumento que se hace suscribir sale del poder de la víctima, señalando DONNA, tal como lo refiere el apelante, que "sólo entonces surge el peligro de vulneración del bien jurídico protegido". De acuerdo a este autor, entonces, el delito admite tentativa y "ésta se da cuando el sujeto activo ha llevado a cabo todos los medios comisivos, sin perjuicio de lo cual no ha logrado la suscripción o la destrucción del documento y hasta que no comience el riesgo a la propiedad, en el caso de la suscripción" (CApel Penal Esquel, 4/6/04). De la misma manera, NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, IV, Córdoba, Lerner, 1989).

[50] FONTAN BALESTRA, *Tratado,* V, p. 537, 119-III-2.

Refiriéndose a esto, dice NUÑEZ. La extorsión del art. 168, 2ª parte, ofende la propiedad ajena, sea positivamente mediante la documentación de una carga patrimonial a favor de un tercero, sea negativamente mediante la eliminación de una carga patrimonial a costa de un tercero. El ofendido por el delito es el titular del patrimonio afectado por el documento o destrucción. Ese titular puede ser o no la víctima de la intimidación, simulación , falsedad o violencia. Por ejemplo, el ofendido por el delito no es la víctima del modo extorsionador, si por la vinculación jurídica de aquélla con un tercero, el documento suscripto obliga a éste, o si el tenedor del documento a favor de un tercero es obligado a destruirlo" (*Derecho Penal Argentino,* V, p. 265). RIVAROLA también se refiere al punto: "La creación de un título de obligación o su extinción por medio de un documento cancelatorio, causa una modificación manifiesta en el derecho de propiedad; y es quizás en esta especialidad en que puede verse más bien que el atentado a la posesión que caracteriza a todos los otros casos, el ataque al derecho mismo de propiedad" (*Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina,* GUILLERMO RIVARO, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1890, II, nº 775).

Pero el documento debe ser de obligación o de crédito, que algún autor prefiere llamar *de deuda* o de crédito. La exigencia ilegítima de la suscripción de un documento que no sea "de obligación o de crédito, *no se encuentra contemplada dentro del tipo penal del art. 168 del Código Penal*[51]

c) *El documento "en blanco"; consumación y tentativa.*-Este es un campo de gran discusión. SOLER piensa que mientras el documento permanezca *en blanco*, "y mientras no se destruya la natural sospecha de que la intención perseguida sea de carácter patrimonial", el hecho queda en grado de tentativa. Para NÚÑEZ, "no siendo el reconocimiento de una obligación, o la concesión de un crédito, los contenidos indefectibles o posibles del documento "en blanco", el agente estará protegido por la duda; ello con referencia al segundo párrafo del art. 168. Sin embargo, el delito estará consumado, aunque en relación al art. 168, primera parte".

De manera que, mientras para SOLER (*Derecho Penal Argentino,* IV, p. 308) la obtención de una firma "en blanco" bajo las características de compulsión de extorsión, significa conducta configurada en el art. 168, 2ª parte, en grado de tentativa, por la presunción patrimonial del futuro contenido del documento[52], para NÚÑEZ (*Delitos contra la propiedad,* p. 289, y *Derecho Penal Argentino,* V, p. 267, el mismo accionar se inserta como *delito consumado* en el art. 168, 1ª parte, extorsión propiamente dicha, simple o básica, dado que considera que la presunción a que SOLER se refiere no puede hacerse, y cabe el beneficio de la duda.

Resulta de interés citar textualmente a ambos autores. Dice SOLER: "Con respecto a la extorsión de una firma en blanco, debe observarse que nuestra ley, al referirse a documentos de obligación o de

[51] CNCrimCorre, Sala V, 21/12/79, "Colom, Eduardo", *LL,* 1981-B-567, jurispr. agrup., casos 4301 a 4304; *BCNC y C,* 1980-V-87).

[52] "En mi opinión, los que sostienen que la obtención coacta de una firma en blanco constituye el delito de extorsión, están en lo cierto. *Nadie, a no ser un maniático coleccionista de autógrafos, se pondrá en la empresa de obtener firmas en blanco, por los medios que la ley incrimina, sin perseguir un objeto ulterior.* La firma en blanco se obtiene siempre para extender sobre ella un documento. Por otra parte, admitir la solución contraria hubiere implicado, antes de la incorporación del art. 149 bis, abrir una ancha puerta a la delincuencia extorsiva. Un papel firmado, constituye, pues, el documento de obligación o de crédito a que se refiere la ley. De tal parecer es también GOMEZ, *Tratado,* t. IV, p. 178. Ya vimos que cuando el documento preexiste el Código se refiere a él como "documento que produzca efectos jurídicos", y nosotros agregamos que dichos efectos deben referirse a un derecho patrimonial. Pero aquí se habla de documentos "de obligación o de crédito", que por cierto son de efectos patrimoniales. De donde ocurrirá que, las acciones referidas a algunos documentos con efectos patrimoniales, que no sean documento de obligación o de crédito, no podrán ser tipificadas como extorsión, y sí, como coacciones" (MOLINARIO, actualizado por AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos,* t. II, p. 301/302).

crédito, impone una solución algo distinta a la que corresponde a una ley para la cual sea indiferente cualquier efecto jurídico. Si bien puede afirmarse que una firma "en blanco" prueba la voluntad de obligarse jurídicamente, no parece que con igual exactitud se puede decir que importa, en sí misma, una obligación patrimonial. Cuando las demás circunstancias del hecho no destruyen la natural sospecha de que el objeto perseguido sea de carácter patrimonial mientras el documento permanezca en blanco, el hecho quedará en estado de tentativa. Una vez llenado el documento, el caso se identifica con cualquier otro, aunque al documento le falten algunos elementos bastando que se haya concretado el objeto patrimonial".

En cambio, para NÚÑEZ, "la solución correcta debe partir de la base de que la tentativa exige que la intención de cometer la extorsión coexista con los actos ejecutivos del delito. La intención ulteriormente nacida no vuelve punibles los actos materiales anteriores, vale decir, en nuestro caso, la exigencia de la firma *en blanco* que no tenía la finalidad patrimonial requerida por la ley. De que esa intención coexistió con la exigencia y obtención de la firma *en blanco*, no puede ser suficiente prueba, sin embargo, la sola circunstancia de estar en blanco el documento, porque, no siendo el reconocimiento de una obligación o la concesión de un crédito los contenidos indefectibles o posibles del documento en blanco, el agente estará protegido por el principio constitucional de la duda, mientras una prueba independiente no decida sobre la intención real que lo guió al exigir esa firma" (*Delitos contra la propiedad*, p.. 289). Y también: "En realidad, como el delito de obligar a suscribir el documento supone que éste quede a disposición del autor, incluso mediante alguno de los actos mencionados en el parágr. 1º del art. 168, si el documento cuya suscripción se ha compelido o forzado es *en blanco*, el delito consumado es el de este último párrafo y no una tentativa del pár. 2º. El principio *nunquam ex post facto crescit prateriti criminis imputatio,* impide que al llenar el blanco, el autor convierta esa extorsión en la del pár. 2º, o que, estableciéndose que la intención del autor era llenarlo así, el delito consumado del pár. 1º se reduzca a la tentativa del pár. 2º".

Sobre esto, dice MORENO, citando a GONZÁLEZ ROURA: "Otra cuestión no menos interesante se relaciona con la firma *en blanco*. Según NYPELS, que en este caso sigue el parecer de MERLIN, habría delito consumado, puesto que el que obtuvo la firma en blanco no tiene más que consignar la obligación o descargo. La Corte de Casación francesa ha resuelto lo contrario, alguna vez, sosteniendo que ni hay tentativa, y otra, que esto último, porque había motivos para pensar que la firma *en blanco* se obtuvo con el objeto de formalizar un documento con efecto jurídico. Como la ley habla de documento, y una firma *en blanco* no es nada de esto, parece que, no obstante el razonable parecer de NYPELS, en la especie únicamente podría contemplarse una mera tentativa, si hubiere motivos para ello. Apoyan esta conclusión CRIVELLARI, RIVAROLA y la casación francesa". (MORENO, R. (H), *El Código Penal y sus antecedentes*, V, p. 165). El autor comparte el punto de vista de GONZÁLEZ ROURA, pero aclara que "en todo caso, convendría tener en cuenta las circunstancias particulares".

GÓMEZ participa del criterio por el cual el hecho constituye tentativa si se establece que la pieza *en blanco* debía contener ulteriormente una obligación o descargo. En cambio, MOLINARIO opina que la sustracción o destrucción de un documento *en blanco* constituye un delito consumado (*Apuntes de derecho penal*, recopilados por ALBARRACIN, p. 510).

Sin embargo, ni GÓMEZ, ni MORENO hacen referencia a la posibilidad del encuadramiento de la conducta en el art.168, 1ª parte, sobre lo que se explicita particularmente, como hemos visto, NÚÑEZ,

GÓMEZ se refiere, además, a la hipótesis de un documento *en blanco* suscripto, que le fuera dado a la víctima "para llenar en el acto", como dice el art. 1016 del Cód. Civil, y que es destruido bajo forzamiento del autor. Sobre este punto, opina: "Si quien recibió el papel fue facultado para extender sobre la firma una obligación y el firmante coacciona al que tiene la pieza para que la destruya o se la entregue, cometerá extorsión" (GÓMEZ, *Tratado*, IV, pág. 178, nº 903).

Creemos que el logro de un documento *en blanco,* suscripto bajo constreñimiento, es tentativa de extorsión. Si no se probare particularmente LA intención de obtener un documento de obligación o de crédito, la conducta es tentativa de extorsión (art. 168, pár. 1º). Si ello se probare, la conducta está enmarcada en el art. 168, pero en su 2º, párrafo)[53].

d) El documento nulo.- El documento *no debe ser nulo* y debe ser susceptible de producir algún efecto jurídico. Naturalmente que, en virtud de la regla *quod metus causa*, el documento extorsionado siempre será oponible en su ejercicio (CC, 937, 1045). Pero si la nulidad fuere completa, la extorsión no se dará por cometida; se trata de un caso de *inidoneidad del objeto o carencia de tipo* (los alemanes llaman a esta ausencia: *Mangel am tatbestand*). Para NUÑEZ *(Delitos contra la propiedad,* pág. 271), este caso no hace siquiera ubicación en el *delito imposible* (art. 44, inc. 4º)[54]; ésta es la posición prevalente. En contra, y por la punibilidad de la tentativa imposible, por inidoneidad del objeto, se alinean José Manuel NÚÑEZ (*El delito imposible y el defecto de tipo, LL*, diciembre 22 de 1943) y GAVIER (*Aborto imposible seguido de muerte*, *JA,* nº 2327, marzo 1º de 1945).

De conformidad con Ricardo C. NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA piensa que "El vicio de la voluntad esta ínsito en esta modalidad de extorsión; pretender que el documento así firmado no adoleciera de él, significaría tanto como tornar imposible el delito". Pero la palabra "imposible" puede dar lugar a confusión. MAGGIORE, *Derecho Penal*, V, p. 99), opina, refiriéndose a esta cuestión, que el delito sería "fabuloso". El mismo pensamiento encontramos en ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio,* p. 301.

Naturalmente, si la invalidez que surge de la propia obtención forzada del documento, podría ser opuesta por el malhechor para decir que él no ha cometido delito alguno, porque lo que ha obtenido es un documento inválido, se produciría un injusto círculo vicioso. Es a lo que se refiere MAGGIORE, con

---

[53] "Si no se ha establecido la naturaleza del documento, procede imputar el delito de privación de libertad, y no el de extorsión, a quien encerró al acreedor en una dependencia de la casa, y mediante amenaza lo obligó a suscribir un documento" (CCrimCorrCap, 19/10/49, "Schmid").

[54] "Podría alegarse que el art. 44, inc. 4º, representa en cada caso de inidoneidad del objeto, una figura punible distinta. En este caso se debería reconocerse, sin embargo, que el núcleo de esa figura no sería otra cosa que una voluntad erróneamente delictuosa, la cual, lo mismo que en el delito putativo (creencia errónea de que el hecho es punible), no tiene el poder de fundar la punibilidad. El art. 44, 4ª, no le ha concedido al criterio de la peligrosidad el carácter de una fuente independiente de punibilidad. La punibilidad de la tentativa obedece a la finalidad de extender la protección penal a los actos que, no implicando la consumación de un delito *previsto por la ley,* sólo representan un comienzo de ejecución del mismo. La teoría del delito imposible no se diferencia de la correspondiente a la tentativa, por la consideración de que en el caso concreto desaparece el interés penalmente protegido, sino porque desaparece la peligrosidad objetiva de los actos del autor para ofender ese interés. Lo que el legislador se ha limitado a hacer en el art. 44, 4º, es sustituir el defecto de la *peligrosidad de los actos por el de la peligrosidad del autor,* pero no ha ido más allá" (NÚNEZ, *Delitos contra la propiedad,* p. 272, nota 44).

su palabra "fabuloso" (dirigiéndose al delito cometido en estas circunstancias, o más bien, a la alegación de la imposibilidad de su comisión por estas circunstancias), y también de lo que habla FONTÁN BALESTRA, cuando dice que "ello significaría tonar imposible el delito".

Si el documento es absolutamente nulo, el delito no existirá, como dijimos antes (GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, IV, p. 177; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, parágr. 115, VII, p. 265; NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, V, p.263). Pero el hecho puede constituir el delito de coacción (art. 149 *bis*, 2ª parte). En esto, conforme MAGGIORE (ob. cit., V, p. 99).

e) Documento válido y contradocumento.- Si el documento está invalidado por una cláusula del mismo o de un documento complementario, es inválido absolutamente. En cambio, su invalidez resulta relativa si surge de un *contradocumento.* En estas condiciones, si se ha obtenido la suscripción de un documento (o su *destrucción*) correspondiente a la primera clase, no existirá delito. Si se trata de la segunda clase, el delito será entendido como existente. En esta hipótesis, a pesar de que el documento puede ser vuelto inocuo por un contradocumento, abstracta y potencialmente posee fuerza jurídica.

También puede cometerse la extorsión con documentos de obligación o de crédito, *anulables* o *prescriptos* (ODERIGO, Código Penal Anotado). Son las mismas reglas que se establecen con referencia a "los documentos que produzcan efectos jurídicos", del art. 168, 1ª parte.

Documentos que tiene n por objeto el honor o la honestidad.- Estos, por ejemplo quedan al margen.[55]. Si en un documento se insertó la confesión de un adulterio[56], o la renuncia a un cargo, aquél no es de obligación o de crédito, y queda, por tanto, fuera de la hipótesis del art.168, párrafo segundo[57].

Ya hemos citado el caso del abogado que obtuvo un escrito, por medios coercitivos, por el cual se desistió de una querella (ver, nota 25). Se creyó que había extorsión y eso impidió la excarcelación del abogado, que estuvo largo tiempo preso. Pero después se vio que no existía extorsión, y sí, en cambio, el delito de coacciones[58].

f) Documento de obligación o de crédito.- El objeto material del art. 168, 2da. Parte, es el documento de obligación o de crédito, que es un concepto más estrecho que los "documentos que produzcan efectos jurídicos", del art. 168, primera parte. Se ha señalado que en lugar de "obligación" el artículo debía haber usado la palabra "deuda: O sea, documento de deuda o de crédito", lo que habría sido indudablemente más claro. Dice CARAMUTI: "Cuando se trata de la suscripción, la deuda puede surgir en cabeza de obligado a suscribir o de alguien a quien éste puede válidamente obligar y el crédito

---

[55] SOLER, *Derecho penal argentino,* t. IV, p. 264.

[56] El caso es citado por AGUIRRE OBARRIO, como actualizador de la obra de MOLINARIO: "Un marido, entrando inopinadamente a su casa, se halló con su mujer hablando por teléfono con un amante. Extrajo un revólver y apuntando a su esposa, la intimó a que invitara al amante a llegarse hasta allí. Cuando este llegó, el irascible marido, amenazando a ambos culpables con el arma, les exigió que firmaran un documento donde confesaban el adulterio que habían cometido. Se decidió que semejante hecho no configuraba el delito de extorsión, porque el documento obtenido, con la intimidación de los firmantes, no era un documento que produjese efectos jurídicos. En efecto, no servía como prueba, pues es sabido que en el juicio de divorcio no se admite confesión. Por su contenido tampoco producía efectos jurídicos de carácter patrimonial. Menos aún se trataba de un documento de obligación o de crédito" (*Los delitos,* MOLINARIO, T. II, p. 302). En nota, se aclara: "El pintoresco ejemplo es anterior a la incorporación del delito de coacciones en el Código. Si tomamos en cuenta a éstas, la solución del ejemplo se complica. Probablemente se haya tratado de un caso de ímpetu de ira y justo dolor, de emoción violenta, que por suerte no terminó en la forma consabida. No lo analizaré en detalle, pero me siento inclinado a no encuadrarlo tampoco como coacción.

[57] MOLINARIO, *Apuntes de derecho penal*, p. 510 y 511.

[58] CNCrimCorr, Sala V, 21/12/79, "Colom, Eduardo" *BCNCC,* 1980-V-87.

nacer a favor del extorsionado o de un tercero. Cuando la acción obligada a la victima es destruir, el crédito instrumentado en el documento puede ser a favor del extorsionado o de un tercero y la deuda reposar en cabeza del extorsionador o de un tercero. Si se obliga a suscribir un documento de crédito a favor del extorsionado o a destruir un instrumento que documenta una deuda de éste, no aparece comprometido el bien jurídico "propiedad, sino todo lo contrario, por lo que la acción sería atípica respecto de esta figura, sin perjuicio del eventual encuadre jurídico en la figura de coacción".

Si se obliga a suscribir un *documento que produzca efectos jurídicos,* aún patrimoniales, que no sea "de obligación o de crédito", y a entregarlo, la conducta no encuadra como extorsión documental, y tampoco queda abarcada en el art. 168, 1ª parte, porque éste supone un documento preexistente.

SOLER critica la limitación de la extorsión documental a los documentos de obligación o de crédito, mientras que cuando la ley reprime al que obliga a entregar, admite la extorsión sea cual fuere el efecto jurídico del documento. Está de acuerdo CARAMUTI, que señala que esto deja impunes ciertas conductas que lesionan tanto la libertad como la propiedad, como obligar a suscribir documentos que contengan reconocimientos o imputaciones referidas al honor o la honestidad, los que impliquen renuncia a un cargo o empleo o al ejercicio de determinados derechos patrimoniales, al desistimiento de una acción, proceso o querella.

II. Consecuencias de la Extorsión en casos de Documentos Públicos y Privados

a) La falsedad ideológica,. El documento extorsionado, de obligación o de crédito, puede ser *público* o *privado.*

El sólo hecho de que se lo ha obtenido coactivamente hace que quien ejerce el forzamiento o constreñimiento (intimidación lisa y llana, simulación de autoridad, falsa orden de la misma o violencia) incurre en una falsedad ideológica respecto de todas aquellas declaraciones concernientes a un hecho que el documento debe probar, si de ellas puede resultar perjuicio (art. 293, Cód. Penal). En cuanto a la *destrucción* del documento por extorsión serían concurrentes el art. 168 y el art. 294 del Cód. Penal.

Tanto NÚÑEZ (*Delitos contra la propiedad,* p 292) como FONTÁN BALESTRA (*Tratado*, p. 486) sostuvieron primeramente en relación con el caso de *destrucción* que mediaba un concurso aparente en una relación de especialidad que hacía aplicable exclusivamente el art. 168. Posteriormente, ambos autores modificaron su opinión. NÚÑEZ dice que su opinión anterior era equivocada, pues el tipo de extorsión "no es un tipo especial de falsedad documental. Además, ello lleva al resultado ilógico de aplicar la pena menor cuando el documento es público" (dice esto cuando la pena de la extorsión era menor a la de la falsedad documental pública, *Derecho Penal Argentino*, V, 268, nº 72. Por su parte, FONTÁN BALESTRA menciona las mismas razones (*Tratado*, V, p. 539, 119-III-3, y expresa que con NÚÑEZ adopta la tesis del concurso ideal: "Ya se vio en el texto que decidimos ahora por el concurso ideal. Una nueva razón dogmática lleva a la aplicación, en el caso, de la pena del art. 168; luego de la reforma introducida por la ley 17.567, la pena mayor -reclusión o prisión de dos a ocho años- es la fijada para la extorsión. De tal suerte, los mismos principios de concurso ideal conducen ahora a elegir

la pena amenazada para la extorsión” (las reformas posteriores mantuvieron como pena mayor la de la extorsión).

b) La destrucción del documento público.- SOLER, en cambio, manifiesta que en el caso de destrucción, el art. 294 parece absorber la totalidad del hecho y contiene una pena más grave que la del art. 168 (este argumento desaparecerá con la modificación de la pena en las distintas figuras). Por ello, no ve la aplicabilidad posible del art. 168 en esta hipótesis. “Indudablemente –dice- más grave es obligar a otro a romper una factura que romperla de propia mano, porque en el primer supuesto, además de los bienes lesionados por el segundo, se lesiona la libertad individual, como en toda extorsión (art. 294). Por lo tanto, la disposición del art. 168 no resulta aplicable en los casos de destrucción del documento público, siempre que pueda imputarse la destrucción al interesado a título de acción mediata”. Pero como ya lo señalamos, conviene insistir en que el hecho menos complejo, art. 294, no tiene ahora pena mayor. Todo lo contrario, a la mayor pena que resulta de la modificación por la ley 17.567 –dos a ocho años- han seguido otras, y el delito de extorsión tiene pena de cinco a diez años.

c) La suscripción del documento público.- En cuanto al caso de suscripción del documento público, donde se produce una concurrencia con el art. 293, NÚÑEZ y FONTÁN BALESTRA sostienen que se trata de un concurso ideal o formal (art. 54, Cód. Penal). Para SOLER, el concurso es material (*Derecho Penal Argentino*, IV, p.307).

IV. Documento de Obligación o de Crédito

Conforme al art. 496 del Cód. Civil, el documento puede ser de obligación o de crédito: “*El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer o de dar la cosa, es una deuda”.*

Los documentos que tienen por objeto el honor o la honestidad, por ejemplo, quedan al margen (SOLER, *Derecho Penal Argentino,* IV, p. 264). El caso que cita MOLINARIO, de la confesión de un adulterio (*Apuntes de derecho penal*, ps. 510 y 511) o la renuncia a un cargo (CCrimCorrCap, 6/8/54, *LL*, 76, fallo 35.899) si se hallan inscripto en un documento, este documento no será o de obligación o de crédito, y queda, por tanto, fuera de la hipótesis del art. 168, parte 2º, del Cód. Penal.

En el caso del abogado que pretende un escrito por el cual se desiste de la querella, con amenaza[59], no existe extorsión, y sí, en cambio, coacción.

V. Suscripción y Destrucción: Tentativa Y Consumación

[59] Caso “COLOM”. Colom, un importante ex funcionario del gobierno de Perón, estuvo preso un tiempo por la primera calificación errada, por extorsión. Después se entendió que era el delito de coacción.

En el caso de la *suscripción*, el delito no se consuma con la firma del documento sino con la entrega de él al agente, o por el apoderamiento del documento por este último. Antes de ello, se discute si la tentativa puede estar en la compulsión para que la víctima firme, o con el documento ya firmado, o con la compulsión que hace el agente activo, con el documento ya firmado, para que le sea entregado. Pensamos que cuando el documento está ya firmado, se alcanza el grado de tentativa. Siempre que esa firma resulte de la compulsión, claro está. Lo anterior, la compulsión misma, sin el documento firmado, es un acto preparatorio.

En cuanto a la *destrucción*, se dice que la compulsión que el sujeto realiza sobre la víctima para que destruya el documento, ya es tentativa. NUÑEZ piensa que eso es un acto preparatorio no punible. Pero con esa idea no se encuentra ubicación de la tentativa, porque a esa compulsión sigue el delito consumado.

Estafa y otras Defraudaciones

Por **Pedro Rodriguez**

Art 172: ***"Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño."***

Introducción: El sistema del Código Penal

Cuando hablamos de las estafas y defraudaciones, debe aclararse ya inicialmente que la ubicación sistemática del tema, el título y la distribución de las distintas figuras, han permitido a nuestra fecunda doctrina desentrañar varios conceptos implícitos bajo el sistema de la interpretación legítima.

Es que el Código Penal Argentino en su Título VI del Capítulo IV, agrava diversas figuras delictivas bajo la denominación común de "Estafas y otras defraudaciones", lo que implica toda una definición conforme el legislador, que todos los ilícitos previstos en ese título son defraudaciones y que, dentro de ellas se encuentran las estafas.

Es por ello que la defraudación es el género y la estafa la especie, con lo cual toda estafa es una forma de defraudación y hay defraudaciones que no son estafas.

Encontrarse el título dentro de los delitos contra la propiedad y la expresión defraudación aportan también toda una toma de partido, que fuerza a exigir en todas las figuras el perjuicio patrimonial como principio general.

Ello sin perjuicio de haberse incorporado recientemente, como veremos más adelante, tipos de peligro que no necesariamente implican perjuicio al patrimonio.

Los antecedentes de nuestra codificación provienen del "sistema francés" del Código Napoleón y del español (de las reformas de 1822, 1848 y 1850) que consisten en una enumeración de

las modalidades y medios posibles para la entrega de la cosa, en tanto el “sistema austríaco” (seguido también en Alemania y Suiza) opta por una definición conceptual genérica de la estafa.

Nuestra legislación, en verdad, tomó elementos de ambos criterios, cuando comienza enumerando diversos modos de cometer una estafa (nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, etc…) y por último admite cualquier maniobra defraudatoria que se valiere de “…cualquier otro ardid o engaño”, lo que convierte a la figura en un tipo penal abierto y se ubica en el llamado “sistema intermedio” entre el “sistema francés” y el “sistema austríaco”.

Los códigos modernos, entre ellos el Código español de 1995, el Código Penal Italiano, el de México, Perú, etc., buscan regular la estafa con una fórmula genérica pero con descripciones más precisas que aluden además al error de la víctima y a la consecuencia del acto dispositivo patrimonial.

Los antecedentes del delito de estafa

Así es que estrictamente el delito de estafa no tiene una adecuada definición conceptual sino fundamentalmente casuística en nuestro código penal, por lo que la doctrina tiene que esforzarse para fijar sus límites y presupuestos.

En efecto, cuando el artículo 172 dispone que “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño” ejemplifica y no define con una fórmula conceptual qué configura el fraude.

Ello es porque, como se viera, nuestra norma actual tiene su origen en el antiguo Código Penal Español de 1870, heredero a su vez del *stellionatus* romano, lo que permite buscar respuestas entre las viejas soluciones del derecho ibérico, no en las actuales. Y digo que no en las actuales porque a diferencia de nuestro derecho, el código español se actualizó en 1983 y 1995 y ahora establece con mejor técnica que “cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (art. 248 inc. 1° C. P. E.), a lo que se agregaron las manipulaciones informáticas que permitieran las transferencias no consentidas de activos patrimoniales (art. 248 inciso 2 C. P. E.).

En nuestro Código Penal recién las reformas de las leyes 25.930 en 2004 y 26.388 del 2008, incorporaron a las tarjetas de crédito y débito y las manipulaciones informáticas, con los nuevos incisos 15 y 16 del art. 173, cuando ya décadas de uso de tarjetas y computadoras, habían forzado a la doctrina a elaborar las herramientas necesarias para el jurista, conceptos que lamentablemente el legislador no tomó íntegramente, como luego se verá.

Pero, en definitiva, podemos decir que "Las líneas generales de todo el sistema, la tipificación de las diferentes figuras e incluso la redacción de sus artículos, encuentran su origen directo en la legislación española"[1] de 1870.

Allí, la diversidad de conductas defraudatorias complicaban desde hacía siglos la definición jurídica, al punto que se reconocía que "non podría ome contar en cuantas maneras facen los omes engaños unos a otros" (Ley 7, título 16, página 7).

Ello a pesar de que en el derecho Romano, se distinguían el *crimen furti*, que entre otros delitos abarcaba los atentados contra el patrimonio ajeno cometidos con fraude, el *crimen falsi* caracterizado por las falsedades de moneda o documentales y el citado *estelionatus* en el que incurría quien vendía o permutaba una cosa ya obligada a otro o que entregaba cosas ajenas. Este último era en Roma un delito privado y por ende con penas menores que el crimen, siendo que su denominación, conforme Carrara, era por el *stellio*, un reptil con colores indefinibles que variaban con la luz, de modo análogo a cómo estos delitos delitos fluctuaban entre la falsedad y el hurto[2].

Con estas bases, la doctrina del medioevo fue creando el *falsum* incluyendo casos de fraude patrimonial y diferenciándose del estelionato romano, siendo recién la doctrina alemana en el siglo XIX, la que con Fuerbach y Wächter, diferenció el fraude de la falsedad.

Los Antecedentes Nacionales

Muchos trabajos sobre el tema han hecho una tan completa relación de la historia de la legislación nacional, que sólo amerita aquí hacer la reseña descriptiva e introductoria imprescindible para abordar el tema.

1

2 Donna, Derecho Penal, Parte Especial, tomo II B, Rubinzal, pág. 257.

El Código Tejedor de 1867 y luego el de Villegas-Ugarriza-García de 1881 ya traían un texto similar a nuestro actual art. 172, pero con varios incisos consignando diversas escalas penales de acuerdo al monto de la defraudación.

El sistema del Proyecto Tejedor fue seguido luego por el Código de 1886 en el artículo 202, también con los distintos incisos graduando escalas penales conforme al perjuicio, regulando luego distintas defraudaciones.

Este último sistema fue abandonado con diversas consideraciones por el Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891 que con algunas modificaciones siguió al anterior. Así su artículo 201 decía "El que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o abuso de confianza, o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años".

Los proyectos posteriores, de 1906 y 1917, ya incluían la misma redacción y los mismos artículos que encontramos en nuestro código actual, aunque con algunas escasas diferencias, los que fueron tomados por Rodolfo Moreno con el sólo agregado del inciso 4° al art. 175 (desnaturalización).

Bien Jurídico Protegido

Innegablemente originariamente la estafa es un delito contra la propiedad que se extiende a diversas hipótesis en tanto se castiga el daño patrimonial que ocasiona.

Ello no cambia porque el medio utilizado sea el engaño, porque no habrá ilícito cuando el engaño no genere al menos un riesgo ilícito de afectación del patrimonio. En realidad la estafa no afecta exclusivamente el derecho de propiedad, siendo que "basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer que en realidad la protección legal va mucho más allá…"[3].

En nuestro derecho el concepto de propiedad se identifica con los derechos reales y fundamentalmente con el dominio. En cambio el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona con inclusión de los objetos inmateriales que tuvieren un valor (art. 2312 del Código Civil) y

[3] Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 262.

en este sentido se piensa como objeto de protección en un concepto personal y económico de patrimonio que garantice una completa protección del desarrollo del individuo[4].

En ese sentido la teoría dominante es la mixta jurídica-económica, originada en Alemania, que define al patrimonio como la suma de las relaciones jurídicas de una persona valorables económicamente.

Los distintos tipos penales que trae nuestra legislación establecen una protección más amplia que la mera propiedad, extendiéndose a valores patrimoniales como la posesión, la tenencia y el derecho al crédito, entre otros.

Sin embargo, aún aceptado ello, conforme la doctrina mayoritaria, para establecer si hubo consumación de la estafa, es suficiente con establecer la existencia de una lesión en un elemento concreto del patrimonio, sin necesidad de efectuar un análisis global de la totalidad del patrimonio del sujeto pasivo antes y después del hecho[5].

Para que se entienda y a modo de ejemplo, de no ser así la recomposición automática que un banco pudiera hacer en efectivo, frente a un cargo fraudulento hecho por un tercero con una tarjeta de crédito adulterada, no sería delito para el tercero, ya que antes de concretarse el débito la víctima contaría con el efectivo, generándose una mejora patrimonial inesperada.

Claro que, a diferencia del hurto y el robo, en la estafa el perjuicio patrimonial se alcanza con el engaño que es el medio comisivo empleado, lo que ha autorizado a sostener que los bienes atacados por la estafa son el patrimonio y la buena fe en el tráfico jurídico[6].

Lo peculiar de la estafa entonces es esa protección que brinda al patrimonio contra actos de la misma víctima, que los actúa con error generado por el engaño. Los actos están viciados por vicios en el consentimiento, tanto como en la extorsión con la que se la asimila, a diferencia que aquí, en la estafa el vicio es generado por engaño y en la extorsión por la coacción.

En ese sentido Bacigalupo advierte que*"En la década de los noventa las bases de la dogmática de la estafa cambiaron. La reelaboración del bien jurídico introduciendo la libertad en el mismo trascendió los límites del bien jurídico y determinó una nueva concepción del delito. El punto de partida es la importancia atribuida al patrimonio como objeto de protección común de la estafa y la extorsión (art 243, Cód. Penal) y al hecho de que en ésta, como en el robo, el autor debía actuar*

---

[4] Conf. E. Bacigalupo citado en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 5.

[5] conf. Buompadre en *Código Penal*. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 66.

[6] Antón Oneca, *La estafa y otros engaños* en *Obras*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III. P.72.

mediante violencia o intimidación, es decir amenaza inmediata de violencia, y que, por tanto en estos delitos no se podía negar que la libertad estaba directamente afectada, aunque por distintos medios típicos"[7].

Clasificación de las defraudaciones

Con la sola finalidad de ayudar a la conceptualización de los múltiples casos que abarcan estas figuras y para ayudar a comprender su naturaleza, es muy útil analizar la clasificación clásica, basada en el origen del perjuicio de las defraudaciones, aunque con la aclaración de que ha quedado escueta para la descripción de los distintos modos que la proliferación legislativa ha ido agregando.

Así la clasificación clásica enumera: 1) Las figuras que se ejecutan por medio de un fraude, en las que el autor, provoca con su ardid o engaño, un error en la víctima, lo que la induce a efectuar el desplazamiento desde su patrimonio o desde el de un tercero. 2) Las figuras de abuso de confianza donde el desplazamiento del bien se ha producido "por un acto anterior no vicioso" [8]un negocio jurídico válido preexistente y es en su ejecución donde el sujeto activo incumple con mala fe sus obligaciones (administración fraudulenta). 3) Las defraudaciones donde el autor, aprovechando situaciones que le facilitan la apropiación ejerce anormalmente sus derechos o facultades, como es el caso de las apropiaciones indebidas de los incisos 1 y 2 del art. 175 del Código Penal. 4) En todos los casos anteriores, consecuencia de la conducta ilícita se produce un beneficio o incremento patrimonial propio del agente o de terceros, sin embargo hay otras figuras defraudatorias donde el tipo no requiere ese aprovechamiento sino que se abastecen con la mera afectación al patrimonio del sujeto pasivo, las que se han clasificado como dañosas.

Concepto de Estafa

El título VI del Libro II, "Delitos contra la propiedad", legisla en los arts. 172 y siguientes las distintas modalidades de comisión del delito de estafa.

---

[7] citado en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 29.

[8] Creus, Derecho Penal Parte Especial Tomo I p 463 Astrea.

Así el art. 172 expresa: *"...el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño."*.

Ya vimos que esta técnica legislativa que prefiere una definición casuística en lugar de una formulación conceptual en nuestro código, en cuanto es heredera de la antigua legislación española, pero tanto en esta como en la normativa argentina, se ha sostenido que *"la falta de claridad en los textos legales proviene de que las ideas, en el momento de la codificación, también eran poco claras"* [9] .

El problema de la deficiente definición radica, como bien lo señala Bacigalupo, en que *"En tal estado de cosas existe el peligro de que la praxis tienda en esos casos a satisfacer antes los reclamos emocionales que las exigencias del principio de legalidad"*[10].

Sin embargo y tal como puede verse la última parte del artículo utiliza una fórmula genérica: "…valiéndose de cualquier otro ardid o engaño", que sirve al intérprete en cuanto engloba a las expresiones precedentes, caracterizándolas y delimitándolas, coadyuvando así a desentrañar el concepto legal de estafa.

Evidentemente digo que caracteriza y define a las ejemplificaciones previas (calidad simulada, falsos títulos, etc.) porque las carga de contenido específico, aclarándolas y estableciendo su sentido, de un modo que sólo puede ser también delimititativo de sus respectivos alcances, vg. no sólo cuando el uso de falsos títulos produzcan una disposición patrimonial serán estafa, sino cuando esa utilización lo sea en el marco de un ardid o engaño, que es lo que ha autorizado a la doctrina nacional a elaborar toda la estructura típica.

Esta *"...frase final o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, da a la definición legal un carácter genérico conceptual que relega a un papel ejemplificador las formas de ardid enumeradas en la norma. Es así como el artículo 172 puede quedar reducido a los términos el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño"*[11].

Sin embargo también la fórmula final del artículo extiende el formato casuístico, ampliándolo a casos no especificamente detallados antes, sino que serán además los que ingresen en las expresiones "ardid o engaño".

---

[9] ROMERO, Gladys "Delitos de estafa", Ed. hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p. 89.

[10] citado en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, p. 3.

[11] Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, t° VI p. 35, Abeledo Perrot.

De allí que la estafa consiste en una acción motivadora de la víctima, que ha permitido caracterizarla como un delito de autolesión patrimonial causado por el engaño.

Así Soler, que decía que el problema de la definición de la estafa era por la pluralidad de medios delictivos y que no había delitos indefinibles, tomando la definición de un antiguo fallo de la Cámara 3ª de La Plata [12] decía que *"la estafa consiste en una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido"*[13].

Fontán Balestra utilizaba términos similares *"El concepto de la estafa se estructura, pues, con un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero*[14]*"*.

Por su lado, para Núñez, *"la estafa es la defraudación sufrida por una persona a causa del fraude de que el autor hizo víctima a ella o a un tercero"*[15].

Para Gladys Romero *"Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno"*[16].

En definitiva y como pudo verse, todos los anteriores coinciden en los cuatro elementos básicos del tipo objetivo que de un modo uniforme también la jurisprudencia ha adoptado:

1. Una conducta engañosa, también llamada maquinación o ardid.
2. El error de otra persona, causado por la conducta anterior.
3. Una disposición patrimonial causada por ese error.
4. Un perjuicio económico para el engañado o para un tercero, a resultas de esa disposición patrimonial.

LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

[12] "Varela", 20-9-49.

[13] Soler, Derecho Penal Argentino, t° IV, p. 303 ed. Tea 1983.

[14] Ibídem, p. 35.

[15] Nuñez, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial Tomo V, Ed. Lerner 1978 pág. 285.

[16] Romero, Gladys "Delitos de estafa", Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.39.

El Engaño y el Ardid

Como vimos la definición del tipo legal sólo admite entonces dos modalidades comisivas de la estafa, el ardid y el engaño. En tanto la primera parte del art. 172 del C. P. enlista una serie de ejemplos, cuando finalmente dice "o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño" fija los únicos dos medios.

Ambos se asemejan en cuanto simulan actos o situaciones irreales o directamente inexistentes con aptitud para generar el acto dispositivo, pero se pueden diferenciar bien; el engaño es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas (en la definición de Antón Oneca) y basta para configurarlo, la expresión verbal de una mentira e incluso una omisión, cuando tienen cierta entidad, como luego se verá. En cambio el ardid es una conducta más compleja que implica cierta habilidad para inducir; es un artificio o una maquinación, que generalmente conlleva un despliegue de medios o la actuación de una trama mendaz.

Hay un concepto restringido o limitado del engaño en el delito de estafa que tiene su origen en la legislación francesa del Código Napoleón, que requería más que una falsedad, sino que para que se configurase la estafa exigía la realización de maniobras fraudulentas, artificios o actos que implicaban una puesta en escena una "mise en scene", teoría que tomó Carrara en Italia [17]y Soler en la Argentina, para la que "la reacción penal solo debe actuar ante los fraudes de mayor gravedad o peligrosidad" (Buompadre, J. "Estafas y otras defraudaciones" Lexis p. 44).

Ello lleva a exigir que el engaño sea tal que pueda vencer una prudencia media.

Frente a este punto de vista buena parte de la doctrina nacional se inclinó por una fórmula más amplia y que parece responder mejor a la definición de nuestro tipo legal.

En posición similar se encuentra el denominado criterio objetivo (Conde-Pumpido Ferreiro), según el cual el medio empleado por el autor debe tener apariencia de seriedad y de realidad creíble para la media de las personas, no alcanzan las meras afirmaciones falsas o engañosas sino cuando se materializan en actos objetivos que permitan inducir a error al damnificado.

El problema del concepto restringido y del criterio objetivo, es que no encaja con nuestra definición típica que exige el ardid pero también admite sólo el engaño, y, en consecuencia desprotege engaños que, vertidos o ejecutados eficazmente, a veces en medio de ciertas

[17] Programa de Derecho Criminal, Parte especial, t° 6, vol IV, # 2344.

negociaciones auténticas o por quien por su situación tiene cierto reconocimiento, prestigio o poder, engaños o falsedades que tienen sobrada aptitud para inducir al acto patrimonial de disposición.

Así aparece el concepto denominado amplio o abierto, que es el que adopta el sector ampliamente mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia, conforme el que es suficiente con que el engaño tenga la suficiente aptitud para inducir al error en la víctima, aunque no vaya acompañado de maniobras o maquinaciones (*mise en scéne*).

En definitiva para el denominado criterio amplio o subjetivo, basta con el resultado en tanto será estafa el engaño que haya podido provocar el error de la víctima, en el caso concreto y causar con ese error un acto dispositivo con efectos patrimoniales perjudiciales. Si el engaño tuvo la aptitud suficiente para generar la conducta de la víctima con esos alcances configura una estafa.

La fundamentación mejor es la de Finzi quien sostiene que no se castiga el engaño, sino el injusto de lo económico que ocasiona ese engaño[18].

El problema que tiene la postura amplia llevada al extremo es que cualquier manifestación o expresión falsa que pueda inducir a un "mal negocio" para una de las partes, podría considerarse estafa, llevando a una extensión inaceptable del tipo penal contraria al principio constitucional de mínima intervención.

Así se han acuñado distintas pautas limitativas que impiden que cualquier violación a la verdad que induzca a la realización de actos dispositivos, constituya el delito de estafa. Estas delimitaciones se han elaborado con más precisión al establecer los límites entre la estafa y el hurto, en especial en aquellos casos en que se realizan acciones distractivas de la víctima para desapoderarlo de bienes, como es común con los dueños o dependientes de comercios o supermercados. Aquí, como se explicará más extensamente más adelante, hay consenso general en que la ocultación de mercaderías entre las ropas al pasar las cajas registradoras y aún el cambio de etiquetas, aunque se les agregaran maniobras distractivas, configuran hurtos, no obstante habrá que atender a las peculiaridades de cada caso tal como dice Núñez[19].

También es de examinarse si el engaño afecta la buena fe exigible en el tráfico y las costumbres sociales del ámbito donde se ejecuta, y se sostiene que habrá que analizar si la conducta puede caracterizarse como "engaño fraudulento" según las costumbres sociales en la actividad en que se está desarrollando. Ello se aplica particularmente al considerar el caso de la publicidad

[18] citado en Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 278.

[19] Núñez, Ricardo C. Tratado de Derecho Penal, Parte Especial Tomo V, Ed. Lerner 1978 pág. 304.

exagerada o la "estafa del mendigo" que invoca tener incapacidades inexistentes. En estos casos quien compra el producto o dona la limosna conoce de estos modos y acepta el riesgo, con lo que no se puede sostener que el engaño determinó la disposición patrimonial.

Incluso se aplica con buen resultado aquí, la teoría de la imputación objetiva (González Rus) requiriendo un engaño tal que aumente el peligro implícito en la relación y que no provenga de procedimientos usuales o tolerados en ese tipo de tráfico.

El problema es otro en el caso del silencio donde la doctrina se divide. Para Soler, en tanto era partidario de la teoría restringida, si no va acompañado de una actuación engañosa o no hay un deber jurídico de informar, será atípico. Para el resto de la doctrina nacional el silencio informa a la estafa por omisión sólo cuando hay un deber correlativo de no guardarlo por disposición de la ley o por una convención o hecho precedente del propio agente[20]. En consecuencia para afirmarse la existencia de un engaño por omisión en la estafa, se requiere la posición de garante en la evitación del resultado, propia de los tipos dolosos omisivos de parte del autor. A ello también se le exige otra verificación adicional, que es la de comprobar la equivalencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado, que deberá relevarse en cada caso [21].

En ese sentido la jurisprudencia argentina ha considerado que, en el caso en que la víctima tenga una falsa representación de la verdad frente a la cual el agente haya guardado silencio, la omisión es atípica, salvo en casos en que existiera esa obligación de informar conforme el tipo de negocio o rol del autor, como en el caso de ventas de automotores con dificultades para la transferencia del dominio que no se mencionan (CNCrim. y Corr., Sala I, 22/6/95, "Marchisella, R." LL, 1996- C-309; DJ, 1996-2-144 y CNCrim. y Corr., Sala I, 31/7/89, "Trotta, J." JA, 1990-II-369).

Es por ello que el caso del polizón o pasajero que asciende clandestinamente al medio de transporte, sin ninguna artimaña (como sería simular la pérdida del ticket o entregando uno falso), al no encontrarse a su cargo del deber de informar de su situación, no configura delito y sí, en general, una contravención.

Los mismos principios se aplican a la estafa de hospedaje, ya que la mera ausencia de recursos para abonar el hotel si no han mediado actos o falsedades para fingir solvencia, no debiera constituir el delito de estafa.

---

[20] Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte especial , t. I, 6ª. Ed. Astrea p. 468.

[21] Romero, Gladys "Delitos de estafa", Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.121.

No obstante ello en la jurisprudencia argentina, cuando se trata ya no de hoteles sino de restaurantes y otros lugares donde se sirven alimentos, un ya antiguo plenario de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió que "El petardismo o gorronería –acción de quien pide y consume alimentos o bebidas en una casa de comidas sabiendo que no pagará el precio o con la intención de no pagarlo- constituye el delito de estafa previsto por el art. 172 del Código Penal" (c. 91.677, 3/9/1993).

Por último el engaño debe versar sobre hechos, bien sea deformando o suprimiendo los hechos verdaderos o simulando un hecho falso [22], entendiéndose por hecho todo aquello que se puede percibir, incluyendo sucesos situaciones, relaciones, calidades. Sin embargo la doctrina y jurisprudencia española parecen aceptar también las valoraciones.

Aquí aparece el problema de los negocios jurídicos en los que se promete una prestación futura ya que, como bien se apunta "Lo que está en el futuro, no es como tal un hecho y por lo tanto, ua afirmación sore lo que está situado en el futuro, no constituye una afirmación de un hecho" [23]. Sin embargo el compromiso que se asume sobre algo futuro, como por ejemplo el compromiso a entregar bienes que no se tienen ni se tendrán, suele ser al mismo tiempo y por eso mismo, la afirmación de algo actual, tal como es en ese caso la referencia explícita o implícita a la solvencia o capacidad patrimonial, es decir a cualidades falsas del agente que sabe que no reúne.

Elementos de la Estafa: La Disposición Patrimonial y el Error.

Tenemos entonces que la disposición patrimonial efectuada por la víctima debe ser generadora de un perjuicio concreto, lo que configura uno de los presupuestos fácticos del delito de estafa.

Por su parte este acto de disposición patrimonial debe ser consecuencia necesaria del error en que el damnificado fue inducido por el engaño, ardid o maquinación del agente ejecutados con esa finalidad.

En consecuencia la estafa requiere más de una relación causal en la cual el engaño, ardid o maquinación sean causa del error y a su vez éste produzca un acto de disposición patrimonial

[22] Romero, Gladys "Delitos de estafa", Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.113.

[23] Cfme. Mezger, Derecho Penal citado por Romero, Gladys "Delitos de estafa", Ed. Hammurabi, 2ª. Ed. 2007, p.118.

perjudicial. *"El error provoca el engaño, que a su vez determina la disposición patrimonial perjudicial"* [24].

El error, el tercer elemento del tipo objetivo, conforme la enumeración que veíamos antes, es un requisito autónomo no escrito del tipo penal pero que deriva necesariamente del resto de los elementos del tipo objetivo, al punto que si el acto de disposición patrimonial no ha sido realizado por esta concepción errónea sobre la realidad, a su vez impulsada o inducida por la conducta engañosa del agente, no podría haber estafa.

Conforme Buompadre el error "es el conocimiento falso sobre algo", "es siempre una representación equivocada de la realidad" [25], con lo cual, quien no ha obrado el acto dispositivo patrimonial de la estafa a resultas de esta representación falsa, sino que lo ha actuado por otras razones, por grave que fuera la maquinación ardidosa, no es víctima de una estafa sino de su torpeza.

El acto de disposición patrimonial, el cuarto elemento objetivo del tipo penal, encuentra entonces motivación y fundamento psíquico en esa concepción equivocada de la realidad, con lo cual ambos (error y acto dispositivo) deben estar acreditados y vinculados. Claro que ambos pueden justificarse de diverso modo, porque para lo psíquico podría no haber pruebas directas (en casos de imposibilidad de contar con el testimonio), las que no obstante, conforme las circunstancias del hecho, podrán indicarnos y permitirnos presumir cuál fue la motivación de la víctima o confirmar o no su versión cuando refiere haber obrado engañado.

El Acto de disposición Patrimonial

Tal como se expone, la perfección de la estafa requiere que a resultas del engaño y del error consiguiente del sujeto pasivo, éste practique un acto de disposición patrimonial perjudicial para sí o para un tercero.

El acto de disposición patrimonial ha sido definido como la acción positiva, omisiva o de tolerancia que produce en forma directa e inmediata, una disminución del patrimonio, aunque también en el punto no hay acuerdo total de incluir a la omisión como uno de los modos de disponer patrimonialmente, lo que parte de la doctrina rechaza.

[24] CNFed. Crim. y Correc., Sala I, 8/6/84, LL, t. 1985-A, p. 137 y JA, t. 1985-II, p 26, citado por Sproviero, J. "Delitos de estafas y otras defraudaciones" t. 1 Ed. Ábaco 2ª. Ed. p. 41

[25] En Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 99.

Así es que habrá disposición cuando se hace entrega de una cosa, cuando se la grava o cuando se presta un servicio.

Sin embargo para la doctrina mayoritaria (Núñez) el acto dispositivo no requiere necesariamente que quien dispone cuente con facultades jurídicas para disponer, como es el caso del empleado o mandatario que, engañado, entrega algo que cree que su empleador o mandante debe. A esta postura se la ha llamado "teoría de la situación" y requiere que haya sí una relación cercana objetiva entre el que dispone y la cosa (custodia), pero además se exige concordancia entre el que ha sido engañado y el que realiza el acto dispositivo, ya que si el custodio advirtió el engaño o simuló ser embaucado debe analizarse la codelincuencia en un delito que puede ser distinto (simplemente hurto) [26].

En tanto el perjudicado si puede ser un tercero ajeno al engaño (el patrón o mandante en el supuesto anterior)

El Perjuicio Patrimonial

Como se dijera, el acto dispositivo debe generar un perjuicio para el patrimonio del engañado o de un tercero y éste es un elemento esencial del delito sin el cual no existe la defraudación o la estafa.

Ello es consecuencia de que la estafa es un delito patrimonial, que por ello requiere la comprobación de un daño efectivo y como tal requiere para su consumación que se produzca un perjuicio económico real y verificable.

Sin perjuicio de ello no es imprescindible que el autor resulte en definitiva beneficiado con la defraudación, ni tampoco que la afectación patrimonial del damnificado sea infringida con ánimo de lucro (odio, venganza, beneficencia, etc., son algo inusuales pero compatibles). Incluso hasta por las peculiaridades del negocio o de la cosa podría ser que consumado el ilícito el autor o el tercero sufran una merma en su peculio, no es el incremento del mismo algo que la norma incluya o considere en el tipo objetivo.

[26] Buompadre, J.E. en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 107.

Lo que sí cuenta entonces es la verificación del perjuicio o la disminución del patrimonio ajeno y no el aumento del patrimonio propio ni el de un tercero siquiera en tanto no haya un detrimento de aquel [27].

Conforme se viera al examinar el bien jurídico protegido de la estafa, en nuestro derecho, el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona con inclusión de los objetos inmateriales que tuvieren un valor, siendo de aplicación para establecerlo la teoría mixta jurídica-económica, originada en Alemania, conforme la cual el patrimonio es la suma de las relaciones jurídicas de una persona valorables económicamente, conjunto de bienes o derechos con valor económico, que tienen protección jurídica en tanto no se encuentren en contradicción con los valores de la Constitución y del orden jurídico en general (Donna, p. 329).

Así ingresan dentro del objeto del perjuicio todo tipo de bienes y créditos, derechos reales, personales e intelectuales incluyendo las expectativas o ganancias futuras en tanto ciertas y determinables.

Para efectuar esta determinación de la disminución del valor económico del patrimonio de la víctima debe compararse la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición

Ello no se afecta por la reparación posterior del perjuicio, tal como en el hurto o el robo, como podría ser al restituirse el bien o con una contraprestación o reparación completa, aunque fuere en breve lapso, ya que en principio el delito ha quedado consumado. Sí, en cambio, incide en casos en que fuere inmediata la restitución del mismo bien sin haberse afectado en nada el patrimonio, porque el delito requiere un perjuicio con lo que se deben aplicar las normas del desistimiento (art. 43 del Código Penal)

El problema se genera con las situaciones en que el damnificado efectúa una disposición patrimonial determinado por un engaño pero en realidad esta no le genera un perjuicio económico, como por ejemplo quien adquiere una obra de arte o una joya falsificada por el mismo precio que tienen esas copias en el mercado. Esto también es común en muchas ventas de productos a través de anuncios que disimulan las verdaderas características de las mercaderías que se ofrecen.

Estas prácticas superan en muchos casos los principios de lealtad comercial o la buena fe en los negocios.

---

[27] Donna, E., Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Parte Especial, tomo II-B pág. 328-9; Buompadre, J.E. en “Estafas y otras defraudaciones” Lexis Nexis 2005, p. 73 y en Código Penal. Baigún-Zaffaroni y otros, Hammurabi, T° 7, pág. 109.

Es que no obstante la paridad de valores, igualmente el adquirente está afectado porque de no creer que era un original o de conocer las características reales no hubiera hecho la erogación.

Así, de aplicarse aquí el criterio pecuniario o puramente económico de patrimonio no habría estafa porque cuantitativamente no se vio reducido.

Ello pone de resalto las ventajas del criterio mixto llamado económico-jurídico, visto anteriormente, que contempla ambos aspectos, no sólo el puramente patrimonial sino el punto de vista sujetivo de quien recibe engañosamente un bien diferente a sus expectativas, y que por ello no tiene interés en el mismo.

Es que la erogación realizada en ese momento de la adquisición o del negocio jurídico, en estos casos afecta la disponibilidad patrimonial de la víctima que utiliza sus recursos en algo que, en realidad no le interesa y del cual luego deberá desprenderse en consecuencia y con gran dificultad, fundamentalmente por la falta de interés que productos así generan cuando su falsedad o precariedad están a la vista.

Incluso a ello se agrega también la pérdida de expectativas o ganancias futuras que producen negocios de este tipo, cuando independientemente del valor equivalente, el destino de lo adquirido es una parte o pieza de algo que ha de venderse o de un conjunto de mercaderías o de piezas a exponerse en comercios de prestigio.

La Estafa en Los Negocios Ilícitos

No pocas veces se allegan a estrados judiciales maniobras estafatorias efectuadas en el curso de negociaciones ilícitas, alguna jurisprudencia y doctrina les resta todo derecho con base en ser contrarias a la "moral y buenas costumbres" [28]. En realidad aquí falta el perjuicio reconocible por el derecho como un todo, en tanto no le reconoce validez al negocio que viola sus mismas normas. Lo que hay es ausencia de perjuicio, el perjuicio es inválido, no puede reconocerse judicialmente: "nemo auditur quem propiam turpitudinem alegams". El estado le ha quitado su protección.

El problema no menor que este concepto origina es que pareciera permitir al delincuente delinquir contra el que sabe en falta, generando una grave cuestión de política criminal, una suerte de área liberada.

[28] Sproviero, J. op cit. p. 51.

l Tipo Subjetivo en la Estafa

En cuanto al tipo subjetivo no hay dudas que el tipo penal en la estafa es doloso desde que requiere la conciencia del ardid o el engaño.

Es que es frecuente que, en un negocio jurídico, una de las partes actúe en base a una información errónea o incompleta y así resulte perjudicado y que ello se deba a datos insuficientes o equivocados que le fueran proporcionados por la otra parte, pero las más de las veces esto no les imputable más que culposamente, eliminando la tipicidad de la conducta.

Por el contrario en la estafa el ardid o engaño en tanto encaminados a producir el acto dispositivo patrimonial perjudicial del otro, habla a las claras de la voluntad de realización propia del dolo directo.

Incluso, aquí en nuestro derecho aunque la ley no lo requiera en forma taxativa en todos los casos, la defraudación implica la obtención del beneficio patrimonial, de manera tal que al conocimiento de la disposición patrimonial perjudicial debe adunarse que con ésta se obtenga una ventaja patrimonial para sí o un tercero.

El beneficio patrimonial, y esto ya lo dijimos precedentemente, no significa únicamente de tipo económico ya que podría tratarse de objetos que, en poder del autor, no signifiquen necesariamente algún incremento monetario o incluso podrían ocasionarle un detrimento, pero sí es menester que le otorgue algún otro tipo de ventaja.

Es por ello mismo que lógicamente queda descartado el dolo eventual, ya que en este tipo de conductas sólo es concebible la acción consciente tendiente a producir el engaño en el otro con esa finalidad de afectación patrimonial que es propia.

En el dolo eventual la conducta se encamina a otro objeto y tiene como posible el engaño pero no se encamina a él.

Entonces es de verse que ciertamente incriminar a la estafa bajo la estructura del dolo eventual, dejaría bajo la órbita punitiva una infinidad de transacciones en las que una de las partes no fue informada completa o adecuadamente, o en que la otra parte sin intención admitió esa posibilidad. Las consecuencias serían desastrosas comercialmente más en la creciente complejización de los contratos, sembrando incertidumbre (Donna, Edgardo, Parte Especial Tomo II-B, pág. 339 citando a Valle Muñiz)

Tentativa

En tanto la estafa es un delito contra la propiedad, se consuma únicamente cuando se produce el perjuicio patrimonial de la víctima, siendo indiferente que se genere el beneficio económico del autor o del tercero al que se encaminó la maniobra.

Por ello es que se ubica dentro de los delitos de resultado, lejos de los delitos de peligro o de pura actividad, porque no alcanza con la conducta engañosa o ardidosa para tener por consumado el delito.

Si en cambio la tentativa con visos de idoneidad

Serán actos preparatorios no punibles la disposición de los medios necesarios (humanos o materiales) para la perpetración del ardid o engaño cuando estos no impliquen dar comienzo a los actos ejecutivos que ya alcancen sí a poner en riesgo el patrimonio de la víctima, estos en tanto no constituyan un delito independiente como es el caso de las falsedades instrumentales.

Un límite infranqueable serán las conductas que aún, cuando tuvieren por fin último el engaño, constituyeran negociaciones lícitas o precontractuales, propias de los usos y costumbres comerciales.

En consecuencia habrá tentativa de estafa cuando se haya comenzado a ejecutar una conducta engañosa idónea o se comenzaran a desplegar los artilugios del ardid y se viera frustrado el perjuicio patrimonial por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Casos especiales de Defraudación

Por **Pedro Rodriguez**

Art. 173: ***"Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:***

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;

2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;

3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;

4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;

5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;

6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;

7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;

8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;

9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;

10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;

11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrado de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)".-

LOS TIPOS ESPECIALES DE ESTAFA

El Código Penal en su art. 173 combina tipos especiales de estafa (incisos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 12° y 13°), juntamente con los denominados abusos de confianza (de los incisos 2°, 7°, 11° y 14°), finalmente las leyes Nos. 25.930 y 26.388 agregaron las defraudaciones con tarjetas de compra, crédito o débito y las defraudaciones con medios informáticos respectivamente.

Todas requieren tal como se viera en el caso de la estafa del art. 172 el engaño, el error de la víctima, la disposición patrimonial y el perjuicio económico de la víctima.

La aclaración inicial del art. 173 nos remite a ello cuando dice que “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: …”.

DEFRAUDACIÓN EN LA SUBSTANCIA, CALIDAD O CANTIDAD DE COSAS.

El art. 173 del Código Penal es su inciso 1° tipifica al “…que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio

En primer lugar la norma implica la existencia de un contrato o de un título obligatorio que implique la entrega de cosas, en el curso del cual el autor defrauda mediante engaño, maquinación o ardid específicamente en la substancia, calidad o cantidad de las cosas perjudicando así a la otra parte.

El contrato más común en este delito es la compraventa, pero puede tratarse de un mutuo o de cualquier otro acto jurídico bilateral con prestaciones recíprocas, no así los de título gratuito como las donaciones, en tanto no hay perjuicio.

Alli el agente despliega un ardid engañando a la otra parte respecto de la substancia de la cosa, es decir su naturaleza o esencia (ej entregando un anillo de metal dorado por uno de oro), respecto de su calidad (caso de la leche en polvo provista para un programa estatal para lactantes que resultó ser común o del combustible para automotores adulterado), o respecto de su cantidad referida esta al número de objetos acordado, su peso o medida, sólo en tanto medie engaño o ardid al respecto.

En ese mismo sentido, no es típica la falta de entrega de lo pactado en tanto implica un incumplimiento de contrato reclamable en sede judicial, sino el engaño que haya llevado a error al acreedor en cuanto a las calidades o cantidades de cosas entregadas.

La consumación en este caso es al momento de la entrega de la cosa, el delito admite tentativa.

Se trata de una figura dolosa que exige dolo directo, una conducta desaprensiva en la entrega de cosas que conforme las circunstancias fueran de difícil control, no alcanza a conformar el tipo subjetivo.

LA RETENCIÓN INDEBIDA

Aquí el art. 173 inciso 2° del Código Penal, reprime al que "con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver."

La defraudación por retención indebida es un tipo especial de defraudación por abuso de confianza. Exige como presupuesto del delito la existencia de una relación jurídica entre el dueño o tenedor legítimo de la cosa y el que ejerce la retención, en tanto la acción típica se configura tanto por negarse a restituir la cosa como por no restituirla a su debido tiempo, esto es vencidos los términos legales o acordados.

La negativa a restituir la cosa implica una exteriorización de la voluntad de forma explícita, expresada en palabras o a través de conductas que la simbolicen.

Se diferencia de la falta de restitución en tiempo oportuno en esto mismo, aquí también la obligación de devolver existe, sólo que no se cumple. En tal caso, si el tiempo de devolución no fue establecido contractualmente o no surge de la ley o de las circunstancias, requiere intimación fehaciente de parte del propietario o tenedor legítimo o su representante legal.

En consecuencia se trata de un tipo omisivo donde basta que el autor se niegue expresamente a restituir o no restituya en tiempo debido la cosa, sin perjuicio de ello, alguna parte de la doctrina enrolada en la denominada "teoría de la apropiación", señala que el delito consiste en la apropiación de la cosa, en la conservación o disposición de la cosa como si fuese propia, cuando se comporta como el mismo dueño, lo que va más allá de lo que literalmente el tipo legal establece.

En realidad la figura no protege sólo la propiedad, el dominio, de la víctima sobre la cosa sino también la tenencia.

Si no fuera así el que retiene algo ajeno para exigir el cumplimiento de una obligación, fuera de los casos legalmente autorizados (vg. Arts. 1558 y 2218 del C. C,), no cometería delito alguno.

Excepcionalmente en ciertos casos la retención es el ejercicio de un derecho consagrado por el art. Art. 3.939 del Código Civil, que señala que “El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”.

Esta norma se “concreta” en el caso del contrato de depósito en el que el art. 2218 del Código Civil autoriza al depositario a retener la cosa depositada, hasta el pago de lo que se le deba por el depósito, pero con la aclaración que ello no incluye la remuneración que se le hubiere ofrecido ni la reparación de los perjuicios que la cosa le hubiese causado. También en la locación donde conforme el art. 1558 del C. C. el locador para asegurarse el “pago del precio, puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que se halle amueblada, guarnecida o provista, y pertenezcan al locatario…”.

Claro que en estos casos no está autorizado a venderlos o subastarlos, sólo puede ejercer la retención para asegurarse el cumplimiento de las obligaciones del deudor y hasta los límites de esas obligaciones.

Esto salvo en el caso del contrato de depósito irregular (art. 2189 del C. C.) de dinero o cosas consumibles sin caja cerrada o en los que el depositante autorizara al uso, en cuyo caso la cosa depositada pasa al dominio del depositario (art. 2191 del C. C.) por lo que se opera un modo de adquisición del dominio.

ESTAFA MEDIANTE SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTO

El Art. 173 inc. 3° del Código Penal establece “El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento”

El tipo objetivo, la acción típica:

La estructura de este delito, al igual que otras defraudaciones, contiene la descripción del medio comisivo que es la suscripción con engaño de algún documento para luego cometer con él una defraudación en su contra o de un tercero, posibilitando de ese modo la disposición patrimonial perjudicial.

En tal sentido se ha dicho que "el tipo rquiere una conducta engañosa que induce a otra persona a suscribir (firmar) un documento, de lo cual deriva un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo (Buompadre, Jorge en Código Penal…Baigún y otros tomo VII, pág 209).

En definitiva el delito se prepara con el requerimiento engañoso de la firma en el documento de parte de la víctima para luego utilizarlo en forma defraudatoria, como por ejemplo quien hace suscribir una constancia de entrega de mercaderías que en realidad no fueron entregadas para luego exigir el cobro de la suma al comerciante que no recuerda que, en realidad no las recibió, o cuando aprovechando una distracción o el apuro del damnificado se le hace firmar un pagaré o un recibo de dinero que no le fue dado.

La firma que hace el damnificado es voluntaria, siendo que es engañado en cuanto a las características del instrumento.

Son irrelevantes las cláusulas declarativas que pueda contener el documento, y que suelen existir, en el sentido de que el firmante está en el pleno conocimiento de su contenido y que lo suscribe voluntariamente, si las pruebas revelan que se le mintió sobre la finalidad a la que estaba destinado el instrumento.

Es esencial determinar el momento consumativo, que, más allá de la redacción de la norma que pareciera que el núcleo típico es el hacer suscribir, indudablemente se perfecciona con la transferencia o disposición patrimonial perjudicial, con lo cual la sola suscripción previa del documento consistirá en un acto preparatorio propio de la tentativa salvo el caso de los actos jurídicos en los que con la firma se produce la disposición patrimonial. Ello conforme es la doctrina uniforme en nuestro país.

El delito indudablemente es doloso y aquí el dolo directo del autor se extiende al acto preparatorio de la firma, a diferencia del caso del abuso de firma en blanco donde bien puede el agente haber actuado con un mandato lícito de quien le confía el documento firmado, que luego desvirtúa en su perjuicio.

Concurso con otros delitos: Este delito, aún cuando no se haya consumado la defraudación implica un concurso ideal con la falsedad de instrumento público o privado según el caso, ya que lo que hace el autor al hacer firmar a la víctima (o a un tercero) es hacer "en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio" (art. 292 C. P.).

ESTAFA POR ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

El Art. 173 inc. 4° del Código Penal establece: "El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero".

Esta figura penal al igual que la anterior requiere la existencia de un acto previo como es la suscripción de un documento en blanco por parte de la víctima, pero a diferencia del caso del inciso 3° del Art. 173 del Cód. Pen., el autor puede o no haber tenido una finalidad estafatoria al requerir u obtener la firma en blanco, la que es voluntaria y pudo ser legítimamente habida, ya que lo que constituye delito es torcer el objeto para el cual le fue confiada realizando un acto dispositivo patrimonial que le perjudica.

Es que el delincuente burla la confianza que se le ha depositado perjudicando al firmante, confianza que menciona el art. 1016 del Código Civil cuando autoriza que "La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma".

Aunque la doctrina no es pacífica sobre si es un caso de estafa (Núñez, Creus, Buompadre) o si se trata de una defraudación por abuso de confianza, entiendo que es esta última la modalidad preponderante, ya que la firma en blanco que contiene el documento implica aquí una autorización o un mandato para que el tenedor del documento complete su contenido o lo utilice conforme un mandato o un acuerdo establecido, mandato o acuerdo que luego viola o transgrede el autor en perjuicio del firmante, redactando un texto diferente.

Entonces el elemento objetivo es la defraudación que se comete contra el que confió su firma o el documento así firmado.

Así parece decirlo el texto legal del propio art. 173 inc. 4°, cuando define al ilícito como el abuso de la firma en blanco. Ello equivale a sostener que la firma en blanco es legítima y constituye un acto voluntario y lícito, ello conforme al art. 1016 del Código Civil, la escritura posterior de un texto contrario en el documento, es lo que burla la confianza de la víctima y configura el delito.

No es necesariamente el caso de inducir en un error al firmante en blanco de un modo previo al llenado abusivo del documento, la decisión delictiva puede ser posterior, porque lo que cuenta es que se abuse de la confianza inicialmente depositada, no que la firma en blanco fuera requerida bajo engaño.

Es que "…lo que castiga el inc. 4° del art.173, C.P. no es el llenado del documento en blanco sino el abuso mismo en que el acreedor incurre al hacerlo" C.N.Crim. y Correc. Sala IV. F, A L 28/02/05 c. 25.851).

En ese sentido se resolvió que incurre en esta figura el administrador de una estación de servicio que guardó un pagaré firmado por uno de los dueños, que legítimamente le fuera entregado entre muchos otros para obtener financiamiento de eventuales prestamistas y lo llenó tiempo después con una importante suma haciéndolo ejecutar judicialmente por un tercero codelincuente (TOC n° 7 CF causa 798 15-5-2000 "Lorasque y Dávalos").

Contrariamente, si el autor no ha obtenido lícitamente la firma o el documento firmado, por ser consecuencia de violencia, engaño o coacción o por robo o hurto y luego lo utiliza para defraudar, comete el delito de estafa del art. 172 del C. P. (Camara Nacional Criminal y Correccional Sala IV, 18-9-84 1984-3-302 y Sala VII 28-6-1990 JA 1994-II-síntesis).

Esta figura admite la tentativa sólo a partir del llenado abusivo del documento, como cuando se consigna en el cheque una suma superior y no puede hacerse efectivo el cobro por cualquier circunstancia (vg. por insuficiencia de fondos C. Nac. Crim y Corr., sala VI, 23-10-1981 "Poo, E. D.")

Concurso con otros delitos.

Cuando con el posterior llenado de un cheque firmado y en blanco el agente practica una extracción bancaria, aunque luego se negare a restituir el dinero, es esta figura del art. 173 inc. 4° la que debe aplicarse por cuanto es la figura especial. Ello ya que la disposición patrimonial se obtiene mediante el acto abusivo de la utilización del documento firmado en blanco, con lo que debe diferenciarse de la defraudación por retención indebida en el caso. En contra y sosteniendo que hay dos delitos independientes C. Nac. Crim y Corr., sala III, 25-9-1979 en "Giocondo, Norma B."

Aquí también del mismo modo que en el caso de la estafa por suscripción de documento, puede darse concurso ideal con la falsedad de instrumento público o privado si con la firma en blanco se confecciona un documento nuevo, ya que al usar la firma en un documento con otro contenido diverso a la voluntad del otorgante se hace "en todo o en parte un documento falso … de modo que pueda resultar perjuicio" (art. 292 C. P.).

EL HURTO IMPROPIO

El art. 175 inc. 5° del Código Penal reprime a "El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero".
Esta norma proviene del proyecto Tejedor que la tomó del Código Español de 1848, que incriminaba al que siendo propietario de la cosa la había cedido para su uso o tenencia y la sustraía a su legítimo poseedor.

La acción punible no protege en forma directa a la propiedad, sino a la tenencia legítima, en tanto la cosa que se sustrae es de propiedad del mismo individuo que se apodera de ella.

No es estrictamente una estafa ya que puede no mediar ningún engaño en la sustracción ni tampoco podría ser un hurto cuando el autor es el dueño, por lo que se la ha caracterizado como "una especie de defraudación" (Buompadre op. cit.), porque implica una "frustración de los derechos originados en una tenencia acordada" (Creus) tanto que también se la ha denominado "defraudación por sustracción". Esta definición favorece la distinción del hurto .

La figura tiene los siguientes requisitos objetivos:

a) Se aplica a la sustracción de cosas muebles.
b) El autor sólo puede ser el propietario de las mismas (sujeto activo).
c) Los bienes deben estar bajo la tenencia legítima (vg. locación, comodato, depósito judicial de un bien embargado, derecho de retención, etc.) de un tercero.
d) Debe configurarse un perjuicio patrimonial para el tenedor o un tercero a resultas de la sustracción.

La acción típica implica que "en la dinámica objetiva de este delito, el sujeto pasivo no entrega voluntariamente la cosa que tiene en su poder sino que le es tomada (sustraída) por el autor, sin

violencia ni engaño, sino furtivamente, esto es sin su anuencia o consentimiento" (Buompadre, Jorge en Código Penal…Baigún, Zaffaroni y otros tomo VII, pág 219).

Sin embargo, la utilización de un engaño para llevar a cabo la sustracción que es corriente en este delito (como quien invoca contar con orden judicial o autorización del tenedor para retirar el bien) no afecta a la tipicidad en tanto también es un modo de sustraer.

Concurso con otras figuras: En el caso de "recuperar" ilícitamente el dueño el bien que le fue embargado judicialmente, si media connivencia con el depositario, a este último le sería aplicable la figura del depositario infiel (art. 263 del Código Penal) siendo el propietario partícipe ya que no implica sustracción.

Si mediaren amenazas para la ejecución de la sustracción contra el tenedor legítimo de la cosa, se produce un concurso ideal (art. 54 del Código Penal) entre el delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, apartado 2° del Código Penal) y el hurto impropio, por la relación de medio a fin, aunque una solución distinta resolviéndose por el concurso real se aplicó por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, el 3-2-86 en "Rebisso".

Quien desapodera al copropietario o condómino con el que tiene parte de la cosa comete hurto o robo según el caso conforme las previsiones del art. 162 o 164 del C. P. y en tanto esta norma se aplica a situaciones de tenencia legítima.

LA ESTAFA MEDIANTE CONTRATO O RECIBO FALSOS

El art. 173 inciso 6° del Código Penal reprime al que "otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos".

La acción típica consiste en la utilización de contratos o recibos simulados o falsos, pergueñados entre dos personas (que pueden ser autores o codelincuentes necesarios de la estafa) para perjudicar a un tercero. En ambos casos del contrato fingido o del recibo falso, estos actos configuran un medio ardidoso para llevar a la víctima a suponer solvencia, derechos sobre el bien propiedad de la víctima o un crédito inexistente para así producir un desplazamiento patrimonial del damnificado.

En este sentido el acto tiene que estar destinado a defraudar al damnificado, a hacerle incurrir en un error o convicción de tal magnitud que le determine a realizar el acto dispositivo patrimonial. En ese

terreno, no cualquier simulación o falsedad puede tener esa relevancia y en todo caso deberá demostrarse la colusión entre sus otorgantes con esa particular finalidad.

Es por ello que el delito se consuma recién con la producción de este perjuicio, siendo la simulación o falsificación, cuando tiene dicha finalidad, un acto propio de la tentativa.

Hablamos de finalidad porque se trata, evidentemente de un delito que sólo admite el dolo directo del delincuente y del partícipe, por lo que no alcanza la comprensión de la falta de autenticidad del acto, sino que exige el conocimiento de que implicará un perjuicio a un tercero.

Se ha señalado (Buompadre op cit pág 223) que el traspaso simulado de bienes para sustraerlos de la acción de acreedores no constituye este delito, lo que sí podría constituir, en su caso, insolvencia o quiebra fraudulenta (art. 176 inciso 1° del C. P.), ya que se entiende que aquí la víctima debe tener algún derecho en particular sobre el bien que se finge transmitir y no únicamente a su integración al patrimonio del deudor en función de garantía para su eventual ejecución.

En este sentido se ha resuelto que no incurre en este delito "el procesado que simulara una deuda hipotecaria para no pagar la contraída con el querellante" (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VII, 18-5-90 en "Speiser c. Batalla López LL, 1991-D-137).

Concurso de delitos: Si bien la descripción del tipo penal menciona el acto mismo del otorgamiento lo que puede llevar a suponer que el acto mismo de la falsificación y la defraudación que se produce con la misma se encuentran subsumidas, no obstante habrá un concurso ideal (art. 54 del C. P.) entre ambas ilicitudes en todos los casos en que no hubiere una afectación independiente del bien jurídico protegido por el título XII del C. P., la fe pública.

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

El art. 173 inc. 7° del Código Penal establece que se considerará un caso especial de defraudación y sufrirá la pena del art. 172 "El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;"

Elementos del tipo objetivo:

Es un tipo de estafa que, al igual que la retención indebida o el abuso de firma en blanco, se comete mediante abuso de confianza. Aquí el autor, encontrándose a cargo de la administración o majeno de bienes o intereses pecuniarios ajenos, defrauda la confianza depositada en él con perjuicio del mandante.

Administrar viene de las voces latinas *ad*: a y *ministrare*: servir, que revela que la noción de administración se vincula con el servir a otro, quien a su vez confía la administración o manejo de sus bienes total o parcialmente.

El sujeto activo únicamente puede ser quien tiene a su cargo la administración, el manejo o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, las que se adquieren únicamente en virtud de una disposición legal (la patria potestad, la curatela, el albacea testamentario, etc.), de un acto de la autoridad (por designación o nombramiento de cualquiera de los poderes del estado) o por un acto jurídico (contrato de trabajo, mandato, poder, comisionistas, locación de servicios, nombramiento de asambleas societarias o consorcios, etc.), es decir que únicamente pueden ser autores quienes en razón de algunas de esas situaciones se encuentren en un rol de garante respecto de los bienes o intereses afectados.

Como la administración implica un contrato complejo con múltiples obligaciones, la ley ha previsto también "el manejo", para el caso de facultades simples concedidas por la ley, la autoridad o la misma víctima, para la realización de un negocio determinado con bienes o intereses pecuniarios ajenos.

Las conductas típicas: Esta figura describe dos modalidades de conductas equivalentes diversas que son perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular.

Aquí se distingue el "tipo de abuso" del denominado "tipo de infidelidad".

En el tipo de abuso se perjudica los intereses confiados, el que excediéndose en el ejercicio de su función o cargo, realiza un acto o negocio jurídico contrario a los mismos y con el que provoca una disminución patrimonial, pero también cuando sin disminución del patrimonio le hace perder al titular, en beneficio propio o de un tercero, una ganancia legalmente esperable.

Aquí el autor del abuso que actúa en representación de otro en un negocio o acto jurídico de contenido patrimonial, como puede ser una venta, cesión de derechos, transferencia, locación, etc., violando los deberes inherentes a su función y obligando abusivamente al titular, obtiene un provecho en favor de sí mismo o de un tercero.

Así incurre en administración fraudulenta el que vendiendo o alquilando algo del titular establece un precio vil, o inversamente paga un precio muy alto en una compra o locación o abona honorarios excesivos frente a trabajos que no los valen o a labores o asesoramientos inexistentes, o incluso a una misma reparación o reforma la abona doblemente.

Es también el caso de la cajera del supermercado que, en connivencia con el cliente no "escanea" algunas mercaderías de modo que no se incluyan en el ticket de compra, en cuyo caso el cliente es coautor del delito (Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 C.A.B.A, causa 1040 marzo 2001 "Ledesma y Cari).

El tipo de infidelidad no requiere que el autor tenga un poder o mandato para ejercer la representación de otro a quien perjudica, sino que basta con que mantenga con éste una relación en la que asume el cuidado de los bienes o intereses ajenos y ejecuta sobre los mismos, una acción que los perjudica, beneficiándose a sí mismo o a tercero.

El medio comisivo en todos los casos lo constituye la violación de los deberes de fidelidad propios de las obligaciones asumidas.

El consentimiento: Mayoritariamente se entiende que el consentimiento del sujeto pasivo constituye una causa excluyente de la tipicidad (por tornar irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico) o como causa de justificación (Buompadre, Jorge en Código Penal…Baigún y otros tomo VII, pág 236), lo que no ofrece dificultades tratándose de personas de existencia física, más este consentimiento, cuando se trata de personas jurídicas no puede inferirse de expresiones o actos permisivos de directivos de la misma, ya que estos son representantes y en tal caso serían partícipes de defraudación.

El dolo: La finalidad del obrar del autor debe ser la de "procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño", de producirse una afectación patrimonial a raíz de uno o más actos administrativos sin alguna de dichas finalidades (vg por torpeza o negligencia) no hay delito, ello ya que este tipo de estafa se abastece exclusivamente con el dolo directo del agente, el que resulta ser absolutamente incompatible con uno o varios actos de administración deficiente o negligente, aunque alguien haya podido beneficiarse con esta.

El perjuicio. La figura requiere que la conducta provoque un perjuicio sobre los intereses confiados, este perjuicio debe ser un daño real y efectivo y de contenido patrimonial, "cualquiera fuera

el monto que en definitiva surja como perjuicio" (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VI 8-10-2002 "Verguizas).

Así también lo tiene resuelto el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires "…de todos modos el elemento del art. 173 inc. 7º del C.P. consistente en perjudicar los intereses confiados se abastece con la sola existencia de perjuicio, debiendo en todo caso computarse su magnitud a la hora de relevar la cuantía del injusto…" (Sala II, causa 8240, RSD 613-6, 3-10-2006).

No obstante ello deberá analizarse la aplicación del principio de insignificancia en los casos en que la acción delictiva no haya sido suficientemente lesiva del bien jurídico protegido.

Aquí, no basta con un riesgo potencial, siendo que en ese caso deberá analizarse la posibilidad de la aplicación de la tentativa, cuando ello deviene de una frustración por causas ajenas (art. 42 del C. P.).

De un modo general no hay mayor dificultad para establecer estas finalidades dolosas en el caso del beneficio operado a favor de sí mismo o de un tercero, cuando hay transferencias patrimoniales con diferencias claramente apreciables o generación de deudas excesivas o sin justificación, pero sí pasa a ser controversial la comprobación del ilícito en los casos en que únicamente se percibe la afectación o daño en los bienes o intereses administrados, sin la constatación de beneficios propios o de terceras personas.

Tentativa: El delito se consuma con el perjuicio causado al patrimonio del damnificado a consecuencia del acto infiel o abusivo sin necesidad que éste produzca un enriquecimiento del autor o del tercero beneficiario del mismo.

Concurso de delitos: cada acto infiel de la administración no es una reiteración ya que la figura apunta a la gestión global del agente (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V, 14-4-2003 en "Maya" y 9-11-2000 en "Banco de Galicia y otros"). Ello salvo que se trate de distintos actos separados en el tiempo que " no responden a una unidad de hecho predeterminada, sino a una reiteración de conductas consistentes en abusos de confianza en desmedro de un mismo bien jurídico y en perjuicio de los intereses administrados….lo que de por sí impide interpretar que entre dichos sucesos pudiera haber unidad de dolo y por lo tanto que constituyan partes de un mismo hecho delictivo" (Juzg. Fed. N° 7 S 13 dic 2000).

Competencia: Esta se fija por el lugar del acto de administración fraudulenta o en su defecto, a ignorancia de éste o cuando se trata de una pluralidad de conductas desplegadas en diversas

jurisdicciones, el lugar de la sede de la administración o del domicilio del damnificado. Cuando se trata de una rendición de cuentas falsa o incompleta es el lugar donde debe ser presentada el que regula la competencia territorial.

ESTAFA POR SUSTITUCIÓN, OCULTACIÓN O MUTILACIÓN DE DOCUMENTOS

El art. 173 del Código Penal dispone: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:…8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante".

La acción típica de este delito consiste en consiste en defraudar mediante la sustitución ocultamiento o mutilación de documentación.

En consecuencia son exigibles el resto de los elementos del tipo objetivo de la estafa, tales como el ardid engaño que en este caso lo constituye la sustitución, ocultamiento o mutilación documental y el acto dispositivo patrimonial perjudicial que es su consecuencia.

Sustituye quien reemplaza o cambia el documento por otro con diverso contenido para hacer caer en error a la víctima sobre una determinada situación, relación o condición jurídica o económica capaz de producir la disposición patrimonial.

En esta sustitución el documento que reemplaza puede ser o no falso. También puede tratarse de una sustitución parcial de parte del documento, como quien cambia una o más hojas de un contrato o expediente administrativo.

Oculta procesos, expedientes o documentos quien los sustrae del ámbito donde normalmente deben encontrarse, bien sea escondiéndolos pero también colocándolos en lugares inusuales para que el damnificado no tome conocimiento de sus implicancias o de sus derechos al respecto.

Ocultar es "esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista" (Diccionario R. A. E).

Así se ha establecido por ejemplo, que incurre en estafa por ocultamiento de documentos, el cónyuge divorciado que oculta recibos y constancias de una asignación familiar para evitar que su

esposa e hijos la percibieran (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 5-8-98 en "Arce" J.A. 2002). No es necesario que se esconda el documento o proceso en lugares inaccesibles, basta con que se lo coloque donde normalmente no se lo encuentre o no se lo tenga a la vista por los interesados, de manera de causar perjuicio (vg. en el cajón de un escritorio ajeno o entremezclado entre correspondencia, recibos o revistas viejas).

Mutilar es "cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo" (Diccionario R. A. E) destruyéndolo parcialmente.

El tipo subjetivo de este delito también exige el dolo directo, ninguno de estos actos sin la finalidad estafatoria puede configurarlo, en cuyo caso se tratará de una falsedad documental (art. 292 del C. P.) o en caso de no implicar el perjuicio que requiere la falsificación se tratará de daño calificado (art. 184 incisos 5 y 6 del C. P.).

Las expresiones proceso y expediente están tomadas como sinónimos y forman parte de una enumeración descriptiva que alude en este caso al conjunto de escritos, resoluciones y documentos más o menos organizados, que forman una causa penal o expediente civil o administrativo.

Concepto de documento: Conforme el art. 77 del Código Penal el "término documento comprende toda representación de actos o hechos con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión", lo que extiende la definición a los medios audiovisuales o gráficos, llevándolo más allá del concepto de instrumento público o privado del Código Civil que exige al menos la firma para considerarlo tal (art. 1012 C. C.). No obstante, aquí en el caso de este inciso 8° del art. 173 del C. P., la expresión "…u otro papel semejante" que le sigue, termina limitando su contenido a los instrumentos escritos y a los medios gráficos, máxime tomando en cuenta que el inciso 16 del mismo artículo abarca específicamente todas las demás manipulaciones de datos informáticos o digitalizados que fueran realizadas con los mismos fines defraudatorios.

De cualquier modo, a partir del amplio concepto de documento del art. 77 del C. P., por el inciso 8 o el 16 del art. 173 del Código Penal, cualquiera fuera la sustitución, ocultamiento, mutilación o manipulación de medios representativos de actos o hechos, con fines defraudatorios ingresará en alguna de dichas normas.

Concurso de delitos: Como el ilícito puede cometerse de otros modos que no implican necesariamente la falsedad de un instrumento público o privado, sino que esta estafa puede perpetrarse

también por la sustitución, ocultamiento o mutilación de otros medios representativos, no hay una relación de subsunción propia del concurso aparente cuando se ejecuta con un delito contra la fe pública, sino un concurso ideal en tanto se inscriba en una relación de medio a fin (art. 54 del C. P.).

ESTELIONATO

El art. 173 del C. P. en su inciso 9° reprime al "que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos".

El delito conoce dos formas comisivas: La venta, gravamen o arrendamiento de bienes ajenos como propios o el vender o gravar bienes propios que se encuentran gravados, embargados o que fueren litigiosos, ocultando ese carácter.

En ambos casos lo que se tipifica es la venta, el gravamen o el arrendamiento de bienes ajenos como si fueran propios o y la venta o gravamen de bienes litigiosos, gravados o embargados como si fueran libres, quedando entonces excluidos otros contratos o negocios jurídicos (como por ejemplo permutas, cesiones, donaciones, comodatos, mutuos, depósitos, etc.).

La venta es el contrato por el cual una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa y la otra se obliga a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero (art. 1323 del Código Civil).

Como en la compra y venta de inmuebles el Código Civil exige la escritura pública, parte de la doctrina señala que el boleto de compra y venta no es estrictamente una venta, es una promesa de venta, con lo que al suscribìrselo no se configura este delito y se tratará de una estafa. Sin embargo la doctrina civil pacífica actualmente establece que si en el denominado boleto de compra y venta se encuentra establecidas las obligaciones principales del contrato de compra y venta, como son la transferencia del dominio para una parte y el pago de un precio cierto para la otra, operan en él todas las características propias de la compra y venta, siendo la escritura pública parte del cumplimiento de las obligaciones contraídas en él. Cuando se suscribe un boleto las partes entienden la una vender y la otra comprar. No tienen en cuenta la escritura, sino como un acto posterior que es requisito legal. Asumen actualmente el

compromiso de hacerse la entrega de las prestaciones recíprocas y entienden que con la escritura se perfecciona la transferencia del dominio.

No obstante, en tanto se ha dicho por nuestros tribunales superiores que el adquirente por boleto es sólo titular de una pretensión personal que no excede el marco de los derechos creditorios al decir y conforme el art. 1183 del Código Civil: “Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma”, se constituye un gravamen únicamente cuando se establece un derecho real de garantía sobre el bien como son la hipoteca, la prenda y la anticresis, situación que no se extiende estrictamente a casos en que se lo ofrece como garantía o muestra de solvencia.

Por su lado el arriendo del art. 173 inc. 9 del Código Penal es la locación de bienes del art. 1493 del Código Civil, donde dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa y la otra a pagar por este uso y goce un precio determinado.

Un bien es litigioso cuando está sometido a un juicio bien sea por cuestionarse el derecho a su dominio, posesión o tenencia o cuando por una demanda judicial por oligaciones “propter rem” se encuentra en riesgo su titularidad. No se pueden incluir en ese concepto bienes de las partes en juicio cuando el bien mismo no se encuentra involucrado o cuando se trata de deudas personales del titular o poseedor. Por ejemplo así se encontró atípica la venta de un automóvil con deudas de patentes, por más que se expresara en el recibo “libre de todo gravamen” (Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala 7, 3-10-1985 “Genetti” J.A. 1986-II).

Se ha señalado que para la figura del estelionato alcanza con el silencio ya que este es uno de los casos en que hay un deber de decir la verdad, como cuando se vende un bien informando de sus características y estado sin mencionar que se encuentra embargado.

Aquí lo que ocurre es que el silencio provoca el error ya que hace a la naturaleza de la operación de venta, arriendo o gravamen informar de circunstancias que deben ser del conocimiento de la otra parte.

Tipo subjetivo: La figura requiere dolo directo lo que implica el conocimiento efectivo de la situación del bien vendido, gravado o arrendado, por lo cual no se configura con las restricciones al dominio de las que el agente no fue notificado o informado.

Consumación: En tanto se trata de un delito de resultado se consuma con la disposición patrimonial perjudicial de la víctima y admite la tentativa.

Concurso con otras figuras:

En el caso del hurto o robo seguido de la venta de la cosa como propia se configura un concurso real con el delito de estelionato, ya que se trata de conductas independientes, con diversa finalidad y distintas víctimas.

En la usurpación de un bien que luego es arrendado o vendido como propio igualmente se trata de un concurso real, habida cuenta de la multiplicidad de conductas y de damnificados, no obstante se trata de un concurso ideal cuando en la usurpación no mediaron actos violentos o engañosos independientes, sino que se comete alquilando el inmueble ajeno ocultando ello al locatario, allí el locatario es autor mediato que sin saberlo despoja al propietario y consuma la usurpación.

ESTAFA POR SUPUESTA REMUNERACIÓN A JUECES O EMPLEADOS

El art. 173 del Código Penal en su inciso 10 reprime a al que “defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos”.

Esta estafa se comete cuando el agente simulando o mintiendo que ha de remunerar al juez o empleado público para obtener un acto relativo a sus funciones obtiene de la víctima una disposición patrimonial a tal efecto.

La remuneración debe ser falsa, mentida, porque en caso de requerirse para un cohecho activo (arts. 256 y 257 del C. P.) que efectivamente se intenta, queda excluída esta figura y se deberá analizar la conducta conforme las reglas de la participación. Lo mismo si fuera reclamada para el pago de un tráfico de influencias (art. 256 bis del C. P.). Creus sostiene que en casos así el error de la víctima no merece protección jurídica ya que el individuo para configurarse este ilícito debe creer que la remuneración es debida (Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte Especial” Ed “Astrea” Tomo I pág 500).

En la actualidad, en realidad la conducta de la víctima que entrega el dinero o bienes, en la generalidad de los casos es preparatoria de un ilícito, nadie ignora que las remuneraciones de un magistrado o funcionario están a cargo del estado, lo es remunerar a un magistrado. El damnificado debería actuar en la creencia que el pago o el beneficio será recibido por el funcionario y es legal. Creus

sostiene que la supervivencia de este tipo no se justifica (Creus, Carlos, “Derecho Penal Parte Especial” Ed “Astrea” Tomo I pág 500). Es anacrónica.

La expresión remuneración debe tomarse en sentido amplio con lo que incluye cualquier recompensa, gratificación o beneficio apreciable económicamente, no obstante lo cual no quedan comprendidas las ventajas o favores de otro tipo, aunque no fueren ciertas, a condición que no hayan implicado una erogación para la víctima.

Puede tratarse de un juez o empleado de cualquier área de la administración pública nacional, provincial o municipal y de cualquiera de los tres poderes, cuyas funciones sean permanentes o accidentales en cargos electivos o por nombramiento de autoridad competente (art. 77 del C. P. cuarto párrafo).

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso que requiere dolo directo, en consecuencia el autor obtiene la disposición patrimonial con el pretexto remuneratorio a sabiendas de su falsedad, independientemente de su destino final ya que el pago o los fondos podrían quedar en manos propias o beneficiar a un tercero.

Concurso con otros delitos: Ya vimos que se excluye esta figura, en el caso de concretarse un cohecho e incluso una tentativa de cohecho agrego; pero también son un tipo penal alternativo las exacciones ilegales del art. 266 del C. P. para el caso del tercero que requiere el pago de contribuciones o dádivas con destino a un funcionario público.

DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS

El art. 173 inciso 11 del C. P. pena al “que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía”.

Antecedentes:

Esta norma se incorporó a raíz de los múltiples problemas que se comenzaron a generar en los años ’60 por la venta de inmuebles en propiedad horizontal donde, firmado el boleto de compra y venta

y diferida la escrituración, ínterin los titulares dominiales en ocasiones hipotecaban el departamento o volvían a prometerlo en venta sin haber resuelto previamente la operación, por lo que se dictó el decreto-ley 4778/63 que incorporaba el inciso 11 al art. 173 del Código Penal, aunque con una redacción que aludía directamente a la firma de un boleto de compraventa que luego por un acto voluntario imposibilitare la transferencia del dominio en las condiciones acordadas en el mismo. P ero esta norma fue derogada por ley 16.648 junto con otras, por contrariar el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, quedando impunes estos hechos al punto que un plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional los declaraba atípicos (Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en pleno, 30-11-65, "Elías Cusel" J. A. 1966-IV-177).

Se trata de un delito del tipo de defraudación por abuso de confianza, que, al igual que los anteriores, requiere de una relación jurídica previa entre el autor y la víctima, en la que se haya establecido un derecho sobre un bien.

El bien jurídico protegido es el derecho a la seguridad en las relaciones jurídicas que versan sobre transferencias o derechos sobre bienes imponiendo la obligación de abstenerse de actos que puedan afectarlas.

En consecuencia, aunque para algunos se consuma con un resultado, lo cual es cierto cuando en razón del acto jurídico se hace imposible el cumplimiento obligacional del autor, alcanza con el peligro que implica generar una situación de incertidumbre o litigiosidad.

El desbaratamiento, entonces, es el castigo a la deslealtad, no por el mero incumplimiento, sino por el acto adicional, que consiste en un plus, un segundo acto que frustra maliciosamente el primero, del cual surgía una situación de confianza lícitamente originada" (Donna, E. D. Penal, Parte Especial, Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni, pág 443).

El tipo objetivo implica básicamente la existencia de una relación contractual previa (no están comprendidas las obligaciones con otra fuente) que, para el autor, genere obligaciones respecto de un bien como la entrega en una compra y venta o en una locación y una conducta posterior de este, subrepticia o imprevista, que a través de cualquier acto jurídico haga imposible, incierto o litigioso el cumplimiento de esas obligaciones.

En punto a la conducta típica hay dos posiciones diferentes al respecto, ya que para la doctrina y la jurisprudencia dominante la conducta típica consiste en realizar un acto jurídico que haga imposible,

incierto o litigioso el cumplimiento de las obligaciones respecto del bien y para algunos autores es preciso que se haya acordado previamente un derecho sobre ese bien y luego en otro acto se haya ejecutado el acto jurídico que las afecta o hace imposibles.

El consentimiento e incluso la aceptación del acreedor para la realización del acto jurídico posterior hace atípica la conducta en tanto la premisa básica es la defraudación por abuso de confianza.

La noción de "bien" aquí tiene todo el alcance del art. 2312 del Código Civil conforme el que lo son tanto las cosas materiales como los objetos inmateriales susceptibles de valor, ya que aquí conforme la doctrina de la CSJN (CSJN 28-9-89, "Martino, Cándido") se extiende a los objetos inmateriales en tanto "…el legislador no ha efectuado distinción entre los derechos cuyo desbaratamiento se castiga por afectar la propiedad".

En contra se ha sostenido que los medios señalados: enajenación, remoción, retención, ocultamiento o daño son ejemplificativos en cuanto demostrativos de actos jurídicos sobre bienes que pueden crear dicha situación, los que constituyen aquí una evidente delimitación del ámbito de aplicación de la disposición.

Los medios típicos son tornar imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación sobre el mismo.

Tornar es equivalente a a mudar o transformar un derecho en situación, estado o relación, lo que significa que la acción del sujeto convierte en imposible o litigioso lo que en un momento no lo era (Spolansky, Norberto "La estafa y el silencio", p. 116)

Hacer imposible es generar, con actos posteriores, dificultades insalvables por medios normales para que se pueda perfeccionar el derecho acordado. Incierto (del lat. *incertus*), es sin llegar a ser imposible, conforme la Real Academia es "no cierto o no verdadero, inconstante, no seguro, no fijo, desconocido, no sabido, ignorado" es provocar una situación de inseguridad sobre el cumplimiento de la obligación pactada.

Así lo resolvió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires cuando un inmueble hipotecado fue dejado sin puertas ni ventanas, el baño sin sanitarios y la cocina sin mesadas y grifos, lo que al importar una sensible pérdida de su valor económico base de la garantía del préstamo hipotecario implicaba el delito de desbaratamiento de derechos (SCJBA, 8-11-88, P. E. C. P-35.829, E. D. 138-691)

Tornar en litigioso es generar una situación en la que la víctima, el acreedor, por el acto posterior del autor sobre el bien, debe recurrir a la sede judicial para obtener el cumplimiento de lo pactado oportunamente. Ello no incluye el desconocimiento de la obligación vg. de escriturar. Por lo que queda excluído el litigio entre las mismas partes en torno a la validez de las obligaciones asumidas o por las condiciones y extensión de las mismas.

Casos en la jurisprudencia:

La constitución de hipoteca sobre un inmueble prometido en venta Así, conforme la Sala 3 del Tribunal de Casación Penal Bonaerense "El hecho de suscribir un boleto de compraventa sobre una unidad funcional, recibir la suma dineraria acordada, y otorgar la posesión al comprador, para que luego el vendedor transfiera el bien sobre el cual recae el convenio, a un tercero para luego hipotecarlo, implica concretar el desbaratamiento de derechos acordados" (TCPPBA Sala III 40038 RSD-676-12 S 12-6-2012).

La venta de un bien mueble ya vendido o prendado, cuando la venta no se había resuelto.

El ocultamiento del automóvil prendado, colocándolo en cualquier lugar fuera del conocimiento del acreedor prendario.

En la misma situación el desguace de piezas o autopartes costosas del vehículo automotor.

Los integrantes de la entidad bancaria que habiendo otorgado boletos de compra y venta sobre departamentos no entregados, le otorgaron un préstamo para su finalización al constructor constituyendo una hipoteca sobre los mismos para garantizar el mutuo.

El tipo subjetivo: Este delito obviamente requiere de dolo directo, por lo que exige el efectivo conocimiento del derecho u obligación que pesa sobre el bien al momento de llevarse a cabo el acto jurídico que lo hace incierto, litigioso o imposible. No obstante sí podría consumarse si, una vez advertido el "error", pudiéndolo resolver, no se deja sin efecto el acto jurídico posterior.

Diferencias con el estelionato: Si bien puede haber situaciones con características que asemejen ambas figuras, fundamentalmente en el caso de venderse un bien gravado, las diferencias son notorias siendo la principal, en tal caso, que el damnificado en el desbaratamiento es el beneficiario del gravamen (vg. embargante) y en el estelionato lo es el adquirente del bien (Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala 4ª. 23-3-2006, "Roberts").

DEFRAUDACIÓN DE DERECHOS

El inciso 12 del art. 173 del Código Penal, incorporado por la ley 24.441, establece que también serán considerados casos especiales de defraudación: "El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes".

El titular fiduciario

En el primer supuesto el delito se comete exclusivamente por el titular de la propiedad fiduciaria o fiduciario (un caso de dominio imperfecto conforme el art. 2661 del C. C.), que es quien recibe el fideicomiso para su administración y con cargo de transmitirlo al beneficiario, cuando violando las obligaciones a su cargo, en provecho propio o de un tercero, "dispusiere, gravare o perjudicare los bienes" causando un perjuicio patrimonial de los cocontratantes.

El fideicomiso, conforme el art. 1° de la ley 24.441 es un contrato por el cual una persona (el fiduciante o fideicomitente) transfiere a título de confianza a otra persona (el fiduciario) uno o más bienes, que pasan a formar el patrimonio fideicomitido (o fideicomiso), para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, éste transmita la finalidad o el resultado establecido por el primero, a su favor o a favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

El fiduciario durante la administración de los bienes confiados puede disponer de ellos o gravarlos incluso sin el consentimiento de las otras partes (art. 17 ley 24.441) más ninguna operación que realice sobre los mismos puede resultar perjudicial, configurándose el delito en caso que se efectuare alguno de dichos actos en beneficio propio o de un tercero.

En consecuencia es también una defraudación por abuso de confianza y un delito de resultado material, en tanto requiere la afectación patrimonial de cualquiera de los cocontratantes, ya que los actos del administrador infiel sobre los bienes fideicomitidos deben afectar el fideicomiso en beneficio propio o de un tercero.

El administrador del fondo común de inversión.

Los fondos comunes de inversión están regulados por la ley 24.083, conforme la cual se considera tal "al patrimonio integrado por: valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina y dinero, pertenecientes a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotapartes cartulares o escriturales" (art. 1° ley 24.083)

Se aplican los mismos principios que para el delito del fiduciario, por lo cual, a semejanza del anterior, el sujeto activo de esta defraudación sólo puede ser el administrador del fondo común de inversión, que es quien tiene a su cargo la administración y representación de la sociedad, como por el art. 3º de la ley 24.083 la dirección y administración de fondos comunes de inversión estará a cargo de una sociedad anónima, que es la sociedad "gerente" (art. 32 ley cit) con lo que el sujeto activo será quien dirija o administre a su vez la sociedad anónima controlante.

A su vez los sujetos pasivos serán los cuotapartistas copropietarios de los bienes, títulos o acciones que integran el fondo.

El dador de un contrato de leasing

El citado inciso 12 del art. 173 finaliza incluyendo al dador de un contrato de leasing "que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes".

En el leasing, (arriendo en inglés) conforme el art. 1° de la ley 25248, el dador acuerda transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado (mueble o inmueble, software etc art. 2°) para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio.

El dador puede obligarse a adquirir el bien a un tercero y no ser el propietario antes de la operación, en consecuencia, la norma se aplica si el dador que conserva la titularidad del dominio o si lo ha adquirido posteriormente, y merced a esa condición, violando sus obligaciones dispone o grava o perjudica de cualquier otro modo el o los bienes transferidos, con beneficio propio o de un tercero, haciendo imposible o afectando la compra del tomador.

La figura requiere también dolo directo y se consuma al momento de ejecutarse el acto perjudicial o dispositivo o al momento de establecerse el gravamen. El consentimiento del tomador que, por ejemplo admite que se lo prende para garantizar un mutuo, hace atípica la conducta.

EJECUCIÓN PERJUDICIAL DE HIPOTECA Y OMISION DE RECAUDOS LEGALES

El inciso 13 del art. 173 del Código Penal, incorporado por la ley 24.441 del mismo modo reprime al "que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial".

Esta norma exige para su tipificación que el sujeto activo que únicamente puede ser el sujeto autorizado para ejecutar extrajudicialmente el inmueble hipotecado, proceda a la ejecución, a sabiendas que el deudor hipotecario no se encuentra en mora u omitiera maliciosamente los recaudos para la subasta.

Estas dos hipótesis son diversas en una ejecuta sabiendo que el deudor no está en mora y en la otra, estando sí en mora el deudor, cuando omite los distintos recaudos legales para estos procedimientos.

Ambos tipos delictivos son de difícil concreción, ya que en este procedimiento el acreedor o el representante autorizado debe presentarse ante el juez para que verifique el inmueble, donde debe justificar la intimación previa al deudor y allí conferírsele traslado al deudor para oponer excepciones (arts. 52 y ss. de la ley 24.441), fecho lo cual recién se puede autorizar la subasta que es pública y debe publicitarse previamente en un diario oficial y otros dos de gran circulación (art. 58 ley cit).

La referencia a la malicia aventa que se considere ilícita la omisión de algún recaudo procedimental no esencial, tanto como la mención "a sabiendas" para el caso del deudor que no está en mora, implica el dolo.

OMISIÓN DE CONSIGNACION DE PAGO EN LETRAS HIPOTECARIAS

El inciso 14 del art. 173 del Código Penal, también incorporado por la ley 24.441 pena al "tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos".

Las letras hipotecarias se encuentran reguladas en los arts. 35 a 49 de la ley 24.441. Son títulos valores endosables con garantía hipotecaria, emitidos por el deudor ante escribano e intervenidos por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la ubicación del inmueble.

Conforme dicha normativa las letras hipotecarias deben consignar en el instrumento los datos del inmueble, del acreedor, del deudor y del propietario en su caso, el monto adeudado, condiciones y plazos de los pagos y también deben contar con los cupones de capital e intereses que, ante cada pago el acreedor se encuentra obligado a entregar y el deudor a requerir.

En consecuencia el deudor contará con los cupones de capital e intereses abonados más estos de no ser consignados los pagos en el título, podría perjudicarse al deudor si no contara con los cupones o a terceros que adquieran las letras por su transmisión por endoso, más cuando no es necesario notificar al deudor de la transmisión (art. 40 ley 24.441).

Sin embargo es de hacer notar que el valor de la anotación del pago en el mismo título se desmerece con la norma del art. 41 de la ley que consagra al cupón como el "único instrumento válido acreditativo".

Ello a excepción del caso de las letras hipotecarias que se emiten sin cupones cuando no existen cuotas de vencimiento periódico.

Se trata de un delito doloso de omisión propia pero que no se consuma con la mera omisión de la anotación, sino con el perjuicio económico del deudor o del tercero (Buompadre, Jorge E. en "Código Penal y normas complementarias", Baigún, Zaffaroni y otros, tomo VII, pág. 263 Ed. Hammurabi).

ESTAFA MEDIANTE USO DE TARJETA MAGNÉTICA O DE SUS DATOS

El art. 173 en su inciso 15 del Código Penal, fue introducido por la ley 25.930 y reprime al "que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiera sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenido del legítimo emisor mediante ardid o engaño,

o mediante el uso no magnetizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática".

Esta norma trae una innovación en la dinámica de las estafas ya que incorpora un tipo penal en el que la disposición patrimonial perjudicial no se obtiene por el ardid o engaño de la víctima, sino por la manipulación ilegal o irregular de una tarjeta magnética o de sus datos en operaciones automatizadas (por medio de sitios web o cajeros automáticos o ATM).

Esta incorporación era absolutamente necesaria, toda vez que no resultaban abarcadas estas operaciones con la definición tradicional de estafa que preveía el engaño a una persona física. Más cuando en la actualidad es la forma más generalizada de fraudes y entre estos, la utilización delictiva de los datos de las tarjetas magnéticas que incluyen transacciones ilegales efectuadas por teléfono, correo electrónico o en sitios de compra "online", representan las tres cuartas partes del fraude con tarjetas, conforme ha establecido el Consorcio Europeo "Fico Falcon Fraud" que agrupa a numerosos entidades bancarias.

Es de recordar que en la doctrina tradicional cuando se producía un perjuicio patrimonial a la víctima utilizando un medio mecánico (usando un teléfono público con una moneda falsa), que es una situación análoga a los actuales incisos 15 y 16 del art. 173 del C. P., sólo se consideraba delito si el autor se apoderaba de una cosa mueble, en cuyo caso se lo encapsulaba como hurto o robo porque el concepto es que no se engañaba a otra persona sino a una máquina.

Los supuestos delictivos son diversos pero básicamente se dividen en dos grandes grupos, el primero el del fraude cometido con el uso de la misma tarjeta obtenida ilegalmente o de tarjetas falsificadas o adulteradas y el segundo grupo cuando se trata del uso no magnetizado de los datos de una tarjeta por medio de operaciones automáticas por medio de cajeros automáticos ATM, de "Automated Teller (cajero) Machine" o sitios web de compra.

La norma protege tanto a la denominada tarjeta de compra, que conforme la ley 25.065 que las regula, es "…aquella que las instituciones comerciales entregan a sus clientes para realizar compras exclusivas en su establecimiento o sucursales…" (art. 2°, inc. d), como la tarjeta de crédito que conforme dicha norma es "…el instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre el titular y el emisor (art. 4°), como la tarjeta de débido que es la entregada por las instituciones bancarias "a sus

clientes para que al efectuar compras o locaciones, los importes de las mismas sean debitados directamente de una cuenta de ahorro o corriente bancaria del titular" (art. 2° inciso e).

Materialmente las tarjetas de crédito o débito son documentos en soporte plástico con una banda magnética o un "chip" que contienen los datos personales y de la cuenta que permiten hacer pagos, extracciones, transferencias y otras operaciones bancarias.

Tarjetas Falsificadas, Adulteradas U Obtenidas Ilegalmente

Aquí en este supuesto, cualquiera de las tarjetas anteriores debe haber sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenido del legítimo emisor mediante ardid o engaño, lo que abarca prácticamente todos los supuestos de tenencia ilegítima, ignorándose porqué no se incluyeron los casos de tenencia legítima de la tarjeta ajena, donde el tenedor la hubiera utilizado ilegalmente en su provecho, no obstante ello ingresará en los distintos supuestos de defraudaciones por abuso de confianza o por mutilación de documentos, conforme fuere la situación (administración fraudulenta) .

En estos casos en general el modo en que es obtenida la tarjeta implica un delito previo preparatorio, que en caso de haber sido ejecutado por el mismo autor de la defraudación implica un concurso ideal (art. 54 del C. P.) de delitos e incluso un concurso aparente de delitos por aplicación del principio de especialidad.

También el autor puede haberla obtenido sin relacionarse con su falsificación, adulteración, sustracción, etc..

La falsificación es la fabricación o impresión de una tarjeta nueva duplicando una auténtica o con datos parcialmente auténticos de modo de inducir a error al damnificado y así generar el desplazamiento patrimonial, en general, la venta o locación de servicios o bienes.

La adulteración es la modificación de una tarjeta auténtica con datos falsos.

La dificultad, en ocasiones, es establecer quién es el damnificado de la defraudación, ya que las entidades bancarias y el emisor de la tarjeta tienden a trasladar el perjuicio al titular de la tarjeta aunque en realidad no fuere la víctima de la falsificación o sustracción, algo que muchas veces ocurre durante el envío de la misma por correo, operación que está bajo la custodia de la entidad que la emite y que es a la que le corresponde soportar las consecuencias de la defraudación.

Uso de datos

En este caso el autor sin utilizar ni confeccionar o modificar la tarjeta de crédito, de compra o de débito original, utiliza sus datos para realizar una operación automática a través de páginas web de compra o por medio de operaciones telefónicas.

Aquí el sujeto activo actúa utilizando los datos del titular con un medio automático, esto no cambia en el caso de existir un operador telefónico de ventas de un comercio ya que la forma está automatizada y computarizada, sólo que es operado el sistema por un tercero.

En este caso también, salvo prueba de responsabilidad o negligencia de parte del titular de la tarjeta en el uso de sus datos, que haya posibilitado que el sujeto activo contara con sus datos, no puede trasladarle el perjuicio de soportar la erogación, que sí queda a cargo de quien resultó engañado y no opuso controles más eficientes.

El tipo de estos delitos es doloso y requiere el dolo directo y admite tentativa, toda vez que es un delito de resultado que se consuma con el efectivo desplazamiento patrimonial.

ESTAFA INFORMÁTICA

El inciso 16 del art. 173 del Código Penal, incorporado por la ley 26.338 introduce la denominada estafa informática, conforme el cual se reprime con las penalidades del art. 172 , al "que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos".

Este tipo penal, aunque se inscribe en las características generales de las formas de estafa, en cuanto la acción típica es defraudar a otro causándole un perjuicio patrimonial, a semejanza del anterior del inciso 15, continúa las innovaciones a la estructura típica de las estafas, adaptándolas a las modalidades de los nuevos medios, con conductas en las que lo único que conservan en relación al tipo de estafa del art. 172 es el desplazamiento patrimonial perjudicial, ya que aquí no hay tampoco un ardid o engaño sobre la víctima para obtener la transferencia, sino que el autor o autores, a través de manipulación de sistemas informáticos altera el normal funcionamiento del mismo o la transmisión de datos, provocando el traspaso de bienes en beneficio propio o de terceros.

Puede verse que más allá de su ubicación en el art. 173 del C. P., el inciso no se vincula en principio con engaños o ardides ni actos dispositivos voluntarios que son su consecuencia, tal como es el caso del inciso 15.

El tipo objetivo incrimina las defraudaciones cometidas mediante cualquier técnica de manipulación informática "esto es, cualquier modificación del resultado de un proceso automatizado de datos sea que se produzca a través de la introducción de nuevos datos, de la alteración de los existentes en el computador, en cualquier de las fases de su procesamiento o tratamiento informático (Buompadre, J citando a Hendler, en "Derecho Penal" Baigún-Zaffaroni y otros, T° VII, pág. 277).

Pero sólo las que alteran el normal funcionamiento del sistema informático o la transmisión de datos, no aquellas en que la defraudación, que es en definitiva aquí la transferencia o disposición patrimonial, es ejecutada por la propia vìctima engañada por el autor a través de medios informáticos, en cuyo caso podrá tratarse de una estafa del art. 172.

En definitiva estas figuras se reservan a los caso de desplazamientos patrimoniales efectuados con la ignorancia de su titular, al que, con su desconocimiento se le manipulan los datos o el sistema, no a casos en que la informática es uno de los medios con que se fraguó el ardid o engaño.

Las notas esenciales son entonces la alteración del funcionamiento normal del sistema informático o la transmisión de datos y el desplazamiento de bienes o servicios a favor del autor o de un tercero.

Estas maniobras son clandestinas y el consentimiento sobre ellas de parte del titular de los bienes o servicios es atípico.

No obstante el conocimiento de parte del damnificado no implica consentimiento si no tuvo medios a su alcance para impedirlas. Por ejemplo el dueño de una cuenta bancaria que observa cómo usando o no sus claves (password) transfiere dinero a otra cuenta sin poder impedirlo ni bloquear su cuenta.

Los medios típicos

Son dos, la utilización de cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

La primera se debe tratar de manipulaciones informáticas, lo que alude a clandestinidad y falta de autorización para esa tarea.

Estrictamente es toda aquella que implique acceder en forma oculta a bases de datos, bien sea con modificación del programa, simulando operar con la identidad de otra persona real o inexistente o consignando datos falsos (como solvencia, titularidad de bienes) o introducir virus o troyanos (en definitiva pequeños programas ocultos) que afecten sus funciones.

Estas operaciones se realizan desde computadoras, notebooks, tablets o smartphones como también desde cajeros automáticos que pueden alterarse en forma magnética o mecánica. Pero como la norma ha tenido la previsión de ser abierta a "cualquier técnica" que implique una manipulación informática podrían incorporarse otras modalidades.

El otro medio típico es la técnica de manipulación informática que altera la transmisión de datos con las que operan estos sistemas, donde sin modificarse ya los asientos o entradas, se interfieren los datos que intercambia el sistema con los usuarios para modificarlos y producir desplazamientos de contenido patrimonial.

Estas operaciones, importan en general transferencias de dinero o locaciones de servicios o compras de cosas por medio de páginas web de entidades crediticias o de empresas comerciales de ventas por internet, pero no están exentos otros contratos jurídicos.

Es sujeto activo cualquier persona que tenga o no autorización para el ingreso al sistema siendo que el tipo sujetivo requiere el dolo directo.

La utilización no autorizada de una computadora ajena conocido como "hurto de tiempo" o el ingreso a sistemas de exhibición de películas o de juegos por terceros que no son los titulares, no tienen el carácter de defraudaciones de estas figuras (Buompadre, J. "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Astrea, pág. 477).

Relaciones con otras figuras

Si no hay ningún beneficiario que "reciba" los bienes o servicios y la conducta se limitó a alterar el funcionamiento del sistema o a interferir en la transmisión de datos como los ataques a "sitios web" deberán analizarse las figuras de falsedad documental atendiendo a las ampliaciones del art. 77 del C. P. al concepto de documento, firma e instrumento; pero también podrían tratarse de daño simple o calificado (art. 183 segundo parrafo o 184 inc. 5° y 6° C. P.) y de interferencia en sistemas informáticos del art. 153 bis C.P. o de utilización de información y datos con fines de lucro del art. 268 del mismo

cuerpo legal para el caso de funcionarios públicos si hubiere aprovechamiento de datos o informes reservados a los que hubiere accedido por su función.

Usura

Por **Pedro Rodriguez**

Art. 175 bis.: ***"El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.***

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual."

El Código Penal establece el delito de usura en un capítulo propio, el IV bis, que define esta figura en su art. **175 bis** en la siguiente forma: "El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario. La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

De este modo el art. 175 bis reconoce la existencia de varias clases de usura: la crediticia o real (hacer dar o prometer intereses u otras ventajas pecuniarias desproporcionadas), la usura extorsiva (hacer dar o prometer recaudos o garantías de carácter extorsivo) y la llamada usura sucesiva (adquirir, transferir o hacer valer un crédito usurario). La denominada usura social, practicada por grupos o

agentes económicos, cuando efectúan maniobras en el mercado, como es el caso del agio, encuentra algunas previsiones en otras normas.

La usura crediticia, que podríamos decir que es la tradicionalmente reconocida como usura, es la que sanciona exclusivamente lo vinculado con los préstamos de dinero, los mutuos.

Por su lado la denominada **usura real** es la que se relaciona con cualquier otro negocio jurídico bilateral, como la compraventa, la permuta o cualquier otro tipo de transacción.

La usura denominada social es la que protege intereses de tipo colectivo en tanto implica a agentes o grupos económicos cuando, aprovechando necesidades de toda la comunidad o de un sector importante, inciden en el mercado con maniobras como el agiotismo, que están contempladas en leyes especiales, como la ley 20.680 de creación del régimen de abastecimiento que tipifica ciertos acaparamientos de materias primas o productos con fines especulativos y las maniobras sobre el mercado como el alza injustificada de precios.

El término **usura** proviene de la voz latina "usurae" con la que en realidad en la antigüedad exclusivamente se nombraba al interés por el que se prestaba el dinero en un mutuo.

Luego se lo empezó a utilizar para referirse a los intereses o exigencias aplicados a un préstamo de dinero cuando estos resultaban excesivos.

En occidente fue la Iglesia Católica que, incluso a través de las primeras encíclicas, comenzó a condenar el cobro de intereses durante la Edad Media, al punto que se aplicaba a cualquier ventaja o diferencia aplicada a los préstamos, paralelamente y para la misma época el Corán también los reprobaba expresamente.

El primer párrafo del art. 175 bis del C.P. contempla en realidad dos tipos distintos de usura, pero que se encuentran íntimamente vinculados, estos son tanto el aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de otra persona para obtener intereses u otras ventajas pecuniarias cuando estas fueran evidentemente desproporcionadas con la prestación y el otorgamiento de los recaudos o garantías de carácter extorsivo, también denominada "usura extorsiva".

En el primer caso, la conducta delictiva se configura cuando el agente se "hiciere dar o prometer", tanto para sí, como para un tercero, intereses o ventajas pecuniarias manifiestamente desproporcionadas con la prestación.

A diferencia de la estafa, la víctima actúa a sabiendas de que las implicancias de la operación, pero constreñida por su necesidad o limitada por su ligerencia o su inexperiencia.

El autor del delito de usura se supone que no genera estas situaciones de necesidad o ligereza, en tal caso incurrirá en una maniobra estafatoria.

La norma no requiere un actuar de parte del usurero o prestamista sobre el agente para persuadirlo a concretar la operación, aunque en este punto parte de la doctrina sí requiere una conducta activa de parte del agente.

Sin embargo la ley no reclama tal cosa, la víctima puede haberse acercado espontáneamente y simplemente aceptar sus términos, sí es imprescindible el elemento subjetivo de la comprensión y conocimiento de la necesidad, ligerencia o inexperiencia del damnificado por parte del autor.

En aquel sentido la norma también requiere que el autor, conociendo dicha situación o dicha ligereza o inexperiencia, se haya aprovechado de ella.

La necesidad es toda situación de carencia forzada, que puede no ser más o menos permanente como la pobreza, ya que alguien económicamente solvente puede tener una emergencia o una urgencia (vg. de salud) con una gravedad o una importancia tal que afecten su libertad de elección, restringiéndola.

En consecuencia este tipo penal no protege las operaciones especulativas de alto riesgo como tampoco a los préstamos de dinero destinados a juegos de azar.

Por otro lado, la ligereza es el actuar precipitado, sin la debida reflexión sobre los alcances del negocio o de la transación a realizar.

En cambio la inexperiencia, que puede concurrir con las anteriores, y generalmente se entremezcla, es la ignorancia total o parcial de las características de la operación propia del neófito, esta suele darse en nuestro medio como lógica consecuencia de condiciones culturales determinadas, como por ejemplo las que se dan en personas de edad muy avanzada y en las migraciones tanto internacionales como internas de personas de ambientes rurales a las ciudades.

Por último la figura requiere que a cambio la víctima de o prometa, de cualquier modo intereses u otras ventajas pecuniarias desproporcionadas tanto para sí como para terceros, con lo cual debe establecerse en cada caso las características de la operación, para determinar si hay o no desproporciones en las prestaciones en favor del imputado. Tal como nos indica la disposición la desproporción debe ser

evidente o manifiesta y notoria conforme la situación económica y las prácticas crediticias y también debe ser superlativa o excesiva respecto de estas.

En general se toman en cuenta en la práctica las tasas de intereses para los préstamos personales, no obstante este aspecto se dificulta en épocas inflacionarias para mutuos con pocas garantías o cuando en épocas de crisis (Argentina 2001) hay muy poco acceso al crédito de las entidades financieras autorizadas.

Las ventajas pecuniarias a las que alude la norma se vinculan en la práctica con las garantías o avales consistentes con la entrega de bienes muebles o inmuebles o también documentos (pagarés o cheques) cuyo valor real es en ocasiones varias veces superior al monto del crédito.

Este delito no admite tentativa y es instantáneo, en tanto se consuma la entrega o la promesa de dar el damnificado los intereses o las ventajas pecuniarias a favor del autor o del tercero beneficiario.

En caso de operar a favor de un tercero las ventajas será un codelincuente necesario, siempre que hubiere tomado conocimiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima.

La usura extorsiva:

El segundo tipo contenido en el primer párrafo del art. 175 bis se aplica al que aprovechándose de dichas condiciones del damnificado (necesidad, ligereza o inexperiencia) le hiciere dar o prometer “recaudos o garantías de carácter extorsivo”.

La situación de base de la víctima es idéntica a la de la figura anterior y debe mediar igualmente un aprovechamiento, lo que exige el dolo directo del autor, que en este caso requiere avales que impliquen una amenaza contra el deudor si no cumpliere con los pagos o entregas acordadas.

La ley aquí no exige, como sí lo hacía en la figura precedente, la manifiesta desproporción en las prestaciones exigidas a la víctima, que también pueden existir, sino solamente que los recaudos o garantías, signifiquen para esta una verdadera extorsión, como suelen ser los cheques o pagarés en blanco que implican la ruina o la cárcel en caso de no poder afrontar las obligaciones.

será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario. La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

La usura sucesiva:

Es la que reprime al que "a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario", art. 175 bis párrafo segundo del Código Penal.

Aquí la diferencia del delito con los anteriores es sustancial, es el aprovechamiento o utilización posterior de un crédito obtenido a través de cualquiera de los procedimientos usurarios anteriores.

En este caso el autor, con conocimiento de las características usurarias de un crédito, bien sea por el mentado aprovechamiento de la situación de la víctima o por el otorgamiento de garantías extorsivas, lo adquiere o interviene en negociaciones posteriores.

Las conductas reprimidas por la figura, sin embargo, se limitan a la adquisición o compra, la transferencia, que puede ser a título gratuito (una liberalidad) o el hacer valer el crédito obtenido usurariamente o sus recaudos o títulos extorsivos, de cualquier forma, incluso como garantía o aval de otra operación.

El autor no puede ser el mismo de la usura crediticia o real o de la usura extorsiva, en su caso, ya que allí estaría disponiendo del mismo crédito o aval obtenido en forma delictiva.

Se trata de un delito doloso y tanto como en las figuras anteriores, el autor debe estar en conocimiento previo del carácter usurario del crédito negociado, conocimiento que abarca la necesidad, la ligereza y también la inexperiencia y los intereses o ventajas desproporcionadas, salvo que estas fueran de tal entidad que resultaren evidentes.

La agravante de habitualidad o la "usura habitual".

El último párrafo del art. 175 bis del C. P. agrava las penas "si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

Se ha dicho que esta agravante "…describe un tipo de autor caracterizado subjetivamente, vale decir, que manifiesta una propensión o tendencia a la explotación de la usura como negocio (profesionalidad) o a la creación de una fuente de ingresos a través de la pluralidad de operaciones de esta clase…" (Buompadre, J. E. en Código Penal..Baigún, Zaffaroni y otros, tomo VII, página 459).

Al igual que en el caso del encubrimiento la figura se agrava con la profesión de prestamista o comisionista usurario del agente, es decir que se califica a cualquiera de las tres conductas precedentes si

el autor fuere un profesional dedicado a la comisión de estos delitos, algo que es bastante corriente en nuestro medio aunque evidentemente será de difícil prueba, ya que requiere establecerse que se dedica a ello o hace de los préstamos usurarios su medio de vida.

El de la habitualidad es un concepto distinto, únicamente requiere cierta reiteración de actos típicos (así Fontán Palestra, Creus, etc) en un cierto lapso temporal.

Tiene otra connotación, en el primer supuesto lo que cuenta es el oficio, la profesión, que se trate de un prestamista o un comisionista usurario al que basta que se le compruebe un solo caso de usura y el otro el de la habitualidad, que no deben confundirse, ya que en este caso basta la pluralidad de hechos en un individuo que puede dedicarse a otra rama del comercio, lo que no es infrecuente por cierto en comerciantes que utilizan sus ganancias para obtener nuevas rentas otorgando préstamos.

En consecuencia en tanto las tres figuras principales se agravan también por la habitualidad, que implica un hábito del agente que se caracteriza o demuestra por una pluralidad o reiteración de casos con alguna frecuencia, que aunque esté siempre sujeta a la apreciación judicial, alcanza con la verificación de la existencia de distintas víctimas en un determinado período de tiempo, aunque no se establezca la profesión de prestamista o comisionista usurario.

Cierta doctrina entiende suficiente la comisión de un solo hecho (conforme Buompadre, Jorge en Cód. Penal y normas complementarias, Baigún y otros, ed. Hammurabi tomo VII pág 459) lo que se constituiría nítidamente, en tal caso, en un tipo criminológico de autor.

Tenencia y Portación de Armas y Explosivos[1].

Por **Sergio Torres y Mabel Castelnuovo**

Art. 189 bis:- (1) ***"El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años."***

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS ($ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS ($ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

[1] Decía el proyecto de 1960 "Estos actos preparatorios se erigen en delitos, por cuanto encierran el germen de un peligro y llevan el destino de cometer un delito cuando no se proponen un fin lícito.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acreditare su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS ($ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar

armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego."

Este artículo ha sido modificado en reiteradas ocasiones.

La última modificación, es del 4 de mayo de 2004 oportunidad en la que se promulgó la ley 25.886 que le dio forma al texto que se encuentra vigente. Su actual redacción ha reconocido no pocos detractores de su técnica legislativa y su validez constitucional, especialmente en lo que se refiere a las agravantes de la pena para los casos en los que el imputado hubiera tenido condenas por delitos contra las personas o hubiere gozado de excarcelaciones anteriores.

Los antecedentes legislativos más significativos de esta norma provienen de las leyes 20.642, y 25.086 (del año 1999).

En el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, este artículo presenta la particularidad de reconocer competencia en tres jurisdicciones diferentes según el inciso que se hubiera transgredido: la justicia en lo Criminal y Correccional Federal, la Justicia Nacional en lo Criminal de Instrucción o la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la ciudad de Buenos Aires.

De acuerdo con el Primer Convenio de Trasferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires firmado el 7 de diciembre de 2002, mediante Ley Nacional 25.752, se acordó que la *Justicia Penal, Contravencional y de Faltas* sería competente para entender en "… los hechos de tenencia y portación de armas **de uso civil** y su suministro a quien no fuera legítimo usuario, sancionados en el art. 42 bis de la Ley 20.429 y en los arts. 189 bis 3er párrafo y 189 ter del Código Penal, todos según ley 25.086…"[2]

Las conductas que encuadrarían en los incisos 1°, 3° y 5° son de competencia federal.

Por último, todo lo relativo a conductas que signifiquen tenencia o portación de **armas de guerra**, adjudica competencia a la Justicia Nacional en lo Criminal de Instrucción.

Fabricación O Tenencia De Materiales Y Explosivos Y Para Sabotaje De Máquinas Y Productos.

Como todos los delitos agrupados en este capítulo, se trata de un delito de ***peligro abstracto*** que exige que de alguna manera se afecte el bien jurídico protegido.

Las acciones típicas son *adquirir, fabricar, suministrar, sustraer o tener en su poder*, los elementos señalados por el artículo: bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos,

[2] De acuerdo con la cláusula Primera del Convenio de Transferencia Progresiva de Competencia.

inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos. También es punible, de acuerdo con la redacción de la norma, la fabricación, adquisición, suministro y tenencia de ***sustancias o materiales destinados a su preparación***.

Pero el reproche penal no está compuesto únicamente de la comprobación objetiva de estas conductas y materiales, sino que, para que se considere infringida la norma, debe acreditarse un propósito o una intención que acompañe la conducta típica: esto es la finalidad tenida en mira por el imputado al tiempo de comisión del hecho.

El inciso que tratamos, señala que la tenencia, la sustracción, la fabricación o la adquisición, debe tener como fin la contribución a la comisión de *delitos* contra la seguridad común o la finalidad de causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos.[3] ***Núñez*** señala que "no requiere una contribución a un determinado delito contra la seguridad común, caso en el que las acciones del artículo 189 bis, sucedido ese delito o su tentativa, serían consumidas por éstos, como actos de participación" [4].

Por ***fabricar*** debe entenderse la elaboración, sea por medios manuales, mecánicos o químicos, de una determinada sustancia, que puede estar integrada por otras. Pero también comprende a la reelaboración o la transformación o el perfeccionar las sustancias ya existentes, de manera que sean aptas e idóneas de liberar energía capaz de generar un peligro común.

Suministar es dar o entregar los objetos, materiales o sustancias que enumera la norma sin que cobre relevancia el carácter o el título de esa entrega o dación. Y ***adquirir*** implica la acción de aquel que los obtuvo en propiedad, aún cuando no los tenga en su poder o custodia.[5]

Al término ***sustraer*** que incluye la norma en estudio, debe otorgársele el mismo alcance que el otorgado para las figuras del hurto, robo o fraude pues se trata de desposeer los objetos o materiales en poder un tercero. Doctrinariamente se considera que en el caso existe un concurso ideal con los delitos contra la propiedad. [6]

En lo que se refiere a las disposiciones de esta norma y a la vigencia de la Ley 23.184[7] que introdujo algunas figuras y agravantes particulares para el caso de que las transgresiones ocurran inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de finalizado un espectáculo deportivo, que menciona específicamente la tenencia de materiales explosivos, entendemos, como lo hace Sebastián Soler, que dado el carácter subsidiario del art. 3° de la Ley 23.184, ésta figura quedaría desplazada por la más grave del art. 189 bis si la tenencia, reuniera las características del tipo con pena mayor, y lo mismo sería aplicable para el caso del art. 4° de la citada ley.[8]

Bombas: son los receptáculos constituidos de cualquier material de explosivos que pueden tener proyectiles o no, o liberar gases, los cuales por abrasamiento, incadescencia, percusión, mediante un sistema mecánico o químico, estallan con o sin detonación [9].

[3] Fontán Balestra, C. "Tratado de Derecho Penal" Parte Especial Tomo VI, Ed. Lexios Nexis Abeledo Perrot Buenos Aires, 2003.
[4] NUÑEZ, Ricardo, Derecho Penal argentino, t, V, vol. I (t. VI en la edición de 1971), Parte especial, Marcos Lerner, Córdoba, 1992;
[5] Donna Edgardo, "Derecho Penal", Parte Especial Tomo II-C, Ed. Rubinzal-Culzoni , Santa Fe, 2002.
[6] En tal sentido ver Núñez, op. cit. y Carlos Creus
[7] Y su modificación por la ley 24.192.
[8] Soler Sebastián "Derecho Penal Argentino" Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1994.
[9] Donna, Edgardo op. cit.

Materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear: son aquellos que se utilizan para realizar los procesos de conversión de la materia en energía (uranio, plutonio, entre otros).

Materias explosivas: son aquellas que sin constituir una bomba pueden detonar o estallar o producir detonaciones (ej. Trinitrotolueno –TNT-, nitroglicerina, etc.).

Materiales radiactivos: son las sustancias químicas como el radio, polonio, uranio -entre otras- capaces de de emitir espontáneamente partículas o rayos por desintegración del núcleo atómico. Lord Ernest Rutherford descubrió que la radiación de los cuerpos radiactivos es de tres clases, alfa, beta y gamma**.** Los rayos gamma son los de más alta penetración, energía y velocidad (casi igual a la de la luz), no se desvían en un campo magnético y son los considerados más peligrosos para el hombre.

Las materias ***inflamables*** son las susceptibles de prenderse rápida y violentamente en llamas como por ejemplo la nafta, la bencina (o éter de petróleo) o el napalm. El napalm era originariamente ácido fosfórico. Mezclando con jabón de aluminio con gasolina se obtienía un gel de gasolina. Esto producía una sustancia altamente inflamable pero que ardía lentamente. Puede apagarse mediante la inmersión total en agua o con privación de oxígeno, pero en cualquier otro caso arde indefinidamente. El napalm tiene hoy otra composición: el "Napalm B" contiene benceno y poliestireno para estabilizar la base de la gasolina. El napalm es capaz de incinerar toda forma de vida, dejando edificios y objetos intactos por su capacidad de expandirse por el oxígeno.

Isótopos radiactivos Se conoce como isótopo a las variedades de átomos que tienen el mismo número atómico y que, por lo tanto, constituyen el mismo elemento aunque tengan un diferente número de masa. Es posible dividir los isótopos en isótopos estables e isótopos no estables o radiactivos. Para que un isótopo **sea radiactivo**, debe exhibir una proporción entre su cantidad de neutrones y de protones que **no resulte propicia para mantener la estabilidad del núcleo**. El isótopo radiactivo cuenta con un núcleo atómico **inestable** ante el equilibrio existente entre los protones y los neutrones. Esta misma característica hace que **emita energía** cuando muta de forma hacia condiciones más estables. Los isótopos no estables experimentan un periodo de desintegración donde la energía es emitida como rayos beta, alfa o gamma. Estos isótopos radiactivos se emplean cotidianamente en hospitales (unidades de oncología, análisis, etcétera), industria (inspección de soldaduras, medida de espesores) pero también se utilizan en la industria nuclear y por ello se justifica su inclusión en la enumeración de este párrafo.

Las ***asfixiantes o tóxicas***: son gases o sustancias que tienen capacidad para producir efectos asfixiantes o tóxicos, como por ejemplo el envenenamiento.[10] Si bien el uso de sustancias tóxicas y biológicas data de la antigüedad, su uso durante la Primera Guerra Mundial generó una reacción mundial contra el uso de estas sustancias que convergieron en la firma del Protocolo de Ginebra el 17 de Junio de 1925, que prohíbe el uso bélico de gases asfixiantes, tóxicos. Estas sustancias pueden clasificarse de la siguiente manera

a) Vesicantes: son los agresivos líquidos oleosos que provocan quemaduras y vesicaciones en la piel y tejidos internos al ponerse en contacto con ellos. Él más importante y conocido es Gas Mostaza (sulfuro de dicloroetileno)

---
[10] Núñez, op. cit.

b) Sofocantes: Son gases o líquidos muy volátiles que producen lesiones de las vías respiratoria causando primero graves lesiones en los alvéolos pulmonares, originando por alteración de la permeabilidad de la membrana alvéolo-capilar un edema agudo de pulmón. Los agentes sofocantes más conocidos son el Fósgeno, Cloro y Acido Cianhídrico.

c) Hemotóxicos: son agentes muy volátiles cuya vía principal de entrada es la inhalación y producen efecto por interferencia con la utilización de oxigeno a nivel celular ellos son el Hidrógeno Ciánido y Cianógeno Chorido.

d) Neurotóxicos: son agresivos químicos similares a los insecticidas por lo que también se conocen como agresivos organofosforados. La nomenclatura americana habla de dos tipos de agresivos nerviosos, los agentes G (Tabun, Sarin, Soman) y los agentes V (VE, VM, VX, etc.).

e) incapacitantes psíquicos: incapacitantes son los que producen una incapacidad física temporal que dura horas o días tras la intoxicación. Incapacitantes psíquicos son los que tiene la propiedad de perturbar el comportamiento de los individuos y privarles de la capacidad de tomar iniciativas y decisiones lógicas. Entre ellos se encuentran el agente BZ y el ácido lisérgico.

f) neutralizantes: Son agentes irritantes caracterizados por su corta duración, baja toxicidad y con período de latencia muy corto, provocando la incapacidad de los intoxicados de forma inmediata. Se suelen usar como agentes antidisturbios y tienen efectos lacrimógenos, vomitivos o estornudógenos.

g) defoliantes: El agente "naranja" es una sustancia defoliante al ser aplicado a los campos de cultivo provoca el crecimiento veloz de las plantas y su muerte prematura antes de producir frutos. Fue utilizado en la guerra de Vietnam para que los árboles perdieran sus hojas y evitar de este modo que el enemigo pudiera camuflarse en el follaje. No obstante puede causar daño a largo plazo en el ambiente, y a los animales y las personas.

Las bacterias tales como la *yersinia pestis* (conocida como **peste bubónica** que se propaga a través del aire) o el virus **Ébola** (virus de la familia *filoviridae* y género *Filovirus* cuyo nombre proviene del río Ébola en la República Democrática del Congo, antiguo Zaire, donde fue identificado por primera vez en 1976 durante una epidemia y que se transmite por contacto directo con líquidos corporales infectados como la sangre, la saliva, el sudor, la orina o los vómitos) se encuentran comprendidos en el concepto ***biológicamente peligrosos***. El virus del Ébola causa fiebre hemorrágica viral infecciosa, altamente contagiosa y muy severa que afecta tanto a animales como a seres humanos

En cuanto a la **fabricación o tenencia para sabotaje** para dañar máquinas y productos, Aguirre Obarrio, reflexiona señalando que la redacción de la norma es de difícil interpretación, ya que ni las "máquinas", ni los "productos" están descriptos por la Ley. [11] Desde esa óptica, cabe preguntarse si cualquier sabotaje en máquinas y productos estaría alcanzado por esta norma. La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que si las prácticas ilegales no afectan a la elaboración de productos necesarios e importantes para una comunidad, no estarían alcanzadas por esta norma habida cuenta que siempre -pero particularmente en este caso- debe tenerse presente cuál es el bien jurídico que tutela la norma. En

[11] MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., Los delitos, Tea, Buenos Aires, 1999 t. III, p. 68.

efecto, el daño producido debe afectar máquinas y productos cuya su merma o ausencia, amenace la seguridad común.[12] Sobre esta idea Aguirre Obarrio y Creus coinciden en afirmar que los productos deben estar en relación directa con el bien jurídico "seguridad común", y como consecuencia, las "máquinas" deben ser aquellas que los elaboran. Debe tratarse de máquinas y productos que tengan que ver con la salud pública o que sean importantes y necesarios para la seguridad de la comunidad.[13]

El delito es doloso y sólo admite el dolo directo. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que la acción peligrosa tiene que tener en mira, el fin de contribuir a los delitos contra la seguridad común.[14] En un caso tratado por la justicia, los imputados habían lanzado una bomba molotov sobre un vehículo de transporte público de pasajeros pero no se contempló, ni se trató ni pudo probarse de modo alguno, que el propósito de ese lanzamiento hubiera tenido por objeto la contribución a la comisión de delitos contra la segundad común y, por lo tanto no fue aplicable este artículo a la hora de resolver la situación procesal de los implicados.

El delito se consuma con la acreditación del despliegue de las acciones típicas con la finalidad específica de contribuir a la comisión de un delito contra la seguridad común, sin que sea necesario atender a la utilización de dichas sustancias o bombas o materiales explosivos.

Por ello mismo, la figura no admite la tentativa.

Este es uno de esos casos en los que la ley penal parece adelantarse la punición del *iter criminis* castigando la conducta de quienes realizan actividades que por sus características constituyen meros actos preparatorios. Sin embargo, habida cuenta de las graves consecuencias que podrían derivar de ellas, resulta adecuado, a los fines de la tutela penal, cercenar y prohibir conductas que en otro caso, y de no ser prohibidas, podrían tener consecuencias devastadoras e irreversibles.

Por las mismas razones delineadas hasta aquí, la doctrina entiende que, por ejemplo, en el caso de la fabricación, no es exigible –para entender que se ha infringido la norma- que el proceso se complete totalmente, sino que queda incluida en el reproche penal la acción de aquel que ha comenzado el proceso de fabricación sin terminarlo completamente. Tal conclusión resulta coherente inclusive, por lo que se desprende del propio artículo, que no sólo castiga a los que fabriquen, sino a aquellos que simplemente tengan en su poder materiales y sustancias que sirvan para la fabricación.

Contribución e Instrucción para preparación de materiales o sustancias explosivas.

"… La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la

[12] En este sentido ver Creus, Carlos op. cit.
[13] Se señalan como ejemplos los laboratorios, la producción de insumos sanitarios y también aquellos que puedan tener usos para combatir estragos, como las autobombas o fabricación de matafuegos.
[14] Revista de Jurisprudencia Argentina 1989-III-636

elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior…".

La acción típica es la de **dar instrucciones,** es decir el que dicta o indica cuáles son los pasos a seguir o las proporciones o los materiales para la preparación de alguna sustancia o material. Las instrucciones tienen que estar destinadas a que el receptor de aquellas pueda producirlas o armar los materiales, por sí mismo o dirigiendo a terceros.

Como en el caso anterior, las instrucciones de fabricación deben estar destinadas a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos.

Carlos Creus señala que la acción de dar instrucciones, es una intervención en el acto mismo de la fabricación comprendido en el primer párrafo del art. 189 bis, y que alcanza quien o quienes directamente dirigen los pasos de terceros en la elaboración de la sustancia o de materiales. El autor también señala que sólo indirectamente podría considerarse la acción de "dar instrucciones" al hecho de impartir enseñanza. Por supuesto, tal extremo debe quedar sujeto a prueba y en caso de acreditarse tal circunstancia, quedaría excluida la participación.

Aquí también las instrucciones para la preparación de la sustancia y el armado, son, en sí mismas punibles. Ya hemos señalado que -a diferencia de lo que ocurriría con otras conductas delictivas incluidas en el Código donde la regla es que las instrucciones, o el trazado de un plan, constituyen meros actos preparatorios- en el caso de este tipo penal, las instrucciones impartidas serán consideradas participación en los términos de los arts. 45 y 46 del Código Penal.

En el dictado de instrucciones pueden contribuir una o varias personas, pues la intervención puede vincularse a diversas etapas del proceso de fabricación. Incluso pueden serlo en distinto tiempo y en distintos lugares. Carlos Creus señala que tanto es punible el que las imparte a una persona como quien procura vulgarizar los conocimientos por medios que pueden llegar a un gran número de personas. Y en este sentido, entendemos que también deben quedar comprendidos en la penalidad establecida para este delito, aquel que dicta las instrucciones y aquel o aquellos que las traducen a un lenguaje comprensible para que sean otros los que las ejecuten de acuerdo con esa comprensión (diferente idioma, diferente dialecto y hasta diferente lenguaje como podría ser el lenguaje de señas).

La ley también exige, como en el caso anterior, un ***conocimiento y aceptación previos*** a su conducta, que constituye el elemento subjetivo de la figura. Pero en este caso, la exigencia es mayor pues, a diferencia de la contemplada en el primer párrafo, no sólo es punible aquel que conoce con certeza que ***sabe que contribuye*** a la comisión de un delito contra la seguridad común, sino aquel que ***debería saber*** que contribuye. Este deber de presumir es sancionado con la misma pena tanto para el que actúa con dolo directo como para aquel que lo hizo de manera culposa o sin tomar los debidos recaudos. Por tal motivo, aquel que actúa con dolo eventual, lógicamente quedará alcanzado por la sanción.

El delito se consuma con el hecho de **impartir las instrucciones**, aunque las mismas no sean utilizadas pero es indispensable que alguien reciba las instrucciones. Por ello, las instrucciones no sólo deben ser verbales y personales, sino que pueden encontrarse impresas, o manuscritas o dibujadas mediante esquemas o trasmitirse por cualquier medio electrónico (por e-mail o por mensaje de texto). Creus señala que este delito **admitiría la tentativa** en casos concretos tales como realizar un folleto con las instrucciones sin que llegue a distribuirse, o cuando se exponen las instrucciones que nadie recibe, por inexistencia de persona alguna que logre escucharlas. Inclusive entiende que se daría el caso de **tentativa de delito imposible** cuando el medio para suministrar las instrucciones es inadecuado para que sean receptadas por terceros como por ejemplo un micrófono descompuesto. Pero todos estos son casos especiales y deben ser analizados en el contexto del caso concreto y la responsabilidad debe ser valorada y apreciada a la luz de la prueba recogida en la investigación.

Doctrinariamente, en lo que hace al tema de antijuridicidad, no se descuidan ciertos casos particulares en los que estaría justificada la acción de aquel que imparte las instrucciones en virtud de su trabajo y por ello, cumple con su deber. Este sería el caso del profesor de un curso sobre explosivos. Inclusive en el caso de que el docente hubiera podido representarse como posible que alguno de sus alumnos utilizara esas sus enseñanzas para cometer delitos contra la seguridad, quedaría eximido de responsabilidad. Por lo demás, es indispensable el conocimiento del carácter de las instrucciones que se imparten y la finalidad.

Tenencia Simple y Portación

"… La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años…"

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS ($ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS ($ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acreditare su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS ($ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar

armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego."

1. La norma habla de la **tenencia de:**

a) los materiales a los que se refieren los párrafos anteriores
b) de armas de fuego de uso civil[15]
c) de armas de guerra[16]
d) de instrumental para producir armas de fuego, piezas o municiones, sin debida autorización legal.

La tenencia que contempla esta norma tiene un **sentido amplio** y no se ciñe estrictamente al hecho de contacto físico y directo del arma de fuego con el del autor. Javier de Luca señala que la figura comprende a aquel que está ligado al objeto (arma de fuego, materiales, piezas o instrumental para producir armas de fuego o municiones) tanto si se comporta como dueño, como si reconoce esa propiedad en otra persona.

De Langhe ha escrito que "existe acuerdo doctrinario en que el término tenencia alude a quien ostenta el poder de disposición sobre ciertos objetos…el agente debe tener el arma…bajo su poder, sin autorización legal, pudiendo disponer de ella en cualquier momento, ya sea corporalmente o en un lugar cercano o próximo…", y que "La conducta típica es la tenencia, vale decir, la conservación dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aun escondido, en el que se encuentre a su disposición, pero sin llevarla consigo."; que se configura la tenencia de arma de fuego cuando el arma es hallada en el domicilio del imputado y que tratándose de un delito de mera conducta o de pura actividad, donde la acción se agota en ella misma y consuma instantáneamente el delito, correctamente se reprime la tenencia pretérita, ya que mientras hubo tenencia comprobada, existió peligro, aunque luego se haya entregado el arma a otra persona o se la haya abandonado.[17]

Núñez y Carrera, han sostenido que este hecho es una contravención porque sólo constituye una violación a una ley de policía administradora (como es la falta de permiso) de la tenencia de dichos objetos y que su inclusión en el Código lo convierte en un delito de estructura puramente legal pues, a diferencia de la aclaración contenida en los dos primeros párrafos de este artículo, se ha prescindido de exigir el elemento subjetivo que caracteriza a este tipo de infracciones, esto es el **fin** de contribuir a delitos contra la seguridad común**.**

[15] Para estos casos resulta indispensable contar con el texto de la Ley 20.429 de Armas y Explosivos y su Decreto Reglamentario 395/75, 2534/91 y 252/94 donde se brindan definiciones vinculadas con armas y explosivos y se suministra la clasificación de armas de uso civil, de uso civil condicionado y de guerra de acuerdo a su calibre y condiciones de uso. Este es uno de los casos de la llamada "ley penal en blanco" prevista en nuestro ordenamiento jurídico.
[16] Idem nota al pie anterior.
[17] De Langhe, Marcela "Artículo 189 bis Armas y materiales peligrosos", publicado en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", tomo 8, Artículos 186/199, Parte Especial, David Baigún y Eugenio Zaffaroni (dirección), Marco A. Terragni (coordinación), Hammurabi, Buenos Aires, 2009, págs. 341/349).

Es un hecho doloso que requiere el conocimiento del carácter de los objetos y la voluntad de tenerlos y la inexistencia de la autorización previa; y se configura aunque el arma se encuentre descargada.[18]

Doctrinariamente se ha criticado tanto la razón de la sanción, como su constitucionalidad, argumentado –tal como ocurre por ejemplo con la tenencia de sustancias estupefacientes- que atenta contra la garantía contemplada en el art. 19 de la Carta Magna. Por ello, jurisprudencialmente, a los fines de tener por acreditada la infracción a esta norma, se considera necesaria la preexistencia de un peligro, aunque sea remoto.[19]

En el caso que tratamos, coexisten posiciones relacionadas con consideración de la figura como de peligro abstracto o bien, como delito de pura actividad. En este último caso, la ley penal prescinde de considerar que la acción incriminada comporte o no determinadas consecuencias, penando la acción en sí misma, con independencia del daño o del riesgo creado[20] Otros consideran el delito, como un delito de resultado. Y ese resultado debe ser, justamente el peligro creado. Si tal peligro no se comprueba, debería desecharse la idea de infracción a la ley penal. Esta es la razón por la cual existen pronunciamientos judiciales discímiles en este aspecto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en cuanto al tópico en cuestión la CSJN en ***C.371.XXXVI COM Galarza, Oscar Alberto 5/12/2000*** haciendo referencia al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación Dr. Eduardo Casal ha señalado que “La presente contienda …se refiere a la causa seguida contra Oscar Alberto Galarza, a quien se le secuestró nueve proyectiles calibre 38. El magistrado provincial declinó su competencia a favor de la justicia nacional al entender que el juzgamiento de la simple tenencia ilegal de arma de uso civil, corresponde a la justicia de excepción, según lo reglado por el artículo 42 bis de la ley 20.429 (fs. 9). El juez federal, por su parte, calificó el hecho como simple tenencia ilegítima de municiones de arma de guerra, y rechazó aquella atribución con base en que ese delito no habría puesto en peligro la seguridad del Estado o de sus instituciones (fs. 13) (…) Es doctrina del Tribunal que las cuestiones de competencia en materia penal deben decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se ha perpetrado, según pueda apreciarse *prima facie* y con prescindencia de la calificación que, en iguales condiciones, le atribuyen los jueces (Fallos: 316: 2374) (…) En esta inteligencia tiene resuelto V.E. que ***el peligro para la seguridad común que el artículo 189 bis del Código Penal quiere evitar puede ser creado, indistintamente, por la tenencia no autorizada de un arma de guerra o*** de su munición (Fallos: 314:191; 317:2032; entre otros). Por aplicación de este principio y habida cuenta que de las particularidades de las municiones secuestradas (ver acta de fs.1/2), y de las probanzas incorporadas al incidente, no surge que el hecho en cuestión haya puesto en peligro la seguridad del Estado o de sus

---

[18] De Luca, Javier A. – Sierra, Hugo M. *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra* Ed. Ad–Hoc, Buenos Aires 1993.
[19] CNCP Sala III, “Wasiluk, Daniel” publicado en *Revista de La Ley* 2001-I-324 con comentario de Carlos Creus.
[20] BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco “Sobre el concepto y alcance del delito de tenencia y portación de armas de guerra” *publicado en Revista de La Ley* 132-406, BELING, *Die lehre von Verbrecheit,* Tubinga, 1906, ps. 293 y ss.;

instituciones (Competencia n 502, L.XXXIV, in re “Niz, Claudio Juan y otro s/tenencia ilegal de arma de guerra, resuelta el 12 de noviembre de 1998), opino que corresponde atribuir el conocimiento de la presente causa a la justicia provincial..”.

El Dr. Santiago Petracchi -en disidencia- en el fallo de la ***C.S.J.N. S.170.XXVII del 30 de abril de 1996*** al intervenir en el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Oscar Federico Spinosa que fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor responsable de tenencia ilegal de arma de guerra en concurso real con lesiones leves dijo “…Que parece inequívoco inferir, a la luz de la resolución ministerial en estudio, que ***la tenencia de armas de guerra no pone en riesgo a la seguridad pública, cuando el tenedor es uno de los funcionarios enumerados en dicha resolución, pues ésta los reputa de iure legítimos usuarios de dichas armas***. Y ello, precisamente, indica que la conducta del acusado en el *sub lite*, no puede ser encuadrada en el tipo del delito previsto en el artículo 189 bis, pues, justamente, este delito tiene como objetivo tutelar a la seguridad pública (tal como cabe inferir del nombre del título VII del Código Penal, en donde dicho artículo 189 bis se encuentra ubicado). Seguridad pública que, en principio, no se ve afectada cuando el portador del arma de guerra es una de las autoridades enumeradas en la resolución 1131/90 del Ministerio de Defensa de la Nación…”. En el caso, Spinoza Melo era embajador en la República de Chile y se encontraba abarcado por la resolución 1131/90 que prevé una serie de medidas que buscan facilitar la protección individual de funcionarios nacionales y extranjeros, que por el rango de sus cargos son merecedores de la máxima confianza y, por ello la resolución ministerial aludida considera que es "...superfluo e innecesario indagar sobre sus condiciones y antecedentes penales..." y[21]por ello, carecía de permiso para portar o tener un arma de fuego.

2. **La portación de**:

a) Armas de fuego de uso civil
b) Armas de guerra
c) Armas de fuego de uso civil o de guerra por parte del tenedor autorizado.

La acción consiste en **portar** y comprende no sólo acciones visibles a terceros, sino también ocultas o disimuladas. “Portar” importa tanto la acción de blandir o exhibir el arma en un lugar público o de acceso público, como acarrearla o transportarla en la cintura, en un bolso u oculta entre la ropa. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que para que se configure el delito de portación de

[21] En el caso, la C.S.J.N. no hizo lugar a la queja interpuesta por la defensa de Spinoza Melo y no se expidió sobre el fondo de la cuestión.

arma de fuego, es requisito que aquella se encuentre cargada con municiones aptas para el disparo[22] y en condiciones de uso inmediato.[23]

El Decreto del PE Nacional 252/94 sobre POSESION Y TRASMISION DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES Y OTROS introdujo modificaciones a la Ley 20.429 a fin de que se unifiquen las credenciales y se actualicen los padrones de legítimos usuarios. Los Considerandos de dicho Decreto señalan que: *"…Que en el mejor ejercicio de la facultad de supervisión, conferida al organismo por el artículo 29 de la Ley N.20.429, es necesario generar la unificación las credenciales a ser emitidas por el mismo, para su otorgamiento a los usuarios de armas, quienes verían con ello plasmada la posibilidad de identificarse en todo el país, dando fe de su condición de tales en forma indubitable. Que asimismo, es función primaria del REGISTRO NACIONAL DE ARMAS(RENAR) la registración, en todo el territorio nacional, de las armas de fuego, del tipo que fueren, partiendo tanto de la individualización del material como de sus titulares; ello en concordancia con la obligación del Estado de garantizar la seguridad pública, con el conocimiento de las armas existentes en el país, y sus tenedores. Que como consecuencia de ello se hace necesario que el manejo de dicha información sea canalizada y verificada específicamente por ese organismo. Que a mayor abundamiento, la mencionada normativa vigente, condiciona los actos jurídicos de adquisición y transmisión por cualquier título, el uso, tenencia y portación de las armas de uso civil y la munición respectiva, a la mayoría de edad, y a las formalidades que se establecieren reglamentariamente, siendo resorte del PODER EJECUTIVO NACIONAL, regular los requisitos a cumplimentar por dichos usuarios. Que el presente se dicta en uso de las facultades emergentes de los incisos 1 y 2 del artículo 86 de la Constitución Nacional…".*

Así, el Registro Nacional de Armas es la autoridad de aplicación encargada de llevar un registro de armas y de tramitar y otorgar debidamente a quienes así lo soliciten, un permiso de **tenencia y/o de portación** de armas y municiones. En ese sentido El Registro Nacional de Armas (RENAR), dependiente del Ministerio de Defensa de la Nación, publicó en el año 2001 un manual registral que incluye un compendio de las normas vigentes ordenadas y actualizadas a disposición de los legítimos usuarios y de aquellos que pretendan serlo, con el objeto de agilizar la comprensión y el cumplimiento de las normas que regulan la tenencia y la portación de armas de fuego y municiones, obtención de credenciales, renovación y trámites. También incluye la enunciación de normas básicas de seguridad en el manejo de armas de fuego. El Manual no sólo se consigue en forma impresa, sino que está disponible en Internet en la dirección http://www.renar.gov.ar/pdf/MANUALREGISTRAL-1.pdf .

---

[22] "…Si el único proyectil marca "Orbea", calibre 32, que tenía para la carga el vigilador imputado se encontraba completo, pero con signos de haber sido percutido, conforme lo explicara el especialista ante la juez de la causa, la estricta aplicación del "favor rei" me lleva a coincidir que el arma de fuego incautada no se encontraba en condiciones de uso inmediato…" del voto del Doctor Borinsky del Tribunal de Casación de la Prov. de Buenos Aires, Sala III, causa 18741 "N. B., N. s/ recurso de casación" rta. 6/9/05. En contra con esta posición Fontán Balestra, Carlos quien afirma que la exigencia de que el arma esté cargada agrega al tipo un requisito que éste no tiene. Ver en este sentido CNCP Sala IV "Rodríguez, Raúl O rta. el 20/12/2001, publicado en Suplemento de Jurisprudencia Penal 10/6/2002 página 53.

[23] Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio, Código Penal, Hammurabi, Bs. As., 2009, t. VIII, p. 403. También ver C.N.Crim. y Correc., c. 35.406 "Sánchez, Sebastián" resuelta el 25/07/2008c, c.23.075 y "Montes, alfredo", rta. 23/12/03 de la misma Sala. Se hace referencia además,

En este manual, bajo el título INSTRUCTIVO GENERAL PARA USUARIOS - MEDIDAS DE SEGURIDAD señala: "…La portación consiste en la acción de disponer en un lugar público, o de acceso público, de un arma de fuego cargada o en condiciones de uso inmediato.
El permiso para portar armas de fuego reviste carácter extraordinario y eminentemente restrictivo, por lo que su otorgamiento deberá responder en todos los casos a la existencia y acreditación por parte del interesado de fundadas razones que, a juicio de la autoridad administrativa, justifiquen dicha autorización.". Así pues, la autoridad de aplicación en tema de permisos para portación de armas de fuego, ha recogido lo que la doctrina mayoritaria entiende qué es lo que debe entenderse por **portación.**

En síntesis, la ley no define qué es la portación de un arma de fuego y la doctrina no es pacífica al respecto. En efecto, para Carlos Fontán Balestra el delito de portación de arma de fuego, quedaría igualmente configurado aún cuando el arma se estuviera descargada, siempre y cuando –claro está- se acredite la acción de "portar" pues los proyectiles pueden adquirirse o llevarse por separado, o el arma podría ser objeto de sustracción y ser utilizada por un tercero.

El autor será cualquier persona que carezca de la autorización legal para portar armas[24]aún cuando se encuentre autorizado a su tenencia.

Para la consumación no se requiere más que la comprobación de la portación, sin que la conducta deba trascender a otros hechos. Ahora bien, desde el punto de vista subjetivo, es un delito doloso que requiere un doble aspecto: que se conozca que se está portando el arma[25] y el conocimiento de que se carece de autorización legal para ello. No admite tentativa, pero sí algunas formas de participación tal como surge del anexo jurisprudencial.

La diferenciación entre tenencia y portación, está receptada por el decreto 395/75, reglamentario de la Ley de Armas y Explosivos 20.429 que siempre distinguió, tanto para las armas de guerra como para las armas de uso civil, ambas categorías. Los artículos 57 y 102 del referido decreto reglamentario, establecen las atribuciones que poseen los habilitados a la "tenencia", tanto de armas de guerra como de armas de uso civil -respectivamente-, se pone en evidencia que no está entre las acciones autorizadas la portación, a la que se refieren los artículos 88 y 112.

3. **Fabricación** ilegal de armas de fuego.

La fabricación de armas está regulada por la ley [26]y controlada por el Estado como cualquier otra actividad legal. Sin embargo, y a diferencia de lo que podría ser el por ejemplo montaje de una fábrica de indumentaria sin la autorización estatal pertinente, la ***fabricación*** -con el alcance delineado al comentar el primer párrafo de este artículo- de armas de fuego se erige en un delito contra la seguridad pública. La actividad ilegal de quien tiene un emprendimiento comercial cuyo producto resulta inocuo para la seguridad de la comunidad reconoce una sanción de carácter administrativo. En cambio la

[24] Como se dijo, la autoridad competente para expedir los permisos de portación y tenencia de armas de fuego es el Registro Nacional de Armas dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y consideran "portación" a un actividad determinada, la cual la definen de manera técnica y administrativa a los fines de su función.
[25] Con los alcances señalados en cuanto a las municiones, su aptitud para el disparo y condiciones de inmediato uso.
[26] Ley 12.709 de Creación de la Dirección General de Fabricaciones Militares

fabricación de armamento, se erige en un delito. La norma exige habitualidad como condición objetiva de punibilidad.

4. **Acopio** de armas y explosivos.

El acopio requerido por la figura, no es el simple acto de pluralidad. Acopiar es reunir de un modo considerable armas de fuego, municiones o explosivos, de un modo superior a lo que el uso común o deportivo pueden justificar[27] (Soler). También el que exceda la finalidad del coleccionista sea por el tipo de armas que se trate, por la diversidad o los modelos o por cualquier otra circunstancias que razonablemente pueda excluir esa finalidad. No es suficiente, para considerar configurado el delito tener varias armas, si de esa multiplicidad no se infiere la finalidad de acopiarlas.

En cuanto a las municiones, y debido a la redacción actual de este artículo, sólo el acopio de municiones es punible, es decir, la reunión considerable de municiones. La tenencia de municiones que no llega a constituir acopio, resultaría atípica.

5. **Entrega** de arma de fuego a quien no acredita su condición de legítimo usuario.

La ley no hace distinciones respecto de la causa por la cual se materializó la entrega y por ello, se indiferente cualquier intercambio sea gratuito u oneroso: una compra venta privada, un regalo, o el simple acto de dar a otro un arma de fuego, con cualquier fin. Si se ha comprobado la entrega, y la inexistencia de una credencial o autorización de legítimo usuario expedida por el RENAR a favor del que la recibe, queda configurado el delito.

Debido al contexto histórico del tiempo en el que se promulgó esta norma, su inclusión ha tenido por objeto alcanzar y abarcar las conductas de aquellos que si bien no participaron en la comisión de algún delito, fueron los proveedores de las armas que se utilizaron para cometerlos. Pero como vemos, no es necesario que con el arma se haya cometido algún delito. La infracción se consuma con la entrega y podría darse un caso de concurso con el delito de encubrimiento (art. 277 del Código Penal).

En tal sentido, es un delito doloso que se configura con el acto mismo de entregar con más el conocimiento concreto de que quien recibe no se encuentra autorizado como legítimo usuario. No está contemplada la culpa, pero el error eliminaría el dolo.[28]

Las agravantes están dadas por la calidad de quien la recibe (menor de 18 años), por la habitualidad y por la calidad de quien entrega. Aquel que cuenta con autorización para la venta de armas de fuego y entrega a quien no se encuentra legitimado para ello, será pasible de ser penado con inhabilitación especial.

6. **Omisión** o **duplicación** de número de grabado en las armas y **adulteración o supresión** de numeración de armas.

---
[27] Soler, Sebastián op. cit.
[28] Donna, Edgardo op. cit.

Esta norma prevé dos tipos de conducta diferentes. La omisión o duplicación es un delito de especialidad, es decir, sólo aquel que cuente con la debida autorización para fabricar armas tiene autorización para otorgarles una numeración única e irrepetible y, por lo tanto es el único que puede erigirse como autor de este delito.

Como vimos en párrafos anteriores, la fabricación de armas de fuego se encuentra expresamente regulada por la ley y el RENAR lleva un padrón o registro de esas armas y de sus legítimos tenedores y usuarios. El fin de ese padrón es conocer la importancia y extensión del armamento que se encuentra a disposición de la población.

Esta norma prevé el caso de aquel que cuenta con la autorización legal para fabricar armas de fuego que, por su actividad, tiene la obligación de numerar e identificar a cada una de ellas.

El delito consiste en omitir la numeración o duplicarla de modo tal que no pueda conocerse la existencia del arma ni, por supuesto, a quién ha sido entregada. La omisión es la falta de numeración en el arma, y la duplicación es la repetición de un número en dos o más armas. El efecto de estas conductas es desconocer la disponibilidad de armamento circulante y, por tal motivo, las conductas son consideradas potencialmente peligrosas.

La adulteración y supresión de la numeración son conductas que no requieren una calidad especial en el autor para que su acción se considere delito, a diferencia de lo que hemos visto con la omisión y la duplicación. En efecto, quien suprima o adultere puede ser el fabricante de armas de fuego debidamente autorizado por la ley o cualquier otro individuo que practique maniobras que adulteren o supriman la numeración de un arma de fuego.

Adulterar es cambiar o modificar, por cualquier medio. Así, la maniobra podría configurarse mediante raspado, sustitución, superposición o agregado si con ellas resultara modificada la numeración.[29]

Suprimir es erradicar, también por cualquier medio, la numeración preexistente en el arma. Esta es una figura que mantiene con la del art. 289 inc. 3° una relación de especialidad. En efecto, esta última norma reprime con prisión de seis meses a tres años al que "…falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un **objeto registrado de acuerdo a la ley**…". Este artículo no enumera los "objetos" registrados de acuerdo con la ley, por lo que se entiende que es una numeración que comprende a cualquier objeto que cualquier ley legisle sobre su identificación numérica (por ejemplo numeración del motor y/ o del chasis de un vehículo automotor). El último párrafo del art. 189 bis especifica que la adulteración o supresión de la numeración debe ser en un arma de fuego, y para ella, establece una pena específica. Admite tentativa. Y es un delito doloso.

Tenencia y portación de armas y explosivos en la Ley 24.192.

En párrafos anteriores hemos visto que la ley 24.192 (que modifica a la ley 23.184) regula el régimen penal y contravencional sobre violencia en espectáculos deportivos y prevé dos tipos penales

[29] Fontán Balestra, op. cit.

vinculados particularmente con la tenencia y la portación de las armas de fuego y explosivos que hemos tratado hasta aquí.

El art. 3° de la ley 24.192 reprime "*con prisión de uno a seis años, si no resultare un delito más severamente penado*", al que

- "**introdujere, tuviere en su poder, guardare o portare armas de fuego o artefactos explosivos** en las circunstancias del art. 1°", es decir, en ocasión de un espectáculo deportivo inmediatamente antes, durante el desarrollo del certamen o en los momentos posteriores a la finalización del espectáculo. En todos los casos, la ley impone el decomiso de las armas o artefactos, es decir, su secuestro y posterior destrucción del armamento o los explosivos.

El art. 4o de la misma ley reprime *con prisión de un mes a tres años "siempre que no correspondiere pena mayor"*

- a "los dirigentes, miembros de comisiones directivas o subcomisiones, los empleados o demás dependientes de las entidades deportivas o contratados por cualquier título por estas últimas, los concesionarios y sus dependientes, **que consintieren que se guarde en el estadio** de concurrencia pública o **en sus dependencias armas de fuego o artefactos explosivos**", agregando, como en la anterior hipótesis, la pena accesoria de

decomiso de los artefactos.

La equiparación de las penas tanto a la tenencia como a la portación de armas de fuego en el caso del artículo 3º de esta ley, puede ser confusa. En el régimen legal del art. 189 bis, la tenencia y la portación de armas de fuego tienen –en su actual redacción- escalas penales diferentes pero además para el caso específico de la portación de arma de guerra, tanto el máximo como el mínimo son sensiblemente superiores a la pena establecida en esta ley especial. En efecto la portación de arma de uso civil sin la debida autorización, en el caso del art. 189 bis la escala penal es de 1 a 4 años de prisión, mientras que en el caso de portación de arma de guerra, la escala asciende de 3 años y seis meses de prisión a ocho años y seis meses. Así pues, la agravante particular introducida por la ley especial de prevención de violencia en los espectáculos deportivos, queda huérfana en su intención de intensificar penas cuando se trata de portación de arma de guerra, puesto que la figura aún emanando de una ley especial, resulta más benigna que la de la norma del Código Penal. Por otro lado, también debemos tener en cuenta que la actual redacción del art. 189 bis del Código Penal es posterior a la promulgación de la ley 24.192 por lo que podría entrar en vigor el principio a través del cual la ley posterior deroga a la anterior, sin perjuicio de la permanente vigencia del principio de la ley más benigna (art. 2 del Código Penal). Por lo demás, nos remitimos a lo dicho al inicio del comentario de este artículo en cuanto compartimos la posición de Sebastián Soler, en cuanto a la relación de subsidiariedad de las figuras y la que aplicación de una u otra podrá resultar de las circunstancias de cada caso.

Agravantes en razón de condenas anteriores, declaraciones de rebeldía y excarcelaciones previas.

Dice el art. 189 bis ***"…El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre será reprimido con prisión de CUATRO a DIEZ años.***

Respecto de la constitucionalidad de las agravantes contempladas en este párrafo del art. 189 bis, se han alzado voces que la defienden y voces que la detractan. En el anexo jurisprudencial que sigue a continuación, se citan fallos que aluden a la validez o invalidez constitucional de esta norma, pero antes se abordará un comentario sobre los tópicos en cuestión.

Esta clase de delitos están constituidos por una previa presunción positiva de peligrosidad. Así los plantea Gustavo Eduardo Aboso[30] y esa parece ser la concepción que precede a la inclusión de esta normativa en nuestro derecho positivo: debe castigarse más severamente a aquel que tiene o porta un arma de fuego, si en forma previa a este hecho gozó de excarcelaciones o exenciones de prisión o si fue condenado por algún delito doloso contra las personas o si los hechos cometidos se hubieran perpetrado con el uso de armas de fuego.

Por otro lado, la inclusión de este párrafo pareciera desconocer la existencia de otras normas en el mismo plexo sustantivo, relacionadas directamente con la valoración judicial del juez, respecto de los hechos, al tiempo de dictar sentencia. Estas normas son las del art**. 40, 41, 41 bis** y también el art. **50** del Código Penal.[31]

Cabe preguntarse entonces, si aún con la preexistencia de normas de derecho de fondo que regulan expresamente la consideración de la existencia de circunstancias atenuantes, agravantes, la naturaleza de la acción, la extensión el daño y el peligro causado, la conducta precedente del sujeto, las reincidencias en las que hubiere incurrido y demás antecedentes, como así el hecho de que quien hubiere cumplido total o parcialmente una pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país y comete un nuevo delito y la consecuente declaración de reincidencia por ello mismo, resulta ajustada a derecho la norma que eleva las penas mínimas y máximas de las figuras básicas, por circunstancias objetivas previas al hecho que no se refieren –en esencia- al nuevo delito cometido y que, además, al tiempo de dictarse sentencia, deberán juzgarse, a su vez, a la luz de los arts. **40, 41, 41 bis y 50** del Código Penal.

[30] Aboso, Gustavo E. "Régimen penal de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma introducida por la ley 25.886", publicado en "*Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial",* editorial B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2005, pág. 165.

[31] Aunque con relación a este **artículo 50** existen numerosos planteos vinculados con su constitucionalidad por argumentos similares (Ver CNCP "Medina, Alfredo Mario s/recurso de casación", registro nro. 15.888 del 9 de noviembre de 2011; "Reyna, Darío Daniel s/recurso de casación", reg. nro.15.962 rta. el 21/11/11 y "Colazo, Javier Alejandro s/recurso de casación", registro nro. 15.922 de la misma Sala del 22/11/11, todos de la Sala IV de este Tribunal) la CSJN entendió que no se vulnera el principio constitucional de *ne bis in idem*: "el principio non bis in ídem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" y que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito." (cfr. CSJN "L`Eveque, Ramón Rafael", L. 513. XXI, 16/08/1988, T. 311 P. 1451).

Por otra parte, pareciera que la razón de ser de la agravante se sustenta únicamente en un rasgo de la personalidad del procesado o de su "estado peligroso" o su "inclinación a cometer delitos", con abstracción de la valoración objetiva del hecho cometido y la transgresión afectada.

El derecho penal estructura al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, la que es provocada por un acto humano, como decisión autónoma de un ente responsable -persona- al que se le reprocha, y por lo tanto retribuye el mal causado *en la medida de la culpabilidad* –por autonomía de la voluntad- [32], es decir, se trata de una regulación legal, en virtud de la cual *la punibilidad se vincula a una acción concreta descripta típicamente* y la *sanción sólo representa la respuesta al hecho individual, y no a la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan de él.*[33]

Por ello, y en ese sentido, la **Sala V de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal** ha dicho que "*La agravante del art. 189 bis, apartado segundo, última parte, del C.P., resulta contraria a nuestra Constitución Nacional. El precepto -que cuenta con una deficiente técnica legislativa-, al establecer una mayor pena para el portador ilegítimo de armas, en virtud de poseer antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, constituye una clara vulneración al principio de culpabilidad (art. 18 de la C.N., 15 del P.I.D.C.P. y 9 de la C.A.D.H.). No se castiga al autor exclusivamente en función de la gravedad del hecho cometido, sino que, por contrario y de forma inadmisible, por registrar antecedentes penales. El dispositivo castiga no sólo la portación ilegítima de un arma de fuego, sino también la posesión de condenas, en el sentido que la norma indica (por delitos dolosos contra las personas o con la utilización de armas). El art. 18 de la C.N., al establecer que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...", fija claramente los límites de nuestro Derecho Penal. Sólo se castigan conductas, es decir, delitos. Nuestro sistema adopta un Derecho Penal de acto y no de autor, resultando absolutamente prohibido cualquier intento de sancionar "personalidades", "formas de ser", o "estados peligrosos" sin que se hayan materializado en acciones. La peligrosidad sin delito se halla vedada en nuestro sistema penal. El principio ne bis in idem también se encuentra afectado por la disposición inserta en el art. 189 bis, segundo apartado in fine del C.P.*

La convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo hecho. Es que, la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado. Por ello, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 189 bis, apartado segundo, último párrafo, del C.P., en cuanto agrava la portación de armas enrostrada al imputado por registrar antecedentes penales. "**RAMIREZ, Luciano N." resuelta el 16/03/06 c. 29.061 C.N.Crim. y Correc. Sala V**.

No obstante estas posturas, en el ámbito de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tribunales se inclinan por otorgar validez al párrafo que tratamos, expresando que la ley ha advertido

[32] Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Derecho Penal, Parte general, EDIAR, Bs. As., 200, pág. 64;
[33] Claus Roxin, Derecho Penal, parte General, traducción en la 2da. Ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, España, 1997, t.I, pág. 176

al ciudadano que tiene antecedentes por delitos dolosos contra las personas o que ha gozado de excarcelaciones o exenciones de prisión anteriores que se exige de él un mayor respeto y deber de cuidado superiores. Que el principio *ne bis in idem*, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal—, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Para fundar esta postura recurren además a los argumentos delineados por el Dr. Julio Maier quien expresa que "…la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para (…) en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho [...] de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente..." (cf. Derecho procesal penal, t. I, p. 643) y que "… No obstante lo expuesto, vale demarcar los límites de la regla descripta. El legislador no puede negar la libertad condicional a un sujeto por la sola circunstancia de que cometió alguna vez un delito y fue penado por ello. El legislador puede utilizar este mecanismo siempre que muestre alguna razón distinta de la mera discriminación. Ahora bien, si de la circunstancia de que se cumplió una pena por una condena anterior, el legislador extrajere alguna razonable conjetura referida a una mayor resistencia a la corrección que implica la pena en la conducta del sancionado, estamos simplemente frente a un supuesto de prevención especial, aún cuando la diferencia pueda ser sutil. Ergo, si alguien prueba que no hay ninguna razón para pensar que este tratamiento obedece a una prevención especial más adecuada, hay serias sospechas de que estamos frente a un supuesto de derecho penal del autor. En autos, el Sr. Lemes no muestra que en su caso estemos frente a un supuesto de estigmatización, sino ante uno de prevención especial que obedece a su resistencia a la pena. A esta altura del análisis, no es ocioso recordar que cuando al Sr. Lemes se lo detuvo portando sin autorización el arma de uso civil —hecho que le valió la condena impuesta en el presente proceso— estaba gozando del beneficio de la libertad condicional que le había sido otorgado, en el marco del cumplimiento de una pena única de siete años de prisión, dictada el 7 de junio de 2002, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, y de la sanción de un año de prisión en suspenso —cuya condicionalidad se revocó — impuesta el 5 de junio de 2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29, inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166, inc. 2, y 189 bis [2], último párrafo, del CP)…." **Expte. n° 5158/07 "Incidente de excarcelación en autos 'Lemes, Mauro Ismael s/ infracción art. 189 bis CP Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP' s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5157/07 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de excarcelación en autos Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP'".**

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Atento que la ley 25.086 ha establecido sanción para la tenencia no autorizada de arma de uso civil, a la vez que introdujo modificaciones al art. 189 bis del Código Penal, en defensa del mismo bien jurídico, no puede concluírse que, a partir de los distintos tipos de armas secuestradas, exista en el caso una multiplicidad de conductas.
Competencia Nº 1276. XXXVI.; Subiabre, José Miguel s/ delito contra la seguridad pública.
Resuelta el 04/09/2001
Fallos 324:2705

El art. 33, ap. 1º, inc. e), del Código Procesal Penal, establece la competencia federal para el juzgamiento de los delitos previstos y reprimidos en el art. 189 bis del Código Penal, entre los que se encuentra el de portación de arma de uso civil (conforme el párrafo 3º, incorporado por la ley nº 25.086), y sólo se prevé como excepción a dicha regla la simple tenencia de armas de guerra, en tanto no se encuentre vinculada con otros hechos que surtan esa jurisdicción (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Antonio Boggiano).
Competencia n° 86. XXXVI.; Cabrera, Oscar Andrés s/ infr. art. 189 bis del C.P. resuelta el 09/11/2000
Fallos 323:3619 publicado en JA. 16-05-01. LL. 30-05-01, nro. 102.060.

Los párrafos tercero y quinto del art. 189 bis del Código Penal constituyen un único tipo penal con pluralidad de hipótesis enunciadas en forma alternativa, pues la cantidad de objetos allí descriptos como de tenencia prohibida no tienen por efecto la multiplicación de las conductas incriminadas, pues la concreción de cualquiera de esas modalidades ofende el bien jurídico protegido por la disposición legal. El peligro para la seguridad común que la norma quiere evitar puede ser creado, indistintamente, por la tenencia no autorizada de un arma de guerra o de su munición.
Comp. 502. XXXIV.; Niz, Claudio Juan y otro s/ tenencia ilegal de arma de guerra. Del 12/11/1998
Fallos 323:3999

En los casos en que, por sus características, la simple tenencia de arma de guerra trascienda del mero interés individual para convertirse en un medio tendiente a afectar la seguridad jurídica de la Nación, la investigación de los hechos previstos por el art. 189 bis del Código Penal, corresponde al fuero federal.
Competencia N° 1179. XXXII.; Martínez, Mario Daniel s/ tenencia de arma de guerra. 24/06/1997

Fallos 323:3696

La tenencia de arma de guerra con su carga de proyectiles constituye una sola infracción, pues los párrafos tercero y quinto del art. 189 bis del Código Penal constituyen un único tipo penal con pluralidad de hipótesis enunciadas en forma alternativa.
Competencia N° 512. XXIII.; Amato, Vicente Ernesto s/ tenencia de arma de guerra (art. 189) resuelta el 02/04/1991
T. 314, P. 191

El tercer párrafo del art. 189 bis del Código Penal -incorporado por ley 25.086- que contiene la nueva hipótesis -portación de arma de fuego de uso civil- debe ser entendido dentro de su contexto, toda vez que guarda una vinculación lógica y necesaria con la tenencia de arma de guerra, la que no se verifica respecto de lo contemplado en los primeros párrafos de la referida norma.
Competencia n° 542. XXXV.; Leguiza, Angel Marcelo s/ robo calificado y otro. Resuelta el 24/10/2000
Fallos 323:3289

Atento que la ley 25.086 ha establecido sanción para la tenencia no autorizada de arma de uso civil, a la vez que introdujo modificaciones al art. 189 bis del Código Penal, en defensa del mismo bien jurídico, no puede concluirse que, a partir de los distintos tipos de armas secuestradas, exista en el caso una multiplicidad de conductas delictivas.
Competencia N° 137. XXXIX.; Escalante Zibelman, Diego Fabián y otro s/ secuestro extorsivo resuelta el 16/11/2004
Fallos 327:5161

- **Dictamen del Procurador Gral de la Nación ante la CSJN Lemes, Mauro s/ inf. art. 189 bis del Código Penal" S.C. L. 1043 L. XLII (el recurso extraordinario federal *__fue declarado inadmisible__* -L. 1043. XLII. REX del 3/2/2009- relacionado con el fallo del TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lemes. Mauro)**

S u p r e m a C o r t e :

I El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó la queja interpuesta contra el auto por el que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de esa ciudad, por la que se dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 189 bis, apartado segundo, último párrafo, del Código Penal, se modificó la calificación del hecho por el que se condenó a Mauro Ismael Lemes, elevando la pena de acuerdo con el marco establecido para esa figura, y se confirmó la

pena única y la declaración de reincidencia pronunciadas por el juez de la anterior instancia. Contra ese fallo, la defensa interpuso recurso extraordinario federal. En primer término, alegó la afectación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, específicamente en lo relativo a la facultad de dictar sus leyes de procedimiento y definir la actuación de su Ministerio Público Fiscal, pues pese a que en el sistema de enjuiciamiento local sólo se le reconoce a sus agentes la posibilidad de recurrir contra la sentencia absolutoria, en el *sub lite* se admitió el recurso de apelación fiscal contra una sentencia condenatoria, con base en el sistema de control de constitucionalidad federal establecido en la ley nacional 48, y sin que se declarase la inconstitucionalidad de aquella limitación. Refirió asimismo que, por no haber objetado la unificación de penas dispuesta en la causa, ese Ministerio Público no habría podido lograr en definitiva un efectivo aumento de la sanción, lo que también obstaba a la procedencia de su impugnación por ausencia de gravamen. Agregó que la Cámara de Apelaciones omitió precisar la cuestión federal sobre la que se habría apoyado para admitir el recurso fiscal, y señalar cuál habría sido el derecho no reconocido a esta parte. Indicó que, por lo demás, conforme la argumentación expuesta por esa cámara, el agente fiscal equivocó la vía recursiva que correspondía emplear, pues debió haber recurrido directamente ante el Tribunal Superior de Justicia local por medio del recurso de inconstitucionalidad. Finalmente -en relación a este aspecto- expresó que en el sub examine se configura un supuesto de *reformatio in peius*. Asimismo, la recurrente alegó la afectación del derecho de defensa en juicio, con base en que la Cámara de Apelaciones omitió tratar el planteo dirigido a reducir la pena impuesta a Lemes en la sentencia de mérito. Por otro lado, planteó la inconstitucionalidad del artículo 189 bis, apartado segundo, último párrafo, del Código Penal. En tal sentido, expresó que esa disposición, en cuanto establece que el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años, lesiona el principio constitucional de culpabilidad, desde que agrava la sanción –con respecto a la establecida para la figura básica- sobre la base de la personalidad del individuo y no de las cualidades o características de sus acciones. Agregó que dicha norma afecta el principio de proporcionalidad de la pena, según el cual ésta debe guardar relación con el carácter lesivo de la conducta reprochable y con el bien jurídico protegido en cada caso; y agregó que el marco sancionatorio fijado es irrazonable si se lo compara con el establecido para delitos de lesión de otros bienes jurídicos.

Además, sostuvo que ese supuesto de hecho resulta contrario al principio de dignidad humana y conceptúa al reincidente como enemigo social. En ese sentido, indicó que la figura se basa en la presunción de que la pena anterior no ha surtido efecto en el sujeto activo de este delito, ni lo hará la subsiguiente, y que aquél debe entonces ser objeto de internamientos preventivos más fuertes. De esa manera –señalóla imposición de la nueva pena deviene una contención de la libertad dirigida exclusivamente a evitar futuras lesiones de bienes jurídicos de su parte, y no encuentra justificación en la teoría de la prevención especial, desde que no existirían programas aptos para la lograr la aceptación de esa pena. Dijo también que vulnera el principio constitucional de *non bis in idem*, por cuanto se tienen en consideración los antecedentes condenatorios para la construcción de la conducta punible, y se valora esa circunstancia al mismo tiempo como elemento integrante del tipo penal y como agravante de

la punibilidad. Por último, refirió que el tipo penal en cuestión quebranta el principio constitucional de inocencia, debido a que también establece el agravamiento de la sanción para los supuestos en que al momento de la comisión del hecho su autor se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior, a pesar de que se trata de hipótesis en las que
no existe sentencia definitiva sobre el fondo. Por otra parte, planteó la inconstitucionalidad del
artículo 50 del Código Penal. En ese sentido, expresó que esa disposición legal vulnera el artículo 19 de la Norma Fundaental, los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad, y los principios del derecho penal de acto, en tanto condiciona la procedencia de beneficios para el imputado a circunstancias anteriores y ajenas al hecho por el que es juzgado. Agregó que el instituto de la reincidencia afecta el principio del *non bis in idem* desde que implica la nueva valoración de una conducta por la que el individuo fue juzgado con anterioridad. Señaló al respecto que el artículo 14, apartado 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia firme, extiende expresamente el alcance de aquel principio tanto al acto de juzgamiento como al acto de imposición de la pena, de manera que impide que se sancione de modo más severo a una persona por un hecho anterior. Expresó que ese instituto también lesiona el principio constitucional de inocencia, desde que establece una presunción de peligro que acarrea efectos perjudiciales para el imputado y que no admite prueba en contrario. Finalmente, alegó que la resolución del a quo vulneró el derecho de defensa en juicio, por cuanto omitió dar tratamiento al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal expuesto *supra*, con base en que carecía de actualidad al no haberse cumplido el plazo previsto en el artículo 13 del Código Penal para acceder a la libertad condicional, y en que no se recurría una sentencia que hubiese rechazado la solicitud de ese beneficio. Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario, que fue concedido sólo en relación al planteo de inconstitucionalidad del artículo 189 bis, apartado segundo, último párrafo, del Código Penal, y rechazado respecto de los restantes agravios, lo que motivó la presentación directa que dio lugar a la formación de los autos L. 1061, L. XLII, "Lemes, Mauro s/ infracción art. 189 bis del Código Penal -causa 5603/4602/2005-".

II Según tiene establecido el Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *última ratio* (Fallos 288:325; 290:83; 312:122, 435, 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349), ya que la leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424 y sus citas; 319:178, entre otros).
Una declaración de tal gravedad impone a quien la pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona
contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y para ello es menester que precise y pruebe fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina

la aplicación que tacha de inconstitucional (Fallos: 310:211 y sus citas; 314:407; 327:1899; 328:1416). En mi opinión, esa exigencia no se encuentra cumplida en el sub lite, pues no se demuestra cuál sería el perjuicio que le habría irrogado a Lemes la aplicación del tipo penal agravado cuando, no obstante haberse elevado la sanción fijada en primera instancia por el hecho juzgado en estos autos, no se modificó la pena única que se le impuso en esa
oportunidad. Resulta significativo señalar, en ese sentido, que la afirmación que se formula en la apelación federal, según la cual la declaración de inconstitucionalidad que se postula impondría, por sí misma, la reducción del monto de prisión que se aplicó con apoyo en el tipo penal básico, además de infundada resulta ser el producto de una reflexión tardía, desde que en la impugnación contra la sentencia de primera instancia la defensa no objetó la valoración de los antecedentes de Lemes a efectos de graduar la sanción entonces impuesta.

Por lo demás, cabe referir también que aún cuando la Cámara de Apelaciones llevó a cabo una nueva determinación de la pena producto de la modificación de la calificación legal
del hecho, aprobó la evaluación realizada en la sentencia de mérito.

En efecto, en esa decisión la magistrada que votó en segundo lugar indicó que los elementos valorados como agravantes y atenuantes responden a las pautas previstas en la ley, y coincidió en la ponderación que llevó a cabo el juez de grado -sin perjuicio de lo cual otorgó relevancia al principio de proporcionalidad para fundar la opción por el monto mínimo de la figura penal agravada-. Y el magistrado que se pronunció en último término -luego de expresarse por la declaración de inconstitucionalidad de ese tipo agravado- consideró que el juez de primera instancia apreció correctamente tanto las circunstancias agravantes como las atenuantes, y estimó como razonable y ajustado el monto de pena establecido.

En tales condiciones, al no haberse acreditado que la aplicación de la disposición legal que se impugna haya agravado en definitiva la situación del nombrado, carece de sentido pronunciarse sobre la alegada inconstitucionalidad, pues no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas (Fallos: 303:1633; 305:518; 312:2530; 325:2600; 327:1899).

III Por esa misma razón, considero que tampoco pueden prosperar los agravios atinentes a la potestad recursiva del Ministerio Público Fiscal local, formulados en los autos L.1061, L XLII. Además, cabe destacar que, conforme surge de las copias que se encuentran agregadas a fs. 245/254 de esos autos y del informe que antecede al presente dictamen, después de promover esta vía recursiva extraordinaria la defensa reiteró el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal -en oportunidad de solicitar la excarcelación de Lemes en la instancia de origen; éste fue objeto de tratamiento por parte del a quo, y aquella parte interpuso recurso extraordinario federal contra la resolución por la que se
decidió rechazarlo. En consecuencia, al haberse expedido el a quo en dicho incidente sobre la cuestión federal debatida, pienso que esa decisión constituye, a los efectos del recurso extraordinario regulado por la ley 48, el fallo definitivo del tribunal superior de la causa.

IV Por todo lo expuesto, opino que V.E. debe declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto a fs. 946/986. Buenos Aires, 19 de septiembre de 2007.
Dictamen firmado por el Dr. Ezequiel Casal

- **Dictamen del Procurador General de la Nación sobre conflicto de competencia.**

Suprema Corte: Entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 18, de esta ciudad, y el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 39, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en esta causa instruida con motivo del hallazgo, en poder de Néstor Sebastián C , de un arma de fuego cuya numeración había sido suprimida. De la lectura de los antecedentes agregados al incidente, surge que en el allanamiento realizado en el domicilio del imputado en el marco de la causa 37817/2010 caratulada "Molina, Marcela y otros si robo", se incautó un revólver calibre 32, entre otros objetos (fs. 112). El juez nacional, declinó parcialmente su conocimiento en relación con la infracción al artículo 189 bis, inciso 2°) del Código Penal, por considerar que su investigación debía estar a cargo de la justicia en lo contravencional (fs. 1/2). Ésta, por su parte, aceptó esa atribución (vid fojas 3) y, luego de comprobar, mediante un estudio pericial, que la numeración del arma había sido erradicada (fs. 7/9), declinó su competencia a favor de la justicia nacional al entender que en el caso podría existir un coneurso ideal con el delito de encubrimiento (fs. 12 vta./14). El juez nacional, en esta ocasión rechazó su competencia por considerarla prematura en razón de que a su criterio no podia afirmarse la posibilidad del encubrimiento, sin que se hubiera determinado la procedencia ilícita del arma (fs. 15/16). Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, su titular insistió en su criterio y elevó el incidente a conocimiento de V.E. (fs. 17118). Es doctrina de la Corte que los conflictos de competencia en materia penal deben decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se ha perpetrado, según pueda apreciarse prima Jade y con prescindencia de la calificación que le atribuyan, en iguales condiciones, los jueces en conflicto (Fallos: 316:2374). En tales condiciones, teniendo en cuenta que hasta ahora no se ha determinado la procedencia del arma, entiendo que el hecho materia de contienda se subsume en las figuras de tenencia ilegítima de arma de uso civil, y supresión de su numeración. Ahora bien, luego de la reforma introducida por la ley 25.886, el último de esos delitos se encuentra ahora incluido entre aquellos de competencia federal, de acuerdo con lo normado en el artículo 33, apartado 1°, inciso e), del Código Procesal Penal de la Nación (Competencia nO 320, L. XLV in re "Acevedo, Edgardo si infracción art. 189 bis inc. 5° del C.P.", resuelta el 15 de septiembre de 2009). Por otra parte, dada la estrecha vinculación que en el caso existe entre esa infracción, y la tenencia ilegítima del arma, al encontrarse ellas relacionadas con un mismo objeto, considero conveniente, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia y a fin de favorecer la eficacia de la investigación, que ésta quede a cargo de un único tribunal (Fallos: 329:1324).En consecuencia, opino que corresponde declarar la competencia a favor de la justicia de excepción de esta ciudad (conf. Competencia nO 82 L. XLII in re "Cullaman, Jorge Alejandro si delito contra la fe

pública", resuelta el 15 de agosto de 2006), aunque no haya sido parte en la contienda (Fallos: 317:929; 318:182 y 323:2032 y 2606).

S.C. Comp. 503 XLVII del 20/9/11

- **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**

El 19 de julio de 2006 el Tribunal Superior de Justicia confirmó, en cuanto fue materia de recurso de inconstitucionalidad, la condena que la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas impuso al señor Mauro Ismael Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión, comprensiva de otras condenas pretéritas, por haberlo encontrado penalmente responsable en calidad de autor de la conducta tipificada en el art. 189 bis CP, último párrafo. Contra dicho pronunciamiento, la defensa del Sr. Lemes interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido en cuanto cuestionaba la constitucionalidad de la agravante prevista en el mencionado párrafo del art. 189 bis CP, por considerarlo una manifestación de derecho penal de autor, y contrario al *ne bis in idem*. Hasta esa fecha no había notificado pronunciamiento alguno de la CSJN a este respecto.

"…4. Comencemos por recordar que la prisión preventiva, a pesar de lo extremadamente gravosa que resulta, no constituye una pena. Si lo fuera, violaría la regla constitucional según la cual nadie puede ser penado sin juicio previo. Constituye, en cambio, una medida cautelar, cuya única explicación es asegurar la comparecencia a estar a derecho del procesado, especialmente en el supuesto de terminar condenado, y conjurar el riesgo de que se entorpezca la investigación (cf. doctrina de Fallos: 321:3630, considerando 7). Escapa, por ello, a la incumbencia del *non bis in idem*, mientras que debe satisfacer otros recaudos propios de medidas de su indicada especie. Centralmente, ser idónea para el logro de la finalidad señalada, cuya legitimidad no ha sido puesta en tela de juicio, y ser proporcional, el sacrificio que impone, al valor de aquel propósito.

Una vez que el procesado toma conocimiento de que arriesga una pena aparece para él un incentivo objetivo a no presentarse; eludir la pena decretada o el riesgo de que le sea impuesta. A su vez, la eventual elusión tiene costos serios: vivir proscripto. Realizar un balance puramente racional de incentivos y circunstancias disuasivas, libre aún de factores psicológicos cuya influencia, empero, es innegable, permite conjeturar cuál puede ser el saldo que arroje un balance de iguales factores hecho, esta vez, por el procesado. Este balance debe ser hecho por el juez y puede en buena medida hacerlo el legislador. Esta última circunstancia es la que justifica que adopte recaudos de índole necesariamente general tal como el que nos ocupa u otros basados también en la magnitud de la sanción que eventualmente podría recaer sobre el procesado para sujetarlo a prisión preventiva o acordarle la libertad provisoria. Ya sea hecha por el legislador o por el juez, la evaluación servirá, en última instancia, para conjeturar cuál será la futura conducta del procesado. El hecho de que el régimen de excarcelaciones otorgue un tratamiento más gravoso a quienes enfrentan amenazas de pena también más gravosas no aparta de su legítimo propósito a la medida cautelar que nos ocupa. Ello así, porque ceteris paribus la

mayor pena que arriesga quien corre el peligro de ser declarado reincidente suma a la condena que resulta, en el caso, del art. 189 bis CP, el cumplimiento de la porción restante de la sanción materia de la anterior condena y, finalmente, la imposibilidad de obtener la ejecución condicional de la nueva. La opción legislativa, aplicada a la situación a cuyo respecto nos toca decidir, no es más que una razonable apreciación de los incentivos a que me referí antes.

No viola, por ende, ninguna de las garantías invocadas por el recurrente. Por una parte, la garantía del *non bis in idem* carece de relación directa con la cuestión propuesta, toda vez que el régimen de detención provisional de un imputado, al ser una medida cautelar y no una pena, es completamente ajeno a sus alcances. No es éste el caso del precedente "Gramajo" en el que la CSJN señaló que la nueva pena violaba alternativamente el citado principio o bien el de proporcionalidad de la sanción. Aquí bastaría que la privación de libertad fuere una sanción para fulminarla, sin que un examen de proporcionalidad o una vinculación a un hecho por el que no se hubiera impuesto castigo pudieran salvar el vicio apuntado. En todo caso, si cupiera advertir que el balance de incentivos para no comparecer y circunstancias que disuadan de eludir la justicia difiere objetivamente del que formula apriorísticamente el legislador, quedaría así demostrado que la medida se aleja de la finalidad que persigue o es desproporcionada, supuesto en el que sería inaplicable e inválida la ley que condujese ciegamente a ella.

La misma conclusión se impone en cuanto a la prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor. El trato procesal más gravoso que se dispensa en este caso, no mira hacia el pasado del imputado, ni al modo en que conduce su vida —cf. doctrina in re "Gramajo", considerandos 17 y 18 del voto de la mayoría—. Por el contrario, simplemente analiza si la hipótesis de una condena elimina la posibilidad de que sea liberado condicionalmente, para lo que no necesita hacer evaluación o reevaluación alguna de lo obrado por el imputado en el pasado, ni tampoco que se le dé un tratamiento sobre la base de una supuesta peligrosidad en su personalidad. Sencillamente se toma el dato objetivo de la realidad, según el cual, de ser condenado, y mantenerse el régimen jurídico vigente, no podrá obtener la libertad condicional.

La regla bajo examen, razonablemente, brinda un distinto trato procesal sobre la base de distintas situaciones particulares relevantes. Concretamente, lo que busca el régimen, tal como ha sido aplicado por la Cámara, es que nadie esté detenido preventivamente más tiempo del que le podrá corresponder en virtud de la eventual condena, fin por demás razonable. En tales condiciones, resulta imperativo analizar en cada caso concreto cuál es la duración de la pena privativa de la libertad que se cierne sobre la persona en prisión preventiva, a efectos de determinar la duración máxima de dicha medida. Ninguna garantía constitucional se ve afectada por dicha distinción en el trato.

5. Ahora bien, tal como ya fuera anunciado, en última instancia, la regla reposa en el régimen de libertad condicional que, al no conceder el beneficio a los reincidentes, es el que genera el agravamiento de la pena (cf. arts. 13, 14 y 50 CP), que justifica la conclusión alcanzada en el punto anterior. En verdad, a ello apuntan, en último análisis, los agravios vertidos por el recurrente.

En este orden de ideas, el agravio que busca apoyo en la garantía del non bis in idem no puede tener acogida favorable. En este sentido, tal como recordé en mi voto integrante de la mayoría del fallo

de fecha 19/07/06 en esta causa, cabe recordar la doctrina de la CSJN con arreglo a la cual "... el principio non bis in idem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal—, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante 'Pace v. Alabama', 106 U.S. 583, 'Leeper v. Texas', 139 U.S. 462 y 'Moore v. Missouri', 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V.172.XXI. 'Valdez, Enrique Carmelo y otra s/ robo con armas y encubrimiento', del 21 de abril de 1988)" (Fallos: 311:1451, considerando 7º). Asimismo, según señala como catedrático mi colega Julio B. J. Maier "[...] la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del ne bis in idem, suena tanto a una exageración, conforme al buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho [...] de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente..." (cf. Derecho procesal penal, t. I, p. 643, resaltado añadido). En la misma línea, señala Eberhard Schmidt que lo determinado por el principio non bis in idem es "que el objeto litigioso resuelto por la sentencia formalmente firme no puede ser objeto de litigio en un nuevo proceso y en una nueva sentencia" (cf. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1957, p. 160), supuesto que difiere de aquel de autos, en el que el legislador tomó en cuenta el cumplimiento parcial de una pena de prisión como dato objetivo y formal para ajustar el tiempo y la forma en el que se podrá autorizar una determinada modalidad de egreso del establecimiento carcelario.

En este punto se hace forzoso analizar la compatibilidad de este criterio con lo resuelto por la CSJN in re "Gramajo", donde nuestro máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del Código Penal. Muy sintéticamente, el voto de la mayoría consideró que dicha medida constituye una pena, en lugar de una medida de seguridad, que, como tal, resulta una manifestación vedada del derecho penal de autor (considerandos 17 y 18), y es desproporcionada toda vez que no guarda relación con la magnitud del ilícito del hecho presente (considerando 19) —por un delito contra la propiedad que devino en una condena a dos años de prisión, por el art. 52 del Código Penal, la pena en definitiva alcanzaba la mínima prevista para el delito de homicidio simple, con más otros cinco años de libertad condicional—. Recién en este punto del análisis, la mayoría del tribunal recurre a la garantía del non bis in idem para fundar su posición, pero no lo hace de modo tal que vede la consideración de toda condena pretérita que haya cumplido la persona ahora condenada nuevamente. En rigor, lo que para el criterio de la mayoría violaría el criterio del non bis in idem sería tratar de justificar la desproporción de la pena, o más bien, tratar de justificar su magnitud en relación con los hechos penados, sobre la base de las condenas anteriores. Entonces, en este precedente la mayoría no ha dado a la garantía un alcance tal que pueda revertir el criterio de los fallos citados en el párrafo anterior. Aunque con fundamentos diferentes concurren en esta apreciación los ministros Petracchi, Fayt y

Argibay. El voto del ministro Petracchi, expresamente distingue el supuesto analizado en dicho precedente, de aquel en el que se deniega la libertad condicional de un condenado en virtud de su calidad de reincidente (considerandos 13 a 18 inclusive). El Dr. Fayt, por su parte, entendió comprometida la garantía del non bis in idem por razones extrañas a las de un supuesto de denegación de libertad condicional por reincidencia; a saber, entendió que, toda vez que el último hecho delictuoso, así como los anteriores, ya habían recibido todos la pena correspondiente prevista en el Código Penal, la sanción de reclusión accesoria configuraba una segunda sanción por los mismos hechos. Si bien es cierto que deja como interrogante si es admisible agravar la pena, aún dentro de la escala penal, por la condición de reincidente (cf. art. 41 CP), no se expidió a ese respecto (ver considerando 25). Finalmente, la Dra. Argibay, lisa y llanamente no apoyó su voto en razones relativas al principio de non bis in idem. Así, ninguno de los votos descarta un incremento de la pena correspondiente al hecho aún no juzgado cuando ese incremento no torna desproporcionada la sanción. Esto puede colegirse, además, de la circunstancia de que el fallo no se apoya en el hecho de que los reincidentes reciben una mayor pena que el resto de los condenados, sino que se apoya en el hecho de que la sanción que resulta del art. 52 CP resulta desproporcionada en relación con el hecho juzgado en último término. (…) 7. No obstante lo expuesto, vale demarcar los límites de la regla descripta. El legislador no puede negar la libertad condicional a un sujeto por la sola circunstancia de que cometió alguna vez un delito y fue penado por ello. El legislador puede utilizar este mecanismo siempre que muestre alguna razón distinta de la mera discriminación. Ahora bien, si de la circunstancia de que se cumplió una pena por una condena anterior, el legislador extrajere alguna razonable conjetura referida a una mayor resistencia a la corrección que implica la pena en la conducta del sancionado, estamos simplemente frente a un supuesto de prevención especial, aún cuando la diferencia pueda ser sutil. Ergo, si alguien prueba que no hay ninguna razón para pensar que este tratamiento obedece a una prevención especial más adecuada, hay serias sospechas de que estamos frente a un supuesto de derecho penal del autor. En autos, el Sr. Lemes no muestra que en su caso estemos frente a un supuesto de estigmatización, sino ante uno de prevención especial que obedece a su resistencia a la pena. A esta altura del análisis, no es ocioso recordar que cuando al Sr. Lemes se lo detuvo portando sin autorización el arma de uso civil —hecho que le valió la condena impuesta en el presente proceso— estaba gozando del beneficio de la libertad condicional que le había sido otorgado, en el marco del cumplimiento de una pena única de siete años de prisión, dictada el 7 de junio de 2002, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, y de la sanción de un año de prisión en suspenso —cuya condicionalidad se revocó— impuesta el 5 de junio de 2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29, inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166, inc. 2, y 189 bis [2], último párrafo, del CP)…"

El Tribunal resolvió rechazar la queja agregada a fs. 150/161 vuelta. y no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad devolviendo las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Expte. n° 5158/07 "Incidente de excarcelación en autos 'Lemes, Mauro Ismael s/ infracción art. 189 bis CP Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP' s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5157/07 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de excarcelación en autos Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP'"

- **Tribunal de Casación de la Prov. de Buenos Aires, Sala III, causa 18741 "N. B., N. s/ recurso de casación" rta. 6/9/05**

Una comisión policial alertada por un llamado anónimo interceptó en la intersección de las arterias Giovanelli y Rivadavia, ciudad de Olavarría, al imputado, de 63 años de edad, sin antecedentes penales, quien dijo desempeñarse como vigilador y, tras identificarlo, advirtieron que **portaba un arma de fuego** a la altura de la cintura. Entregado que fue el revólver por el imputado previo requerimiento de los funcionarios actuantes, se comprobó que se trataba de uno marca "Doberman", cal. 32, **sin numeración identificatoria**, de funcionamiento anormal, con una bala en su tambor con signos de haber sido percutida y que el encausado no se encontraba autorizado para su portación.

Si se define la portación como la acción de disponer en un lugar público o de acceso público de un arma en condiciones de uso inmediato, parece necesario concluir que a partir de esta inteligencia un arma descargada –o con una bala cuya aptitud no se acreditó, al par que presentaba signos de haber sido percutida sin éxito- **no resulta apta para cumplir la acción típica, es decir, la portación ilegal de arma de uso civil** (confr. C.N.C.P., Sala I, "A. , H. R. s/ recurso de casación", Reg. 5670, causa nº 4428, del 26/2/03).

II.-Es que la portación importa un plus a la simple tenencia, que se traduce en la disponibilidad del arma en un lugar público en condiciones de uso inmediato (vid. Donna, "Derecho Penal", Parte especial, T. II-C, ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2002, pág. 118; De Luca, Javier, "El delito de tenencia ilegal de armas de guerra", Ad Hoc, buenos Aires, 1993, pág. 55; Creus, "Tenencia de arma. Ley 25.086", en J. A. 1999-IV, pág. 1051).

Sentado cuanto precede, **debe concluirse que el hecho investigado resulta atípico**, toda vez que no pudo acreditarse que el revolver que portaba N. B. estuviera en condiciones de uso inmediato. En efecto, sólo se halló en el tambor del arma un cartucho a cuyo respecto la sentencia estableció que "por una falla mecánica en el sistema de simple acción o por una falla de los componentes del fulminante del cartucho, el mismo se encuentra completo pero con signos de haber sido percutido" (fs. 13), y tampoco se demostró que esa bala fuera apta para el disparo con el arma incautada.

II.-Lo dicho en el punto que antecede torna innecesario el tratamiento de los restantes agravios, por lo que a esta cuestión voto por la AFIRMATIVA.

- **Cámara Nacional de Casación Penal**

El Tribunal Oral en lo Criminal nº 6 resolvió I) No hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad formulados por la defensa del imputado, al momento de concretar su alegato y II) Condenar a Roberto Carlos Lopiano por ser coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego y autor de la tentativa del robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego, encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro – reiterado en dos oportunidades- y portación sin la debida autorización legal de un arma de fuego de uso civil, agravado –por mayoría de votos- por registrar el imputado antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, todos ellos en concurso material entre sí, a la pena de doce años de prisión accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 164, 166, inc. 2º -párrafo segundo-, 189 bis –párrafo 2º, apartados 3º y 8º- y 277, inc. 1º "c" y 3 "b" del Código Penal.

Contra esa sentencia la defensa oficial interpuso el recurso de casación, que fue concedido.

Uno de sus planteos se vinculó con la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inciso 2º, párrafo octavo del Código Penal en virtud de que tal precepto regula una agravante por el solo hecho de que la persona posee una condena anterior; es decir que remite a un "derecho penal de autor" puesto que el reproche penal no se adecua al injusto sino a condiciones de personalidad del autor por su desprecio a la pena cumplida con anterioridad. Tras ello citó fallos en los que se declaró la inconstitucionalidad de la citada norma; doctrina y el voto minoritario del juez que quedó en disidencia, solicitando que este Tribunal declare la invalidez de la agravante citada por vulnerar lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Hizo reserva del caso federal.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal expresó: "…Por último, corresponde ingresar al planteo de inconstitucionalidad del art. 189 bis, apartado 2º, párrafo 8º del Código Penal, formulado por la defensa. La norma citada establece que "El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años".

Los jueces que integraron la mayoría, estimaron que la penalidad agravada no se vincula con un derecho penal de autor pues, en definitiva, se trata de *"castigar la peligrosidad exteriorizada por quien luego de incurrir en un delito doloso contra las personas o con la utilización de arma de fuego, vuelve a insistir en la portación de dichas armas, cuando tal conducta le estaba particularmente prohibido en virtud de la condena anterior"*; que *"el sujeto exterioriza así un grave desprecio por la ley"* siendo que *"la portación ilegítima de armas de fuego es una conducta sancionada por la ley y ello rige para la población en general, pero con mayor razón rige para el caso de quien se encuentra en alguna de las hipótesis previstas por la ley"* sin que exista ninguna *"irracionalidad del legislador ni violación a garantía constitucional alguna, en el hecho de que la ley distinga entre un sujeto que no registra antecedentes en este tipo de delitos y aquellos que exteriorizan esa especial persistencia delictiva"*.

Sin embargo, habré de compartir la solución propuesta por el juez que votó en disidencia pues a mi ver la disposición cuestionada no supera el test de constitucionalidad al establecer una mayor respuesta punitiva no por la gravedad del hecho, sino por la sola circunstancia de que el sujeto registre antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas. Tengo dicho como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal nº 9 que "no debe perderse de vista que el art. 18 de la Constitución Nacional ha excluido ya cualquier posibilidad de aplicación de una pena fundada en la peligrosidad del agente o el modo en que éste ha conducido su vida anteriormente. En efecto, cuando prohíbe que nadie sea penado sino en virtud de juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, está imponiendo en primer lugar, que un proceso penal sólo puede instaurarse por un hecho aparentemente delictivo, y que la pena sólo se puede imponer por un hecho del agente. El hecho del proceso no sólo justifica la instauración del juicio, sino, finalmente, la pena a imponer. En esta frase del art. 18 se fundamenta un derecho penal de hecho y se destierra toda posibilidad de un derecho penal de autor" (cfr. causa nº 456 "Sosa, Marcelo Claudio" del 7 de octubre de 1997).

Del examen de la norma bajo estudio surge que el mayor castigo no encuentra su fundamento en un "hecho" determinado sino en los "antecedentes" que registra el sujeto. Y si bien ello puede resultar válido al momento de graduar la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, tal criterio resulta inaceptable a los fines de tipificar o agravar un hecho en abstracto. Esa conclusión se ve reforzada a poco que se analice que la misma sanción se encuentra prevista para quienes estuvieren gozando de una excarcelación o una exención de prisión, es decir, que la ley prevé una sanción mayor para sujetos que ni siquiera han sido declarados culpables mediante sentencia firme y respecto de quienes se presumen inocentes, siendo que del propio art. 18 de la C.N. se deriva el principio de libertad durante el proceso, que será limitado por ley. Tampoco advierto que la condición de "condenado" pudiera encontrar justificación en los denominados delitos especiales propios o por razón de ciertas cualidades especiales del autor (por ejemplo funcionarios públicos) puesto que en tales casos el agente tiene un deber especial de evitación que no permite justificar el agravamiento de la sanción por los antecedentes. Por todo ello y en el entendimiento de que la norma en cuestión resulta contraria a los principios contenidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, habré de proponer que se declare la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inciso 2º, octavo párrafo del Código Penal como pide la defensa.

Teniendo en consideración lo expuesto en el punto precedente, estimo que ello debe verse reflejado en una reducción de la sanción impuesta. A tal efecto, se impone el reenvío al tribunal de origen a fin de no menoscabar los derechos del condenado de acuerdo con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia –por remisión al dictamen del Procurador General- en el precedente "Niz, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación", rta. el 15 de junio de 2010. En virtud de las razones expuestas, voto por que se haga lugar –con el alcance indicado- al recurso de casación de la defensa, se case parcialmente la sentencia recurrida de fs. 413/29, modificando su punto dispositivo II, y en definitiva, condenar a Roberto Carlos Lopiano por ser coautor del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego, y autor de robo agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro, reiterado en dos

oportunidades, en concurso real con portación sin la debida autorización legal de un arma de fuego de uso civil (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 166, inc. 2º, párrafo segundo, 189 bis, inc. 2º, párrafo tercero y 277, inc. 1º "c" y 3º "b" del Código Penal), debiendo el tribunal de origen fijar nueva pena de acuerdo con la calificación legal determinada y con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del C.P. Tal es mi voto. **El Dr. Raúl R. Madueño dijo:** Que adhiero al voto del Dr. Luis María Cabral y expido el mío en igual sentido. **El Dr. Mariano H. Borinsky dijo:** Que habré de adherir a la solución propuesta por el magistrado que encabeza la votación, en tanto comparto los argumentos brindados en respuesta a cada uno de los cuestionamientos sometidos a inspección casatoria por la defensa…"

CNCP Causa nº 13.919 – Sala I, Lopiano, Roberto Carlos s/ recurso de casación rta. el 10/5/12.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 4 de San Martín, resolvió condenar ARCENIO LLANOS GONZÁLEZ…a la pena de siete años de prisión, multa de seis mil pesos, accesorias legales y costas (art. 530 del C.P.) por ser coautor del delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de fabricación (art. 5, inc. "b", de la ley 23.737), en concurso real (art. 55 del C.P.) con el de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal en calidad de autor (arts. 45 y 189 bis inciso 2do, primero y segundo párrafo del C.P.), declarándolo reincidente (art. 50 del C.P.)." Contra este decisorio, el Defensor Oficial interpuso recurso de casación argumentando que "el delito de tenencia ilegítima de arma…es una conducta material que consiste en la constitución de una relación de disponibilidad real del sujeto activo sobre el arma, esa relación que debe ser actual y voluntaria, desde el punto de vista de la autoría, presupone que el agente tiene dominio sobre la decisión de constituir esa tenencia, debiendo ser ella actual y no simplemente pretérita.". Adiciona que su defendido "negó toda relación con el arma, a la par de negar la propia existencia de la misma en el lugar que presuntamente fue hallada.", por lo que a su ver, no se constata aquella relación de disponibilidad exigida por el tipo penal involucrado. Por ende, solicita que se declare "la atipicidad penal de la conducta enrostrada, por no afectar el principio de lesividad.".

El Fiscal señaló que "la defensa no cuestiona la responsabilidad de la tenencia del arma de guerra por parte de su asistido, sino por el contrario se limita en invocar la atipicidad de la conducta en virtud de la ausencia de disponibilidad real y actual de la misma…", y que de los presupuestos fácticos acreditados, se desprende que el arma en cuestión fue hallada "en el dormitorio del imputado Llanos González, teniendo pleno conocimiento y disponibilidad…sin la debida autorización legal…", por lo que desde su óptica, se encuentran reunidos los elementos objetivo y subjetivo "requeridos por el tipo penal de tenencia ilegítima de un arma de fuego.". En otro orden de cosas, considera que la sanción impuesta al nombrado fue correctamente determinada, sin que aparezca excesivo el quantum fijado.

La Sala, dijo: "Más allá de las disquisiciones que se puedan realizar sobre los reparos de índole constitucional respecto del tipo de figura como la que nos ocupa, puesto que como lo señala Aboso "esta clase de delitos lo constituye la presunción positiva de peligrosidad de dichos comportamientos [en alusión a la tenencia y portación de armas, sin autorización]" –Gustavo Eduardo Aboso, "Régimen penal

de armas de fuego, municiones y explosivos a partir de la reforma introducida por la ley 25.886", publicado en "Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial", editorial B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2005, pág. 165-, en nuestro caso, tal como fue formulado el agravio y abierta la vía casatoria, corresponde
constatar si en las particulares alternativas de la causa, están reunidos los presupuestos normativos del tipo penal de referencia.

Resulta oportuno recordar (…) que "existe acuerdo doctrinario en que el término tenencia alude a quien ostenta el poder de disposición sobre ciertos objetos…el agente debe tener el arma…bajo su poder, sin autorización legal, pudiendo disponer de ella en cualquier momento, ya sea corporalmente o en un lugar cercano o próximo…", por ende "La conducta típica es la tenencia, vale decir, la conservación dentro de un ámbito material de custodia o en un lugar, aun escondido, en el que se encuentre a su disposición, pero sin llevarla consigo.".
(…) "se configura la tenencia de arma de fuego cuando el arma es hallada en el domicilio del imputado…", y que "Tratándose de un delito de mera conducta o de pura actividad, donde la acción se agota en ella misma y consuma instantáneamente el delito, correctamente se reprime la tenencia pretérita, ya que mientras hubo tenencia comprobada, existió peligro, aunque luego se haya entregado el arma a otra persona o se la haya abandonado." (…) Y aquí es donde reside el núcleo de la objeción formulada por el recurrente, toda vez que argumenta que se lo está responsabilizando a su asistido por una tenencia pretérita del arma en cuestión. Pero, en rigor de verdad, esta afirmación no se ajusta a las constancias de la causa.

Se podrá coincidir o no, con el criterio marcado en el último tramo de la cita, en cuanto a responsabilizar penalmente a una persona, en orden a una tenencia pretérita del arma, pero lo cierto es que en nuestro caso, se verifica un accionar actual en tal sentido.

En efecto, en la sentencia examinada se especificó que, conforme surge del acta ya citada -fs. 44/46-, se secuestró -además de todos los elementos antes indicados-, un revólver que se encontraba en el último cajón de un modular, ubicado en el dormitorio; y que "El peritaje balístico agregado a fs. 405/10 estableció que el revólver secuestrado nro. De serie 70251 resultó apto para el disparo y su normal funcionamiento y conforme la Ley 20.429 y Decreto Nº 395/75 artículo 4to., inciso 5º, resulta ser un arma de guerra de uso civil condicional, el que no presentaba signos de adulteración." (fs. 872 vta.).

Además se puntualizó que "la presencia de su defendido [en alusión al encausado Llanos González] en la vivienda y por ello la inmediatez existente entre su persona y el arma hallada en su dormitorio sin autorización legal que convalidara su tenencia, descarta la posibilidad de una detentación pretérita como la esbozada por el esforzado defensor." -fs. 875-.

En definitiva, estimo que en estas condiciones, el tema fue adecuadamente resuelto por los Sres. magistrados, contando la decisión en crisis, en lo que a este punto atañe, con fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, en Cámara Federal de Casación Penal los términos preceptuados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre

muchísimos otros), que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido. La Sala hizo lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa -sin costas-, y anuló parcialmente la sentencia observada.

Causa n° 14.640 -Sala II- "Llanos González, Arcenio y otro s/recurso de casación" del 30 de mayo de 2012

La sentencia incurre en la afectación del principio non bis in idem, y se contradice con sus propios argumentos, cuando pretende salvar los problemas constitucionales que presenta la norma. El tribunal analizó los antecedentes del imputado cuando en un principio sostuvo que no iban a ser considerados. De esta manera, a fin de cuentas el tribunal ha incurrido en la violación al non bis in idem no sólo porque valoró dos veces los mismos antecedentes (como agravante y para mensurar la pena) sino que además incursionó en una tercera reiteración de dichos elementos por considerarlo a su vez, reincidente, sin que esto último haya motivado una mínima fundamentación al respecto.

Con el agravamiento de la punibilidad previsto en relación a quienes pese a haber recibido la advertencia - art. 189 bis, inciso 2°, párrafo 8°- que supone la imposición de una pena, cometen un nuevo delito vinculado al uso de armas de fuego, sólo se han utilizado los mecanismos que legítimamente acuerda la Constitución Nacional a fin de establecer un sistema de protección social que cumpla con un doble requisito: que sea respetuoso de los derechos y garantías individuales, pero que también sea suficientemente ejemplarizador y eficaz. Y en ese sentido, resulta racionalmente innegable la mayor potencialidad lesiva para la seguridad común que deriva y cabe suponer, de que quien ha dado ya muestras de encontrarse plenamente dispuesto a atacar a otra persona o utilizar un arma en forma criminosa, transite por la vía pública llevando consigo un arma en condiciones de uso; frente a igual conducta realizada por quien nunca ha tenido cuestionamiento de ninguna naturaleza frente a la ley

Lo que se castiga -la figura agravada convenida en el art. 189 bis, inciso 2, párrafo 8°- es la exteriorización de determinada y diferenciable peligrosidad, que se materializa en la comisión de una acción específicamente incriminada por el digesto penal sustantivo. Repárese en que la punibilidad de la figura, se funda en que el agente realiza una conducta considerada peligrosa para la seguridad común -y como tal tipificada en el capítulo del Código Penal en el que se agrupan tales ilícitos- cual es el haber portado un arma de fuego mediando particulares circunstancias objetivas que describe y sin encontrarse autorizado para hacerlo. Esa acción, realizada libre y voluntariamente por el autor, es la que fundamenta el reproche que se le formula, quedando absolutamente marginada toda posibilidad que se sostenga que no es mérito a su comprobada inconducta que se lo sanciona penalmente. El agravamiento de la penalidad con la que se conmina el delito en cuestión, entonces, en nada se vincula con las teorías relativas al derecho penal de autor, pues de lo que en definitiva se trata no es de castigar la peligrosidad intrínseca del agente, sino la peligrosidad exteriorizada a través de la calificada y predeterminada conducta punible que se le reprocha. No media en el supuesto previsto por el art. 189 bis, inc. 2°, párrafo 8° del C.P. un caso de vulneración a la garantía del ne bis in idem, pues los hechos por los que se

juzgara al imputado se refieren exclusivamente a la circunstancia de portar un arma de fuego mediando una particular condición objetiva descripta en la norma penal y sin encontrarse autorizado para ello. Los hechos materia de juicio y castigo en el proceso anterior no son juzgados en este caso, pues -en última instancia- lo que se ha juzgado en estas actuaciones es otra conducta criminal por parte de quien -habiendo ya sido condenado con anterioridad- comete un nuevo delito, sin imponérsele pena por ese delito anterior, sino por la gravedad que define el legislador -atendiendo a las particulares circunstancias calificantes y objetivas que racionaliza -en el delito por el que ahora se lo juzga. (Dra. Ledesma, en disidencia).

La pena en virtud del art. 189 bis, inciso 2°, párrafo 8° se agrava, por lo que la persona "es" (o mejor dicho lo que fue), y no por la conducta reprochada. Cuando esto sucede, nos encontramos frente a un derecho penal de autor. De una simple lectura del tipo penal se permite advertir que lo punible no es sólo "portar un arma de fuego" sino también "registrar antecedentes penales", formando parte del injusto típico, del mismo modo que la acción de portar el arma. Queda claro, que la intención del legislador fue incriminar, junto con la portación del arma, el registrar antecedentes penales, vulnerándose de esta forma, el principio de culpabilidad. El principio de culpabilidad, es uno de los más importantes que derivan directamente del estado de derecho, porque su afectación importa desconocer la esencia del concepto de persona, pues imputar un daño o peligro para un bien jurídico, sin constatar el vinculo (objetivo) y subjetivo con el autor, es degradarlo a una "cosa causante". (Del voto de la Dra. Ledesma, en disidencia).

Registro n° 228.06.3. Maciel, Marcelo Fabián s/recurso de casación e inconstitucionalidad. 22/03/06, Causa n° : 6359, CNCP Sala : III.

- **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.**

"…La portación de arma de uso civil prevista en el art. 189 bis, C.P. y la utilización sin la debida autorización legal a los fines de un ilícito constituye ***un hecho único***, toda vez que el hallazgo de ésta se produce con motivo del robo que es calificado por el empleo de tal medio y, de concursarse la portación en forma material, se produciría un injusto agravamiento de la situación procesal del imputado porque tal extremo ya ha sido tenido en cuenta agravando el robo; existe unidad de determinación y de conducta, pues el autor llevaba el arma con la intención de emplearla en el hecho concreto..."

Disidencia parcial del Dr. González: "… En lo que atañe al concurso ideal asignado a los delitos de robo con armas y portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, la figura prevista en el art. 189 bis, C.P. es autónoma y se configura con la mera portación por parte del agente del objeto (arma de uso civil) sin la debida autorización legal. Por lo tanto, la utilización de este objeto a los fines de cometer el delito previsto en el art. 166, inc. 2°, C.P., hace aplicable las reglas del concurso establecidas en el **art. 55 de** dicho cuerpo legal por tratarse de pluralidad de acciones…"

“LEE, César Y.”resuelta el 5/04/01 publicado en Boletín Interno de Jurisp. N° 2/2001, pág.107. Causa n° 16.069, CCC, Sala VI.

“… Si bien el ***revólver*** secuestrado resulta apto para el disparo, se encontraba ***sin proyectiles*** por lo que ***no se dan los elementos del tipo penal*** descripto en el art. 189 bis, 4° párrafo, C.P. La conducta del imputado -tener en su poder un arma de guerra descargada- no contradice el tipo analizado, ya que no se advierte si la seguridad estuvo expuesta a peligro alguno...”

“RODRIGUEZ, Raúl O.” rta. 4/04/01,Bol. Int. de Jurisp. N° 2/2001, pág. 86. causa n° 15.037, CCC, Sala I.

“Las figuras previstas en los arts. 166 inc. 2° y 189 bis, C.P., ***concurren idealmente*** ya que la utilización de un arma sin la debida autorización legal a los fines del apoderamiento, constituye un hecho único.

Disidencia parcial del Dr. González: La figura prevista en el art.189 bis, C.P. es autónoma y se configura con la mera tenencia por parte del agente del arma sin la debida autorización legal, por lo tanto, la utilización de este objeto a los fines de cometer el delito previsto en el art. 166, inc. 2°, C.P., hace aplicable las reglas del concurso establecidas en el ***art. 55, C.P.,*** por tratarse de una pluralidad de acciones…”

“RIVAS, Walter J.” rta. el 10/07/01, publicado en Boletin Interno. de Jurisp. N° 3/01, pág. 180.causa n° 16.718. CCC, Sala VI”

“Aún cuando ***el arma*** de uso civil condicional secuestrada cuya tenencia se adjudica, ***careciera de cargador***, ***se configura el delito previsto por el art. 189 bis***, C.P., por ser éste de peligro abstracto, ***bastando la mera tenencia del arma***, con posibilidades de empleo y sin autorización, para amenazar la seguridad común. Distinta solución se encuentra en la situación donde se ha establecido que ***la falta de aptitud para el disparo*** del arma utilizada en la comisión de un robo, ***impide la agravación de este injusto***, pues allí se analiza el peligro concreto corrido por el bien que proteje la norma….”

Disidencia parcial del Dr. Escobar: “… Careciendo el ***arma*** incautada de aptitud para el disparo, resulta ***inidónea para poner en peligro la seguridad común***. Del mismo modo, que de haberse utilizado tal arma en la perpretación de un injusto, no podría agravarlo, tampoco corresponde tenerla en cuenta a los efectos de la mera tenencia…”

“GARCIA, Carlos A.” resuelta el 13/09/01, publicado en Boletín Interno de Jurisp. N° 3/01, pág. 178, causan° 17.166, CCC, Sala VI. (se citó Fallo Plenario N° 16, "Costas, H.", rto: 13/10/86, en L.L. 1986-E-376.)

"…***La portación de un arma*** -en este caso de uso civil condicional-, ***apta para el disparo***, ***de funcionamiento normal y cargada, en un lugar público y sin la autorización legal*** correspondiente, ***representa un peligro que afecta al bien jurídico protegido por el artículo 189 bis*** del código sustantivo -seguridad común-, en tanto crea las condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarlo. Los conocimientos del encartado sobre la materia, por su anterior función de inspector de armas en las Fuerza Armadas, nos indican que sabía efectivamente que no debía trasladar el revólver en esas condiciones, por lo que entendemos que no corresponde admitir su descargo (…). A nuestro criterio, las demás circunstancias invocadas –sus condiciones personales y la finalidad del transporte- no afectan
las conclusiones precedentes, sin perjuicio de que eventualmente pueda valorárselas a los efectos de una reducción punitiva (inciso 2°, párrafo 6° de la mencionada norma).

En definitiva, consideramos que se encuentran reunidos los recaudos exigidos por el artículo 306 del cuerpo adjetivo. Al menos con la provisoriedad necesaria para esta etapa de la investigación, por lo que votamos por la homologación del auto impugnado.

Disidencia de la jueza María Laura Garrigós de Rébori dijo: "…concluir la atipicidad de la conducta de (…), razón por la cual voto por revocar el auto que se le dictó en los términos del artículo 306 del cuerpo adjetivo. El imputado dijo que tomó el arma en las condiciones en que la tenía en su domicilio con intención de llevarla al RENAR para entregarla al plan gubernamental de desarme voluntario porque su esposa y él no querían tenerla más en su poder por motivos familiares; explicó asimismo que, como circunstancialmente ella llegaba ese día en ómnibus desde la provincia de Formosa, fue primero a buscarla a Retiro, ocasión en que pasó el bolso por el scaner de la terminal nro. 4 y en esa oportunidad fue visualizada por el personal a cargo, quien requirió la intervención policial. La pertenencia a las fuerzas armadas que adujo el nombrado, dato que el juez no puso en duda; la circunstancia de que no estuvo vinculado a un ilícito inmediato precedente ni se cuenta con indicios para presumir que se disponía a cometer uno (fs. …); el hecho de que en la ocasión tuviera consigo las credenciales de legítimo usuario de armas de uso civil condicional y de tenencia de ese revólver -aún cuando vencidas- y, en particular, su intervención voluntaria en el escaneo, o sea en la advertencia a la autoridad de la presencia del arma en su bolso -cuestión que sin duda alguna pudo haber evitado-, brindan, a mi criterio, credibilidad a la afirmación defensista de que lo verificado en el caso fue una situación de transporte en condiciones antirreglamentarias y no una portación típica. (…) considero que esos datos objetivos descartan la materialización de una concreta y voluntaria afectación a la seguridad pública, única hipótesis bajo la cual es constitucionalmente admisible una imputación en esos términos. (…) la acreditada circunstancia de que oportunamente tuvo la condición de legítimo usuario de armas de uso civil condicional y que se le asignó la tenencia de la pistola en cuestión indican que tampoco correspondería considerarlo incurso en el delito de tenencia sin la debida autorización legal. Entiendo que el hecho de que esas autorizaciones no estuvieran vigentes al presente resulta una infracción administrativa conforme al artículo 64 del decreto 395/75, reglamentario de la Ley Nacional de Armas, que prevé sanciones ajenas a las

estatuidas por el ordenamiento penal de fondo (artículo 69 ibidem) (…) voto por sobreseer al imputado en los términos del artículo 336, inciso 3° del cuerpo adjetivo. (…) el tribunal resuelve: Confirmar el auto de fs. (…)".

“**TULA, Federico.” Rta. el 21/06/12 c. 672/12, CCC, Sala V**

"… La circunstancia de que el armamento era llevado corporalmente y en condiciones inmediatas de uso al encontrarse cargado, hacen que el comportamiento reprochado a (…) reporta la figura ***de portación de arma de guerra*** prevista en el artículo 189 bis apartado segundo, cuarto párrafo del Código Penal, mientras que el hecho de que se aportaran al sumario las credenciales expedidas por el Registro Nacional de Armas que le otorgaban la calidad de tenedor autorizado para aquella pistola (ver fs. …), extremo del que también da cuenta el informe enviado por ese mismo organismo que en copia obra a fs. …, ***verifican la procedencia de la atenuación*** prevista en el quinto párrafo de aquella misma norma. El análisis del decreto ley 395/75, reglamentario de la ley 20.429, distingue las atribuciones de quienes poseen portación de armas de fuego de los que solo se encuentran habilitados a su tenencia. Sobre ello se ha dicho que "la diferencia entre el habilitado a la tenencia y el que tiene permiso de portación radica justamente en las condiciones en que puede llevar el arma cuando transita en la vía pública, pudiendo los portadores llevar el arma cargada; en tanto los legitimados sólo para la tenencia de las armas de fuego pueden llevarlas en la vía pública sin carga de municiones, las que en caso de querer transportarlas también, deberá ser en forma separada del arma. Precisamente, las condiciones en que era transportada la pistola, con su cargador colocado conteniendo quince cartuchos, exhiben de igual modo la adecuación de su conducta al delito por el que fue procesado. Las explicaciones brindadas por el imputado al prestar declaración indagatoria en cuanto a que mientras aguardaba a sus familiares quiso verificar si llevaba consigo el arma en cuestión y, como un acto irreflexivo, le colocó el cargador, quedan desvirtuadas frente a los dichos de los preventores quienes fueron contundentes en cuanto a que el encausado se encontraba manipulando su arma de fuego, extrayendo y colocando su cargador repetidamente (cfr. fs. …). Finalmente, el peligro para el ***bien jurídico tutelado, cual es la "seguridad pública"***, que ha creado el comportamiento disvalioso de (…), se verificó a partir de su detención mientras transportaba corporalmente el arma cargada en un lugar público, esto fue a bordo de su vehículo que se encontraba estacionado sobre la calle (…), frente a la numeración catastral (…) de esta ciudad. En esa directriz, aunque en relación con el delito de simple tenencia de armas de fuego, se ha dicho que "la conducta que la ley reprime... es la acción de disponer en un lugar público o de acceso público o incluso en un lugar privado fuera del propio, de un arma cargada o en condiciones tales que sea viable su uso inmediato. Se trata de una ***figura de peligro abstracto*** que se consuma con la sola actividad del sujeto que (sin la debida autorización legal), lleva el arma sobre sí o de un lugar a otro, en las condiciones antedichas, más allá de su ámbito privado". En consecuencia, por los argumentos

precedentemente expuestos, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto de fs. (…) en cuanto fue materia de recurso. (…)".

"PRIETO, Pedro H." resuelta el 2/11/11 causa n° 1.634, CCC, Sala IV.

Hechos: las defensas apelaron los procesamientos de los imputados.

Fallo: El Juez Juan Esteban Cicciaro dijo: "… De la descripción del suceso que se les atribuye a (…) y (…), surge que el ***porta-cosméticos dentro del cual se halló el revólver*** "Taurus Brazil", calibre 38 especial, número de serie (…), ***cargado con cinco municiones*** a bala, ***fue encontrado debajo de la mesa del bar*** "Wan", ubicado en (…) de esta ciudad en la que, momentos antes, habrían estado los nombrados junto a (…). Según relataron los funcionarios policiales que procedieron a la aprehensión de (…) y (…), estos se encontraban allí sentados acompañados del nombrado (…), de modo que la imputación encuentra sustento en las declaraciones testimoniales prestadas por los agentes (…), (…) y (…). Superado ello, en torno al cuestionamiento dirigido a la calificación legal, cabe señalar que al haberse determinado que el arma estaba cargada y debajo de la mesa que estaban ocupaban los encausados en un lugar público, la asignación escogida en la instancia anterior debe mantenerse, pues ***no es preciso asumir un contacto corporal*** con aquél, ***sino tan sólo la posibilidad de acceder al arma en inmediatas condiciones de uso***, extremo que en el caso luce *prima facie* acreditado, de acuerdo a las circunstancias en que se secuestró el armamento. El agravio referido a la imposibilidad de considerar, en el caso, ***la portación compartida***, también ***habrá de desestimarse***, ***en atención al lugar en donde fue hallado el revólver***, de modo que ***cualquiera de ellos tenía pleno acceso a éste***. La posibilidad de verificarse conceptualmente la portación compartida de un arma, por lo demás, ha sido aceptada por esta Sala, siempre que ***lo que debe ponderarse es la indistinta y directa disponibilidad sobre el arma de fuego, sin que se requiera para su configuración el constante contacto físico con el objeto***. Finalmente, con respecto a la ausencia de ***dolo,*** las circunstancias en que se produjeron las detenciones de (…) y (…) permiten sostener que ***conocían la existencia del arma***…"

El juez Mauro A. Divito dijo: "… Los elementos reseñados en el voto que antecede autorizan a sostener que, al menos mientras estuvieron en el interior del bar "Wan", los imputados (…) y (…) habrían tenido a su alcance el "portacosméticos" dentro del cual el personal policial incautó el revólver "Taurus Brazil", calibre .38, número de serie (…) cargado con cinco municiones. Sin embargo, de momento ***se desconoce si fue alguno de ellos -y, en su caso, cuál de los dos- quien trasladó dichos elementos hasta ese lugar, mientras que por el tamaño y las características de los objetos en cuestión es posible inferir que, a todo evento, fue solamente una persona la que los transportó***, dado que no parece razonable entender que ambos hubieran llevado corporalmente consigo un único "porta-cosméticos". Desde esa perspectiva y puesto que en supuestos como el del sub-examen ***no cabe admitir una portación compartida del arma de fuego secuestrada***, el agravio de la defensa merece ser atendido. En tal sentido, se ha resuelto que, a ***diferencia de la tenencia, la portación no es***

susceptible de ser compartida, pues si bien la primera sólo implica contar con la posibilidad de disponer del arma, la segunda requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso (2). En función de lo expuesto, entiendo que el hecho atribuido a (…) y (…) debe ser calificado como el delito de ***tenencia ilegítima de un arma de guerra*** (CP, art. 189 bis, inc. 2, párrafo segundo).Así voto. El Tribunal resolvió: "…CONFIRMAR el auto documentado (…), en cuanto fuera materia de recurso…"

"PUYO, Carlos Alberto resuelta el 31/10/11 causa n° 136, CCC, Sala VII.

"… ante la impugnación por ***inconstitucionalidad,*** cabe señalar que las citas realizadas por el recurrente resultan parciales, pues en la misma obra, a renglón seguido, se observa que la doctrina invocada no descarta los delitos de peligro, mas solo exige que haya existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. Así, se aclara que ***"todos los peligros deben ser valorados ex ante, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una falta de tipo por inexistencia de bien jurídico",*** para luego agregar que "en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible ***la tipicidad objetiva***" (1). (…) resulta prioritario atender al testimonio de la damnificada quien señaló que mientras discutían y luego de que (…) la golpeara, éste tomó un arma donde primero la apuntó a ella y luego amenazó con quitarse la vida a sí mismo. (…) el supuesto fáctico de esta investigación comprende conductas que aumentaron el riesgo de lesión para la integridad física de quienes habitaban en la casa. Por lo tanto, ***no puede invocarse*** aquí ***que solo existió "un riesgo de riesgo de riesgo"*** o una "mera infracción administrativa". (…) asiste razón a la defensa en cuanto a que la pistola Bersa modelo 224 DA calibre 22 L.R. es un ***arma de uso civil*** (conf. decreto 395/1975 artículos 4 y 5 modificado por decreto 821/1996 artículo 4, ambos reglamentarios de la ley nacional de armas 20.429). Sin embargo, la otra pistola secuestrada, semiautomática, calibre 9 mm marca Star, sí es de aquéllas clasificadas ***de guerra o civil de uso condicional***, por lo que la mayor pena en expectativa ***para la tenencia o portación de este tipo de arma determina la competencia de la justicia de instrucción.*** (…) no puede interpretarse válidamente que los tipos penales previstos en el art. 189 bis del C.P. persiguen la tenencia o portación sólo cuando sea en relación a más de un arma, pues de la lectura íntegra de la norma se observa que se utiliza el plural y el singular de modo indistinto. (…) sin perjuicio del criterio asentado por esta sala en la causa nº 38.856 ("Asis", rta: 15 de abril de 2010), hasta tanto se verifique la acreditación aportada por el imputado a fs. (…) y sean aclarados los términos de la información proveída por el Registro Nacional de Armas a fs. (…), corresponde, de momento, asignar la intervención a quien tiene competencia más amplia, todo ello a fin de evitar las nulidades previstas en el art. 36 del Código Procesal Penal de la Nación. (…) esta sala resuelve: Confirmar el auto de fs. (…)".

"TOMEO, Francisco R. O resuelta el 11/10/11 en causa n° 42.054 CCC, Sala V.

Hechos: "… la defensa apeló el procesamiento de su asistido como coautor del delito de portación de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal.

Fallo: "…Teniendo en cuenta que uno de los indagados se descartó del arma tras advertir la presencia policial y que ésta fue incautada en la vía pública, se infiere que ***el elemento estaba dentro de la esfera de custodia de ambos*** y, por ende, tenían un codominio funcional y la posibilidad cierta de su disposición. Sostuvimos que "podemos hablar de una ***coautoría*** respecto del ***delito de portación ilegítima de arma de fuego***, donde el reproche conjunto de la figura prevista por el art. 189 bis, inc. 2°, párrafo cuarto del código sustantivo, se justifica en la medida en que ejercieron los supuestos autores una portación compartida del arma, en el marco de una esfera de custodia también compartida…" (1). (…), el Tribunal RESUELVE: Confirmar el punto I del auto de fs. (…), en todo cuanto fuera materia de recurso. (…)".

"M., L. J. resuelta el 6/06/11 en causa n° 41.668, CCC, Sala VI."

Hechos: Apelan las defensas de los imputados el procesamiento por portación ilegítima de arma de guerra en calidad de ***coautores*** (arts. 189 bis inciso 2do., 4to. párrafo y 45 del C.P.). El agravio se centra en la arbitrariedad del fallo y en la prueba insuficiente para acreditar el hecho. Se afrentan por la ***calificación de portación compartida*** de arma de guerra ya que ***no se probó la posesión conjunta*** de aquélla.

Fallo: "(…) La Dra. *Mirta L. López González* dijo: (…) tal como sostuve en las causas n° 277 Sala de Feria de este Tribunal, rta. 30/01/09 y 38390 de esta Sala rta. 23/12/09, entiendo que extender la portación compartida del arma secuestrada resulta una interpretación extremadamente amplia del tipo penal previsto en el artículo 189 bis, inciso segundo, cuarto párrafo, del Código Penal (…) la circunstancia de que ***este delito exija para su configuración una disposición inmediata de uso, conduce a que la responsabilidad por el delito sólo alcance al encausado que se encontraba en tales condiciones***. (…) no se puede determinar el lugar que ocupaba el arma en el vehículo, como así tampoco las posiciones que ocupaban cada uno de los imputados, lo cual no permite demostrar la posibilidad de un uso inmediato del arma que el tipo requiere. (…) coincido con mi colega preopinante en cuanto a la existencia de un plexo probatorio contundente (…) modificándose la significación jurídica allí discernida por la de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal. La Dra. *María Laura Garrigós de Rébori* dijo: (…) emito el presente voto en virtud de la disidencia parcial de mis colegas (…). (…) ***coincido con la hipótesis de que la portación de un arma no puede ser compartida.*** (…) no puede sostenerse que dos o más personas puedan utilizar una misma arma de manera simultánea -por la indivisibilidad del objeto-, y asimismo que cualquiera de aquéllas tenga su inmediata disposición. (…) considero que la calificación legal discernida debe modificarse por la ***de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal***.

Disidencia del Dr. *Rodolfo Pociello Argerich* dijo: "(…) ***ninguno de los ocupantes del rodado*** se encuentra inscripto como ***legítimo usuario***, según los informes del Registro Nacional de Armas y del

Registro Provincial de Armas. (…) en relación al ***arma de guerra secuestrada en las inmediaciones del vehículo del cual fuera arrojada***, constituyen indicios que sumados a las declaraciones del personal policial interviniente, quienes durante la persecución del rodado pudieron advertir cómo la arrojaran por la ventanilla del acompañante, permiten sostener con ***alto grado de probabilidad que (…) (…) (…) y (…) tenían conocimiento de su existenci***a. (…) debo indicar que en anteriores ocasiones sostuve que, para la configuración del tipo penal discernido en la anterior instancia, ***no se requiere el constante contacto físico entre el portador y el arma detentada, sino la inmediata disposición que cada uno de los sujetos involucrados pudiera tener sobre ella*** -ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, causa n° 22345, "Ramírez", rta. 15/08/03, 30936, "Herrera", rta. 9/11/06 y 38390 "Zayas" rta. 23/12/09; entre otros-. En la especie, tal extremo lo tengo por acreditado dado que el arma fue secuestrada desde la vereda más próxima del vehículo del cual fuera arrojada, lo cual permite inferir que cualquiera de los cuatro encausados la hubiera podido utilizar. ***(…) no debe confundirse la acción de aprehender con la de portar***, pues sin dudas resulta imposible que cuatro personas aprehendan un arma al mismo tiempo, más tratándose de un delito de peligro abstracto, la acción de conducirse en un ámbito reducido como lo es un automóvil, estando más de una persona en condiciones de uso inmediato del arma -y lógicamente conociendo su existencia-, nada impide a que se considere a todos coautores de la portación. (…) la resolución puesta en crisis debe convalidarse. (…) se resuelve: Confirmar la resolución obrante a fs. (…) se dispuso el procesamiento de (…) modificándose su calificación legal a la de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal en calidad de coautores (arts.189 bis inciso 2do., 2do. párrafo y 45 del C.P.)".

"BORGES DE MORA, Mario y otros resuelta el 28/04/11 c. 41.172 CCC, Sala V"

Hechos: apeló el fiscal el sobreseimiento parcial dispuesto respecto del imputado.

Fallo: "(…) El juez Juan Esteban Cicciaro dijo: Argumentó el órgano acusador oficial con motivo de su disconformidad con el temperamento liberatorio dispuesto, que la falta de municiones en el arma de fuego secuestrada no es un elemento exigido en el tipo penal del artículo 189 bis, inciso segundo, del Código Penal, y por lo tanto, la magistrada a quo debió ampliar el procesamiento de (…) en orden al delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (…). Al nombrado se le amplió la imputación (…) por haber tenido en su poder, sin la correspondiente autorización legal, un revólver con inscripción "Smith & Wesson" "32 long otg" con numeración (…), sin municiones en su tambor, aunque apto para producir disparos, que fue secuestrado del interior de su bolsillo derecho el 9 de febrero de 2011, alrededor de las 21:30, ocasión en la que se vio involucrado en el suceso por el cual se dispuso su procesamiento en orden al delito de robo simple en grado de tentativa (…). Los dichos del preventor (…) y del damnificado (…) no ofrecen reparos en orden a establecer que el arma en cuestión -…- (…) la llevaba entre sus prendas, el primero de ellos porque procedió a secuestrarla del interior del bolsillo derecho del encausado (…), en tanto que (…) observó cuando la extrajo de entre sus ropas.

Por otra parte, el perito que intervino (…) señaló que el revólver se encontraba "en perfectas condiciones para su uso", mientras que en las conclusiones del informe pericial (…) se determinó que el arma resultó ser "apta para el tiro y de funcionamiento normal".

Además, de los datos aportados (…) puede concluirse en que el arma no se encuentra registrada ni pesa orden de secuestro por su numeración, así como también, que (…) no reviste la calidad de legítimo usuario. Por ser ello así, comparto el reclamo de la Fiscalía, toda vez que la figura prevista por el artículo 189 bis, inciso 2 , primer párrafo, del Código Penal, se verifica a partir de que se tiene el arma sin la debida autorización legal, en tanto delito de peligro abstracto que tutela la seguridad pública, ya que, como instrumento peligroso que es, este bien jurídico se encuentra comprometido por sólo tenerse sin los debidos controles. De allí deriva, de adverso a lo sostenido por la señora juez de grado al considerar atípico el suceso, la innecesaria exigencia de que el arma se encuentre cargada. En efecto, como sostuve en anterior ocasión, la tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, para su configuración, no reclama que el arma se halle cargada (1). Superada esta cuestión y teniendo en cuenta que (…) se encuentra procesado en orden al delito de robo simple en grado de tentativa (…), entre dicha figura legal y la tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, media un concurso material, aun cuando las conductas se superpongan temporalmente durante el robo, porque no pierden su autonomía al resultar acciones física y jurídicamente separables e independientes. Ello, porque la tenencia de un arma de uso civil constituye un delito de carácter permanente y de peligro abstracto que se configura sólo con la voluntad de detentar el arma sin la autorización para ello, con independencia de la motivación del sujeto -aun cuando no se emplee-, lo que equivale a sostener que tiene autonomía intelectual. Por el contrario, el robo, que tutela la propiedad, es de carácter instantáneo y se consuma en el momento de su comisión. De tal modo, la revocación del auto dictado en la instancia de grado será acompañado con el procesamiento de (…) en orden al delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, que concurre materialmente con el de robo simple en grado de tentativa por el que anteriormente fuera procesado (artículos 42, 45, 55, 164 y 189 bis, inciso 2 , primer párrafo, del Código Penal). Sobre el tópico vinculado con la cautela personal del imputado, no sólo ha quedado firme la prisión preventiva dictada (…), punto dispositivo II, sino que se trata de una cuestión que ya fue analizada por la Sala en ocasión de decidir en el incidente de excarcelación promovido a favor del imputado (…), por lo que ha de estarse a lo ya dispuesto. Finalmente, en tanto delito que no es de naturaleza económica, me parece que el embargo ya decretado cubre las exigencias del art. 518 del ritual, de modo que también debe estarse a la suma fijada (…). Así voto.

El juez Mauro A. Divito dijo: Comparto con el juez Cicciaro que la tenencia no autorizada del arma de fuego de uso civil sin municiones secuestrada a (…), configura, en el caso, el delito previsto por el artículo 189 bis, inciso 2 , primer párrafo, del Código Penal, ya que no aparece controvertido que el nombrado detentó el arma sin autorización legal y que ésta resultó apta para ser usada como tal, si bien no se hallaba cargada. Bajo tales premisas, y teniendo en cuenta que en el sub examen el revólver en cuestión fue empleado para cometer un robo, conforme se desprende del

auto de procesamiento -firme- documentado (…), estimo que no es posible descartar el peligro para la seguridad pública que caracteriza al tipo penal citado. También coincido con el razonamiento efectuado en el voto que antecede, en lo concerniente al embargo y la medida de cautela personal. Sin embargo, mi opinión es diferente en torno al modo en que debe concursar ese tipo legal con el de robo simple en grado de tentativa por el cual Muñoz resultó procesado en esta causa (…), que debe ser formal de acuerdo con las particulares circunstancias del caso y el criterio que expuse en anterior ocasión (3). Tal inteligencia se justifica porque en el sub examen, al haberse establecido que el arma descargada se esgrimió frente al damnificado para desapoderarlo, su tenencia integró la violencia típica, de modo que se verifica la superposición que caracteriza al concurso ideal, en tanto "los tipos que convergen presentan
una especial conexión -a partir de ciertos elementos comunes- que hace que funcionen como círculos secantes", mientras que en el concurso real, se carece de esa conexión y los tipos funcionan como círculos independientes (4). Así, como el hallazgo del revólver con inscripción "Smith & Wesson" "32 long otg" con numeración (…) en el interior del bolsillo derecho de (…) se produjo con motivo del hecho contra la propiedad, cabe entender que ello constituye un hecho único, máxime si se recuerda que la tenencia quedó temporalmente circunscripta al período que insumió el apoderamiento intentado (5). Como corolario de ello, voto para que se revoque el auto liberatorio dispuesto en la instancia de grado y se amplíe el procesamiento de (…) en orden al delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, que concurre idealmente con el de robo simple en grado de tentativa (artículos 42, 45, 54, 164 y 189 bis, inciso 2 , primer párrafo,
del Código Penal).

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo: Habiendo escuchado la grabación de la audiencia, participado de la deliberación y no teniendo preguntas para formular, comparto con los jueces que me precedieron que (…) debe responder en orden al el delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal (artículo 189 bis, inciso 2 , primer párrafo, del Código Penal), de modo que el auto de sobreseimiento dictado en la instancia anterior corresponde que se revoque. Es que como sostuve en anterior ocasión, la sola circunstancia de hallarse descargada el arma, en principio, no excluiría la posibilidad de riesgo al bien tutelado. En efecto, distinto es el supuesto donde el artefacto no es apto para sus fines, donde no hay posibilidad alguna para afectar el bien protegido (6). Por otro lado, para el caso del sub examen, el modo en que debe concursar el delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal con el robo en grado de tentativa, he sostenido en anteriores ocasiones que la cuestión se limita a una discusión dogmática en cuanto a la forma de concurrencia de delitos de ejecución permanente y aquellos de consumación instantánea, cuando esta última se superpone temporalmente con parte del proceso consumativo de aquél.

Entiendo que esa superposición temporal no conduce per se a sostener un concurso ideal o aparente. Lo contrario llevaría a considerar que mientras se sigue ejecutando el delito permanente ("tal el caso "tenencia de un arma sin la debida autorización") los distintos hechos que pudieran cometerse (la receptación en un principio, y otros posteriores -robos, homicidio, etc.-) concurrirían cada uno

en forma ideal con aquél, con la posible conclusión, entonces, de que todos conformen un único delito, lo que entiendo desacertado. No desconozco, por cierto, que dicho supuesto fue tratado en doctrina bajo la denominación de "concurso ideal por enganche" (7) o "unidad de acción por abrazadera" (8), mas no comparto dicha postura; si dos hechos son diferenciables entre sí, no puede cada uno constituir un mismo hecho con una tercera conducta (9).
Conforme lo expuesto, adhiero al voto del juez Cicciaro. Así voto.

La Sala resolvió revocar el auto interlocutorio y ampliar el procesamiento de los procesados en orden al delito de tenencia de un arma de uso civil sin la debida autorización legal, que concurre materialmente con el de robo simple en grado de tentativa (artículos 42, 45, 55, 164 y 189 bis, inciso 2 , primer párrafo, del Código Penal y 306 del Código Procesal Penal. **“MUÑOZ, Rubén M. resuelta el 11/05/11 en causa n° 40.758 CCC, Sala VII.**

Fallo: "(…) Se imputa a (…) la tenencia sin la debida autorización legal del revolver simple y doble acción, calibre 38 special, (…) apto para el tiro y funcionamiento normal y de veintidós cartuchos calibre 38 special (…). En dicho registro el personal policial (…) halló en el interior del segundo cajón del escritorio, ubicado en una habitación utilizada como estudio una caja blanca y roja, la cual tenía en su interior el revolver en cuestión sin municiones en el tambor y en el cajón superior 20 proyectiles, como así también la correspondiente documentación expedida por el Registro Nacional de Armas "RENAR", esto es, tarjeta color rosa n° (…) de uso civil condicional; tarjeta color verde n° (…), de uso civil condicional con fecha de vencimiento 1 de mayo de 2007 y otra de color verde n° (…), todas a nombre del imputado y un recibo de compra del arma n° (…). El juez Jorge Luis Rimondi dijo: (…) coincido con los argumentos brindados por el a quo, por cuanto la imputación que pesa (…) encuentra sustento probatorio mediante el informe pericial realizado por la División Balística de la PFA, del cual se desprende que el revolver secuestrado resultó apto para el tiro y de funcionamiento normal, como así también los cartuchos tomados al azar del total remitido (…). Tal confirmación resulta suficiente para considerar que el bien jurídico protegido por el tipo penal "seguridad pública", se ha visto afectado mediante la conducta reprochada, más allá de que el revolver estuviera descargado y las balas estuvieran en un lugar distinto al del arma, puesto que la ley no distingue tal extremo y además reprime el simple acopio de municiones sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc.3°, primer párrafo del CP) (…). El juez Luis María Bunge Campos dijo: (…) considero que se debe revocar el procesamiento (…) y sobreseer al nombrado en orden al delito por el cual fuera formalmente indagado (…). (…) la circunstancia de que haya caducado la autorización de la tenencia del arma, no implica la afectación al bien jurídicamente protegido y previsto en el art. 189 bis, 4° párrafo del CP, máxime si se tiene en cuenta en las condiciones en que el imputado tenía el arma, (…) razón por la cual en ningún momento ha puesto en peligro la seguridad pública, pues su conducta constituye tan sólo una infracción administrativa prevista por el art. 69 del decreto 395/75, reglamentario de la ley nacional de armas. El Tribunal resolvió confirmar el procesamiento.

“MENÉNDEZ, Daniel. Rta. el 29/04/11 c. 40. 180. CCC Sala I.

Fallo: "(…) el nombrado, estuvo presente al momento del allanamiento practicado con fecha (…) en el inmueble sito en la calle (…), domicilio que comparte con (…), quien actualmente se encuentra procesada por la tenencia ilegítima de la escopeta calibre 16 secuestrada en dicha oportunidad. (…) el secuestro de ambas armas ha tenido ocurrencia en un mismo contexto fáctico, siendo que además el descargo de los imputados no puede implicar justificación alguna, en cuanto a la tenencia ilegítima de un arma en su domicilio, máxime teniendo en cuenta el peligro que implica por tratarse de un arma de fuego disimulada en un bolígrafo cuyo uso se encuentra expresamente prohibido. Debe destacarse que los encausados (…) y (…) manifestaron por escrito que "con respecto al arma calibre 22 disimulada en una lapicera, la misma es de propiedad de un amigo de (…) de nombre (…), que a modo de favor alojamos en nuestra casa", sin embargo, no se encuentra acreditado (…) que dicho elemento pertenezca al nombrado (…), y lo cierto es que lo alegado, tampoco excluye la tipicidad de la norma transgredida, que se configura con la sola acción de tener el elemento sin la debida autorización (art. 189 bis inciso 2 segundo párrafo del CP en función del art. 4 inc. 3 apartado c del Dto. 395/75. Así, no puede soslayarse que (…) tenía en su domicilio el "bolígrafo", respecto al cual tenía una relación de hecho, que ni siquiera con autorización legal está permitida, vulnerándose con el sólo riesgo creado -pues se trata de un delito de peligro abstracto- el bien jurídico tutelado e importa por sí, un peligro para otros bienes jurídicamente protegidos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de disposición alternativa que podría sostenerse respecto de (…), dado que ambos habitan el inmueble en el que se encontraba el arma de fuego de uso prohibido, conforme sostuvo durante la audiencia la Dra. Zanetic. El tribunal revocò el sobreseimiento y dictó auto de procesamiento sin prisión preventiva por considerarlo prima facie penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra de uso prohibido (art. 189 bis inciso 2 segundo párrafo del CP en función del art. 4 inc. 3 apartado c del Dto. 395/75) (…)".

PEREZ, Horacio Manuel rta. el 25/04/11 c. 40. 118. C.N.Crim. y Correc. Sala I.

Fallo: "(…) Con independencia de los motivos de agravio expuestos por la defensa (…) en el recurso de apelación presentado (…), la Sala entiende que el procesamiento dictado a (…) debe ser revocado pues el hecho investigado -tal como se comunicó al imputado a (…)- no se adecua a la tipicidad del artículo 189 bis, inciso 2°, párrafo segundo, del Código Penal, siquiera a partir de la interpretación formulada en función de la ley 20.429 y el decreto reglamentario 395/75. Ello es así, porque el chaleco antibalas -no obstante la inclusión en el artículo 4° del decreto citado como "Materiales de usos especiales"-, singularmente, no se trata de un arma de fuego, como se menciona en el tipo aludido. En este sentido, la Sala -con una integración distinta- ha señalado que luego de la reforma introducida por la ley 25.886 "tanto la tenencia como la portación de armas de guerra prohibida quedó circunscripta -en su párrafo 2°- a la especie 'de fuego'…" (1). Ese criterio, además, fue sostenido también por la Sala IV de esta Cámara (2), dado que el chaleco antibalas "no

reúne, por su propia naturaleza, las características que definen a un arma de fuego", según el concepto incluido en el artículo 3° del decreto que se viene mencionando. Por esos motivos y como la investigación debe orientarse a establecer las circunstancias en que dicho objeto entró en poder de (…), en atención a la información que ya surge (…), debe adoptarse en la causa el temperamento intermedio contemplado en el artículo 309 del Código Procesal Penal. La Sala revocó el procesamiento y dictó la falta de mérito del imputado.

B.G.,K. rta. el 31/03/11 c. 40.561. C.N.Crim. y Correc. Sala VII.

Hechos: Apela la defensa el procesamiento por portación de arma de uso civil en concurso ideal con el de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro (arts. 277, inciso 1º c, inciso 3º b y 189 bis, inciso 2º, tercer párrafo del Código Penal). Se le imputa a su asistido tener en su cintura, un revolver con marca y numeración erradicada, cargado con una munición en condiciones de inmediato uso, circulando por la vía pública y sin la debida autorización legal para ello, además de la adquisición del arma de origen ilícito y con ánimo de lucro. Motivó la aprehensión de los inculpados, la huida emprendida por éstos ante la presencia policial. Los agravios defensistas apuntan a la ausencia de acreditación de la idoneidad de la bala para el disparo circunstancia que derriba la tipicidad de la portación de arma de uso civil y, del encubrimiento la falta de veracidad sobre el conocimiento espúreo del arma. Fallo: "(…) resaltamos que, para la configuración de la portación de un arma de uso civil, es necesario que ésta se lleve consigo, en condiciones de funcionamiento y apta para el disparo, se halle cargada y se materialice en un lugar público, extremos que se corroboran a través del relato de los preventores (…) y por la pericia de la División Balística de la Policía Federal Argentina (…) La doctrina sostuvo que "…el arma se encuentra en condiciones de uso inmediato cuando el arma se lleva cargada, es decir con la munición en el cargador de modo que éste lista y dispuesta para ser utilizada…" (…) se determinó por la pericia mencionada que el revólver poseía su numeración erradicada, y en esa inteligencia es suficiente indicio del conocimiento sobre el origen espurio de tal elemento, pues la infracción al artículo 277, inciso 1° apartado "c" se consumó al recibir el arma sin estar legitimado para su uso y en las condiciones antes señaladas, conformando el dolo requerido por el tipo subjetivo. Al no haber podido el indagado demostrar cómo adquirió el arma secuestrada, ni haber cumplimentado ninguno de los requisitos necesarios para portarla legalmente, no puede admitirse su falta de conocimiento del origen irregular. El Tribunal resolvió confirmar el procesamiento.

M., G. E. resuelta el 4/01/11 c. 27. C.N.Crim. y Correc. Sala de Feria B.

Hechos: Apela la defensa el procesamiento por **homicidio agravado** por el uso de arma de fuego en tentativa -dos hechos- que concurren entre sí, los que a su vez **concurren en forma ideal con la portación de arma de guerra** (arts. 41 bis, 42, 54, 55, 79 y 189 bis apartado 2, párr. cuarto del Código Penal). Se agravia de la calificación jurídica, de la atribución de dolo homicida de la interpretación dada por el magistrado al tratarse de dos hechos en concurso real. La Sala Confirmó el auto en cuanto ordenó el procesamiento de (…) en orden al delito de homicidio agravado por la

utilización de un arma de fuego, en grado de tentativa, en dos hechos que concurren en forma material entre sí, los que a su vez, concurren en forma ideal con el delito de portación de arma de guerra (arts. 41 bis, 42, 54, 55, 79 y 189 bis apartado 2, párr. cuarto del Código Penal).
GRINSTEIN, Mario Eduardo resuelta el 9/11/10 c. 40.252. CCC Sala V

Hechos: La defensa apeló el procesamiento por portación ilegítima de arma de guerra (art. 189 bis, párrafo 7°, del Código Penal), interpuso la nulidad absoluta de la decisión y opuso una excepción de falta de acción. Adujo **que entre la portación ilegítima atribuida al imputado y el homicidio** que protagonizó con esa arma **mediaría un concurso ideal,** que implicaría vulnerar la norma del *ne bis in idem*, por cuanto su defendido fue absuelto en la causa, donde se lo juzgó por homicidio. Expuso que el Ministerio Público pudo perseguir al imputado por portación de arma ya que ésta fue hallada en el homicidio, y omitió hacerlo en el trámite de aquellas actuaciones. Fallo: "(…) Este legajo se inició por la denuncia formulada por los integrantes del Tribunal Oral Criminal N°7 (…) Recibido en el juzgado que había intervenido durante la instrucción, en forma previa a todo trámite se dispuso solicitar la causa madre del desprendimiento (…). Recepcionadas dichas actuaciones, se ordenó recibir declaración indagatoria a (…) (…) se cumplió con el acto de indagatoria y el 9 de agosto último se dictó el procesamiento del imputado (…), auto que por vía de apelación nos corresponde en este momento revisar. (…) De los datos señalados (…) surge que la magistrada dispuso la instrucción de estas actuaciones sin impulso del titular de la acción pública, en violación de la manda que dispone *ne procedat iudex ex officio*, razón por la cual se ha incurrido en una nulidad absoluta y de orden general que corresponde declarar de oficio (artículos 5°, 167, inciso 2° y 168 del Código Procesal Penal de la Nación. El Tribunal resolvió decretar la nulidad.

ACEVEDO, Ramón E. resuelta el 6/10/10 c. 39.883 CCC, Sala V.

Fallo: "(…) Los jueces Jorge Luis Rimondi y Gustavo A. Bruzzone dijeron: Los argumentos expuestos por el representante de la fiscalía durante la audiencia resultan atendibles, por lo que habremos de revocar la decisión impugnada. (…) las condiciones en que (…) ejercía la tenencia del revolver calibre 38 secuestrado al momento de allanarse su domicilio no pueden ser calificadas como simplemente "irregulares" en los términos del art. 69 del decreto reglamentario 395/75, puesto que el plazo de caducidad de la autorización se encontraba ampliamente vencido al momento de su hallazgo, lo que demostraría, a simple vista, su voluntad de ejercerla en forma ilegítima. Ello así pues, la normativa reseñada estipula un plazo de quince días para regularizar las situaciones de este tipo, siendo que en la especie, las credenciales de legítimo usuario del imputado habían vencido en el mes de mayo de 2007, y no se verificaron ninguna de las formas de proceder que establece la reglamentación con posterioridad a ello. No obstante lo expuesto, previo a disponerse el llamado a indagatoria de (…) se deberá efectuar una experticia sobre el armamento y munición incautadas a través de la División Balística de la P.F.A., con el objeto de verificar su normal funcionamiento y aptitud para el disparo, requisito indispensable para la configuración del tipo penal

del art. 189 bis, 5° párrafo del C.P., por tratarse de un delito de peligro abstracto. Así votamos. **Disidencia** El Juez Barbarosch dijo: No comparto el criterio sustentado por mis colegas porque considero que **no hay afectación al bien jurídico tutelado** conforme a la previsión del art. 189 bis, 4° párrafo del C.P., y de acuerdo también al artículo 69 del decreto 395/75 el que prescribe la conducta a seguir en los casos de caducidad de la autorización de tenencia, resultando por lo tanto su incumplimiento una infracción de índole administrativo. Así lo sostuvo la Sala V (*), al sostener "…es deber denunciar el vencimiento de la credencial de legítimo usuario de armas de fuego de uso civil condicional y de portación al Registro Nacional de Armas y autoridad policial de su domicilio y escoger una de las alternativas previstas en la reglamentación (transferir el arma, enajenarla, subastarla, donarla al estado, o conservarla). Tal incumplimiento sólo configura la infracción administrativa prevista en el 64 del decreto citado, que prevé sanciones ajenas al ordenamiento penal de fondo (art. 69) pues las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue habida el arma revelan que el accionar del imputado se hallaba desprovisto de toda intención de utilizar el arma, circunstancia que permite descartar que se haya vulnerado la seguridad pública, bien jurídicamente protegido por el art. 189 bis, párrafo 4° del C.P. por ello, procede revocar el procesamiento del encausado en orden al delito de tenencia legítima de arma de guerra sin la debida autorización legal". Este fallo se ajusta al caso que nos viene a estudio, y en consecuencia, postulo la confirmación del sobreseimiento del imputado. El Tribunal revocó la resolución que fue materia de recurso.

MENENDEZ, Daniel. Rta. 28/10/10 c. 39.208 CCC Sala I

- **Cámara Federal de San Martín**

Llegaron las actuaciones a conocimiento de esta alzada, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la asistencia técnica de Rodrigo Agustín Romero, Nahuel Martín Saavedra y Mauro Ezequiel Aguirre, contra la resolución que decretó sus procesamientos en orden al delito de tenencia ilegítima de material explosivo. Tras la lectura de las actuaciones se concluye en que la decisión impugnada debe ser confirmada; ello en tanto se coincide plenamente con la valoración que la Sra. Juez ha efectuado de las probanzas adjuntadas en autos. En cuanto a los agravios de la defensa, cabe poner de resalto que, sin perjuicio de la innegable existencia de otras personas presuntamente vinculadas con la ilicitud, ello no empecé a la atribución delictiva llevada a cabo en autos. Los tres incriminados fueron, tal como lo asientan los preventores, los únicos visiblemente presentes en cercanías del lugar donde se ocultaba el material explosivo, incluso se hallaban juntando piedras que eran dejadas a su lado. Pero más allá de ello, cobra importancia sobre el particular el testimonio del testigo, ya que además de relatar que se trataba de un grupo numeroso de personas, que existía un rodado blanco marca Toyota involucrado -desde donde le efectuaran señas amenazantes-también expresó que las botellas secuestradas eran las que fueron bajadas de ese auto y llenadas con combustible, tras lo cual el numeroso grupo se dividió en cuatro, siendo los tres detenidos los que "quedaron con las botellas en el cruce peatonal…hasta el momento en que llegó el primer móvil del centro de cuidados comunitarios y los detuvo…". Por su parte

la testigo dijo “vi cuando la policía, a excepción de las piedras que estaban en el puente traía las botellas del lado de la calle Rivadavia, todo en el mismo espacio físico en el cual se encontraban los tres individuos retenidos…”.

Lo expuesto hasta aquí los sindica, tal como lo señalara la Sra. Juez, como parte del grupo que tenía conocimiento, voluntad de detentación y poder de disposición sobre los explosivos; ello sin perjuicio de que las botellas preparadas como artefactos explosivos de fabricación casera, se hayan encontrado a algunos metros de donde fueron detenidos, ya que se ha demostrado con los testimonios indicados que formaban parte del grupo que se relacionaba con ellas, teniendo, además, acceso directo a donde estaban ubicadas.

Por ello, encontrándose “prima facie” demostrada la responsabilidad de los encausados en el hecho, sus procesamientos habrán de ser homologados.

C.1806/10 “Aguirre, Romero y Saavedra s/ infra. Art. 189 bis CP” Reg 5465 CFASM Sala I, Sec. Penal 3.

Los argumentos defensistas tendientes a demostrar la falta de pruebas suficientes para atribuir a C.F.C. la tenencia del arma de fuego 11,25 mm Ballester Molina, con inscripción Ejército Argentino n° 27878, con cartucho en su recámara y dos cargadores, la que contaba con denuncia de hurto, no habrán de tener favorable acogida. Ello así ya que si bien al momento de su aprehensión el imputado no detentaba el arma, ya que fue secuestrada en el cantero donde se escondía el encausado y su acompañante B., obran en autos elementos que autorizan a endilgarle, en este estado del proceso, su portación.

Cabe al respecto tomar vista del contenido del acta que en testimonios luce en autos ya que allí se efectuó un relato de los acontecimientos, determinándose -con las descripciones respectivas-, cuál de los tres aprehendidos fue el que, momentos antes, blandiera un arma de fuego al ser perseguidos por la prevención, circunstancia divisada por el Oficial Delgado.

La falta de elementos incriminatorios sostenida por la asistencia técnica, entonces, se enfrenta a los dichos del Oficial S. D., cuyo testimonio resulta válido a los efectos probatorios.

De este modo, la detención de C.F.C., escondido tras un cantero, lugar donde también fue secuestrado el arma, y las constancias del acta y declaración del Oficial S.D. sindicándolo como el portador de un arma durante la persecución, resultan elementos suficientes para “*prima facie*” disponer su procesamiento, tal como lo efectuara el “a quo”.

C. 509/10 “CHUCHI, Claudio Faustino s/ inf. Art. 189 bis CP.” 29/06/10 Reg. 5271 CFASM Sala I. Sec. Penal 3. Reg. 5271.

En lo que concierne a la aplicación al caso del Plenario de la C.N.C.P., “Díaz Bessone”, cabe consignar que dicho fallo establece, en esencia, la insuficiencia de la sola mención de que no se presenta la situación contemplada en el art. 317, inc. 1°-por remisión del art. 316- para denegar la excarcelación,

sino que deben considerarse en forma conjunta otros parámetros como los establecidos en el art. 319 del código de forma. Al respecto, conforme se desprende de los distintos votos del citado fallo (Dres. Pedro David, Mitchell, Fégoli, entre otros), la gravedad del hecho atribuido es pauta que indica esa posibilidad de fuga, salvo prueba en contrario -que no se verifica en autos-.En efecto, el evento enrostrado al causante reviste en si mismo mucha gravedad, y denota la temeridad del imputado, quien demostró intención de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común, "prima facie", con su arribo nada menos que auna central nuclear -Atucha II-, provisto con tres bombas de estruendo -que tenían adheridas tuercas metálicas-, que, en caso de detonación, pudieron haber producido gravísimas consecuencias. Acerca de la solidez de la imputación –tema también considerado en el voto del Dr. David del mencionado plenario- cabe consignar que por el episodio en trato, tipificado penalmente en el artículo 189 bis, primer párrafo, del código de fondo, el nombrado se encuentra procesado con prisión preventiva, auto de mérito homologado por este Tribunal. Cabe recordar además, que al prestar declaración indagatoria, indicó que desde hacía aproximadamente dos años residía en una dirección de la localidad de San Nicolás, circunstancia refutada con el informe socio-ambiental confeccionado a su respecto en tal domicilio, lo cual revela voluntad de no ser localizado.

A lo expuesto se añade que, si bien no surge de las actuaciones la actualización de la certificación del antecedente penal informado por el Registro Nacional de Reincidencia a su respecto (procesamiento por abuso de armas), dada la calificación legal del hecho por el que se encuentra aquí cautelado, la severidad de la pena en expectativa pronostica que en caso de recaer sentencia condenatoria, no podrá ser de ejecución condicional (CP, art. 26 "a contrario sensu"), lo cual ha de ser considerado dentro del grupo de argumentos a tener en cuenta para presumir, con sana crítica, que en caso de permanecer en libertad, intentará evadirse (Art. 319 CPPN). De modo tal que, en el caso, no se ha desvirtuado, conforme a las circunstancias evaluadas antes de ahora, la existencia de riesgo procesal. También ha de tenerse en cuenta que no se vislumbra que el tiempo que el imputado lleva privado de su libertad –desde el 27 de enero de 2010- sea excesivo por irrazonable, en orden a la gravedad de la imputación y al progreso significativo que en la presente etapa exhibe el expediente [en el principal se ha ordenado la vista normada en el Art. 346 CPPN]. Tampoco su situación se ajusta a alguno de los supuestos del artículo 317 del CPPN.

Asimismo se valora que se encuentra aún en investigación la posible comisión del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, que se le endilgada [por la pistola incautada por la prevención al inicio de las actuaciones], para lo cual el a quo" ordenó la formación de causa por separado.

En línea con lo expuesto, debe puntualizarse que el artículo 319 del CPPN establece pautas que impiden la concesión de la excarcelación o exención de prisión cuando las particulares circunstancias del caso hicieren presumir que el imputado podría eludirla acción de la justicia o entorpecer el curso de la investigación, todo lo cual ha sido contemplado expresamente por el legislador como causales que obstan justificadamente a la concesión del beneficio.

Por lo demás, corresponde consignar especialmente que la disposición del ordenamiento procesal penal, de aplicación al "sub-lite", encuentra aval en normas supra legales incorporadas a nuestra Constitución Nacional –artículo 75, inciso 22-, tales como el artículo 7 inciso 2° de la CADH, siendo que dicha normativa prevé el ejercicio de la facultad del Estado de encarcelar al imputado durante el proceso con anterioridad al dictado de una sentencia condenatoria firme. Al respecto la C.S.J.N sostuvo en el precedente "Nápoli, Erica" que dentro de las facultades conferidas al legislador por la Constitución Nacional, se encuentra la de establecer un régimen general de excarcelación vinculado con el monto máximo de la pena considerada en abstracto y fundado en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación (Fallos 321:3630).

En tales condiciones, cabe entender que no se ha logrado destruir con los argumentos de la petición, la solución denegatoria antes consignada (CPPN, arts. 316 y 317) y que en el caso concreto se mantiene la situación de riesgo procesal por las circunstancias reseñadas, en los términos consignados en el art. 319 del ritual y en el fallo plenario mencionado.

C. 634/10. "Incidente de excarcelación de Jorge A. Peña". 15/06/10 Reg. 5625. CFASM Sala II, Sec. Penal 2. Reg: 5625.

Cabe expresar, que la norma del art.189 bis del C.P. no traza una línea definitoria sobre el alcance del concepto de "acopio", por lo que es menester tomar en cuenta la cantidad de elementos prohibidos y la intención del autor a fin de establecer, en cada caso concreto, si se está en presencia de un acopio o una simple tenencia. Así, para que se configure el tipo de **acopio** éste debe resultar de gran magnitud, compatible con un almacenamiento, una reunión considerable de elementos dirigida a su distribución o al abastecimiento de un número indeterminado de personas, extremo que suscita un aumento de peligrosidad y potencialidad dañosa hacia el bien jurídico tutelado que justifica que el legislador ha ha previsto un considerable agravamiento punitivo para tal conducta.

Se ha sostenido al respecto que "... el acopio de armas es una acción inequívoca, ubicada en el camino del peligro para la vida o integridad corporal de un conjunto de eventuales víctimas, porque acopian armas para que sean utilizadas por numerosas personas ... no está de más recordar que en el Diccionario de la Real Academia Española, acopiar significa 'juntar, reunir en cantidad alguna cosa'; y cantidad, en su tercera acepción, importa 'porción grande o abundancia de algo', razón por la cual la interpretación de esa acción no sólo ha de reparar en la magnitud numérica de elementos hallados sino que también debe orientarse a las circunstancias en que fueron habidos, demostrativas de que se los guarda con la intención de que, eventualmente, puedan ser empleados por muchas personas, lo que refuerza su potencialidad dañosa para el bien jurídicamente protegido: la seguridad pública ...".

En tal direccionamiento, toca señalar que de acuerdo a lo que surge del informe pericial agregado en autos, del total de armas secuestradas por el personal del organismo nacional, ocho de ellas resultaron aptas para el tiro, siendo todas de uso civil, de las cuales tan solo tres son de funcionamiento normal,

mientras que las restantes cinco presentaron diversas anomalías durante el desarrollo de las operaciones técnicas, y en cuanto a las municiones incautadas, su calibre condice con el de los artefactos de fuego señalados. Otro aspecto que cobra relevancia en el *sub examen* es la condición de armero que revestía el causante como profesión habitual, que brinda un razonable motivo sobre el contacto con las armas y el número que poseía, si bien algunas de ellas en forma irregular, por lo que su situación no puede ser asimilada a la del común de la gente. Cabe concluir entonces, en que la guarda ilegítima imputada al encausado se ajusta a la figura de la simple tenencia de armas de uso civil, acuñada en el tipo del art. 189 bis, inciso 2°, primer párrafo, del Código Penal, y dado el tiempo transcurrido desde que se cometiera el hecho, la extinción de la acción penal por prescripción se ha visto operada, sin que durante el mismo se verificaran actos interruptivos de su curso (arts. 59, inc. 3°, 62, inc. 2°, 63 y 67 del Código Penal).

C. 2324/09 Icardi, Jonathan Adrián s/ inf. art. 189 bis CP.25/02/10 Reg. 8233 CFASM Sala: 1. Sec. Penal 1

Tiene dicho esta alzada que "…se entiende que **no se configura el encubrimiento del delito de adulteración o supresión del número o grabado de un arma de fuego** (art. 189 bis, inc. 5°, párrafo segundo, del C. Penal) por **la simple recepción** del arma en esas condiciones, pues es requisito del art. 277, inc. 1°, ap. c), que la cosa receptada provenga de un delito, circunstancia que no ha sido verificada en la especie, en la que no puede sostenerse que el arma en cuestión efectivamente sea proveniente de un delito, sino **sólo que ha sido objeto de un delito, como es el de adulteración de su número o grabado**. No se dan pues, los presupuestos necesarios para la operatividad de la norma invocada..."(confr. C. 4039/06 "Soria, Emiliano Javier s/ inf. 189 bis inc. 5°",]Rta. el 27-02-07, bajo Reg. 4013, Sec. Penal 3).; tal el caso de autos sobre la falta de correspondencia del arma incautada, conforme su numeración, con la inscripta.

C.2161/08. Inc. Incomp. plant. por Fisc. Fed.-imp- Montiel, Roberto. Reg. 4757 CFASM Sala: Sala 1. Sec. Penal 3. Reg. 4757.

El hecho materia de investigación remite al hallazgo de **explosivos** ocurrido el 11 de diciembre de 2004 en la finca de la calle Belén N° 2200 de Merlo (BA); lugar donde se produjo el deceso del menor Federico Genes cuando manipulaba un artificio que pericialmente se clasificó como "**señal acústica de uso ferroviario**, con la inscripción "FMP-Pilar (8)-Venc. Octubre 91" (v. acta de procedimiento a fs. 1/3; v. fotografías de los
dispositivos explosivos a fs. 210/11; y experticia a fs. 199/201). Como así también, el secuestro de **54 unidades del mismo material** habidos en la vivienda vecina sita en la intersección de las calles Belén y Ramírez, según el acta labrada a fs. 21/2. 3. Sentado ello, corresponde abordar el eje central del agravio formulado por el recurrente vinculado a su postura afirmativa de que **los dispositivos incautados constituyen material explosivo en los términos del art. 189 bis de**l Código Penal, por entender en consonancia con la doctrina que se trata de aquellos que, **sin ser una bomba**, pueden

hacerse estallar por cualquier procedimiento o producir detonaciones. En tal sentido y sobre la base de la prueba colectada sostuvo que **son artificios pirotécnicos**, lo cual tendría la significación jurídica de la categoría A) 11, reglado por el artículo 2, Anexo del decreto 302/1983, que reglamenta parcialmente la ley nacional de armas y explosivos N° 20.429/73, en lo referente a pólvoras, explosivos y afines (cuyo art. 608 mantiene la vigencia del decreto N° 395/75). Ello, en contra de la tesis apuntada por el magistrado "a-quo" al acuñar la especie en la órbita de las infracciones administrativas del art. 36 de la ley especial, cuya aplicación resulta materia de conocimiento de los órganos del P.E.N. en el art. 136 del decreto 395/75.

En esa línea, interesa remarcar la peritación obrante en cuanto concluye que la cosa secuestrada se trata sin lugar a dudas de la señal acústica de uso ferroviario conocida como "sombrerito señalizador de vías", elemento pirotécnico de prevención para el personal ferroviario en riesgo. De modo tal, que de acuerdo a la citada **poseen una naturaleza jurídica explosiva.** Por tanto, los agravios del recurrente son procedentes. En efecto, es dable advertir que en el auto impugnado se ha efectuado una errónea interpretación de la ley especial al confundir la órbita penal con la administrativa que prescribe la ley nacional 20.249 en su capítulo III "De las pólvoras, explosivos y afines" en los arts. 20/28 que regula las relaciones de los usuarios legítimos con el poder administrador.

El Fiscal había apelado el sobreseimiento dictado respecto del imputado.

1549/08. Incidente de : Oliver Eduardo s/ pta, infracción art. 189. 30/09/08 C.F.S.M. Sala II, Sec. Penal n° 4. Reg. 4249.

La norma implicada no traza una linea definitoria sobre el alcance del concepto de **"acopio",** por lo que es menester tomar en cuenta **la cantidad de elementos prohibidos y la intensión del autor de la detentación a fin de establecer,** en cada caso concreto, **si se está en presencia de un acopio o una simple tenencia.** Corresponde señalar la escasa magnitud relativa del material comisado, lo cual no conforma un número significativo que por sí sólo permita inferir la noción de acopio requerida por el tipo. **La sola magnitud numérica, desprovista de otros elementos probatorios, no constituye una considerable cantidad** para que por sí sola permita inferir, sin lugar a dudas, **el dolo de acopio**. Cuantitativamente, las municiones secuestradas al encartado, se compadece con su eventual utilización por el agente o sus allegados más directos (en forma compartida) en distintas acciones delictivas, más que con la noción de acopio. Esto debe resultar de gran magnitud, compatible con un almacenamiento, una reunión considerable de elementos dirigida a su distribución mayorista, al abastecimiento de un número indeterminado de personas, extremo que determina un aumento de peligrosidad y potencialidad dañosa hacia el bien jurídico tutelado y que justifica que el legislador haya previsto un agravamiento punitivo para tal conducta. Sobre el punto, se ha sostenido que "... el acopio de armas es una acción inequívoca, ubicada en el camino del peligro para la vida o integridad corporal de un conjunto de eventuales víctimas, porque acopian armas para que sean utilizadas por numerosas personas ..., no está de más recordar que en el Diccionario de la Real Academia Española, acopiar significa 'juntar, reunir en cantidad alguna cosa'; y cantidad, en

su tercera acepción, importa 'porción grande o abundancia de algo', razón por la cual la interpretación de esa acción no sólo ha de reparar en la magnitud numérica de elementos hallados sino que también debe orientarse a las circunstancias en que fueron habidos, demostrativas de que se los guarda con la intención de que, eventualmente, puedan ser empleados por muchas personas, lo que refuerza su potencialidad dañosa para el bien jurídicamente protegido: la seguridad pública ...". Desde este punto de mira, el Tribunal entiende que el encartado guardaba ilegítimamente en su domicilio ciento seis proyectiles calibre 9 mm de distintas marcas, conducta que constituye, con el grado de provisionalidad que demanda la presente etapa del juicio, la figura de la tenencia simple de municiones correspondientes a armas de guerra acuñada por el tipo del art. 189 bis, último párrafo, del Código Penal. Lo actuado en autos revela inequívocamente que el hecho exhibe una estricta motivación particular, no existiendo la posibilidad de que resulte comprometida, directa o indirectamente, la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones, por lo que el señor juez instructor deberá revisar su competencia en razón de la materia y atento la calificación legal que se asigna al hecho "sub examen". El Tribunal por mayoría resolvió: CONFIRMAR el resolutorio apelado de fs. 542/7 vta. en cuanto dispuso el procesamiento del encausado en orden al delito por el que fuera indagado, MODIFICÁNDOLO en su calificación legal que se considera constitutiva del delito de simple tenencia de municiones correspondientes a armas de guerra.

Varela Claudio Gastón s/ inf.art. 189 bis CP. 5/06/03 C.F.S.M. Sala II, Secretaría Penal.

Acerca de la significación jurídica del injusto. Sobre el **aspecto subjetivo** afirmamos en primer término, el encartado es una persona sin ocupación lícita declarada con aptitud para participar habitualmente en actividades criminales como se evidencia prima facie con las sospechosas comunicaciones telefónicas intervenidas.

En segundo término, la fotografía del nombrado figura en el álbum de malvivientes de la comisaría de Tres de Febrero, seccional 6ª correspondiente a su domicilio.

En tercer término, el incuso fue condenado por sentencia firme desde el 12/5/1999 como coautor del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda en grado de tentativa a la pena de tres años de prisión en suspenso.

En cuarto término, **carece de autorización legal para la posesión de la munición secuestrada**, lo que descarta que esas cosas hayan tenido las finalidades de uso propio o deportivo legítimo o de colección. Sobre el aspecto objetivo-cuantitativo afirmamos a primera vista que la magnitud del secuestro excede holgadamente el número [uno o dos por ejemplo], que podría reconocerse verosímilmente para el uso personal de un sujeto con la capacidad moral predicha. Al respecto, de un lado una pistola de 9 mm. puede guardar hasta trece proyectiles, por tanto, las ciento seis municiones halladas en la esfera de intimidad del encausado, son suficientes para la completa carga de ocho armas de similares características, siguiendo el testimonio general de la experiencia. Es decir, podrían ser utilizadas por una pluralidad de personas lo cual potencia **la ofensa contra el bien**

jurídico de la seguridad pública. Por otro lado, la pericia establece que las municiones tomadas al azar son aptas para su destino particular, así como que el lote de proyectiles se ubica en la categoría de proyectiles correspondientes a armas de guerra. Esas conclusiones sin oposición hacen, a primera vista, plena prueba sobre la naturaleza y capacidades ofensivas de las cosas secuestradas según la sana crítica. Además, las cosas decomisadas del mismo calibre, son de marcas desiguales, lo que demostraría en el caso concreto que el encartado se ocupó con discernimiento, intención y libertad de ir juntando o acopiando esas municiones, que fueron acondicionadas adecuadamente en bolsas. En ese sentido, dos de ellas contenían la cantidad de cincuenta ejemplares coincidente con el numeral de una caja de proyectiles. Por fin, el nombrado **es un copiarus o acopiador**, esto es, la personificación de un alguien proveedor de un algo copiado en el modo de copiosidad [copiarum] o acopio. **Esa copia magna o abundancia de más de un centenar de unidades desplaza la simple tenencia**, porque no se corresponde lógicamente con el rango de la bruta copia significante de la mera muestra o modelo de algo. En consecuencia, el encartado demuestra en el subexamine el dolo específico del acopio que exige el tipo penal definido por el iudex-a-quo violando el bien jurídico garantizado por el art. 189 bis in fine de la ley penal, es decir, la seguridad pública. Luego, el agravio sobre el pretendido error en la aplicación de la norma sustancial es improcedente (CPP, art. 455).Por tanto, el auto recurrido debe ser CONFIRMADO en cuanto ha sido materia de recurso y agravio con costas al vencido (CPP, arts. 438, 449, 454, 455, 530 y concordancias). ASÍ VOTO.

El Tribunal por mayoría resolvió confirmar el resolutorio apelado de fs. 542/7 vta. en cuanto dispuso el procesamiento del encausado en orden al delito por el que fuera indagado, MODIFICÁNDOLO en su calificación legal que se considera constitutiva del delito de simple tenencia de municiones correspondientes a armas de guerra.

756/03. Varela Claudio Gastón s/ inf.art. 189 bis CP. 5/06/03 C.F.S.M. Sala II, Secretaría Penal.

Cabe destacar que la presente se trata de una etapa procesal que no requiere certeza sino solo semiplena prueba. Así, debe tenerse en cuenta que los indicios aisladamente valorados, configuran un hecho o circunstancia accesoria que adquiere relevancia al advertirse que tiene conexión con otros. Para analizar dichos vínculos, habrá de valorarse la prueba indiciaria en forma general ya que la incertidumbre, que pueda caer mediante el análisis aislado de cada uno, podrá superarse a través de una evaluación conjunta. En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema nacional al sostener que "obvio parece señalar que la eficacia de todas esas presunciones, a los fines que se invocaron dependía de la valoración conjunta que se hiciera de ellas teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no de su tratamiento particular pues, por su misma naturaleza cada una de ellas no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva, precisamente de su pluralidad"; y que resulta arbitraria una sentencia en la que "...el a quo analiza individualmente la fuerza probatoria de las presunciones alegadas decantándolas progresivamente". Ese criterio ha sido seguido por esta Alzada en otras oportunidades. Lo expuesto hasta aquí en cuanto a la valoración de la prueba adquiere singular relevancia en el caso, dadas las particularidades del delito en análisis.

De este modo, el secuestro extorsivo posee como característica distintiva que su ejecución requiere, por lo general, una pluralidad de personas que participen en las distintas etapas que lo conforman. Así, podrían distinguirse el entregador, quienes se encarguen de la privación de la libertad en sí, los guardadores y los negociadores. De esa forma, la separación de funciones no requerirá que los partícipes actúen de una manera directa en cada etapa del delito, sino sólo que realicen la porción del plan en la que se han comprometido.
De lo dicho resulta que los indicios que asomen de la actividad de cada uno, de considerarse aisladamente, no aportarán convicción alguna al juzgador, el que sólo podrá efectuar deducciones útiles en la medida en que realice una racional composición de los elementos que a primera vista pueden parecer inocuos.

Por otro lado, sobre el delito de **tenencia de arma de guerra**, la jurisprudencia tiene dicho que "se configura por el solo hecho de poner en peligro la seguridad pública, tratándose de un **delito de peligro abstracto**, que se consuma **con la sola acción de tener el objeto prohibido**", "con independencia de su empleo, y sin interesar si efectivamente se afecta o no el bien jurídico tutelado por la norma", es decir, que el delito se consuma con la sola acción de tener el objeto sin autorización. Por último, en cuanto al específico motivo de agravio del apelante (Ministerio Público) se ha delineado el concepto de tenencia pretérita en vinculación con el ilícito ya mencionado- como aquella que en tanto ha puesto en peligro el bien jurídico seguridad pública, la cesación de tal peligro en manos del imputado, no implica que el delito no haya existido. Es decir que, en el caso de marras y en mérito a la prueba colectada en autos, a esta altura del proceso existe la convicción que requiere la etapa para deducir que el encartado poseyó indistintamente en su esfera de custodia y con acabado conocimiento y voluntad, las diversas armas vinculadas a la investigación y que fuesen secuestras en autos, por lo que se habrá que revocar la resolución en crisis en cuanto a este punto y ordenar el procesamiento del encausado como autor penalmente responsable del delito de tenencia de armas de guerra.

1350/04. Blumberg Axel s/ secuestro extorsivo 21/09/04 reg. 3011 C.F.S.M. Sala I, sec. penal n° 3.

En cuanto a la peligrosidad del artefacto de marras, la mezcla de hexógeno (trimetilnitroamina) y Trinitrotolueno (T.N.T.-Trotyl) habido en la carga secuestrada, encuadra en **el concepto de material explosivo** que tipifica el art. 189 bis, cuarto apartado del Código Penal, de acuerdo al Decreto 302/83 que reglamenta parcialmente la ley 20.429 en lo referente a pólvoras, explosivos y afines (Capítulo I, art. 2, Grupo "C", Clase C-1 Altos Explosivos; Capítulo II, Artículo 15, inc. "A" y "B", Capítulo VII, art. 217). En efecto, en el caso que nos ocupa no se juzga el continente ni el mecanismo que permitiría detonar el material, sino la ilícita tenencia del explosivo en función de que representa la potencial lesión al bien jurídico de la seguridad pública. Tan es así, que la pericia practicada

dice textualmente que no es "...un artefacto inerte, ya que posee su carga explosiva completa (trotil exógeno);... si se le agrega un detonador n° 8 con mecha, se produciría la detonación, así mismo la mezcla explosiva solidificada en su interior al ser expuesta del orden de los 80°C a 100°C fundiría creando un riesgo superior que en su forma original quedando mas sensible, no dejando de ser un alto explosivo, con altas características destructoras. Por lo tanto sigue siendo un elemento explosivo PELIGROSO e INTIMIDANTE" .

53/04. Cordoba Walter R s/ inf. art. 189 bis CP. 26/02/04 2558 C.F.S.M. Sala II, sec. pen. n°4.

- **Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.**

" un análisis de este tipo no puede pasar por alto ciertas precauciones relativas a la **estructura del tipo penal** en cuestión. El Dr. Julio Maier las ha sintetizado de la siguiente forma: "[l]**os delitos conocidos como 'de tenencia'** resultan particularmente vidriosos frente a la exigencia constitucional que obliga a que los tipos penales se refieran, de algún modo, a la interacción de los sujetos con los bienes jurídicos" ("Aldao, Mauricio Ángel" del registro del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resuelta el 24/10/2007)"."En el caso, no es posible perder de vista por otra parte que el bien jurídico -tutelado, más que protegido- **es de tipo colectivo**. En alusión a estos últimos, la CSJN ha sostenido que: "sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado" (causa "Arriola, Sebastián y otros s/causa nº 9080", A. 891. XLIV, del 25/08/2009). Ante ello, la interpretación que se impone es aquella que torne compatible la prohibición penal con la Constitución Nacional"."Es que en el caso, la estructura de la norma analizada es de flanqueo, es decir, que tiende a garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales -de delitos de lesión-. Así, en cierto modo, se adelanta la punibilidad a un estadio previo a la lesión del bien jurídico protegido por las normas principales, mediante el recorte de la relación de disponibilidad implicada por este último y la consecuente creación de un bien jurídico colectivo que tiende a garantizar la vigencia de la norma principal"."En este tipo de supuestos existen razones de peso que impiden, a la hora de evaluar la relevancia jurídico-penal de la conducta estudiada, prescindir de una ojeada retrospectiva al bien jurídico protegido por la norma principal"."Una de ellas, es la propia estructura de la norma en cuestión. La segunda -y principal- radica en que: "En consecuencia, la función limitadora del bien jurídico viene atrincherada, ante una pulsante abstracción en su formulación e interpretación, por el principio de lesividad que vuelve a conectar, en consecuencia, el bien con su titular, es decir, a reforzar la relatividad comprendida en la definición de relación de disponibilidad" (cfr. CCFed., Sala I, "Rojas, Isabel y otros s/procesamiento", c/n° 42.719, rta. El 19/8/09, Reg. N° 840)"."Y esta precaución resulta aún más operativa en casos como el de la especie, en los cuales las conductas prohibidas se encuentran muy cerca del riesgo permitido, al punto tal que **la norma del 189**

bis, inc. 1, tercer párrafo, debe realizar un llamado de la antijuridicidad en el tipo penal -al exigir, como presupuesto de la configuración típica, la falta de justificativo de la tenencia del material inflamable-"."En efecto, la manipulación de combustible constituye, en principio, un riesgo permitido en las sociedades contemporáneas. Por eso, y en consonancia con las precauciones realizadas con antelación, **corresponde estudiar si en el contexto en que fue verificada la tenencia del material -más allá del asunto relativo a su justificación- ella puede haber quebrado el flanqueo de la seguridad pública y comprometido de esa forma** -cuanto menos- la norma principal".

Causa 43.209 " Incidente de Apelación de Pache Luis Roberto en autos: s/infracción art. 189 bis 1 parrafo " rta. el 17/12/09 reg. nº 1437, CCCFed. Sala I.

Es inconstitucional la figura **agravada del tipo penal de portación de armas de fuego cuando el sujeto activo registra "antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas**", ya que lo que sustenta el tratamiento más severo respecto de las figuras básicas de portación de armas de uso civil o de guerra (art. 189 bis inc. 2° párrafos tercero y cuarto del Código Penal) se relaciona con elementos especiales de la personalidad, propios de un derecho penal de autor. Para que la privación ilegal de la libertad agravada (art. 142, inc. 1°, del Código Penal) "se concrete es suficiente que se restrinja cualquier libertad de movimiento, la anulación de cualquier manifestación de la libertad corporal queda, pues, comprendida en el tipo".

27.035 "Nakis, Cristian Alexis y otros s/ procesamiento con prisión preventiva". 27/10/08 reg. 29.106 CCCFed. Sala II.

"Si bien la ley 25.886 modificó el artículo 189 bis entre otros del C.P., no ha establecido en forma explícita el límite entre las figuras en competencia **[tenencia simple de armas de uso civil y de armas de guerras, y acopio de armas]**". "La doctrina ha definido a la figura de acopio, prevista en el art. 189 bis inciso 3°, como: "... Acopia el que reúne de manera considerable, superior a lo que el uso común o deportivo puedan justificar" (Conf. Derecho Penal Argentino, Soler, Sebastián, Tomo IV, pág. 609, Editorial Tea, Buenos Aires, año 1996)"."Asimismo, se sostuvo que también es aplicable esa figura cuando: " no demuestre que tiene finalidad de colección por el carácter de las armas, la diversidad de los tipos o modelos u otra circunstancia que determine esa finalidad" (Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Edición 1996, pág. 33)"."**La jurisprudencia estableció también ciertas pautas de exégesis al sostener que: " también debe orientarse a las circunstancias en que fueren habidos, demostrativas de que se los guarda con la intención de que, eventualmente, puedan ser empleados por muchas personas**, lo que refuerza su potencialidad dañosa para el bien jurídicamente protegido: la seguridad pública" (CNCP, CN° 3.633 "Piras, D", reg. Nº 4.506, 10/8/2001)"."Este Tribunal, en anterior composición, sostuvo por su parte que: "la cantidad de armas y municiones de guerra halladas en poder del encausado Díaz es realmente considerable, basta tan sólo con mencionar dos pistolas calibre 9mm, cuatro ametralladoras, dos fusible; 100 cartuchos a bala; entre otros efectos de similar especie, para concluir en que el encuadre

jurídico adecuado sería el acopio de armas y municiones de guerra" (CNCCF, CN° 26.907 "Díaz, José y otro", reg. Nº 51, rta.8/02/96)".

Causa 43.137 "Ponce Portilla, Cristian Renato s/competencia ". 29/09/09 reg.1061 CCCFed. Sala I.

"En este sentido, es preciso señalar que la **portación del arma de fuego** se encontró directamente vinculada al **propósito criminal finalmente desplegado en la actividad ejecutiva del delito**, donde **el acto preparatorio (art. 189 bis, C.P.N), se encuentra consumido o abarcado en el posterior delito de daño** (art. 166 inc. 2°, del mismo código). Estamos, en consecuencia, frente **a un concurso aparente de leyes**, cuyo efecto es el desplazamiento de la figura consumida o absorbida por el otro delito."Con este norte, enseña Patricia Ziffer que: "La tenencia de arma de guerra es un delito de peligro abstracto que desaparece al tentarse o consumarse el delito de daño subsiguiente en el cual se utilizó el arma como "corpus instrumentorum" (cfr. Ziffer, Patricia: "El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma", publicado en Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 5, Universidad del Externado de Colombia, p. 22 y sgtes., y también en cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 3, ed. Ad Hoc, p. 331/345, 1996).""Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal tiene dicho, en hechos similares al presente que: "surge de acuerdo a como quedaron los hechos coincidencia tanto objetiva como subjetiva entre los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma de fuego, con el de portación de arma de fuego por lo cual las reglas de concurso ideal resultan correctamente aplicadas al caso (art. 54 del C.P).” "Así, la portación si es meramente concomitante con su utilización habrá un suceso único, toda vez que se tuvo solamente para cometer un hecho ilícito; empero si ésta es anterior a la otra infracción o continua en el tiempo después de consumada aquella, cobra independencia fáctica revelándose los hechos escindibles en el vinculo entre sí, configurándose la relación concursal prevista en el art. 55 del Código Penal." (v. de la Sala II de la C.N.C.P. Causa 9.234 "González, Daniel A", reg. 17.628, rta. el 30/11/2010; y de la Sala I de la C.N.C.P. Causa 8.997 "Douglas Bais", reg. 17.083, rta. el 9/12/2010).

Causa 45.504 " BONACORSI, Alex Damían Aníbal s/ inf. Ley 25.891 art. 12 ". 16/02/12 reg. 100 CCCFed. Sala I.

Tanto la ley **20.429** de armas y explosivos como su reglamentación decreto **395/75 integran la hermenéutica del artículo 189 bis** del Código Penal, como expresamente lo sentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“Avati, Walter” Boletín de Jurisprudencia Año 1987, N° 3. Sep-oct-nov-dic- Pág. 65 C.C.C. Fed. Sala I

El legítimo usurario, autorizado a tener un arma de uso civil condicional que la **portare sin estar autorizado para ello**, incurre en el delito previsto por el párrafo tercero del art. 189 bis del Código Penal.
Causa 34304 "PERRONE, F. D., s/procesamiento y prisión preventiva" 15/05/03 reg. 368 CCCFed. Sala I.

La redacción del art. 189- 3 del Código Penal según **ley 25.866, excluye la simple tenencia de piezas de armas de guerra.** En ella, solo se tipifica la tenencia de una cantidad relevante -acopio- de estas como para considerarla que afecte al bien jurídico protegido, esto es, la seguridad pública.

Causa 38.842 "FORTUNATI, Guido s/procesamiento" rta. 1/12/05 reg. 1397 CCCFed.Sala I.

Las referencias que se hicieran acerca de que las "bombas" estaban destinadas a "hacer bardo" es indicativa de **que la tenencia de ese material inflamable respondía a la voluntad de contribuir a delitos indeterminados**, que configura el especial elemento subjetivo del tipo acuñado por el primer párrafo del art. 189 bis del C.P. (conf. Nuñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", t. V, vol. I, pág. 63/4, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1992 Las **bombas molotov**, lejos de constituir meras botellas con un contenido líquido de venta libre, son utilizadas como elementos incendiarios y su tenencia importa un serio peligro abstracto" (in re C.C.C. Fed., Sala I, "BERTRAND, Miguel", reg. n° 804 del 18/11/93).

Causa 24.730 " Incd. De apel. de RODRIGUEZ SUAREZ, Matías M...". rta 5/01/07 reg. 26.312 CCCFed. Sala II.

El **conocimiento y la disponibilidad de acceso a un arma de guerra sustraída por quien cohabita con otra persona en las mismas condiciones constituye el delito de tenencia de arma de guerra en concurso ideal con el de encubrimiento.** Ello así en tanto para incurrir en tal delito basta con el conocimiento y el acceso al arma con posibilidad de disponer físicamente de ella en cualquier momento y sin necesidad de que intervengan terceros, pues se ha dicho que el tipo penal contenido en el art. 189 bis, apartado 2, del Código Penal no exige un constante contacto físico con el objeto sino que es suficiente que se encuentre en un lugar a su disposición (C.C.C. Fed. Sala II "CORREA" del 17.6.87; Sala I "MACARIO" del.11.8.92 y Carlos Creus y Jorge Buompadre "Derecho Penal Parte Especial" Tomo 2, Ed. Astrea Bs.As. 2007 p.30 y 33).

Causa 25.829 "CUELLAR, Andrea y otro s/procesamiento..." del 16/11/07 reg. 27.698 CCCFed. Sala II.

El tipo penal previsto y reprimido por el art. 189 bis del Código Penal **es de carácter formal y de simple peligro abstracto** o presunto, que **se consuma con la sola posesión del artefacto prohibido**, toda vez que con ello se coloca a la sociedad ante un riesgo que menoscaba la seguridad común y que en

los supuestos de materiales inflamables en el caso, envases con explosivos inflamables es necesario probar que la seguridad común ha podido eventualmente ser puesta en peligro.

Nota: En la causa se dio por probado el secuestro de tres botellas de 3/4 de litro conteniendo sustancias inflamables con sendos trazos de trapo sujetos a sus picos con corchos.

"Gonsalbes, Luis O." Boletìn de Jurisprudencia AÑO 1992. Pág. 246 C.C.C. Fed. Sala Ia.

La palabra **"acopiar"** significa reunir en cantidad alguna cosa, a lo cual se puede agregar lo sostenido por Ricardo C. Núñez, en cuanto afirma que "...acopiar no equivale a estar en poder de varias armas sino acumularlas en cantidad..."; por otra parte, al no señalar el Código Penal la cantidad de armas que configurarían el tipo de acopio, hay que analizar cuidadosamente si la secuestrada es demostrativa de **una voluntad hacia tal fin**.

La sola tenencia de arma de uso civil no constituye delito, lo configura en cambio su acopio, resultando ser ésta la figura básica que se agrava por el objeto cuando se trata de armas de guerra, requiriendo además, la prueba de la voluntad de acumular armamento, la que no puede inferirse de la sola tenencia de un número plural pero no elevado de armas (cuatro, en el caso), sino que debe corroborarse con otros elementos de juicio como la gran cantidad, o el modo, o el fin (acreditado por otros medios), para el que se las guarda. (voto de los Dres. Cattani y Mitchell).

Nota: El Dr. Casanovas emitió su voto en disidencia postulando la calificación de la conducta como constitutiva del delito de acopio, al entender que la cantidad de armas secuestradas excedieron lo que el uso común o delictivo justifican

"Palma, José" Boletìn de Jurisprudencia AÑO 1992. Pág. 205 C.C.C. Fed. Sala IIa.

- **Cámara Federal de La Plata**

EN EL CASO: toda vez que la discrepancia radica en establecer si existió **acopio o simple tenencia de munición de guerra en el hecho atribuido**, habrá que comenzar por señalar lo dicho por esta Sala en relación a los requisitos para la configuración de las modalidades en cuestión aplicables a las armas de guerra o sus municiones, no sin antes recordar algo que ya se ha dicho a lo largo de este resolutorio, y es que previo a la reforma introducida por la ley 25886, ambas acciones típicas se hallaban previstas en el art. 189 bis del C.P.: el acopio de munición de guerra y su tenencia simple. Luego**, la ley 25.886 no incluyó la simple tenencia en la descripción del tipo penal y por ende dicho accionar quedó desincriminado**. Tanto las armas como las municiones secuestradas en el domicilio allanado han sido descriptas en oportunidad de relatar los hechos y allí corresponde remitirse.Esta Sala sostuvo in re "Farias, Juan Bautista s/inf. Art. 189 bis C.P." (nro. de registro 3161/III del 18/11/04) que: "Si bien la norma -art. 189 bis en su anterior o actual redacción- no señala una línea definitoria sobre el alcance del concepto "acopio", es menester determinar, en cada caso concreto, no sólo la cantidad que poseía sino también el dolo o la intención del autor para así establecer si se está en presencia de "acopio" o simple tenencia."."Sobre el tema la Sala sigue la

doctrina sentada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en causa nro. 3784 caratulada "Goncebat, Gerardo A. s/recurso de casación" en tanto remiten a la opinión de Soler (Derecho Penal Argentino, t.IV, pág. 609, TEA, 1988) para quien "(...) acopio importa "reunión considerable de materiales, superior a los que el uso común o deportivo puedan justificar" y Núñez (Tratado de Derecho Penal", Tomo V, Vol. I, pág. 76, M. Lerner Ed. Córdoba, 1992) quien expresa que "acopiar armas no equivale simplemente a estar en poder de varias armas, sino que significa tenerlas acumuladas en cantidad y modo que no se trata de uso personal o de colección". Laje Anaya en "Comentarios al Código Penal" Parte Especial, Vol. III, Depalma, pág. 309, expresa que "copiar" es muy distinto a tener armas (...) Así como en el párrafo anterior (tenencia de armas) era suficiente tener sólo un arma no obstante el plural, aquí sucede algo parecido, pero a la inversa: no por el hecho de detentar armas ya el sujeto se transforma en acopiador. Más aún, sistemáticamente pueden encontrarse pautas muy concretas en el sentido de **que la ley no ha limitado la tenencia a una sola unidad**...No se trata de una cuestión numérica ni de sumas de unidades, aunque no hay acopio sin una pluralidad; más bien dicho sin cierta pluralidad que es su determinante. Puede decirse que no hay acopio de armas cuando la cantidad tenida es normal...A la inversa, podrá decirse que un sujeto ha acopiado, cuando ha reunido una cantidad que es anormal, o sea "superior a la que el uso común o deportivo puedan justificar", pero atendiendo a la forma verbal utilizada, debe estarse a que hay que juntar o reunir en cantidad armas, y no una cantidad mínima o de escasa significación -cuatro o cinco- sin de alguna importancia. Carlos Creus ("Derecho Penal", Parte Especial, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992) señala que no es suficiente para la tipicidad de acopio el "tener" varias armas, si esa multiplicidad no acusa la finalidad de acopiarlas. En sentido concordante Molinario-Aguirre Obarrio ("Los delitos" Tomo III, TEA, pág. 72/73) expresan que el verbo "acopiar" no tiene un límite preciso, como no lo tiene ninguna palabra que implique una universalidad de hecho (como biblioteca o ganado), pero parece claro que reclama muchas armas y no dos o tres o cinco. Agregan que, a su juicio, el acopio de armas es una acción inequívoca, ubicada en el camino del peligro para la vida o la

integridad corporal de un conjunto de eventuales víctimas, porque acopian armas para que sean utilizadas por numerosas personas"."El tribunal recordó, por lo demás, la definición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española,...significa "juntar, reunir en cantidad alguna cosa"; y cantidad, en su tercera acepción, importa "porción grande o abundancia de algo", razón por la cual la interpretación de esa acción no sólo debe reparar la magnitud numérica de elementos hallados sino que también debe orientarse a las circunstancias en que fueron habidos, demostrativos de que se los guarda con la intención de que, eventualmente, puedan ser empleados por muchas personas, lo que refuerza su potencialidad dañosa por el bien jurídicamente protegido: la seguridad pública."

Expte. 5699 del 21/12/2010.SALA TERCERA.Expte.5699."P. C. R. M., C. E. L. s/tenencia de armas de guerra y explosivos".Juzgado Federal N* 3 de La Plata

"**Debe distinguirse la tenencia de la portación**, que implica llevar consigo un arma cargada o en condiciones de uso inmediatas de fuego, con un mayor riesgo para la seguridad pública, conducta tipificada en el párrafo 3° del artículo 189 bis del Código Penal. Si el imputado llevaba un revólver a la altura de si cintura sin autorización legal para ello, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de portación de arma de uso civil sin autorización" (CNCCorr., Sala VI, 12-9-2003, "B.,F..M. y otro" c. 22.497, PJN Intranet)."La escopeta secuestrada en el domicilio del enjuiciado no integra el tipo previsto por el artículo 189 bis del Código Penal, ya que portar un arma es trasladarla fuera del ámbito de resguardo en el que se encontraba, con sus municiones cargadas (arts. 86, 87,88,110,11,112 y 125 dec. 395/75, reglamentario de la Ley de Armas y Explosivos 20.249). Por el contrario, la tenencia, esto es, tenerla en el domicilio particular, o en lugar físico en el que puede disponerse de ella, de un arma de uso civil..."(CNCCorr., Sala I, 24-9-2002, "R.M., C.G.", c. 19.145, PJN Intranet).Ahora bien, en atención a los lineamientos trazados y tal como el a quo ha tenido acreditado el hecho, entiendo que se presenta en autos una hipótesis de concurso real (artículo 55 del Código Penal), pues se está en presencia entonces de dos hechos jurídicamente autónomos. En el mismo sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Casación Penal, al establecer que "...Los tipos penales de portación ilegítima de arma de fuego civil y encubrimiento concurren materialmente. Pues, si bien en la sentencia no se acreditó la receptación del arma con anterioridad al hecho, se tuvo por probado que la tenencia de la misma continuó en el tiempo más allá de la comisión del delito de robo con armas, ya que fue arrojada por el imputado fuera del local al ser perseguido por personal policial, por lo que dicha figura cobró independencia fáctica y resulta escindible de las restantes conductas imputadas (conf.
C.N.C.P., Sala III, expte. "Haroutionian, Gonzalo M. y Monzón, Ricardo D. s/recurso de casación", c. 4247, reg. 151.03.3 del 1.04.2003).En otro pronunciamiento también ha dicho, "...en el caso a estudio, los tipos penales de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización y encubrimiento, de concurrir, será en los términos del art. 55 del Código Penal, pues en la sentencia se acreditó la receptación del arma con anterioridad al hecho, y se tuvo por probado que la tenencia de la misma continuó en el tiempo, aunque en modo breve ("Gutiérrez, Mauricio J. s/recurso de casación, reg. 145.05.3).En orden a lo expuesto, concluyo que la conducta delictiva desplegada por el acusado al recibir un arma de guerra conociendo su origen delictuoso y con el propósito de
utilizarla, configura los delitos de encubrimiento y portación de arma de guerra en concurso real. Ello así porque, el acusado, además de la receptación dolosa del arma, al llevarla consigo a partir de su recepción cometió otro delito, no el mismo con otro encuadramiento más, que sería la hipótesis contemplada en el art. 54 del C.P., sino otra actividad diferenciada e independiente, con otra materialidad, diferente objetividad jurídica y distinto ingrediente subjetivo, que **no consiste en recibir, sino en mantener en su poder, a partir de dicha receptación, el arma de tenencia prohibida**."(del voto en DISIDENCIA del juez FLEICHER).

Expte. 4686 del 22/10/2008.SALA SEGUNDA. Rtro. S. II T 94 f* 218/225.Expte.4686 "M., M. A. S/PTA. INF. 277 C.P.". del Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora

"...no coincido con el Juez al calificar la conducta del imputado como **"tenencia de explosivos"** (art. 189 bis, 4to párrafo, del C.P.), ya que, como se apuntó, la pericia...indicó que se trataban de **"artificios de guerra", agregando que son "...conocidos como Munición de Artillería..**." y, por ende, su categoría no debe extenderse por analogía, in malam partem, a la de "explosivo". En consecuencia, la calificación adecuada sería la de "tenencia de municiones de guerra" que luego de la reforma de la ley 25.886, es una conducta atípica."DEL VOTO DEL DR. SCHIFFRIN, ver en igual sentido mi voto in re 2770 "Medina, Cristian Ariel s/ inf. art. 189 bis del C.P. -párrafo 4 y 6-", del 3 de marzo de 2005.

Expte.3045 "M.J.s/Pta.Inf. Art.189 bis del Código Penal" (Expte.3045,Rtro.S. II T.78 f* 107/111, del 16/2/2006;origen:Jdo.Fed.N* 1 La Plata 16/02/06

"(...) **el dolo requerido por la figura bajo examen se constituye con el conocimiento cierto del carácter del objeto y de la ausencia de autorización**, sumado a la voluntad de tenerlo bajo esas circunstancias, sin necesidad de que se verifique algún otro elemento subjetivo.En el caso de autos, entiendo que se encuentran configurados los requisitos exigidos por el tipo penal en cuestión, toda vez que del plexo probatorio reunido en la causa surge que el encartado tenía en su poder material explosivo, sin la debida autorización legal correspondiente."

El Tribunal confirmó el procesaminto respecto del delito previsto y reprimido por el art. 189 bis, inciso 1°, último párrafo del Código Penal.

Expte.5234 Res. del 28/4/2009.R.S. 2 T. 87 f* 39/41.Expte. 5234, "IMP: C., J. L. S/TENENCIA DE MATERIAL EXPLOSIVO", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes

EL CASO: no se dan en la causa circunstancias que permitan afirmar, con algún grado de certeza, que el imputado sea **encubridor de la sustracción del arma que portaba, o, quizás, partícipe en el desapoderamiento**, de manera que, por el momento, y ante la falta de otras evidencias, correspondería declarar la falta de mérito respecto del encubrimiento. Pero ello no sería suficiente, pues, por aplicación del principio ne bis in idem, conforme lo sostiene la defensa y surge del informe su pupilo ya fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal en orden al delito de portación ilegal de arma de guerra, en relación al arma que presuntamente se le incautara en el procedimiento de marras.Con razón sostiene la defensa, que entre los delitos de portación ilegal de arma y de encubrimiento existe un concurso aparente de leyes que no permite su juzgamiento por separado, pues se trata de un único hecho, por lo cual solicita se decrete el sobreseimiento en orden al delito por el cual fuera indagado. PRIMERA PARTE: nos hallamos ante un **caso de concurso aparente,** de figuras penales, pues el delito previsto por el art. 189 bis inc. 2°, 4° párrafo del Código

Penal, según el texto establecido en la ley 25.886, **(portación de armas de guerra), consume la tenencia de las mismas, y dicha tenencia abarca, necesariamente, como momento inicial, el acto de recibir el arma de que se trata**.Desde luego, el verbo "recibir" tiene múltiples matices de significación, pero siempre ostenta el carácter práctico de admitir algo en el ámbito del receptor o recipiente (expresión, esta última, que se aplica cuando el sujeto recibidor es un elemento natural, por ej., el arroyo es recibido en el cauce del río). En las relaciones humanas, el sujeto receptor -si se trata de recibir cosas- toma aquella que le da, entrega o envía el sujeto activo, el movens del cambio de ubicación de los objetos que son recibidos. Por cierto, no es la recepción de objetos el único modo de inicio de una tenencia, pues los objetos de la misma pueden ser simplemente hallados por el tenedor, o producidos por él, pero una de las maneras más habituales del inicio de la tenencia: la adquisición, a cualquier título, implica un acto de recepción. De modo, pues, que, si según las modalidades del caso, cabe admitir como plausible una hipótesis de recepción, adquisición o préstamo y ¿por qué no? Una sustracción, como inicio de la tenencia, ésta no es pensable sin ese dato inicial, que, por ende, no cae bajo una amenaza penal autónoma, si la tenencia resultante tiene, por ser tenencia de armas de guerra, un castigo mayor, como aquí ocurre, más agravado aún si tal tenencia se da, según también es aquí el caso, en la forma de portación ilegítima. Sólo olvidando que existe un íter sin solución de continuidad entre la tenencia ilegítima de arma de guerra y la portación ilegítima de las mismas, cabe introducir una cesura entre el acto de recibir y el de portar, cancelando el acto delictivo que soporta todo el trayecto, con sus momentos quizás alejados, de recepción y actual portación, o sea la ilegítima tenencia. Nos hallamos, pues, ante un concurso aparente en la forma de una relación consuntiva. Todavía es dable añadir que una característica importante de tal relación entre figuras penales es la existencia de una pluralidad de actos, o fases de la acción. Esto se percibe en los párrafos excelentes con que Soler indica las características de la relación consuntiva:"Los casos de consunción revisten la mayor importancia y están constituidos por aquellas situaciones en las cuales la ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por él han de entenderse consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles, conforme con otro o con el mismo tipo. Ello sucede cuando las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección o perfección, o de medio o de fin conceptualmente necesarios a presupuestos" (v. Derecho Penal Argentino, Tomo II, 4° edición, 1970, pág. 175/176).Vemos, entonces, que en la relación consuntiva hallamos fases diferenciadas dentro de la unidad de acción.De manera más directa, Alfredo Etcheberry Orthusteguy, en un opúsculo que menciona Soler (op. cit., pág. 174, nota 9; El Concurso aparente de leyes penales, Editoral Jurídica de Chile, Santiago, Universidad de Chile, Colección de Seminarios e Institutos, Vol. II, Derecho Penal), expresa que "la hipótesis de consunción... supone siempre una pluralidad de actos". Más delante, el mentado autor chileno realiza una valiosa síntesis de las condiciones en las que cabe aplicar el principio de consunción, en párrafos que me permito transcribir:"a) Primeramente resulta requisito esencial la existencia de diversos actos. Precisamente al principio de la consunción determina que ciertos actos sean consumidos por otros, es decir vayan todos

desapareciendo, absorbidos en el principal. Cuando el acto es único, podrá tal vez ser aplicable el principio de la especialidad o de la subsidiaridad; nunca el de la consunción. Pero además de la diversidad de actos, se requiere que dos o más de ellos sean punibles, es decir, delictivos. Sólo entonces se planteará una concurrencia de disposiciones. Es indiferente para la aplicación del principio el que los actos sean punibles como figuras con entidad propia o como formas accesorias o imperfectas de otras figuras (como encubrimiento de otro delito o como tentativa de una figura diferente, v. g.). Lo esencial es que existan disposiciones legales que contemplen cierto grado de punibilidad para los actos que concurren en el hecho concreto. b) Estos actos deben también estar relacionados entre sí. Es justamente esta relación la que nos permitirá pronunciar un juicio de valor sobre su relevancia jurídica y determinar su unificación. Cuando los actos son autónomos, conservan cada uno su propio valor delictivo, y deben recibir la penalidad correspondiente a cada uno por separado. Pero la pérdida de esta "autonomía" no resulta dada por cualquier tipo de relación entre los actos. Concretamente, la relación que puede dar origen a una unificación consuntiva debe ser alguna de las siguientes: a) De medio a fin; b) De menso a más; c) De antecedente necesario u ordinario a consecuencia necesaria u ordinaria. Soler agrega las relaciones "de parte a todo" y "de imperfección a perfección", y Jiménez de Asúa añade también la relación "de auxilio a conducta directa". En el fondo, sin embargo, estas relaciones pueden reducirse a algunas de las que hemos mencionado más arriba. c)

Por fin, el tercer requisito de este principio es la absorción de todos los actos en uno solo de ellos. Esta absorción puede resultar dada por alguno de los criterios siguientes: 1. Un juicio de unicidad de la acción, emitido en virtud de un concepto finalista de la misma; 2. La inclusión del desvalor delictivo comportado por la ofensa a otro bien jurídico de más amplio alcance; y 3. La regularidad de la aparición de cierta categoría de actos delictivos junto a otros, la que hace suponer incluida la penalidad de los primeros en los segundos, en virtud de una previsión del legislador" (pág. 53).Estas condiciones se cumplen en nuestro caso. Respecto de la sub a), es evidente que, de existir la receptación, -abstractamente- con independencia de la tenencia y portación ilegítimas del arma de guerra secuestrada, ella sería punible. En cuanto a la condición sub b), la supuesta receptación del arma de guerra secuestrada sería el medio para inaugurar la tenencia ilegítima de dicha arma, y de su ilegal portación. Acerca de la condición sub c), es manifiesta la unidad de acción que ofrece el acto de recibir el arma con su tenencia, y de ésta con la portación de la misma. En suma, el acto final, y más gravemente penado, arrastra el conjunto de sus antecedentes, o sea que la penalidad de la portación cumplirá con las finalidades de las sanciones previstas para la tenencia y para su inicio, que es la supuesta receptación."

Expte. 4686 22/10/2008.SALA SEGUNDA.Rtro. S. II T. 94 f* 218/225.Expte.4686 "M., M. A. S/PTA. INF. 277 C.P.". Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora. 22/10/08

- **Cámara Federal de Córdoba**

La cuestión sobre **la tenencia de cosas**, puede experimentar alguna cierta dificultad, cuando **en un mismo domicilio, habitan dos o más personas**, porque esa circunstancia, obliga a saber qué cosas son tenidas por unos, y qué cosas son tenidas por otros, de manera que esa tenencia pueda comunicarse de unos a otros, o a la inversa, ser un hecho propio y de cada uno. Es que, a veces, el poder de hecho incluye, y otras, excluye.

Además, en circunstancias, la tenencia de cosas puede ser compartida en su detentación material y/o intelectual.

El material ilegal fue hallado en una pieza o galpón que forma parte de la propiedad, al cual se accede traspasando un patio trasero; dicha dependencia se encontraba al momento del procedimiento, cerrada con llave, la que estaba en poder de la propietaria, quien accedió a su apertura ante el pedido policial. Bajo estas circunstancias, la encartada manifestó desconocer la existencia de los elementos hallados, para luego expresar que pertenecían a su cuñado de nombre DMT el que no vivía en el lugar, lo cual fue reiterado por el policía RAV y el testigo de actuación MAS (fs. 49/50 y 53/54).

Ahora bien, me pregunto si es posible sostener a esta altura del proceso, que la colaboración ofrecida por la propietaria y su actitud sorpresiva frente a dicho hallazgo, indican que ignoraba acerca de la existencia de dicho arsenal.

En la presente causa es posible establecer que precisamente, ello no ha ocurrido, porque la gran cantidad de armas y de municiones, no se hallaban situadas en un lugar de la vivienda que demostrara, objetivamente, una exclusividad de poder, sino todo lo contrario. Dicho material no se hallaba en condiciones de demostrar que hubiese sido depositado en la dependencia doméstica en condiciones de clandestinidad, y oculto de la vista de la encausada, de manera que lo allí guardado pudiera pasar por desapercibido por ella y entonces, ignorar de su existencia. Según lo demuestra la documental, las armas y las municiones fueron halladas sin ninguna dificultad, en razón de que se encontraban cubiertas con algunos géneros debajo de unas sillas. Al respecto, debo decir que en razón de ello y tal como lo menciona la defensa, las mismas no podían observarse a simple vista. Mas esta imposibilidad debida a este cobertor, no obstaculiza que semejante bulto de semejante peso y tamaño, colocado debajo de unas sillas, pase por inadvertido ante la propietaria del lugar.

EXPTE. N°:419/2008. CARRANZA, Daniela A p.s.a inf. art. 189 bis. Exp 419/2008. SALA: B. PROT.: 334 FOLIO: 128.

- **Cámara Federal de Salta**

Resulta inconducente **remitir los explosivos y detonadores al Registro Nacional de Armas, pues si bien podría haber una infracción de índole administrativa** prevista en el anexo I de la ley 20.429, no se advierte la necesidad de que ese organismo cuente con dichos elementos a fin de labrar las actuaciones correspondientes y determinar si su traslado y manipulación fueron efectuados correctamente. Por lo que, encontrándose acreditado que la empresa contaba con las autorizaciones y

habilitaciones que el caso exigía, resulta de aplicación el artículo 6 de la ley 25.938 que faculta a la autoridad judicial o administrativa a hacer entrega del material a su titular en calidad de depositario.
N° 613/10 Averiguación Infracción al art. 189 bis del Código Penal. 12/04/11

- **Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**

Cámara de Apelaciones Penal Contravencional y de Faltas causa 47-00-CC-2005 "Lemes, Mauro Ismael s/ infracción Art. 189 bis CP, Sala II Sentencia 594-05

"La agravante de la pena prevista en el art. 189 bis apartado 2°, párrafo octavo del Código Penal (reformado por Ley 25.886), no aparece como una manifestación de derecho penal de autor, en tanto supone la comisión de un hecho o un acto desvalorado que se agrava por la mayor culpabilidad que deriva de la previa comisión por el autor de otro u otros delitos contra las personas o por medio de armas de fuego. El agravamiento de la respuesta se sustenta, entonces, no en la personalidad del autor sino en el mayor reproche que cabe dirigirle al mismo por la insensibilidad o desprecio frente a las penas que le fueran impuestas con antelación. La amenaza de pena no obedece a la situación de poseer condenas anteriores por los delitos contra las personas o con el uso de armas, sino antes bien, por portar ilegalmente un arma de fuego luego de hacer sido condenado por alguna de aquellas circunstancias. Esta situación es la que lo convierte en destinatario de un mayor reproche por su mayor culpabilidad; reflejada esta en el desprecio a la advertencia de sufrir una pena luego de haber vivido con antelación esa experiencia negativa en carne propia. Esa prohibición implica en el sujeto una disposición para o decisión de hacer, no una decisión de ser; en consecuencia, el límite de la injerencia estatal sigue siendo su conducta antijurídica y no su personalidad, y respecto de aquella en proporción a su responsabilidad…"

"… La agravante prevista en el art. 189 bis apartado 2° párrafo octavo del Código Penal cumple acabadamente con la manda constitucional que obliga a respetar la esfera de reserva de cada ciudadano, prohibiendo o mandando conductas que lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos. No considera cuestiones relacionadas con la moral, el pensamiento, la personalidad, el carácter o cualquier otra vinculada al fuero íntimo del ser humano, tan solo trata con mayor desfavor una acción que reputa especialmente perjudicial para la seguridad pública…"

"… No es correcto sostener que la agravante de la pena prevista en el art. 189 bis apartado 2° párrafo octavo del Código Penal encuentra fundamento en el primer delito que ya fue juzgado y eso afecta al principio constitucional *ne bis in idem*. No existe entre ambas persecuciones la identidad de objeto que exige el principio *ne bis in idem*, resultando a las claras que el promer hecho ya penado no se vuelve a juzgar ni a condenar. Efectivamente, la garantía en estudio implica que el Estado no puede

aplicar a la misma persona una nueva pena por el mismo delito, es decir que si alguna de las identidades exigibles no se verifica en el caso concreto, no existe.

Ejercicio ilegal de la Medicina

Por **Juan Carlos Riccardini**

Art. 208: ***Será reprimido con prisión de quince días a un año:***

1° El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2° El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiere la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3° El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1° de este artículo."

Consideraciones Generales

El presente artículo, tal como lo conocemos en la actualidad, ha sido incorporado al Código Penal en el año 1921 (ley 11.179), reconociendo como antecedente inmediato el artículo 225 del Proyecto de Código Penal de 1906, respecto del cual no registra modificación alguna, siendo una copia fidedigna.

Por tal motivo, estimamos de suma utilidad reproducir en este punto los fundamentos de la exposición de motivos elaborados por la Comisión del proyecto de 1906, a fin de dar una acabada idea al lector acerca de los motivos que llevaron al legislador a incorporar esta figura. Señalaba al respecto que: "*El curanderismo, en todas sus formas, es uno de los peores enemigos de la salud, a la vez que un medio inicuo de explotación; lo primero, porque cuando no precipita la muerte con procedimientos absurdos y antihigiénicos, deja avanzar las enfermedades mediante el empleo de medios completamente pueriles e inocuos; lo segundo, porque aprovecha del sufrimiento y del dolor para hacerse pagar generosamente su engaño y su mala fe. La Comisión piensa, pues, que es necesario una vez por todas acabar con este mal que, desgraciadamente, se extiende en todas partes*

gracias a la divulgación de ciertos medios que pueden dar resultado en manos de un hombre de ciencia, pero que son una desgraciada parodia en poder del charlatán. No podíamos prescindir, por otra parte, ya que hacemos obra nacional, del clamor público contra esos profesionales del engaño y la mentira; no podíamos desatender las quejas que todos los días oíamos; no podíamos, en fin, ser sordos a la protesta de todos los hombres cultos y de las corporaciones científicas más autorizadas. Hemos procedido, en consecuencia, a legislar esta materia, cuidando todos los detalles, a fin de llegar a la extirpación completa de este reconocido mal…"[1].

Parece claro que la intención del legislador ha sido reservar de modo exclusivo el ejercicio de la medicina a aquellos que posean los conocimientos y habilidades propias de la profesión, adquiridas a través del plan de estudios establecido para otorgar el título correspondiente. A partir de él, el Estado autoriza la práctica asistencial, pericial y de asesoramiento público y privado, expresándose con tal aval en el concepto de matrícula[2].

Si bien este artículo comprende tres figuras distintas, que serán analizadas individualmente a continuación, todas comparten una característica que debe tenerse presente al momento de resolver los casos que puedan presentarse, relativa a su ubicación sistemática entre los delitos contra la seguridad pública, y en particular contra la salud pública. Por ende, tanto la doctrina como la jurisprudencia[3] son contestes en señalar que se protege la salud pública, entendida como el bienestar físico, psíquico y fisiológico de personas indeterminadas, que puede verse directamente afectado por el cuidado que le presten agentes inidóneos para hacerlo o indirectamente por el desvío de los eventuales pacientes del tratamiento idóneo[4].

Por tal motivo, se concluye que los delitos en cuestión deben ser calificados como de peligro abstracto y no exigen la producción de un perjuicio a la salud, sino que se trata de que determinadas actividades vinculadas al ejercicio de la medicina sean practicadas por los profesionales del arte de curar, conforme las reglas de la ciencia, y no por otros, que deben abstenerse del ejercicio de estas

[1] MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, T° V, H. A. Tomasi, Buenos Aires, 1923, pág. 408.
[2] KVITKO, Luis Alberto, COVELLI, José Luis y Roberto FOYO (Coord.), AA.VV., *Primera Cátedra de Medicina Legal y Deontología Médica, Facultad de Medicina U.B.A.*, Dosyuna, Ciudadela, 2010, pág. 27.
[3] C.1ra. de Apel. en lo Crim. y Correc. de Formosa, "*Pérez More, Marco A.*", rta. 09/05/97, LL.Litoral, 1997-967; y C. Penal, Contrav. y de Faltas, C.A.B.A., Sala I, "*Pérez Fonseca, Alejandra*", expte. 54752-00/10, rta. 30/09/11.
[4] CREUS, Carlos y Jorge Eduardo, BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, T° 2, Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 100. Igual criterio siguen DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, T° II-C, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 256 y NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T° VI, Córdoba, Marcos Lerner, 1987, pág. 157, entre otros.

actividades por carecer de idoneidad suficiente para intervenir en prácticas curativas en el campo médico-científico[5].

Estas figuras no tienen por objeto la protección gremial o profesional, que se encuentran reguladas por leyes específicas[6]; como así tampoco ampara el patrimonio de pacientes determinados, que en ciertos casos puede verse afectado por alguno de los sucesos previstos, toda vez que esa protección es brindada desde otro ámbito, como es la descripción típica contenida en los artículos 172 y 173 del Cód. Penal[7]. Por otro lado, la eventual lesión a persona determinada debe analizarse a la luz de los delitos contra las personas, como lo serían el homicidio y las lesiones, que en todo caso podrán concurrir con esta figura[8].

La norma consta de tres incisos, en los que se tipifican el curanderismo (inc. 1°), el charlatanismo o abuso de título legítimo (inc. 2°), y el préstamo de nombre (inc. 3°).

Curanderismo (Inc. 1°)

Tal y como se desprende de la exposición de motivos reseñada, la intervención de quien no está habilitado para curar resulta punible porque aleja o aparta al enfermo de una real posibilidad de sanar, privándolo de un oportuno y efectivo tratamiento curativo, y haciendolo perder el tiempo, muchas veces escaso. Esto se encuentra íntimamente vinculado a su vez con la posición de garante que el médico asume, por la cual (como veremos más adelante) el paciente descansa, baja su guardia y se entrega en forma absoluta al tratamiento curativo impuesto por el galeno sin recurrir a métodos alternativos de sanación, lo que en el supuesto del "curandero" o quien no se encuentra habilitado en la práctica concreta, aunque realice un tratamiento que pueda parecer inofensivo, puede determinar con ello no solamente la imposibilidad cierta de curación, sino incluso el agravamiento o muerte del paciente, debido a la falta del tratamiento curativo en tiempo correcto[9].

---

[5] GARAVANO, Germán C. y Luis ARNAUDO, en AA.VV. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, *Parte Especial*, BAIGÚN, David y Eugenio Raúl ZAFFARONI (Dir.), T° 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 260. Igual criterio sigue SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T° IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988, pág. 686; y CHAIA, Rubén A., *Responsabilidad Penal Médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág.32.

[6] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 100; y SOLER, op. cit., pág. 686.

[7] D´ALESSIO, Andrés José (Dir.), Mauro DIVITO (Coord), AA.VV., *Código Penal comentado y anotado*, T° II, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 1003.

[8] DONNA, op. cit., págs. 256/7.

[9] CHAIA, op. cit., págs. 34/35.

Estructura Típica

a) Sujeto activo: En los supuestos de ausencia de título o autorización puede ser cualquier persona *-delicta comunia-*, no exigiendo condiciones o aptitudes especiales. Sin embargo, el supuesto de exceso en la autorización se trata de un caso de *delicta propia*, dado que solo podrá cometerlo la persona autorizada, quien posee la calidad especial requerida por el tipo. La mayoría de la doctrina distingue tres supuestos: 1) el de quien carece de título para el ejercicio del arte de curar; 2) quienes carecen de autorización para ejercerlo; y 3) quienes poseen la autorización respectiva, pero exceden los límites permitidos[10]. Quedan fuera del tipo por ende los casos de exceso de quienes posean el título respectivo para el arte de curar. Sin embargo, se ha sostenido con acierto que el título significa en nuestro ámbito una habilitación o el cumplimiento de un requisito para obtenerla, relativo a una actividad determinada, de manera tal que ejercer una función que ese título no habilita implicará llevarla a cabo sin título (p. ej. la enfermera diplomada que opere a una persona)[11].

En idéntico sentido, la jurisprudencia tiene dicho que quien ejerce la profesión "*...se encuentra obligado a moverse subjetiva y objetivamente dentro de los límites que la actividad autorizada le impone, por lo tanto, tiene vedado realizar prácticas correspondientes a otras áreas de la medicina para las cuales se necesita una habilitación especial, distinta a la que detenta*"[12], jugando un papel decisivo en este último aspecto las normas profesionales que reglamentan el ejercicio de su actuación.

El **título** se define como la certificación de la capacitación profesional en un arte de curar a las personas[13], y es otorgado por una entidad oficial, es decir, universidades oficiales nacionales o provinciales, o privadas nacionales, o escuelas profesionales autorizadas (cfr. ley 24.521[14]). Con respecto al título obtenido en el extranjero, éste requiere la habilitación o revalidación correspondiente por ante las autoridades nacionales competentes para ser considerado habilitante a

[10] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 102; DONNA, op. cit. págs. 257/8; CHAIA, op. cit., pág. 32, y KVITKO, Luis Alberto (Coord.), AA.VV., op. cit., pág. 28.
[11] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 262.
[12] CHAIA, op. cit., pág. 33. Igual criterio siguen BREGLIA ARIAS, Omar y Omar R. GAUNA, *Código Penal y leyes complementarias*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 514, quienes sostienen que "*La realización de actividades relacionadas con el arte de curar no comprendidas o abarcadas en el título o por la autorización, equivale a su ausencia*".
[13] NÚÑEZ, op. cit., pág. 157
[14] B.O. 10/08/1995.

los fines del ejercicio de la profesión[15]; aunque su existencia implicará un menor contenido del injusto que deberá reflejarse en la sanción a imponer[16], dado que la afectación al bien jurídico será de menor entidad. Esta exigencia se trata de un control de las autoridades pertinentes acerca de la idoneidad de los profesionales capacitados en el extranjero. La falta de inscripción en la matrícula respectiva no se encuentra reprimida en esta figura, aunque puede dar lugar a sanciones de índole administrativo o incluso constituir contravenciones[17]. Tampoco queda comprendido en el tipo quien poseyendo el título respectivo se encuentra inhabilitado judicialmente para el ejercicio del arte de curar, dado que dichas conductas se encuentran abarcadas por el art. 281 bis del Cód. Penal[18].

La jurisprudencia sostuvo en relación a este requisito que "*resulta irrelevante que la imputada hubiera aprobado todas las materias de la carrera de medicina antes de la fecha en que comenzó a trabajar como médica en un hospital, si no contaba todavía con el título habilitante -en el caso, porque se lo había retenido la Universidad en el marco de un sumario administrativo-, pues ello no habilita per se a ejercer la profesión*"[19].

Conforme expusiéramos anteriormente, cabe destacar que aún contando con un título expedido por una entidad oficial, el agente podrá quedar comprendido en esta figura cuando su capacidad profesional resulte ser ajena e incompatible con la actividad desplegada, dado que en este supuesto actuará sin el título respectivo que autorice dicha práctica[20]. Este no será un supuesto de exceso sino directamente un desvío o transmutación de la práctica habilitada por el título respectivo, a otra que claramente no se encuentra abarcada o comprendida por éste.

La **autorización** es la facultad otorgada por las autoridades competentes nacionales o provinciales, mediante un acto administrativo o permiso, para que una persona que carece de título

[15] A través del Ministerio de Educación se convalidan los títulos otorgados por instituciones universitarias extranjeras de países que han firmado convenios específicos con la Argentina y para los casos que en ellos se estipulan, a los efectos que los profesionales puedan ejercer su actividad o continúen sus estudios de posgrado en nuestro país. Los países que mantienen un convenio firmado con Argentina son: República de Bolivia, República de Chile, República de Colombia, República de Cuba, República de Ecuador, Reino de España y República del Perú. A través de las universidades nacionales, es decir de gestión estatal, se revalidan los títulos otorgados por instituciones universitarias extranjeras o de países que no han firmado convenios específicos con nuestro país o que, habiéndolo firmado, el caso no está contemplado en el mismo.
[16] SOLER, op. cit., pág. 686.
[17] DONNA, op. cit., pág. 258; y NÚÑEZ, op. cit., pág. 159.
[18] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 102.
[19] Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, "*Fátima Edith Escandellari*", rta. 01/04/2008, publicado en LL. Patagonia, 2008 (agosto), cita online: AR/JUR/3749/2008.
[20] LAJE ANAYA, op. cit., pág. 385. El autor cita como ejemplo el caso jurisprudencial de una odontóloga que aplicaba habitualmente tratamientos destinados a la depilación mediante un aparato de "electrólisis", cuya actividad fue configurada como el ejercicio ilegal del arte de curar (C.C.C., LL, 122-55).

profesional o posee uno no reconocido por el Estado pueda ejercer el arte de curar a las personas[21]. Se admite por lo beneficioso que resulta que en ciertas ocasiones algunos profesionales por su saber excepcional o especializado ejerzan el arte de curar[22]. Quedan incluidas en la figura aquellas actividades distintas a las que han sido autorizadas por la autoridad competente, esto es, tanto aquellas que exceden el marco de la autorización otorgada, como las que configuran el ejercicio de una especialidad diferente[23].

La autorización posee limitaciones de tipo temporal (por lapsos determinados o mientras subsistan ciertas circunstancias), material (por el objeto de la habilitación o autorización) y territorial (por restricciones de la competencia territorial de las autoridades otorgantes)[24].

Se encuentra controvertido si puede darse el caso de exceso en relación a límites territoriales. Soler se expide por la negativa, en virtud de considerar que si la persona autorizada atiende a un sujeto radicado fuera del límite espacial acotado no pone en peligro el bien jurídico[25]. Sin embargo, Creus le responde con acierto al expresar que "*el desvío de los eventuales pacientes de una atención científicamente más perfecta, que pueden encontrar en el lugar donde el agente no está autorizado a ejercer, importa también un ataque al bien jurídico protegido…*"[26].

Cabe señalar que la ley 17.132 establece ciertas excepciones a la limitación para el ejercicio de la medicina del profesional con título obtenido en el extranjero no convalidado en el país, cuando se trate de "*profesionales de prestigio internacional reconocido, que estuvieran de tránsito en el país y fueran requeridos a consultas sobre asuntos de su exclusiva especialidad...*(aunque) *en ningún caso podrá significar una actividad profesional privada...*", "*…contratados por instituciones públicas o privadas con finalidades de investigación, asesoramiento, docencia y/o para evacuar consultas de dichas instituciones, durante la vigencia del contrato…no pudiendo ejercer la profesión privadamente*", y "*…no domiciliados en el país llamados en consulta asistencial…por un profesional matriculado…*" (cfr. art. 13 incs. d, e, y f).

Por último, resta mencionar que el título o la autorización ausente o excedida deben referirse al **ejercicio de un arte de curar**. A tal efecto, es útil en primer término remitirse a lo normado por la

---

[21] DONNA, op. cit., pág. 258; y NÚÑEZ, op. cit., pág. 159.
[22] NÚÑEZ, op. cit., pág. 159.
[23] MARTÍN, Gustavo D., "Curanderismo", en *Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina*, T° 74, Comercio y Justicia Editores, 1996-A, pág. 536.
[24] NÚÑEZ, op. cit., pág. 159; DONNA, op. cit., pág. 258; BREGLIA ARIAS y GAUNA, op. cit., pág.513; y MARTÍN, op. cit. pág. 536. MORENO, op. cit, pág. 409, parece excluir el límite temporal, por no referirse a él.
[25] Op. cit., pág. 687.
[26] Op. cit., pág. 103.

ley 17.132 de Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración con las mismas, que en su artículo 2° señala que "*A los efectos de la presente ley, se considera ejercicio: a) de la Medicina: anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto destinado al diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas; el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales comprendidos en el artículo 13°; b) de la Odontología: anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto destinado al diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades bucodentomaxilares de las personas y/o a la conservación, preservación o recuperación de la salud bucodental; el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales comprendidos en el Artículo 24°; c) de las actividades de colaboración de la Medicina u Odontología; el de las personas que colaboren con los profesionales responsables en la asistencia y/o rehabilitación de las personas enfermas o en la preservación o conservación de la salud de las sanas, dentro de los límites establecidos de la presente ley*".

Sin embargo, este artículo no se refiere solamente al ejercicio de la medicina, sino en términos más generales a un arte de curar[27]. Esto significa que comprende a los médicos, cirujanos, parteras, dentistas, que ejercen el arte de curar y orientan su labor propiamente a curar enfermedades, como así también cualquier actividad destinada a la prevención o corrección de defectos estéticos o deficiencias físicas que no sean enfermedades propiamente dichas (p. ej. odontología u óptica) o a la atención de actividades físicas o psíquicas cuya evolución debe ser controlada (p. ej. partos)[28]; comprendiendo asimismo tanto los actos principales como de colaboración[29].

b) <u>Acciones típicas</u>: Consisten en anunciar, prescribir, administrar o aplicar. Etimológicamente, **anunciar** significa -en su primera acepción-, "*dar noticia o aviso de algo; publicar, proclamar, hacer saber*", mientras que según su cuarta acepción significa "*dar publicidad a algo con fines de propaganda comercial*"[30]. Para la mayoría de la doctrina, anunciar es el acto de publicitar o comunicar a una pluralidad de personas los medios para el tratamiento de enfermedades,

[27] MORENO, op. cit., pág. 409.
[28] BREGLIA ARIAS y GAUNA, op. cit., pág. 513; NÚÑEZ, op. cit., pág. 160; y D´ALESSIO (Dir.), op. cit., pág. 1004.
[29] El artículo 3° de la ley 17.132 establece que: "*Todas las actividades relacionadas con la asistencia médico-social y con el cuidado de la higiene y estética de las personas, en cuanto puedan relacionarse con la salud de las mismas, estarán sometidas a la fiscalización de la Secretaría de Estado de Salud Pública y sujetas a las normas de esta ley y sus reglamentaciones*".
[30] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22da. ed., www.rae.es

aclarando que el objeto del anuncio no se trata de la propaganda de un determinado remedio o procedimiento curativo, sino que lo que debe anunciarse es que se prescribirá, aplicará, suministrará, el tratamiento medicinal en cuestión[31]. Sin embargo, coincidimos con quienes sostienen que una interpretación literal de la norma permite inferir que el objeto del anuncio no son los restantes verbos típicos, sino cualquier medio destinado al tratamiento de enfermedades[32], a lo que cabe agregar que etimológicamente no hay razones para excluir la publicidad de cierto producto, por cuanto precisamente la cuarta acepción del verbo empleado parece sostener esa posibilidad. El anuncio va destinado a captar a los eventuales necesitados de la actividad curativa, a lograr la vinculación del paciente con el curandero[33].

Prescribe quien receta u ordena remedios o la realización de un determinado tratamiento curativo; y **aplica** quien emplea el medio sobre el paciente, incorporándolo a su cuerpo de cualquier modo o realizando cualquier actividad sobre el paciente (p. ej. hipotizándolo) o con referencias a él (p. ej. oraciones, ritos u otro tipo de ceremonias)[34].

En cuanto al verbo **administrar**, cabe señalar que etimológicamente parece correcto circunscribirlo al suministro o distribución del medio curativo[35]. Sin embargo, no se agota allí la cuestión por cuanto según la séptima acepción de la palabra, significa también "*graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto*"[36], por lo que quedará también comprendida la conducta de quien modifica la dosis de medicación destinada al paciente.

Todas estas conductas deben tener por **objeto** el **tratamiento de las enfermedades** de las personas[37], entendido ello como el conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad[38], con independencia de su efectividad real[39]. La norma hace referencia a diversos

---

[31] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., págs. 100/101; DONNA, op. cit., pág. 259; NÚÑEZ, op. cit., pág. 159; y FONTAN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* T° VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 441.
[32] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 263.
[33] LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 389.
[34] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 101; MARTIN, op. cit., pág. 537; y DONNA, op.cit., pág. 259.
[35] MARTIN, op. cit., pág. 537; NAVARRO, Guillermo R., ASTURIAS, Miguel A. y LEO, Roberto, *Delitos contra la salud y el medio ambiente*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 206; y DONNA, op. cit., pág. 259.
[36] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22da. ed., www.rae.es
[37] Se excluye de esa forma la aplicación de esta figura a la atención de animales y en general al ejercicio ilegal de la medicina veterinaria, cuyas conductas podrán sin embargo quedar abarcadas por las previsiones de la ley 14.072 (cfr. MARTIN, op. cit., pág. 537; LAJE ANAYA, op. cit., pág. 386, y SOLER, op. cit., pág. 687).
[38] Diccionario de la Lengua Española, 4ta. acepción, Real Academia Española, 22da. ed., www.rae.es
[39] D´ALESSIO (Dir), op. cit., pág. 1007; CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 101 y DONNA, op. cit., pág. 260. En este sentido, la jurisprudencia sostuvo que "*Lo esencial en el delito de ejercicio ilegal de la medicina es que, cualquiera sea la índole real del acto o sustancia objeto del anuncio, prescripción, administración o aplicación, el procedimiento*

medios tales como el empleo de medicamentos, agua, electricidad o hipnotismo, quedando en claro que dicha enunciación es meramente ejemplificativa y no taxativa, dado que en la parte final se incluye "*...cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas*"[40]. Por tal motivo, la jurisprudencia ha señalado que "*La actividad de la procesada (profesora de cosmetología), que en un instituto privado supervisaba el trabajo que realizaban sus alumnas en clientas que concurrían al establecimiento, efectuándose, entre otras actividades, masajes manuales de tipo reductor o relajante (tarea a cargo de las aprendices), carece de tipicidad por no haberse demostrado que la actividad cumplida por terceras personas bajo la supervisión de la inculpada, hubiera tenido por objeto efectuar tratamiento de enfermedades...*"[41], como así también que "*si los volantes agregados a la causa no hacen mención a la utilización de la medicina para la curación, sino que refieren la organización de conferencias, cursos y clases personales sobre tales tópicos y mencionan la destrucción de 'daños y maleficios y males de magia negra e impotencia sexual a causa de brujería', mas nada anuncia respecto de medicamentos, aguas u otro medio destinado al tratamiento de la enfermedad, corresponde revocar el auto de procesamiento...*"[42].

Queda claro entonces que los medios mencionados en la norma no resultan ilícitos *per se*, sino solo en aquellos casos en los que sean empleados para el tratamiento de las enfermedades de las personas. La cura del "mal de amores" o de la "mala suerte" no integra este tipo penal, pero si tal actividad se inserta en el marco de una práctica generalizada que va desde ese tipo de quehaceres hasta la pretendida cura de los dolores de cabeza o reumáticos, de las depresiones nerviosas y de los malestares del estómago, la conducta se adecua a la previsión legal[43].

Coincidimos con Donna en cuanto a que lo relevante a fin de determinar si nos encontramos frente a un tratamiento curativo será la intención del autor y no la creencia de los destinatarios[44]. Esto tiene sentido si se considera que "*...La ley quiere proteger la salud pública, la que se ataca no sólo cuando se causa un perjuicio al paciente con las substancias que se le suministran, sino también cuando se le causa ese perjuicio indirectamente substrayéndolo a la asistencia racional dada por*

del autor tienda, acertadamente o no, a ser un tratamiento curativo" (cfr. C.N.C.C., Sala III, "*Lombardo, Francisco*", Boletín de Jurisprudencia, año 1982, nro. 4, Julio-Agosto, pág. 160.).

40 DONNA, op. cit., pág. 258 y GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 264.

41 C.N.C.C., Sala VII, "*Bender de Taylor*", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara del Crimen, año 1981. Entrega 6, pág. 166. En igual sentido se sostuvo que *"...La invocación a la fe y a la divinidad, no aplicando ningún medio destinado al tratamiento de las enfermedades, sino limitado al campo de la conciencia, no comporta ejercicio ilegal de la medicina*" (C.N.C.C., Sala V, "*Heitman de Rivero, Amalia C*", La Ley, 1980-A, 35).

42 C.N.C.C., Sala IV, "*Quispe Lima, Ángel*", causa nro. 23.313, rta. 12/04/04; www.pjn.gov.ar

43 J.A. Repertorio 1976, pág. 221; citado por MONTALVO, Pedro J., *Medidas Alternativas y Derecho Penal*, Julio César Faira, Montevideo, 2003, pág. 132.

44 Op. cit., pág. 260.

las personas con título otorgado por la sociedad, únicas autorizadas para hacerlo. Este perjuicio se causa al explotar la ignorancia, la credulidad o el fanatismo de las personas, desviándolas de aquella asistencia al hacerles creer que podían obtener su cura por la influencia misteriosa de sus oraciones"[45].

c) El requisito de la habitualidad: Existen opiniones divergentes en la doctrina en torno a qué debe entenderse por habitualidad. Hay quienes, partiendo de una concepción objetiva, entienden que este requisito impone la necesidad de una pluralidad o reiteración de actos típicos, de modo tal que uno de ellos considerado individualmente no alcanza para tipificar este delito[46]. Al respecto, se ha sostenido que "*No basta la prescripción, recomendación, etc., del medicamento o medio curativo por modo eventual. Requiérese que de ello se haga profesión, es necesario hábito. Una persona puede recomendar o prescribir, aplicar, etc., a otra medicamentos o medios curativos, sin hacer profesión, no comete delito*"[47].

Por otro lado, para quienes enarbolan la teoría subjetiva, es suficiente con que el autor anímicamente se proponga ejercer habitualmente, con lo cual la realización de un solo acto puede revelar sintomáticamente aquella habitualidad, sin que sea necesaria la pluralidad de actos[48], por considerar que se configura el peligro abstracto para la salud pública que se pretende evitar. Creus y Buompadre desestiman esta posición distinguiendo la habitualidad de la profesión, expresando que si bien esta última se conforma con un solo acto, la habitualidad exige una repetición[49].

Por nuestra parte, entendemos como correcta la postura objetiva, partiendo del origen etimológico del término, dado que habitual significa "*que se hace, padece o posee con continuación o por hábito*", mientras que hábito, en su segunda acepción es definido como un "*modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes…*"[50].

---

[45] DÍAZ, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina. Comentario de sus disposiciones*, Librería "La Facultad" – Juan Roldán y cía., Buenos Aires, 1928, pág. 392.
[46] Cfr. MORENO, op. cit., pág 409, quien sostiene que "*el que diere accidenta(l)mente una receta o un consejo no incurriría en delito*" (sic); igual criterio siguen CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 101/102, DONNA, op. cit., pág. 261; GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 265; SOLER, op. cit., pág. 689.
[47] DÍAZ, op. cit., pág. 392. En esa senda, la jurisprudencia tiene dicho que "*La habitualidad que requiere la figura de prescripción y administración de medicamentos prevista en el art. 208 inc. 1° del Cód. Penal se configura por la concurrencia de numerosas personas y la persistencia temporal en el lugar en el cual tales actividades eran desarrolladas por el sujeto activo*", C. 1ra. de Apel. en lo Crim. y Correc. de Formosa, "*Pérez More, Marco A*", rta. 09/05//1997, publicado en LL.Litoral, 1997-967.
[48] NÚÑEZ, op. cit., pág 161; y MARTIN, op. cit., pág. 537.
[49] Op. cit., pág. 102.
[50] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22da. ed., www.rae.es

Consecuentemente, la reiteración de conductas no multiplica el delito[51]. La habitualidad comprende a todas las formas establecidas legalmente y no solamente a la administración[52].

d) Onerosidad o gratuidad: El texto de la ley resulta claro al señalar que a los efectos de la configuración del tipo delictivo en cuestión, las conductas señaladas pueden darse tanto a título oneroso como gratuito, circunstancia que se condice con el bien jurídico protegido, puesto que no se tutela aquí el patrimonio de las personas, sino su salud[53]. Al respecto, se sostuvo que "*la prueba del lucro en el proceso no ha de servir más que para agravar su situación en consideración con las circunstancias del caso*", agregando que la concurrencia de la onerosidad con el delito en cuestión, dará lugar a la aplicación de la pena complementaria prevista en el art. 22 bis del Cód. Penal[54].

e) Tipo subjetivo: Se trata de un delito doloso, que requiere por parte del autor el conocimiento de su carencia de título o autorización válida y la voluntad de realizar alguna de las acciones típicas destinadas al tratamiento de enfermedades de las personas[55]. Para Donna solo es admisible el dolo directo[56].

No resulta decisivo para integrar el tipo subjetivo el convencimiento que el autor pueda tener de la eficacia o ineficacia del tratamiento, ya que en todo caso dicha circunstancia podrá incidir en la posibilidad eventual de hacer concurrir el hecho con el delito de estafa[57].

Consumación y Tentativa

Teniendo en cuenta que existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en considerar que se trata de un delito de peligro abstracto, éste se consuma con la realización de las conductas típicas aunque no haya mediado un peligro concreto para persona alguna, e incluso sin que

[51] C.N.C.C., Sala V, "*Encaje Genova, G. M.*", rta. 27/10/1981. Boletín de Jurisprudencia, año 1981, Entrega 11, pág. 241; J.P.B.A., nro. 7, pág. 22, Fallo 749.
[52] LAJE ANAYA, op. cit., pág. 388.
[53] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 266; y DONNA, op. cit., pág. 262.
[54] VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Penal comentado*, T° IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, págs. 198 y 205.
[55] D´ALESSIO (Dir), op. cit., pág. 1008.
[56] DONNA, op. cit., pág. 263, quien señala que el error sobre la autorización puede ser un error de prohibición, en donde la duda no eliminará la culpabilidad sino que tornará evitable el error.
[57] FONTAN BALESTRA, op. cit., pág. 442; SOLER, op. cit., pág. 686 y ss.; y CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 104.

se produzca un daño en la salud[58]. Resulta indiferente para la consumación del hecho que el tratamiento sea correcto o idóneo para curar o prevenir enfermedades, ya que de todos modos el desvío de la atención médica adecuada se produjo, poniendo en peligro el bien jurídico protegido[59]. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado en claro que la infracción se consuma "*aun cuando el compuesto administrado hubiese sido inofensivo directamente para la salud, por cuanto mediante esa norma se trata de evitar también que se deje avanzar las enfermedades mediante el empleo de medios completamente pueriles o inocuos*"[60].

Con respecto a la posibilidad de tentativa, toda vez que el tipo exige habitualidad, no parece posible[61]. Sin embargo, dependiendo de la postura adoptada en torno al concepto de habitualidad, hay quienes consideran que pueden darse situaciones que configuran un tramo del *iter críminis*, en el cual el autor ha iniciado la ejecución del hecho típico sin llegar a consumarlo (p. ej., el caso en que el agente prepare las instalaciones para atender a sus eventuales pacientes, reciba al primero y sea aprehendido sin llegar a consumar ninguna de las conductas típicas)[62].

Culpabilidad

La cuestión del ejercicio ilegal debe ser estudiada dentro del contexto social actual, en el que la atención de la salud se encuentra atomizada en hospitales municipales, provinciales, nacionales y de colectividades, que constituyen, junto con el sector privado, una compleja red de servicio que no siempre llega a cumplir su función. Detrás de esta realidad encontramos que la práctica racional convive con otra impregnada de magia y superstición, conformando lo que se conoce como ejercicio ilegal de la medicina. Para entender el curanderismo como fenómeno social, es menester considerarlo de acuerdo con el ambiente donde se lo practica, por cuanto si bien resulta evidente que en el medio urbano se trata de una actividad que atenta contra la salud pública, resulta más cuestionable dicha premisa cuando esta actividad es realizada en el medio rural, especialmente en las comunidades aborígenes, ya que allí se da la paradoja de que, muchas veces, la actividad sanitaria en

---

[58] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 103; D´ALESSIO (Dir), op. cit., pág. 1008; y GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 267.
[59] MARTÍN, op. cit., pág. 539; DONNA, op. cit., pág. 263; FONTÁN BALESTRA, op. cit., pág. 441 y NÚÑEZ, op. cit., pág. 164.
[60] C.S.J.N., Causa 949. XXXIV, "*Soibelson, Héctor Eduardo s/denuncia*", rta. 02/12/2003.
[61] CREUS y BUOMPADRE, op. ci., pág. 104; D´ALESSIO (Dir.), op. cit., pág. 1008; y MONTANELLI, Norberto, *Responsabilidad Criminal Médica*, García Alonso, Buenos Aires, 2005, pág. 202.
[62] MARTÍN, op. cit., pág. 539.

todas sus formas no tiene éxito, si no se cuenta con el concurso de los que se desempeñan dentro de la comunidad como “sanadores”, “hechiceros”, “yatiris” o “chamanes”, cuyo origen debe rastrearse a los comienzos mismos del arte de curar, por cuanto desde hace milenios los pueblos utilizan terapias sumamente eficaces, sorprendentes a veces, si se tienen en cuenta los medios técnicos a su alcance, como las trepanaciones entre los Incas[63].

En virtud de lo expuesto, parece claro en el caso de las comunidades indígenas, proclives a la práctica del curanderismo o chamanismo desde tiempos inmemoriales, este tipo de prácticas que podrían quedar abarcadas por el tipo en estudio, podría considerarse como no punibles en virtud de existir un error directo de comprensión, por cuanto pese a conocer la norma prohibitiva, no podrá exigírseles a los integrantes de una comunidad aborigen la comprensión de la misma, es decir su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo. Esto lo explica con meridiana claridad Zaffaroni, al enseñarnos que “*estos supuestos tienen lugar especialmente cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores diferentes o incompatibles. Con todo, cabe destacar que la comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre el sujeto y la norma, sino que bien puede expresar la ausencia de legitimación de la norma, pues en toda sociedad compleja existen contraposiciones entre distintas formas de modelos sociales y de entender la vida, siendo la democracia la posibilidad de coexistencia pacífica entre distintas valoraciones, incluso contradictorias…*”[64].

Consecuentemente, esto puede dar lugar a la exclusión de la culpabilidad cuando el esfuerzo que hubiese tenido que hacer el autor fuese de tal magnitud que surja claramente su inexigibilidad jurídica, lo que podrá darse precisamente cuando dicha dificultad para la comprensión se encuentre condicionada culturalmente, es decir cuando pese a conocer la norma prohibitiva no pueda internalizarla por razones culturales. Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de Patitó, al sostener que *“(E)n nuestro país, los pueblos indígenas, que representan el 1% de la población, cuentan entre sus agentes sanitarios con los ‘curanderos’, porque como dicen los propios aborígenes de la etnia Wichi de Salta, ‘no conocemos bien la medicina del hombre blanco, vivimos lejos de los hospitales y de las farmacias. Buscamos las plantas y el cuidado de nuestros sanadores, porque, muchas veces, en los puestos sanitarios, no hay ni una aspirina*”[65].

[63] PATITÓ, José A., *Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense*, Quorum, Buenos Aires, 2003, págs. 23/24.

[64] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2011, 2da. Edición, págs. 736/9.

[65] PATITÓ, op. cit., pág. 24. Como dato ilustrativo, agrega el autor que en Senegal, tres cuartas partes de la población recurren a “curanderos”, porque, en algunas regiones del país, hay un médico por cada 100.000 habitantes y un

Esta cuestión plantea un problema constitucional más general, como es la cuestión acerca de la legitimidad de la consagración de valores correspondientes a una cultura dominante en el marco de una sociedad pluricultural. En el caso que nos ocupa, "*el poder de la corporación médica, en connivencia o participando del gobierno, logró…erigir un monopolio que fiscalizara a los portadores del saber. Todos los demás debían ser perseguidos. Por ello es que no resulta extraño que los conceptos 'curandero' o 'curanderismo' hayan sido planteados por nuestros juristas desde la ilegalidad o lo prohibido, haciendo caso omiso a las aristas de estos fenómenos que mantenían incólumes o a los beneficios que podían trasuntar a la población*"[66]. En palabras de Zaffaroni, se trata de un fenómeno prácticamente inevitable, pero cuyas aristas de intolerancia deben pulirse cuidadosamente, teniendo en cuenta que éstas se manifiestan más fuertemente en los aspectos represivos, por lo cual se deben observar con mayor atención y prudencia, más aún si tenemos en cuenta que el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, prescribe "*reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural*"[67].

Relación con otras Figuras

a) Usurpación de título: La jurisprudencia ha sostenido que existe un concurso aparente de normas entre el delito de ejercicio ilegal de la medicina y el de usurpación de título, aplicándose el tipo específico para las conductas que importen el ejercicio del arte de curar y se practiquen sin el correspondiente título que los habilite, en tanto el art. 247, párr. 1° del Cód. Penal -tipo general- abarca el ejercicio de actos correspondientes a otras profesiones[68]. Garavano y Arnaudo comparten esta postura, aunque aclaran que en el caso del segundo párrafo del art. 247 del Cód. Penal, se dará un caso de concurso ideal con la figura que comentamos, pues el arrogarse públicamente título profesional excede esa relación de especialidad, no dándose tampoco un supuesto de consunción, en cuanto a que con ella se afecta la Administración Pública de un modo que no queda abarcada completamente por la lesión a la salud pública[69].

"curandero" por cada 1000. Se ha comprobado que estos, en ese medio, además de luchar eficazmente contra ciertas enfermedades, también actúan con éxito en la prevención.

[66] MACAGNO, Mauricio Ernesto, "Curanderismo y ley penal. Comentarios al art. 208, inc. 1°, C.P.", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, año 4, nro. 37, pág. 352.

[67] ZAFFARONI, op. cit., pág. 706.

[68] TS Córdoba, Sala Penal, "D.C.A.", 18/09/2001, LLC, 2002-315.

[69] Op. cit., pág. 268.

Sin embargo, también se ha entendido que existe un concurso ideal entre el ejercicio ilegal de la medicina y el delito de usurpación de títulos, cuando se invoca falsamente una condición de profesional en psicología y se realiza de forma organizada y publicitada la atención de pacientes[70].

b) **Estafa**: Para Núñez el concurso entre ambas figuras no puede producirse, dado que el elemento subjetivo se funda en la intención de curar, lo que no podría configurarse sin la sustitución de esa intención por la de defraudar simulando un tratamiento curativo[71]. Sin embargo, la posibilidad del concurso real con la estafa ha sido admitida en aquellos casos en que el acto curativo es tenido por insincero por el agente y, en tal caso, utilizado como medio ardidoso para provocar un error en la víctima, causante, a su vez, de una disposición patrimonial[72].

En otro orden de ideas, se argumentó que en el supuesto de haberse cometido el delito que nos ocupa mediante ardid o engaño, y reunirse los restantes requisitos típicos del delito de estafa, afectándose el patrimonio del sujeto pasivo, estaremos ante una hipótesis de concurso ideal[73]. En tal sentido, se sostuvo que "*el ejercicio ilegal de la medicina concurre idealmente con el delito de estafa reiterado, ya que el falso médico engañó a los 'pacientes', haciéndoles creer que tenía las condiciones y aptitudes que cabe presumir únicamente en los que han cursado estudios universitarios que habilitan para obtener el título; por lo que es evidente que ha mediado fraude que hace caer el hecho en el delito de estafa*"[74].

c) **Delitos contra la vida o la integridad física**: Para Creus y Buompadre solamente en el caso en que exista dolo directo de matar o lesionar por parte del agente en la utilización del tratamiento, será desplazada esta figura dando lugar a los tipos penales respectivos[75]. El medio comisivo en todo caso podrá operar como una circunstancia calificante del delito contra la vida (art. 80 inc. 2° Cód. Penal)[76].

---

[70] C.N.C.C., Sala V, "*Fernández , Ada C. y otros*", rta. 06/06/1978, La Ley, 1979-C, 591.
[71] NÚÑEZ, op. cit., págs. 162/3. En similar sentido, CREUS y BUOMPADRE sostienen que *"cuando el curanderismo se practica con ánimo de obtener ganancia, ni siquiera por la consideración de la circunstancia de que el medio empleado sea inidóneo para curar o prevenir las enfermedades, la estafa vendrá a confluir (en concurso o con poder desplazante) con aquel. La estafa aparecerá -sin que se de el curanderismo- cuando la utilización del medio no la haya realizado el agente con finalidades de tratamiento, sino como procedimiento ardidoso dirigido a engañar al sujeto pasivo…*"; op. cit., pág. 104.
[72] SOLER, op. cit., pág. 688.
[73] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 268.
[74] C.N.A.C.C., Sala IV, "*Pradines, C.*", rta. 09/11/1979; publicado en La Ley online, AR/JUR/656/1979.
[75] Op. cit., pág. 104.
[76] MARTÍN, op. cit., pág. 539.

Para los supuestos culposos o incluso de dolo eventual, el delito previsto en el art. 208 concurrirá materialmente con los delitos que puedan configurarse[77]. En este sentido, la jurisprudencia sostuvo que "*corresponde calificar la conducta del condenado como constitutiva del delito de homicidio culposo en concurso real con los de ejercicio ilegal de la medicina y estafas reiteradas en dos ocasiones, los que a su vez concurren idealmente entre sí, si se acreditó que se arrogaba públicamente y sin que le correspondiese el agrado académico de médico, haciendo de tal profesión un desempeño habitual e ilegítimo…asistiendo al menor en varias oportunidades, en la que se efectuaron pagos por sus servicios, el que en definitiva falleció en virtud de la negligencia en que incurrió*"[78].

En contra de esta postura, sin brindar mayores explicaciones Garavano y Arnaudo sostienen que habrá concurso ideal si la conducta de quien comete este delito genera la muerte o lesiones del paciente[79].

d) **Régimen penal de estupefacientes (ley 23.737):** En un supuesto en el que se investigaba la posible comisión del delito de ejercicio ilegal de la medicina por parte un sujeto que efectuaba consultas y prescripciones médicas sin poseer título habilitante, al tiempo que suministraba a los pacientes pastillas que contenían sustancias comprendidas en las previsiones de la ley 23.737, el tribunal cimero entendió que mediaba un concurso real entre el tipo penal en estudio y el delito comprendido en el art. 5 inc. e) de la ley 23.737, por entender que no se trataba de un hecho único, en tanto y en cuanto "*…no se aprecia que entre ambas figuras exista una total coincidencia de sus elementos objetivos y subjetivos, sino que, por el contrario, el suministro de sustancias estupefacientes constituye una nueva resolución delictiva adoptada en ocasión del ejercicio ilegal de la medicina (doctrina de Fallos: 236:604 y 282:58) que implica, además, una afectación más intensa del bien jurídico tutelado, en razón de la mayor peligrosidad que aquéllas revisten para la salud pública*"[80].

---

[77] BUOMPADRE y CREUS, op. cit., pág. 104; y MARTÍN, op. cit., pág. 539.

[78] C.A. y Garantías en lo Penal de Morón, Sala II, "*Sureda, Oscar G.*", rta. 23/11/99; LLBA, 2000-918. Con igual criterio se sostuvo que el delito no excluye la consideración autónoma de los daños causados a los pacientes, lo que constituirá un concurso real, por tratarse de hechos diferentes (C.C.C., Sala II, "*Domínguez Serres*", rta. 08/09/1967, JA, 1967-VI-123).

[79] Op. cit., págs. 267/8.

[80] Del dictamen del Procurador General de la Nación, al que adhirió la C.S.J.N. en Causa 949. XXXIV, "*Soibelson, Héctor Eduardo s/denuncia*", rta. 02/12/2003.

Charlatanismo (Inc. 2°)

Tanto este inciso como el siguiente reprimen ciertas formas de actividad de personas munidas de título o de autorización. Aquí se sanciona a quien estando legalmente habilitado para el ejercicio de la medicina promete o propone la prevención o curación de enfermedades por fórmulas ocultas o sistemas infalibles; tal ofrecimiento es un abuso a la credulidad de los pacientes, es decir, a la buena fe o a la ignorancia de las personas que, ante la profesionalidad del oferente, creen en esas fórmulas ocultas o sistemas infalibles, o sea, lo opuesto a lo que debe ser aquello que proviene del conocimiento científico[81].

Estructura Típica

a) Sujeto activo: Solo podrá cometerlo quien posea título válido o autorización para ejercer el arte de curar enfermedades[82], por lo que se trata de *delicta propia*. Cuando no se configuren estas características en el autor, la conducta de todos modos podría quedar comprendida en la figura del *curanderismo*[83].

b) Acciones típicas: Consisten en anunciar o prometer la curación de enfermedades en los modos que serán descriptos a continuación. Sobre el concepto de **anunciar**, corresponde remitirnos en honor a la brevedad al comentario efectuado en el inciso anterior.

En cuanto a la **promesa**, etimológicamente se trata de asegurar la certeza de lo que se dice[84], lo que en el sentido de la ley será presentar el resultado como algo seguro o con gran probabilidad de éxito. La mayoría de la doctrina entiende que quien promete debe hacerlo públicamente, es decir de manera pública o a una multiplicidad de personas con posibilidad de eventual trascendencia pública, lo que configura un elemento del tipo dado el bien jurídico protegido[85]. Sin embargo, entendemos que, a diferencia del anuncio, nada impediría que la promesa fuese hecha en privado, a un paciente en particular o personas indeterminadas, dado que en ese caso el bien jurídico podría verse afectado de todos modos, toda vez que a diferencia del inciso anterior la habitualidad no es un requisito del

[81] PATITÓ, José A., op. cit., pág. 26.
[82] Sobre estos conceptos nos remitimos a lo expuesto al tratar la figura de curanderismo.
[83] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 105.
[84] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22da. ed., segunda acepción, www.rae.es
[85] CREUS y BUOMPADRE, op. cit, pág. 105; DONNA, op. cit., pág. 264; y D´ALESSIO (Dir.)., op. cit., pág. 1011.

tipo, de lo que se deduce que un solo caso puede resultar suficiente para quedar comprendido en esta figura, si resulta idóneo para desviar al paciente de un tratamiento eficaz y debidamente apropiado, atacando así la salud pública en general[86]. Tampoco importará en este caso la eficacia real, presunta o inexistente del tratamiento, ni si se lo suministra a título oneroso o gratuito[87].

El objeto de las conductas debe estar orientado a la curación de enfermedades de las personas a término fijo o por medios infalibles. La **curación a término fijo** se refiere al supuesto en el que se asegura la eliminación de una enfermedad en una oportunidad concreta y determinada[88], dado que en el estado actual de la ciencia resulta imposible predecir con exactitud dicha circunstancia[89]. La norma no castiga los casos en los que el médico indique cuál es el tiempo habitual o probable de curación, sino aquellos supuestos en los que se determine concretamente el momento en que ocurrirá[90].

Se entiende por **medios secretos** aquellos métodos que tienden a ocultar o reservar aspectos vitales de la práctica, manteniéndolos en el ámbito de reserva profesional, privando al paciente de una efectiva comunicación y de un adecuado conocimiento del tratamiento que se lleva adelante. Esta grave desviación, contraria a los cánones propios de la actividad, deja al paciente sin la información necesaria que debe tener al momento de decidir si admite o no el tratamiento, atentando contra la conformación de la correcta relación médico-paciente. Quien no ha sido debidamente informado no tiene posibilidad de elegir adecuadamente qué es lo más conveniente, vulnerándose también su derecho de autodeterminación y atentando contra la base del actuar del médico, esto es, el consentimiento informado[91].

La **infalibilidad** se dará cuando el tratamiento curativo se presenta como absolutamente seguro en orden a la curación[92]. No se trata de supuestos en los que se informa sobre la alta eficacia del medio, sino su perfección[93].

[86] Parece compartir esta postura VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Código Penal, t. IV, pág. 206, al expresar "*...salvo que se trate de un profesional muy torpe que haga sus anuncios o promesas ilegales en forma publicitada*".
[87] BREGLIA ARIAS y GAUNA, op. cit., pág. 514.
[88] DONNA, op. cit., pág. 265.
[89] Por tal motivo, la ley 17.132 ya prohibía a los profesionales de la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos (art. 20 inc. 1°).
[90] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 269.
[91] CHAIA, op. cit., pág. 37.
[92] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 105.
[93] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 269.

c) Tipo subjetivo: Se trata de un delito doloso, que requiere por parte del autor el conocimiento de que se anuncia o promete la curación de la manera establecida por la ley[94].

Consumación y Tentativa

El delito se consuma con la mera actividad del anuncio o promesa, y a diferencia del inciso anterior, no requiere habitualidad, por lo que será suficiente un solo acto[95]. La jurisprudencia entendió que para la configuración del delito no es necesario que el tratamiento anunciado se haya aplicado efectivamente a enfermos, pues se trata de un delito contra la salud pública en general, de peligro abstracto, y no de peligro concreto[96].

Para Creus y Buompadre no admite tentativa[97], mientras que Garavano y Arnaudo se inclinan por considerar que no se haya excluida[98], lo que es difícil de imaginar teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto.

Préstamo de Nombre (Inc. 3°)

Los llamados curanderos no pueden ejercer la profesión a que se dedican dentro de las leyes y de los reglamentos sanitarios, por lo que ha sido usual un recurso consistente en buscar a un profesional de mala fe que, por intereses o ventajas, se prestara a dar su nombre al consultorio, de manera tal que el curandero hace las veces de profesional y el titulado o autorizado presta el nombre a los efectos del negocio. El Código incrimina este hecho, que encierra una superchería peligrosa, ya que el ejercicio del arte de curar debe estar en manos de personas competentes[99].

Estructura Típica

---

94 DONNA, op. cit., pág. 267, quien agrega que no existe motivo alguno para exigir un dolo distinto del directo. Para SOLER, op. cit., pág. 691, es necesario que el agente obre con malicia, entendida como el conocimiento de que se anuncia o promete algo que no es real. En contra CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 106 y NÚÑEZ, op. cit., pág. 165, quienes consideran que no es necesario que el autor obre con malicia, ya que las conductas se consideran peligrosas en sí mismas, con independencia de que los procedimientos sean eficaces para curar.
95 CREUS y BUOMPADRE, op. cit., págs. 105/6; DONNA, op. cit., pág. 267; y LAJE ANAYA, op. cit., pág. 394.
96 JA, t. 1965-V, pág. 460; citado por MONTANO, op. cit., pág. 133.
97 Op. cit., pág. 106. Igual criterio NÚÑEZ, op. cit., pág. 165.
98 Op. cit., pág. 270.
99 MORENO, op. cit., pág. 410.

a) Sujeto activo: Solo podrá cometerlo quien posea título válido o autorización para ejercer el arte de curar enfermedades[100], por lo que al igual que el inciso anterior resulta ser un delito especial o propio[101]. Se trata de un supuesto de codelincuencia necesaria, dado que se requiere la participación de dos sujetos, quien posee el título o autorización para efectuar el tratamiento de la enfermedad a que se refiere el art. 208 inc. 1° y el tercero que actúa valiéndose de dicha autorización o título, careciendo de ellos, cuyo accionar quedará comprendido en el inciso primero de la norma[102].

b) Acción típica: La acción reprimida consiste en prestar el nombre para que otro, carente de título o autorización, ejerza los actos previstos en el inc. 1° de la norma[103]. La doctrina mayoritaria entiende que debe existir una sustitución de personalidad del autorizado por el no autorizado[104], lo que en palabras de Soler ocurrirá cuando se cubra con el propio nombre la actividad de quien no puede obrar, de modo que parezca que quien actúa es el sujeto autorizado[105]. Lo que se castiga es la sustitución del verdadero profesional por un tercero que no lo es, con el consentimiento del primero[106], el cual puede ser expreso o tácito[107].

No bastará con sustituir al autorizado en actos curativos, sino que debe simularse su identidad, y atender como si fuera él quien lo hace[108]. Por ende, no queda comprendido en la disposición el supuesto en que el tercero actúa a nombre propio, pese a que el autorizado le permite o facilita su nombre, pues en ese caso no existe la sustitución de personalidad[109].

c) Tipo subjetivo: Es un delito doloso, que requiere que el autor sepa de la carencia de título o autorización en el arte de curar del tercero que se vale de su nombre, y la voluntad de prestarlo a

[100] Nuevamente nos remitimos a lo expuesto al tratar la figura de curanderismo, para un análisis más profundo sobre los conceptos de título y autorización.
[101] DONNA, op. cit., pág. 266; NÚÑEZ, op. cit., pág. 165; y LAJE ANAYA, op. cit., pág. 395, quien ejemplifica la cuestión señalando que nadie puede prestar lo que no tiene.
[102] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 270.
[103] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 107.
[104] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 107. En contra GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 271, para quienes "*Prestar el nombre implica no sólo autorizar una sustitución, sino también que se utilice el mismo, que se invoque como fuente de legitimación o confianza respecto de las actividades que contempla el inc. 1°*".
[105] Op. cit., pág. 692.
[106] DONNA, op. cit., pág. 268.
[107] NÚÑEZ, op. cit., pág. 167; CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 107 y LAJE ANAYA, op. cit., pág. 395.
[108] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 107 y SOLER, op. cit., pág. 692. Los ejemplos más citados por la doctrina consisten en la colocación de chapa identificatoria ajena en el lugar de atención, el uso del diploma, formularios membretados y cualquier otro medio por el cual el paciente pueda verificar la identidad del profesional que tiene a su cargo el tratamiento.
[109] GARAVANO y ARNAUDO, op. cit., pág. 272; DONNA, op. cit., pág. 268 y LAJE ANAYA, op. cit., pág. 396, entre otros.

sabiendas de que tal sujeto realizará actos de curanderismo. La doctrina mayoritaria coincide al considerar que solo es admisible el dolo directo[110].

Consumación y Tentativa

Para cierta doctrina el delito se consuma con el uso por el tercero del nombre ajeno para curar[111], mientras que Creus y Buompadre van más allá y entienden que "*el hecho se consuma con la realización del acto de curanderismo por parte del tercero, utilizando la identidad del autorizado*"[112]. En una posición divergente, Garavano y Arnaudo sostienen que se consuma con el solo hecho de prestar el nombre, por cuanto lo que se requiere es el préstamo, es decir, el consentimiento del uso del nombre, pero no que esto suceda[113]. Según la doctrina mayoritaria no es admisible la tentativa[114].

Bibliografía consultada:

• AA.VV., KVITKO, Luis Alberto; José Luis COVELLI, y Roberto FOYO (Coord.), Primera Cátedra de Medicina Legal y Deontología Médica, Facultad de Medicina U.B.A., Dosyuna, Ciudadela, 2010.

[110] CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 108; DONNA, op. cit., pág. 268; NÚÑEZ, op. cit., pág. 167; y D´ALESSIO (Dir.), op. cit., pág. 1013.
[111] DONNA, op. cit., pág. 269; y NÚÑEZ, op. cit., pág. 167.
[112] Op. cit., pág. 108. Complementando esta posición, se argumentó que la remisión que hace la norma al inc. 1° del art. 208 obliga a exigir para la consumación, que quien utiliza el nombre practique con habitualidad las acciones típicas allí previstas (cfr. ESTRELLA, Oscar A. y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, T° 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 230).
[113] Op. cit., pág. 272/3.
[114] DONNA, op. cit., pág. 269; NÚÑEZ, op. cit., pág. 167 y CREUS y BUOMPADRE, op. cit., pág. 108.

• AA.VV., GARAVANO, Germán C. y Luis ARNAUDO, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Parte Especial, BAIGÚN, David y Eugenio Raúl ZAFFARONI (Dir.), T° 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010

• BREGLIA ARIAS, Omar y Omar R. GAUNA, Código Penal y leyes complementarias, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

• CHAIA, Rubén A., Responsabilidad Penal Médica, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

• CREUS, Carlos y Jorge Eduardo, BUOMPADRE, Derecho Penal. Parte Especial, T° 2, Astrea, Buenos Aires, 2007.

• D´ALESSIO, Andrés José (Dir.), Mauro DIVITO (Coord), AA.VV., Código Penal comentado y anotado, T° II, Buenos Aires, La Ley, 2009.

• DÍAZ, Emilio C., El Código Penal para la República Argentina. Comentario de sus disposiciones, Librería "La Facultad" – Juan Roldán y cía., Buenos Aires, 1928.

• DONNA, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, T° II-C, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

• ESTRELLA, Oscar A. y Roberto GODOY LEMOS, Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular, T° 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

• FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, T° VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

• LAJE ANAYA, Justo, Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Vol. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

• MACAGNO, Mauricio Ernesto, "Curanderismo y ley penal. Comentarios al art. 208, inc. 1°, C.P.", en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 4, nro. 37, pág. 352

• MARTÍN, Gustavo D., "Curanderismo", en Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina, T° 74, Comercio y Justicia Editores, 1996-A, págs. 535/540.

• MONTALVO, Pedro J., Medidas Alternativas y Derecho Penal, Julio César Faira, Montevideo, 2003.

• MONTANELLI, Norberto, Responsabilidad Criminal Médica, García Alonso, Buenos Aires, 2005.

• MORENO, Rodolfo (h), El Código Penal y sus antecedentes, T° V, H. A. Tomasi, Buenos Aires, 1923.

• NAVARRO, Guillermo R., ASTURIAS, Miguel A. y LEO, Roberto, Delitos contra la salud y el medio ambiente, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

• NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, T° VI, Córdoba, Marcos Lerner, 1987.

• PATITÓ, José A., Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense, Quorum, Buenos Aires, 2003.

• SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T° IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988.

• VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, Código Penal comentado, T° IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

• ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2011, 2da. Edición.

Falsa Denuncia

Por **Valeria Huenchiman**[1]

Art. 245*: “Se impondrá prisión de dos (2) meses a un (1) año o multa de pesos setecientos cincuenta ($750) a pesos doce mil quinientos ($12500) al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.*

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Antecedentes Histórico y/o Legislativos y/o Proyectos.[2]

El texto de la figura.

El art. 245 fue incorporado al Código Penal en el año 1949 por la ley 13.569 (B.O. 29/10/1949).

Su texto posee como fuente inmediata el Proyecto Coll-Gómez (1937).

Originariamente la figura fue incluida dentro del capítulo del desacato.

Desde su introducción el precepto fue sucesivamente modificado. Fue derogado por ley 17.567 (1968), recuperó vigencia por ley 20.509 (1973), posteriormente fue suprimido por ley 21.338 (1976), y retornó al catálogo de ilícitos por ley 23.077 (1984).

Por su parte, la rúbrica del capítulo fue reemplazada por la de falsa denuncia recién por ley 24.198 (1993), que además derogó el delito de desacato del art. 244.

---

[1] Autora, Valeria M. Huenchiman. Abogada, Auxiliar Letrado Relator del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Profesora Adjunta Interina de Derecho Procesal I de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

[2] Fuentes: Boumpadre, Jorge E., “Delitos contra la administración pública”, Mave, Bs. As., 2001, ps. 93/94; Donna, Edgardo A., “Delitos contra la administración pública”, Colección Autores de derecho penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, ps. 131/132; Zaffaroni, Eugenio y Arnedo, Miguel (directores), “Digesto de Codificación Penal argentina”, AZ, tomos IV y V, Exposiciones de motivos. Tomo IV: Proyecto Coll-Gómez (1937); tomo V: Proyecto Peco (1941). Madrid, España, 1996; Levene, Ricardo (n) y Sucar, Germán, “El delito de falsa denuncia en la legislación nacional. Una propuesta legislativa.”, LL, 2001-E, ps. 1214/1220; Laje Anaya, Justo, “Comentarios al Código Penal”, Depalma, Bs. As., 1981, t. III, p. 202; Creus, Carlos y Boumpadre, Jorge E., “Derecho Penal. Parte especial”, Editorial Astrea, ciudad de Bs. As., 2010, tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada, p. 249; Fontán Balestra, Carlos, “El delito de falsa denuncia”, Librería Editorial Depalma, Bs. As., 1952, ps. 9/10.

Texto actual.

La ley 23.077 (B.O. 27/8/84) restableció en el art. 245 del Código Penal el delito de falsa denuncia en los términos que fuera creado por ley 13.569, modificándose sólo su pena de multa actualizada por ley 24.286 (B.O. 29/12/93).

La misma ley 23.077 derogó en el capítulo XII del título de los Delitos contra la Administración Pública, las figuras de denuncia calumniosa, calumnia real (ambas en el entonces art. 276 bis[3]), y simulación del delito (art. 276 ter[4]), que habían sido introducidas por la ley 21.338[5] (B.O. 1/7/76).

La redacción actual de la figura penal –que reitera el tipo penal originariamente introducido al Código Penal por vía de la ley 13.569 (B.O. 29/10/1949)- posee como fuente inmediata –dijimos- el texto del art. 347 del Proyecto de Código Penal Coll y Gómez (1937).

En la Exposición de Motivos de dicho Proyecto[6], los autores expresaron: "Creamos, también, el delito de falsa denuncia (…). Sólo exigimos que la denuncia hecha ante la autoridad –autoridad competente, desde luego- sea falsa, lo que, implícitamente, quiere decir que se ha de tener conciencia de la falsedad. El carácter esencial de la denuncia, sin embargo, radica (…) en su espontaneidad. La iniciativa exclusiva de la denuncia por parte del que la formula será, pues, un requisito imprescindible. Lo será, también, el aserto de haberse cometido un hecho previsto por la ley penal. En cuanto al elemento material del delito está representado por la falsedad de los hechos que constituyen la denuncia y el elemento subjetivo por la mala fe del que la hace. Nada obstará, desde

[3] El art. 276 bis del CP –texto según ley 21.338- decía "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que ante autoridad denunciare o acusare como autor partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente, o simulare contra ella la existencia de pruebas materiales. Si resultare la condena de la persona inocente, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión".

[4] El art. 276 ter del CP –texto según ley 21.338- decía: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, al que ante la autoridad afirmare falsamente que se ha cometido un delito de acción pública, o simulare los rastros de éste con el fin de inducir a la instrucción de un proceso para investigarlo.". Creus, Carlos y Boumpadre, Jorge E., "Derecho Penal. Parte especial", Editorial Astrea, ciudad de Bs. As., 2010, tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada, ps. 248/250; Donna, Edgardo A., "Delitos contra la administración pública", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, ps. 131/139 refieren que la falsa denuncia conforme fuera prevista originariamente, pasó a integrar la primera parte de este art. 276 ter.

[5] Reestableciendo los arts. 276 bis y 276 ter como habían sido elaborados por ley 17.567 (B.O. 12/01/1968), basándose en el Proyecto de Código Penal de Sebastián Soler (1960).

[6] Coll, Jorge E. y Gómez, Eusebio, "Proyecto de Código Penal para la República Argentina", p. LVII.

luego, a quien se considere lesionado en su honor por la falsa denuncia, pueda intentar la acción que le compete…”.

Proyectos de Código Penal y falsa denuncia.

También preveía este delito el Proyecto de Peco (1941) en el art. 356 –dentro del Título IV Delitos contra la Administración de Justicia, Capítulo I Delitos contra la actividad judicial-. Se aplicaría privación de libertad de uno a cuatro años al que imputare falsamente a otro haber cometido un delito de los que dan lugar a la acción pública, mediante denuncia o querella ante la autoridad competente.

El proyecto de 1951 preveía, en el art. 510, pena de prisión de uno a dos años al que, mediante denuncia o querella ante la autoridad competente, afirmare falsamente la ocurrencia de un delito de acción pública, o al que simulare indicios de un hecho semejante.[7]

El proyecto de 1953[8], en el art. 405 –dentro del Título VI Delitos contra las funciones jurisdiccionales, Capítulo I Delitos contra la actividad jurisdiccional-. Se preveía punir con prisión de seis meses a dos años al que afirmare falsamente la comisión de un hecho delictuoso, aún sin las formalidades de la denuncia o querella o de manera anónima, ante la autoridad competente.

El proyecto de 1960[9], regulaba en los arts. 319 –denuncia y querellas calumniosas y calumnia real-, 320 –simulación de delito- y 321-autocalumnia-, en el Título XV Delitos contra la administración de justicia, Capítulo 2 Falsas acusaciones. Preveía pena de prisión de un mes a dos años al que ante la autoridad afirmare falsamente que se ha cometido un delito de acción pública.

---

[7] Donna, Edgardo A., “Delitos contra la administración pública”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 132; cita a Zaffaroni y Arnedo, op. cit., 158, Proyecto de Código Penal de 1951, p. 162.
[8] Cuyo autor fue Ricardo Levene (h).
[9] Laje Anaya, Justo, “Comentarios al Código Penal”, Depalma, Bs. As., 1981, t. III, p. 202, señala que en el marco del Proyecto 1960, en la nota al art. 320, Soler expresa “CP, 245, ley 13.569, es un texto bastante defectuoso, pues la expresión ‘denunciare falsamente un delito’, puede referirse a otros supuestos más graves que el de simplemente provocar un inútil desgaste de actividad investigadora. C. italiano, 367. nos apartamos del texto italiano para que resulte claramente que no es necesaria la efectiva instrucción del proceso para que el delito quede consumado”.

Bien Jurídico.

La figura en análisis se encuentra inserta en el Título XI del Código Penal, Delitos contra la Administración Pública, en un capítulo que regula este único tipo penal –II: Falsa denuncia-.

El objeto de protección del Título, conforme la doctrina mayoritaria[10], es la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en sentido amplio.

Y por función pública se entiende el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres poderes de gobierno.

La protección penal de este Título se justifica toda ve z que el correcto desempeño de la función pública constituye un requisito indispensable en el desarrollo del sistema democrático.[11]

La preservación de la función pública pretendida por la regulación lo es frente a los ataques que provienen tanto de la propia organización burocrática del Estado y sus miembros, como de los particulares.

En el marco de la función pública, el delito en análisis alcanza a la función jurisdiccional en tanto "decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente"[12]; "función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución."[13].

Previo a adentrarnos al ilícito que nos ocupa, realizaremos una aproximación a la temática de la denuncia, como uno de los modos de promover un proceso penal referido a un delito de acción pública.

---

[10] Se sigue a la doctrina italiana, dice Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 15.

[11] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal. Comentado y anotado", parte especial, arts. 79 a 306, Editorial La Ley, Bs. As., 2004, p. 764.

[12] Donna, Edgardo A., "Delitos…", ob. cit., p. 11, en cuanto cita a Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 1, part. VIII, ps. 1042.

[13] Couture, Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Editorial B de f limitada, Montevideo, Bs. As., 2007, p. 40.

La denuncia ha sido definida como:

a) el acto voluntario de una persona mediante el cual comunica a alguna autoridad de la persecución penal, establecida por la ley, la noticia que tiene sobre la comisión de un delito de acción pública[14];

b) el medio por el que un ciudadano pone en conocimiento de la autoridad competente para la persecución y/o juzgamiento de los delitos, la comisión de un hecho delictivo doloso o culposo, perseguible de oficio o dependiente de instancia privada, sea que se encuentre legislado en el Código Penal o en una ley especial[15];

c) la instancia predispuesta por la ley procesal para que los particulares canalicen atribuciones delictivas y que puede desencadenar la actividad procesal dando paso a la actividad investigativa[16] y ser fuente de una persecución penal[17]; es el primer acto imputativo del cual arranca la posterior concretización del objeto procesal.[18]

Como caracteres de la denuncia pueden mencionarse:

a) ser un acto de colaboración de los particulares con la función jurisdiccional;

b) ser un acto meramente informativo, que no contiene una imputación formal[19]; mas, cuando refiere a un delito de acción pública dependiente de instancia privada, deja de ser un mero anoticiamiento por cuanto además tiene el valor de liberar el obstáculo condicionante del ejercicio de la acción penal.[20]

c) ser una facultad discrecional de las personas –carácter facultativo-, derivando su eventual obligatoriedad, exclusivamente de la función que las personas cumplen.[21]

---

[14] Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 2011, t. III, p. 226.

[15] Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto, "Notas al Código Penal Argentino", Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1999, p. 120/121.

[16] Ídem, p. 444.

[17] Cafferata Nores, José I., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1994, ps. 121/122.

[18] Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo IV, Ediar, Bs. As., 1964, p. 439.

[19] Cafferata Nores, José I.; Montero, Jorge; Vélez, Víctor M.; Ferrer, Carlos F.; Novillo Corvalán, Marcelo; Balcarce, Fabián; Hairabedian, Maximiliano; Frascaroli, María Susana; Arocena, Gustavo A., "Manual de Derecho Procesal Penal", Cátedras A, B y C, Editado por Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004.

[20] Clariá Olmedo, Jorge A., op. cit., p. 442.

[21] Granillo Fernández, Héctor M. y Herbel, Gustavo A., "Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado.", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 585. Arts. 177 del CPPN; 287 del CPPBA.

En torno a los efectos que produce la denuncia, hemos de tener presente en esta ocasión los referidos al proceso penal y a la persona del denunciante.

Respecto del proceso penal, corresponde destacar que la denuncia no se trata de su acto promotor inmediato, sino mediato.[22]

Ello, pues la consecuencia inmediata de la denuncia es poner en movimiento a la autoridad *competente* para averiguar la verdad acerca del hecho denunciado y de sus posibles responsables.[23]

La denuncia da origen a un procedimiento judicial aún en el caso de que conduzca a su desestimación y archivo; y en el supuesto de producir la persecución penal y arribar a etapas procesales posteriores como el juicio público, la denuncia es un acto básico de información que formará parte del procedimiento y, especialmente, de sus medios de prueba junto a los otros que sean incorporados a él.[24]

El denunciante no contrae compromisos, si no sólo los que resulten de su obrar malicioso, y una vez formulada la denuncia, la acción no puede ser paralizada por él, quien, por otra parte, puede ser una persona que no haya dispuesto nunca de ella –delito de acción pública que no sea dependiente de instancia privada-.[25]

La presentación de la denuncia también produce efectos para quien la formula. Efectos sustanciales y procesales, relacionados a su responsabilidad penal y civil, pero ajena al proceso originado por tal acto por cuanto no queda vinculado a él[26], sin perjuicio de poder ser convocado a deponer como testigo.

En torno a la primera de estas responsabilidades, nos convoca el trabajo a analizar el delito de falsa denuncia.

---

[22] D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.", Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003, tomo I, p. 332.

[23] Clariá Olmedo, J., "Tratado de Derecho Procesal Penal", op. cit., p. 434. La cursiva me pertenece. Aclaración: el texto original alude a "autoridad judicial", mas, en vista de la diversa regulación que en la temática proponen los códigos de rito, mayoritariamente volcados a una investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal, reemplazo por "autoridad competente".

[24] Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", op. cit., p. 226.

[25] Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", ob. cit., p. 40.

[26] Clariá Olmedo, J., op. cit., p. 442. Arts. 179 del CPPN y 288 segundo párrafo del CPPBA.

Ahora bien, ¿cuál es el bien jurídico que tutela el tipo penal en examen?.

Fontán Balestra[27] indica que la falsa denuncia ataca el interés público en que no sea burlada la administración de justicia, bien jurídico más importante que el honor de los particulares, lesionado también generalmente por ese delito.

Donna entiende que el bien jurídico tutelado por la figura analizada es el correcto despliegue de la administración de justicia.[28]

Para Laje Anaya y Gavier[29], es el normal funcionamiento de los órganos que tienen a su cargo la persecución y juzgamiento de quienes participan en la comisión de hechos delictivos, que se ve afectado por falsas noticias, sobre hechos criminosos inexistentes o con una distinta materialidad, que engañan a sus funcionarios, induciéndolos a poner en marcha erróneamente los mecanismos persecutorios, lo que indudablemente constituye un menoscabo para la administración pública.

Núñez opina que el hecho típico perturba su normal desenvolvimiento debido al engaño de que es víctima.[30] El tipo penal protege la necesaria demanda de justicia requerida por los particulares que se traduce en la puesta en marcha del andamiaje judicial con miras a investigar y reprimir la eventual comisión de un delito de acción pública.

Puig Peña[31] señala que mediante la comisión de este delito se pone en juego el aparato represivo del Estado, que sólo debe actuar cuando ha habido una efectiva violación del orden jurídico.

[27] Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", Librería Editorial Depalma, Bs. As., 1952, p. 10. Citando a Carrara en la p. 22 refiere "No comprendo —dice Carrara— cómo pueda decirse que la calumnia (se refiere a la falsa denuncia) excluye el ánimo de lesionar el honor, pues a mí me parece que esto es un contenido necesario e inevitable de la calumnia. Existirá en ella algo perverso; pero lo más no siempre excluye lo menos" –Programa, Buenos Aires. 1947, t. 7 (Parte especial, vol. V) p. 159, n° 3 al § 2612-.
[28] Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 132.
[29] Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto, "Notas…", op. cit., p. 119.
[30] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal...", op. cit., p. 780, cita a Nuñez, op. cit., p. 50.
[31] Puig Peña, Federico, "Derecho Penal. Parte especial.", Mateau Cromo Artes Gráficas, Madrid, 1988, 7º edición, ps. 224 y ss., citado por Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 133.

Boumpadre indica que el tipo penal protege a la administración judicial de aquellos comportamientos que tienden a desviarla de sus propios fines, alterando su correcto funcionamiento y creando el riesgo de que se produzcan resoluciones injustas, potencialmente lesivas de derechos o legítimos intereses ajenos.[32]

Soler entiende que la simulación de delito tiene su esencia en la molestia que implica provocar actividades investigadoras y jurisdiccionales inútiles. La falsedad suele tener por objeto despistar a la autoridad, inducirla a falsas diligencias, distraerla de otra investigación, encubrir, con un hecho falso, uno real.[33]

Sujeto Activo.

El delito de falsa denuncia no prevé cualidades personales en el sujeto activo.[34]

En consecuencia, cualquier persona con capacidad de denunciar el delito de que se trata, puede ser autora del mismo.

Clariá Olmedo señala que la denuncia debe provenir de un particular, entendiendo por tal cualquier persona vinculada o no al hecho delictuoso denunciado, pero independiente del posible proceso a provocarse con su acto. No excluye este carácter el hecho de tratarse de un funcionario público, aunque haya tomado conocimiento del hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones.[35]

Granillo Fernández y Herbel sostienen que por las consecuencias penales que puede acarrear la realización de una denuncia –cuando sea falsa-, sólo está habilitado para efectuarla todo aquél que se encuentre a partir de las condiciones de ser menor imputable (es decir, de acuerdo al art. 1 de la ley 22.278, 16 años) en adelante. Ello pues, indican, el legislador ha tomado la precaución de que la sanción penal sea un medio de influencia en la seriedad de la denuncia.

---

[32] Boumpadre, Jorge E., "Delitos contra la administración pública", Mave, Bs. As., 2001, p. 94, cita a González Rus, Juan J., "Curso de derecho penal español, Parte Especial.", dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 504.

[33] Ossorio y Florit, Manuel, "Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina.", Editorial Universidad, Bs. As., 1999, p. 546. Cita a Soler, Sebastián, "Derecho Penal argentino", t. V, TEA, Bs. As., 1963, ps. 128/129.

[34] Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 136.

[35] Clariá Olmedo, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", op. cit., p. 433.

Explican que, en todo caso, la información vertida por un menor de dicha edad puede tomar calidad de *notitia criminis* a los efectos de iniciar la investigación.[36]

Maier[37] sostiene una tesis amplia. Refiere que cualquier persona, incluso un menor o un incapaz por otro motivo, puede formular una denuncia según las diferentes maneras conforme a las cuales la ley autoriza su interposición.

Es por ello que, en su opinión, la denuncia no requiere una capacidad especial en las personas de existencia visible, físicas, a pesar de que algún código, por error, requirió capacidad civil o penal.

Y en el caso de las personas de existencia ideal, jurídicas, advierte que éstas pueden formular una denuncia penal por intermedio de sus representantes naturales, conforme lo regula el orden jurídico. Sólo es necesario verificar su existencia –que haya iniciado su vida jurídica y no haya perdido por alguna razón, la autorización para obrar-.

De igual modo la información contenida en una denuncia efectuada por un ente colectivo, si no se acredita su existencia o la asociación no se ha constituido de la manera prevista por el Código Civil, valdrá como efectuada por las personas físicas que pretenden representar a la asociación, incluso desde el punto de vista de la responsabilidad penal y civil.

Si se tratara de un delito de acción dependiente de instancia privada, la ley exige que la denuncia debe ser formulada por el particular agraviado por el delito, o sus representantes legales (art. 72 del CP) porque únicamente estas personas tienen la posibilidad jurídica de remover el obstáculo -también legal- para la promoción válida de la acción penal dependiente de instancia privada, y sin cuyo concurso no hay entonces lesión al bien jurídico protegido, a menos que sea alguno de los supuestos del inc. 1, párrafos primero o segundo, del art. 72, en cuyo caso la denuncia puede ser formulada por cualquier persona capaz.[38]

[36] Granillo Fernández, Héctor M. y Herbel, Gustavo A., “Código…”, op. cit., p. 585.
[37] Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, op. cit., ps. 228/229.
[38] Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto, “Notas…”, op. cit., ps. 120/121.

Sujeto Pasivo.

Nuñez[39] refiere que a pesar que la sociedad es la ofendida por el delito, en realidad, sujeto pasivo es la autoridad o autoridades encargadas de la investigación o juicio pertinentes.

Boumpadre[40] sostiene que lo es la administración de justicia, cuyo interés se ve afectado por la ofensa que caracteriza al delito.

D'Alessio indica que como la denuncia a que se refiere el art. 245 debe ser indeterminada en cuanto a la persona, no es sujeto pasivo de este delito ningún particular, sino la autoridad facultada por el ordenamiento procesal para recibir denuncias.[41]

Tipo Objetivo.[42]

Fontán Balestra examina este punto a partir del siguiente esquema:

a) *La acción típica consiste en denunciar falsamente un delito ante la autoridad;*

b) *El objeto de la denuncia debe ser un delito;*

c) *El hecho debe ser falso; y*

d) *La denuncia debe ser formulada ante autoridad competente.*

Desarrollaremos cada una de tales premisas.

a) *La acción típica consiste en denunciar falsamente un delito ante la autoridad.*

---

[39] Núñez, Ricardo, "Tratado de derecho penal. Parte especial.", Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1992, tomo V, volumen II, p. 50.

[40] Boumpadre, Jorge E., "Delitos contra la administración pública", Mave, Bs. As., 2001, p. 106.

[41] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal...", op. cit., p. 780. En el orden nacional, arts. 174, 180, 181 y 182 del CPPN.

[42] Como esquema de tratamiento se sigue a Fontán Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial.", actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16ª edición actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, ps. 798/803.

El verbo típico consiste en denunciar.[43]

La doctrina mayoritaria –entre ellos, Nuñez, Creus, Boumpadre, Gavier, Donna- interpreta con carácter estricto, propio del principio de legalidad material, que por denuncia debe entenderse sólo a la que se ajusta a las exigencias de la ley procesal y no cualquier noticia o aviso sobre la existencia de una contravención.[44]

Así, la denuncia consiste en llevar personalmente o por medio de mandatario, por escrito o verbalmente, a conocimiento de una autoridad pública competente, en la forma y con el contenido establecidos por la ley procesal, la comisión de un delito de acción pública.[45]

La formalidad del acto principalmente tiende a garantizar la responsabilidad que de él emana con respecto al denunciante, evitando el anonimato o la delación oculta.[46]

Es una condición implícita de la denuncia, su espontaneidad.

La versión exigida por la autoridad y la carente de las formas requeridas legalmente, como la versión testimonial y la delación no ratificada, no constituyen denuncias.

En el concepto de denuncia referido en el tipo penal, tampoco cabe la querella, pues ésta exige que el delito se impute a un querellado –sujeto individualizado-, lo que excluye el encuadramiento en el ilícito de falsa denuncia.[47]

Tampoco está comprendida la demanda o instancia de parte civil en el proceso penal.[48]

---

[43] La denuncia se encuentra regulada procesalmente en los arts. 174/182 del CPPN, 285/292 y ccdtes.. del CPPBA.

[44] de la Fuente, Javier Esteban y Cardinalli, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia" en Revista de Derecho Penal, Nº 2004-2, Delitos contra la Administración Pública-II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, p. 152. Para la contravención de falsa denuncia regulada en la ciudad autónoma de Buenos Aires, ver Bertelotti, Mariano, "La contravención de falsa denuncia", Donna, Edgardo A. Director, "Revista de Derecho Penal. Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires", Nº 3, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.

[45] Arts. 175 y 176 del CPPN, 286 del CPPBA.

[46] Clariá Olmedo, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", op. cit., p. 433. Este autor entiende que basta una relación del hecho, lo suficiente como para obtener la conclusión de que se trata objetivamente de un delito; lo demás se halla en el campo de la libertad de formas.

[47] Por la no inclusión de la querella. Gavier, op. cit., p. 340, pero en razón de que aquélla implicaría hacer analogía prohibida. Por la inclusión, Fontán Balestra, "El delito de falsa denuncia", Depalma, Bs. As., 1952, p. 35; id., "Derecho penal, Parte Especial", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959, p. 699, Nº 1. Pero su posición se explica porque admite que el art. 245 también comprende la denuncia imputativa.

[48] Núñez, Ricardo, "Tratado de derecho penal. Parte especial.", op. cit., ps. 50/52.

Fontán Balestra, Ure, Laje Anaya –en cambio-, comparten la opinión relativa a que es indistinto que se trate de una denuncia o una querella el medio por el cual se desarrolle la conducta típica.

El primero arguye que la ley requiere lo menos, de modo que es innegable que quien querella también denuncia un delito ante la autoridad.

Asimismo, entiende que en cuanto a la denuncia en sí, no hay requisitos sacramentales respecto de las formas. Lo que importa es que los hechos denunciados puedan dar lugar a la investigación de un delito. Por ello, estima que también puede encuadrar en esta figura la querella por delito de acción privada, constitutiva de injuria, en caso de falsedad.

b) *El objeto de la denuncia debe ser un delito.*

Se trata de la simulación de un delito sin imputación.[49]

Es necesario denunciar un hecho concreto, con expresión de las circunstancias suficientes para poder encuadrarlo como delito[50], ya sea una acción humana tipificada contenida en el Código Penal o en las leyes especiales. La denuncia de una falta o contravención carece de relevancia.

El delito, doloso o culposo, punible en el momento de formularse la denuncia, puede ser de cualquier especie y gravedad, consumado, tentado o imposible.[51]

No posee relevancia típica que la acción penal correspondiente al delito se encuentre prescripta al momento de efectuar la denuncia, pues para declarar la extinción de la acción por dicha causal, es necesario poner en movimiento la actividad jurisdiccional, con lo que se afectaría el bien jurídico protegido.[52]

Debe ser un delito denunciable, es decir, de acción pública de oficio o dependiente de instancia privada.[53]

Los delitos de acción privada no quedan comprendidos porque sólo puede ser promovidos por querella.[54]

---

[49] Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., p. 101.
[50] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal…", op. cit., p. 780.
[51] Núñez, Ricardo, "Tratado de derecho penal. Parte especial.", op. cit., ps. 50/52. Cita a Gavier, ob. cit..
[52] Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., ps. 102/103. Cita a Ure, Ernesto J., "Once nuevos delitos", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970, p. 56 y a Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial.", Astrea, Bs. As., 1999, tomo 2, p. 237.
[53] Arts. 71 y 72 del CP, 5, 6 y ccdtes.. del CPPN, 6, 7, 268, 285 y ccdtes.. del CPPBA.
[54] Arts. 73 del CP; 7 del CPPN, 8, 299/302, 381/394 del CPPBA.

El delito no consiste en acusar o denunciar falsamente a alguien, sino en denunciar un falso hecho.

Justamente el dato de que la denuncia se dirija contra una persona indeterminada, permite distinguir –entre otros-, a esta figura del delito de calumnia (art. 109, CP). En este sentido se pronunciaba Carrara, cuando decía que si alguien, por fines privados, denuncia falsamente que ha sido víctima de un delito, pero sin hacer recaer la acusación sobre individuos determinados y sin la intención de hacer condenar a un inocente, se configuraba lo que él llamaba "simulación de delito" y no una calumnia.[55]

Un supuesto sería el caso de quien denuncia haber sido víctima de un robo que no ha existido, para ocultar que dispuso de una suma de dinero que no le pertenece o para eludir o justificar una rendición de cuentas.

c) *El hecho debe ser falso.*

El tipo exige poner en conocimiento de la autoridad competente un hecho falso tipificado como delito en la ley penal.

El hecho debe ser falso, total o parcialmente; pues si fuera real, la conducta resultaría atípica.

Cuello Calón[56] enumera como supuestos de denuncia falsa:

a) el hecho no se ha realizado;

b) se ha imputado un delito efectivamente realizado a quien no tuvo participación en el mismo;

c) siendo cierto el hecho y siendo su autor la persona acusada, se omiten referir circunstancias concurrentes, que eximen de responsabilidad;

[55] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal…", op. cit., p. 780. Cita a Carrara, op. cit., § 2656, ps. 209/210.
[56] Citado por Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", op. cit, p. 39.

d) se denuncian hechos verdaderos que no tienen carácter delictuoso e intencionalmente se los presenta como teniéndolo;

e) se imputa al mismo tiempo un hecho verdadero y otro falso.

En este último supuesto, habrá falsa denuncia por el hecho falso imputado o denunciado.

Fontán Balestra advierte que debe prestarse especial atención a la hipótesis identificada bajo la letra d), puesto que, en ocasiones, hay hechos que están en la frontera de la delictuosidad y los argumentos que se viertan para demostrarla, aunque ésta no exista, no pueden hacer incurrir en responsabilidad penal al denunciante. En el punto señala que debe observarse la similitud que se presenta con la demanda civil o comercial de algo indebido, que no va acompañada de ningún elemento ardidoso.

Expresa que la doctrina mayoritaria de nuestro país -Fontán Balestra[57], Nuñez[58], entre otros- sostiene que la denuncia falsa supone la falsedad objetiva *y* subjetiva de ella.

Boumpadre[59] expone que la *falsedad objetiva* consiste en la discrepancia entre lo que el sujeto afirma en la denuncia y lo realmente ocurrido. Es la conducta opuesta a la realidad.

En tanto que la *falsedad subjetiva* refiere a la discrepancia entre lo que el sujeto sabe y conoce, y lo que manifiesta en la denuncia.

Nuñez explica que existe *falsedad objetiva* si el hecho, que se dice sucedido, no ha ocurrido, sea que no exista hecho alguno, o que el sucedido sea esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias esencialmente distintas a las denunciadas.[60] No implica falsedad objetiva de la denuncia, la alteración de la calificación legal del hecho.

---

[57] Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", op. cit., p. 38.
[58] Nuñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal.", op. cit., p. 52.
[59] Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., p. 104.
[60] Véase Gavier, op. cit., ps. 345 y sgts; Garçon, op. cit., p. 459, let. I.

Y señala que existe *falsedad subjetiva*, si la denuncia objetivamente falsa es hecha de mala fe. Esto requiere que el autor tenga conciencia de la inexistencia del hecho o circunstancias denunciadas y la voluntad de denunciar, a pesar de ello.[61] No es necesario, empero, un propósito específico.[62]

Fontán Balestra indica que parte de la doctrina –Nuñez, Creus- requiere que la falsedad sea total, no constituyendo el delito el hecho de ocultar o tergiversar circunstancias que sólo modifican la situación del supuesto del autor.

En este sentido, Fontán Balestra señala que en realidad corresponde distinguir las circunstancias que sólo podrían conducir a una atenuación de la pena, de aquellas que tornan no punible al hecho. Las primeras no parecen suficientes a los fines de la configuración del delito[63], sí en cambio, las segundas. Ejemplifica ello señalando que quien acusa a otro de un homicidio, ocultando maliciosamente que ha sido cometido en ejercicio de derecho de defensa, incurre en el delito de falsa denuncia. Esgrime que para apreciar esta situación es preciso tener presente que el denunciante ha de obrar de mala fe, sabiendo que lo que afirma es falso.

d) *La denuncia debe ser formulada ante autoridad competente.*

Fontán Balestra[64] refiere que la denuncia es uno de los modos de poner en movimiento el mecanismo judicial propio de los delitos de acción pública, y consecuencia del interés del Estado y de la sociedad en que tales hechos no queden impunes.

Boumpadre[65] sostiene que la expresión no alude a cualquier funcionario público, sino a la autoridad que tiene *competencia* para promover la investigación de un delito[66].

Ello es determinado por la ley adjetiva.

---

[61] Proyecto Coll-Gómez, cit., p. LVII.
[62] Sobre las distintas opiniones, véase Gavier, op. cit., ps. 322, Nº V, y, además, Soler, III (1963), ps. 253/254.
[63] Coincide Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., p. 104.
[64] Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", op. cit., p. 40.
[65] Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., ps. 105/106.
[66] Criterio que prima en la legislación comparada, por las características de la acción pública, que la hacen progresar sin la intervención del damnificado. Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", op. cit., p. 41.

Conforme los ordenamientos de rito, refiere a la autoridad policial, al Agente Fiscal y al magistrado judicial.[67]

Clariá Olmedo señala que la denuncia debe ser recibida por los órganos legalmente predispuestos –ya señalados-, pues el anoticiamiento a cualquier otra autoridad, no constituye denuncia desde el punto de vista procesal penal.[68]

Fontán Balestra refiere, sin embargo, que no debe hacerse mayor hincapié en la autoridad ante la cual la denuncia se inicia, pues tratándose de un delito contra la administración de justicia, no parece que pueda cometerse sin que medie una intervención judicial. En la práctica, la decisión que desestima la denuncia, la que sobresee o la que absuelve al acusado, será el punto de partida para la iniciación del procedimiento que persiga la sanción de la falsa denuncia. En algunos códigos, como el español, la ley dispone expresamente que no se procederá contra el acusador o denunciante sino en virtud de sentencia firme de sobreseimiento del tribunal que hubiere conocido del delito imputado. Se transforma así esa exigencia en una condición objetiva de perseguibilidad.[69]

Por otro lado, el mismo autor –en tanto admite que es posible cometer el ilícito mediante querella- refiere que en el caso de delitos de acción privada, no hay más autoridad competente que la judicial, pues sólo ante ella puede ser interpuesta una querella.

Tipo Subjetivo.

El delito de falsa denuncia es doloso. El tipo alude al que denunciare falsamente un delito. De allí se sigue que quien así procede debe tener conciencia de la falsedad.[70]

---

[67] Arts. 182, 181, 180 del CPPN, 292, 294 inc. 1, 291, 290 del CPPBA, respectivamente. Estos son los órganos naturales establecidos para la persecución y represión de los delitos.

[68] Clariá Olmedo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, op. cit., p. 434. En la nota nº 136 de igual página, indica que podrá tratarse de una denuncia administrativa de carácter disciplinario, que por su contenido penal de paso posteriormente a la denuncia en sentido propio.

[69] Fontán Balestra, Carlos, “El delito de falsa denuncia”, op. cit., p. 42, cita a Rodríguez Muñoz, “Derecho Penal”, tomo II, p. 166.

[70] Fontán Balestra, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial.”, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16ª edición actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, ps. 798/803.

Se trata de un delito necesariamente intencional en el que la denuncia es hecha de mala fe[71]; en el aspecto cognoscitivo hace falta que el agente conozca la inexistencia del hecho denunciado, y en el volitivo que tenga la voluntad de denunciarlo pese a ello.[72]

Sólo el dolo directo es compatible con el delito de falsa denuncia, ya que el autor, conforme lo exige el elemento objetivo de la falsedad, debe conocer el alcance de su accionar.[73] Ello comprende la certeza de su conocimiento de que el delito que denuncia no ha existido, o ha existido con modalidades que cambian totalmente su especie y que él deforma al denunciar (Nuñez).[74]

A los efectos del perfeccionamiento del delito no importará el motivo que tenga el falso denunciante para realizar la acción, sin perjuicio de su eventual influencia al momento de la mensuración de la pena.[75]

Fontán Balestra resalta que en este aspecto –elemento subjetivo- se presenta una diferencia entre este delito y el de calumnias.

Ello pues, mientras en la divulgación de especies calumniosas, la simple maledicencia, la ligereza son suficientes para integrar el elemento subjetivo, que no va más allá de la voluntad de difundir una especie que se sabe deshonrosa, aunque se dude de que sea cierta o falsa; en el caso de denuncia, la duda no equivale a la conciencia de falsedad. No es lo mismo tener dudas o creer, procediendo con ligereza para llegar a esa convicción, que una cosa es cierta, que saber que lo cierto es otra cosa. En el primer supuesto, el autor carga a su cuenta las consecuencias de que el hecho sea falso como una posibilidad; en el segundo, el autor se propone decir una falsedad.

La duda y la previsión de la posibilidad no equivalen en este delito a la conciencia de la falsedad. Es preciso que el autor sepa otra cosa que no le permita dudar de la falsedad de los hechos que denuncia. Es decir que, a más de la conciencia de la falsedad, se requiere el conocimiento de la verdad, sobre el cual se apoya la conciencia de la falsedad.

---

[71] Proyecto Coll-Gómez, p. LVII; Cuello Calón, Derecho Penal, t. II, ps. 283/284.
[72] Nuñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal. Parte especial", op. cit., p. 52.
[73] Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., ps. 136.
[74] Creus, Carlos y Boumpadre, Jorge E., "Derecho Penal. Parte especial", Editorial Astrea, ciudad de Bs. As., 2010, tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada, ps. 248/250.
[75] Bertelotti, Mariano, "La contravención de falsa denuncia", Donna, Edgardo A. Director, "Revista de Derecho Penal. Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires", Nº 3, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 24.

Cita a Carrara[76]: "Uso la palabra *conscientemente* y no la palabra dolosamente, porque del conocimiento de la falsedad de lo que se denuncia es inseparable el dolo" –refiriéndose al delito de falsa denuncia-, y luego aludiendo a la diferencia existente con los delitos contra el honor en el aspecto subjetivo, agrega: "No cabe duda de que aquel divulgador imprudente de una falsa acusación comete el delito de difamación… porque el dolo en las injurias no se construye sobre la intención de dañar, sino también sobre la simple ligereza unida a la previsión de poder dañar".

A través de estas palabras, concluye, en el delito de falsa denuncia quedan eliminados no sólo la culpa, sino también el dolo eventual.

Fontán Balestra apunta que el error produce en el delito de falsa denuncia las mismas consecuencias jurídicas que en cualquier otro delito: quien obró de buena fe, creyendo en la verdad de su denuncia, no será culpable, aún cuando el error no sea insalvable, pues la imprudencia y la negligencia no son las formas típicas de culpabilidad de este delito.

Es decir, no habrá delito si el autor denunció algo falso creyendo que era verdadero, como consecuencia de una equivocación o una imprudente percepción de los hechos.[77] Tampoco, si denunció algo verdadero, aún creyendo que era falso, pues carece del elemento del tipo objetivo consistente en la falsedad de la denuncia.[78]

Consumación y Tentativa.

Laje Anaya reseña que el delito es formal e instantáneo y que se consuma con la presentación de la denuncia[79], sin que sea menester que la autoridad que la recibe resulte engañada.[80]

Fontán Balestra comparte que el delito se consuma en el momento en que los hechos llegan a conocimiento de la autoridad –Manzini, Carrara, Cuello Calón-.[81]

[76] Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", ob. cit., ps. 45/46. Carrara, "Programma", tomo 7 (Parte Especial, vol. V), ps. 163/164, nº 2617 y nota.
[77] de la Fuente, Javier Esteban y Cardinali, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia.", op. cit., p. 158.
[78] Bertelotti, Mariano, "La contravención de falsa denuncia", op. cit., p. 24.
[79] Comparte Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 137.
[80] Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto, "Notas…", op. cit., p. 121. Cita a Nuñez, Tratado, t. VII, pág. 52 y Manual, pág. 405; Gavier, Ernesto R,. ob. cit, ps. 344, 345, 347 y 348; y Creus, t. 2, ps. 245/6.
[81] Fontán Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial.", op. cit., ps. 798/803.

Boumpadre sostiene que la falsa denuncia es un delito de simple actividad y de peligro abstracto, que se consuma con la sola formulación –si es verbal- o presentación -si es escrita-, de la denuncia mendaz ante la autoridad competente, sin que se requiera de ningún otro resultado adicional relevante para el injusto. La consumación no exige que la investigación del hecho se haya iniciado como consecuencia de la denuncia falsa ni que la autoridad haya resultado engañada.[82]

En torno a la tentativa, la doctrina se divide.

Fontán Balestra, Creus, Laje Anaya y Boumpadre –entre otros- entienden que no admite conato.[83]

El último de los nombrados indica que resulta preferible prescindir en este delito de formas imperfectas de ejecución, por la dificultad de justificar en su caso el mínimo de lesividad exigible para fundar una intervención penal razonable.[84]

En sentido diverso, Nuñez, Gavier, Laje Anaya –en obra posterior-, Donna, D'Alessio, de la Fuente y Cardinali opinan que la falsa denuncia admite la posibilidad de tentativa.[85]

En el particular, de la Fuente y Cardinali[86] refieren que si bien se trata de una hipótesis difícil en la práctica, puede presentarse. Y exponen como ejemplo el caso del sujeto que ingresa a la mesa de entradas del Juzgado o la Fiscalía con el objeto de entregar la denuncia falsa redactada por escrito, pero que debido a la intervención de un tercero no puede formalizar.

---

[82] Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., p. 106. En igual sentido, Nuñez, Carlos, "Derecho Penal Argentino", Parte Especial, Edit. Bibliográfica Argentina, 1964, p. 52, Fontán Balestra, Carlos, "Derecho Penal, parte especial", op. cit. p. 830; Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", op. cit., 319 y de la Fuente, Javier Esteban y Cardinali, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia.", artículo de doctrina publicado en Revista de Derecho Penal "Delitos contra la Administración Pública – II", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 158.

[83] Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal. Parte especial", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1971, p. 388; Creus, Carlos, "Delitos contra la administración pública", Editorial Astrea, Bs. As., 1981, p. 527; Laje Anaya, Justo, "Comentarios al Código Penal. Parte Especial.", vol. III, Depalma, Bs. As., 1981, p. 203; y Boumpadre, Jorge E., "Delitos contra la administración pública", Mave, Bs. As., 2001, p. 106.

[84] Boumpadre, Jorge E., "Delitos…", op. cit., p. 106.

[85] Nuñez, op. cit., p. 52; Gavier, op. cit., p. 347; Laje Anaya y Gavier, "Notas…", op. cit., p. 121; Donna, op. cit., p. 137; D'Alessio, op. cit., p. 781; de la Fuente y Cardinali, op. cit., p. 160.

[86] de la Fuente, Javier Esteban y Cardinali, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia.", op. cit., p. 160. Citan a Gavier, "El delito de falsa denuncia", op. cit., p. 349.

Autoría y Participación.

Boumpadre explica que tratándose de un delito común, son de aplicación las reglas generales sobre autoría y participación.[87]

Para Nuñez y Soler puede ser autor incluso quien se decide a delinquir para ocultar su propio delito aparentando ser víctima, o para tener, por si llega el caso, un motivo justificador.[88]

Ure opina que no es autor quien, para defenderse, atribuye el delito a otro que no individualiza.[89]

Para Laje Anaya no puede ser autor aquél a quien le está prohibido denunciar, teniendo en cuenta la prohibición contenida en el art. 242 del CPPN de declarar contra el imputado al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

Sin embargo, la falsa denuncia exige –como uno de sus requisitos- que la persona realice el verbo típico "denunciar", circunstancia que no se aplica en el supuesto mencionado toda vez que la prohibición se refiere a la de *prestar testimonio* en contra del imputado, con lo cual lógicamente se hace referencia no sólo a una conducta distinta sino a la existencia de un proceso dirigido contra un imputado. Además, uno de los requisitos del tipo es que la denuncia se realice contra persona indeterminada, o sea, no individualizada, por tanto no resulta válida dicha restricción, ya que expresamente refiere que tales personas tienen vedado declarar *contra el imputado*, es decir, respecto de una particular persona que reviste tal calidad.

---

[87] Boumpadre, Jorge E., "Delitos contra la administración pública", Mave, Bs. As., 2001, p. 107. cita a Villada, Jorge L., "Delitos contra la función pública", Abeledo-Perrot, Bs. As. 1999, p. 103 y ss.

[88] Refiere Laje Anaya, J. en "Comentarios al Código Penal. Parte especial", op. cit., p. 202: Conforme Nuñez, "Análisis de la ley 21.338", p. 135: "'como sucede si quien se apoderó del dinero que se le entregó para hacer un pago, simula que un ladrón lo despojó de él, o para ocultar una aventura amorosa simulando un secuestro', conforme Soler, V, 246 y nota 88

[89] Idem, cita a Ure, Ernesto J., "Once nuevos delitos", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970, p. 66 y nota 4: "el delito de simulación puede transformarse en denuncia calumniosa si, iniciado el proceso, el agente luego individualiza al imputado.".

Boumpadre indica que frente a ciertas hipótesis de autoría mediata –vgr. la denuncia practicada a través de un representante legal (mandatarios letrados procuradores), o la realizada bajo el temor de una amenaza o mediante engaño-, se sostiene la aplicación de los principios generales: si el representante legal tiene conocimiento de la falsedad, responderá a título de coautor; en caso contrario, no tendrá responsabilidad alguna.[90]

Fontán Balestra, en orden a la instigación, la entiende posible porque quien directamente decide a otro a formular la denuncia falsa, tendrá la pena del autor material, de acuerdo con el art. 45 del CP.

Si el autor obrase sin conocimiento de la falsedad, sólo será punible el instigador, por aplicación de los principios generales que rigen el error y la autoría mediata; si instigador e instigado saben de la falsedad, ambos serán punibles. Por último, es posible que el instigador crea que son verdaderos los hechos que el instigado sabe falsos, en cuyo caso no lo habría decidido a cometer un delito, sino a formular una denuncia, y, por ello, la impunidad del instigador es evidente.[91]

Particularidades de la Figura.

Generalmente la falsa denuncia es utilizada como delito de medio o de fin, por el cual el autor busca enmascarar una conducta ilícita precedente o posterior.[92]

Ello conduce a analizar como particularidad de esta figura, su vínculo con otras.

a) *Delitos contra el honor.*

---

[90] Boumpadre, Jorge E., “Delitos…”, op. cit., p. 107, cita a Villada, Jorge L., “Delitos contra la función pública”, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1999, p. 103 y ss.

[91] Fontán Balestra, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial.”, op. cit, ps. 798/803.

[92] Donna, Edgardo A., “Delitos…”, op. cit., p. 138, señala que parte de la jurisprudencia ha negado la existencia de la figura de falsa denuncia cuando el autor busca encubrir otro delito. Para arribar a tal conclusión se practica un paralelismo con la inexistencia de falso testimonio en causa propia, es decir, es el supuesto de quien declara testimonialmente en un proceso penal trocando posteriormente su situación procesal a la de imputado. –Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, c. 30.065 “Chrestia, Roberto J.”, 13/5/1986; Sala II, c. 37.136 “Bresan, Norberto”, 30/3/1990; Sala III, c. 26.708 “Czaban, Alberto”, 24/4/1990.-

D'Alessio[93] explica que la *relación entre la calumnia y la falsa denuncia* fue largamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en lo que hace a resolver qué delito comete quien, a través de una denuncia ante la autoridad competente, le imputa a otro falsamente la comisión de un delito de acción pública.

Advierte que la mala técnica legislativa, que lleva a la confusión y a la aparente superposición de las figuras, ha sido materia de análisis por casi todos los autores, no faltando quienes han propuesto directamente una reforma legislativa que aclare la cuestión.[94]

Observa que en derredor de la relación entre ambas figuras se han ensayado varias teorías.[95]

Reseña como más importantes: a) la que entiende que entre ambas figuras se daría un concurso ideal[96]; b) la del concurso real[97]; c) la del concurso de leyes y la exclusión del art. 109 por el art. 245, por ser este último una ley posterior por la cual el legislador ha pretendido preservar para los órganos del Estado la persecución de oficio de todos los hechos que lesionen a la administración pública mediante la promoción indebida de la acción de esos órganos[98]; y d) la del concurso aparente de leyes donde la figura de calumnia absorbe a la de falsa denuncia[99].

---

[93] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal…", op. cit., p. 780.

[94] Ver Levene, Ricardo (n) y Sucar, Germán, "El delito de falsa denuncia en la legislación nacional. Una propuesta legislativa.", LL, 2001-E, p. 1214 y ss.. También proponen esta solución de la Fuente, Javier Esteban y Cardinalli, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia", op. cit., p. 170/180. Mientras tanto, refieren estos últimos autores, sostienen el concurso ideal.

[95] Ver también de la Fuente, Javier Esteban y Cardinalli, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia", op. cit., ps. 160/169.

[96] En este sentido, Fontán Balestra, "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.", tomo VII, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, p. 238.

[97] Voto del doctor Vera Ocampo en el plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal "Bulog, Jorge", 27/3/1953, en Fallos Plenarios, t. I., p. 140, también en La Ley, t. 70, p. 112, fallo 32.690. También es la postura de Soler, Sebastián, op. cit., tomo III, 1963, p. 254.

[98] Es la particular tesis de Núñez en la nota "Calumnia y falsa denuncia", LL, t. 67, p. 477 y ss., donde afirma que la razón por la que se aplica el art. 245 es la voluntad del legislador, expresada con la sanción de dicha norma, de perseguir cualquier hecho que indebidamente ponga en movimiento a los órganos de persecución penal, y que dicha persecución pueda realizarse dentro de las acciones ejercitables de oficio. En su opinión, lo que impediría que además se aplique el art. 109 es el principio

[99] Se trata de un concurso aparente de leyes, conforme al cual la figura de calumnias, en la que se contienen todas las circunstancias de la acción, absorbe o consume a la de falsa denuncia, en virtud de lo cual la única que debe aplicarse, por cuanto el art. 245 no prevé el caso de denuncia de un delito a una persona determinada, sino solamente el supuesto de denuncia de un hecho delictivo sin imputárselo a persona determinada alguna –Gavier; posición compartida por Levene (n) y Sucar-. En Levene, Ricardo (n) y Sucar, Germán, "El delito de falsa denuncia en la legislación nacional. Una propuesta legislativa.", op. cit., p. 1216. Referencian como fuente de su trabajo a Gavier, Ernesto R., "El delito de falsa denuncia", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXII, n° 314, p. 323 y ss.

La última de estas, se impuso en el plenario "Bulog, Jorge"[100] y es la que parece seguir actualmente la jurisprudencia mayoritaria. Sostiene que el art. 245 no pretende sancionar la calumnia judicial o denuncia calumniosa sino reprimir el acontecimiento falso tipificado como delito, que se denuncia como cierto ante la autoridad. En consecuencia, cuando se imputa directa y concretamente a una persona determinada un delito de acción pública, no se está ante una falsa denuncia sino ante una calumnia y, si tal imputación se realiza ante la autoridad, la figura del art. 245 desaparece excluida por la otra, más comprensiva, que absorbe su tipo y su pena.[101]

Entonces, para que el hecho sea típico de acuerdo al art. 245 es necesario que se trate de una denuncia formulada contra persona indeterminada.[102]

Fontán Balestra[103] entiende que con tal criterio se eliminó prácticamente el delito de falsa denuncia. Es suficiente demostrar que es posible la comisión de cada uno de los dos delitos, sin que forzosamente se cometa otro, para demostrar, también, la inconsistencia de la tesis del voto mayoritario.

Detalla:

Habrá falsa denuncia sin que exista calumnia: a) cuando la denuncia no se haga contra persona determinada; b) cuando se querella por delito de acción privada.

Habrá calumnia sin que exista falsa denuncia: a) en todos los casos de calumnia no judicial; b) cuando siendo la calumnia judicial, el elemento subjetivo llena las exigencias del delito contra el honor, careciendo de relevancia para adecuarse a la figura del art. 45.

Para este autor la falsa denuncia y la calumnia pueden concurrir formalmente –art. 54 del CP-, tal como lo sostuvo en disidencia una parte de la minoría del tribunal en el fallo referido –Malbrán, Cantadore von Straat y Oderigo-.

---

[100] Plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal "Bulog, Jorge", 27/3/1953, en Fallos Plenarios, t. I, p. 140, también en La Ley, t. 70, p. 112, fallo 32.690. Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 138, indica que sobre este tema el plenario "Bulog, Jorge" zanjó esta cuestión. Tres fueron las corrientes jurisprudenciales abordadas. La mayoritaria, representada en el voto del doctor Mulla Lacasa, sostiene que los delitos reseñados se excluyen recíprocamente. Otra postura, encabezada por el doctor Oderigo, mantuvo la posibilidad del concurso formal, mientras que, contrariamente, el doctor Vera Ocampo fincó su parecer en el concurso material. Y refiere que con la reincorporación del tipo penal por ley 23.077, mantiene la vigencia de las directrices proporcionadas por el plenario "Bulog", entre otros, el fallo "Cairat, Norma" –Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, c. 41.111, 31/8/1992-.

[101] De igual forma, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala II, "Cairat, Norma A." 31/08/1992, en La Ley, 1993-B, 216 con nota de Pinto, Mugo J..

[102] En este sentido, Gavier, op. cit., p. 317.

[103] Fontán Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial.", op. cit., ps. 798/803.

Por último, en cuanto al *concurso con la injuria*, Fontán Balestra refiere que la falsa denuncia también se comete en los casos de delito de acción privada, constitutiva de injuria, en caso de falsa imputación.[104]

b) *Delitos contra la propiedad (estafa y bloqueo y frustración de un cheque).*

b. 1. Falsa denuncia y estafa (art. 172 del CP).

Donna expone citas jurisprudenciales en desarrollo de la temática.

Sosteniendo la posibilidad de configurarse un concurso real, cita: "El delito de falsa denuncia concurre materialmente con la defraudación intentada, sobre la base de esa falsedad, no obstante la relación de medio a fin que pudiera existir entre ellos" –CSJN, competencia Nº 326 "Viñas, G. C.", 15/12/1992-.

Y esgrimiendo la hipótesis de concurso ideal, referencia diversos pronunciamientos: Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, c. 32.305 "Notarfrancesco, J.", 13/3/1987; Sala IV, c. 24.203 "Alanis, G. J.", 20/10/1992; Sala V, c. 23.815 "Ferreyra, A.", 10/8/1989; Sala V, c. 26.860 "Stobrino, Roberto", 15/5/1991; Sala I, c. 44.991 "Yanquelevich, Carlos", 3/6/1996. Por la posición que opina que es posible el concurso material, CCCorr, Sala I, c. 41.569 "Jakubowicz, N.", 19/2/1989; Sala V, c. 22.889 "Abella, Juan Carlos", 28/2/1989.

En particular, D'Alessio[105] expone la hipótesis de "Alanis, G. J.", caso citado en el párrafo anterior. Y relata que en el supuesto se denunció ante la autoridad policial un siniestro simulado, luego de haberlo hecho ante la compañía aseguradora. En el fallo se sostuvo que, de haberse efectuado la denuncia ante la autoridad competente en primer término, ella constituiría el ardid esencial del tipo de estafa, en cuyo caso se estaría en presencia de un concurso ideal (art. 54 del CP)

[104] Fontán Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial.", op. cit., ps. 798/803.
[105] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal…", op. cit., p. 780.

porque integraría una única conducta. Pero en el caso de autos, la denuncia posterior del actor significa el intento de ocultar su propio delito y, por razón de especialidad, queda atrapado en la figura de estafa como un concurso aparente de leyes.[106]

b. 2. Falsa denuncia y bloqueo y frustración de un cheque (art. 302 inc. 3 del CP).

D'Alessio[107] señala que si la falsa denuncia tuviese por finalidad impedir el cobro de un cheque librado por el agente, se daría una hipótesis de concurso ideal entre la figura estudiada y el art. 302 inc. 3º del CP.

Jurisprudencia.

1) Bien jurídico tutelado.

"El delito de falsa denuncia previsto y penado por el art. 245 del Cód. Penal, es un delito esencialmente contra la administración de justicia, la que se resiente en su seriedad, prestigio y recta aplicación a ponerse en marcha una causa por hecho falso" (JA, 1959, t. I, p. 248).

"Demostrado que ante la autoridad competente tuvo lugar la denuncia de un delito de acción pública que no ocurrió (…) tal denuncia puso en movimiento la administración de justicia en la investigación de un delito imaginario con el consiguiente perjuicio ante el inútil desgaste jurisdiccional y el roce a la moral de un conocido profesional." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, nº 25.161, 19/12/1980).[108]

Bien jurídico tutelado. Independencia entre el delito de calumnia y falsa denuncia.

[106] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, "Alanis, G. J.", 29/10/1992, comentado y criticado por Litvack, Alejandro Adrián, "Las relaciones concursales entre los delitos de falsa denuncia y estafa", artículo publicado en LL, 1994-B, ps. 470/473.
[107] D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal...", op. cit., p. 780.
[108] Citado en Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 133.

"En forma independiente de la facultad de querellar, que asiste al damnificado por el delito de calumnias, en los términos del art. 109, C.P., subsiste la posibilidad de realizar un reproche penal en función del art. 245 de dicho cuerpo legal. Ello es así toda vez que no existe ninguna relación de especialidad, característica en el concurso aparente de leyes, por la cual se imposibilite la investigación del delito de falsa denuncia, la cual excede, sin excluirlo, al interés privado de la parte damnificada, siendo que el bien jurídico protegido es evitar las erogaciones y dispendio jurisdiccional que produce avocarse a dilucidar un hecho inexistente." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, nº 18.381, 13/05/2002).

2) Sujeto activo. Sujeto pasivo.

"Para la tipificación del delito de falso testimonio (art. 275 del C.P.) el sujeto activo debe reunir la calidad de autor, por lo que el "denunciante" no se encuentra dentro de las personas que pueden perpetrar este tipo de ilícitos. Para revestir la calidad de testigo, amén de tener que ser un tercero, resulta necesario que aquel pueda ser interrogado respecto a cuestiones de las cuales pueda efectivamente ser testigo, esto es, cosas externas a él. Si el imputado, al radicar la denuncia ante las autoridades policiales, tenía un interés particular en la cuestión, podría decirse que declaró en causa propia (en sentido amplio), por lo cual su accionar constituye el delito de falsa denuncia..." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, nº 25.678, 17/07/2003).

Sujeto activo. "No viola el principio que prohíbe la autoincriminación, la condena impuesta por el delito de falsa denuncia -art. 245 del C.P.-, si se encuentra acreditado que el imputado concurrió adrede y por propia voluntad a efectuar dicha denuncia penal con la intención de justificar la herida de bala sufrida en el hecho de robo con armas que protagonizara." (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala II, Nº 35018, 03/03/2009).

3) Tipo objetivo.

Configuración. Denuncia: acto formal. Delito denunciado: falso. "La figura típica prevista en el art. 245 del C.P. 'consiste en denunciar falsamente la comisión de un delito ante la autoridad.. La denuncia, como típico acto formal del proceso, consiste en la actividad de poner en conocimiento de la autoridad pública competente, por los medios y modos establecidos en el ordenamiento procesal,

la comisión de un delito' y exige 'que el delito denunciado sea falso, es decir, inexistente..., lo que equivale, básicamente, a que se ponga de manifiesto, como cierto, un suceso que en realidad no se ha producido o que, al menos, no se ha producido en la forma denunciada'" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, nº 29.294, 08/05/2006).

Atipicidad. Comunicación verbal. Ausencia de ratificación. "Si el aviso vía telefónica a la Policía Federal nunca fue ratificado, no reúne los requisitos exigidos por la norma para permitir que se lo contemple como denuncia. Por tanto, el actuar del imputado no constituye el delito previsto en el artículo 245 del Código Penal y corresponde revocar el procesamiento decretado en orden al delito de falsa denuncia." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, nº 23.541, 22/08/2003).

Falsedad objetiva. Falsedad subjetiva. "El delito de falsa denuncia requiere, como presupuesto típico, que no se trate de una atribución a persona determinada, ya que si ello se da, se podrá estar en un supuesto de calumnia judicial, incluida en el art. 109 de C.P.. Son requisitos exigidos por el tipo penal la falsedad objetiva y la subjetiva. La primera se da si el hecho que se dice sucedido no ha ocurrido, sea que no existe hecho alguno, o que el sucedido sea esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias a las denunciadas. Existe falsedad subjetiva en la denuncia, si la denuncia objetiva falsa es hecha de mala fe…" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, nº 20.665, 15/11/2002).

"Configura el delito de falsa denuncia la conducta del procesado que para ocultar una colisión que protagonizó con un ciclista denunció la sustracción de su vehículo ante la autoridad, con conocimiento fiel de la falsedad el hecho anoticiado." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, nº 43.773, 11/08/1994).[109]

Configuración. Existencia del delito denunciado. ***.*** *Falsedad de otros datos aportados. Elementos esenciales para la investigación.* "Configura el delito de falsa denuncia el haber proporcionado datos falsos sobre las circunstancias de lugar y tiempo de ocurrencia del delito, aunque este haya existido, toda vez que tales datos resultaban esenciales para la actividad policial y judicial, produciendo un marcado detrimento para ambas, que bien podrían haberse desviado o

[109] Citado en Ossorio y Florit, Manuel, "Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina.", Editorial Universidad, Bs. As., 1999, p. 547.

errado el curso de la acción emprendida, al influjo negativo de esas falsedades." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, nº 43.773, 11/08/1994).

"La exposición de circunstancias falsas relacionadas con un hecho verdadero basta para la configuración del tipo penal de falsa denuncia, pues no se exige que el hecho denunciado sea inexistente." (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala III, 24/04/1990, Bol. Jurisp. Cám. Nac. Crim. y Corr., 1990, N° 2, p. 99.[110]

Atipicidad. Denuncia de un hecho sin relevancia típica. "La persona que denuncia falsamente que se le ha extraviado un cheque con el propósito de evitar que el tenedor del mismo lo cobre, no comete el delito de falsa denuncia en virtud de que no denuncia un delito, esto es, un hecho típico." (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, 01/07/1991).

Denuncia: autoridades ante las que puede ser efectuada. "La figura penal prevista en el art.245 del Código Penal, requiere la denuncia de la comisión de un delito hecha falsamente a una autoridad pública, es decir, se exige objetivamente que exista una denuncia formalmente válida y formulada a la autoridad (conf. Nuñez, Derecho Penal Argentino parte especial T.7 pág.50). La presentación del procesado en un expediente civil manifestando falsamente la comisión de un delito de Defraudación y/o Estafa, solicitando la promoción de la correspondiente acción penal, no constituye, lo que la doctrina en general, sostiene respecto al concepto de denuncia. Para que ésta sea considerada tal, debe reunir los requisitos que la norma procesal dispone, y en éste sentido, el C.P.P. provincial establece normas precisas en relación a la denuncia. El procesado, en este caso, no es un denunciante, sino que ha anoticiado al Sr. Juez civil y comercial de una supuesta conducta delictiva, no adquiriendo carácter y condición de denunciante, debido a que el Magistrado (Juez Civil) no era la autoridad competente para recepcionar una denuncia formalmente válida. 'Para determinar cuál es la autoridad competente se ha de estar a la circunstancia de que el funcionario que recibe la denuncia tenga o no el deber de proceder a la investigación del hecho llevado a su conocimiento' (Fontán Balestra "El delito de Falsa denuncia" pág.41). Y la legislación provincial dispone que 'la denuncia puede hacerse verbalmente o por escrito, personalmente o por mandatario con poder especial, ante el Juez competente, Ministerio Fiscal o los funcionarios de Policía'. Por lo que es evidente que el Juez en lo civil y comercial no es la 'autoridad' que alude la ley sustantiva, aún cuando estén legalmente

[110] Idem, p. 546.

obligados a formular la denuncia cuando adquiera el conocimiento de la perpetración de un delito; pero en este caso, será el Magistrado quién reviste la condición de denunciante, y no la persona que le aportó la información." (Cámara de Apelación Penal del departamento judicial Azul, provincia de Buenos Aires, Nº 11041, 29/03/1990).

Atipicidad. Autoridad no competente. "… el comandante en jefe de la Armada no posee capacidad funcional para instruir sumarios a los efectos de la persecución penal, correspondiendo sobreseer definitivamente en la causa, por no haberse configurado el delito por el que se formulara querella." –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, nº 9127, 03/05/1983-.[111]

Ausencia de conducta típica. "No se advierte la existencia misma del hecho que da sustento a la calificación legal del art. 245 C.P. si no ha mediado denuncia -falsa o no- ante la autoridad y lo único que surge de la causa son las expresiones formuladas por el imputado en una conferencia de prensa, que fueron calificadas por el diario en el título de la noticia como denuncia periodística." (Cámara de Apelación en lo Penal del departamento judicial Pergamino, provincial de Buenos Aires, Nº 1690, 26/01/1995).

Ausencia de conducta típica. "Los elementos de la figura de falsa denuncia que impondría el accionar del Ministerio Público, no se configuran cuando la denunciante afirma sentirse calumniada por la misiva que recibió, en la que se le imputan ilícitos. El tipo acuñado en el art. 245 no deja lugar a dudas respecto a que el anoticiamiento debe hacerse ante autoridad competente. Por lo demás conteniendo imputación específica, la naturaleza difamatoria o calumniosa de expresiones vertidas en ámbito privado, es tema sobre el que no puede haber pronunciamiento judicial si no se ha promovido la correspondiente querella por los supuestos afectados." (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial Pergamino, provincia de Buenos Aires, Nº 5805, 21/04/2004).

Aticipidad. Existencia del hecho ilícito denunciado. "en la especie F. no cometió el delito de falsa denuncia, puesto que (…) el robo… existió en la realidad, sin que las modificaciones que al

[111] Citado en Donna, Edgardo, "Delitos…", op. cit., p. 136.

hecho introdujo… llegaran al grado de alterar las circunstancias del suceso o su esencia." –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, c. 41.940 "Farias, P.", 7/12/1992-.[112]

Atipicidad. Imputación a persona determinada. "El delito de falsa denuncia (art. 245 del C.P.) requiere que la imputación efectuada sea a persona 'indeterminada', esto es, que la denuncia del delito no contenga atribución del hecho a persona alguna, pues se trata de la simulación de un delito o la simulación de un delito sin imputación. Toda vez que la imputada ha endilgado la comisión del delito de homicidio a una persona determinada, no se verifican los extremos requeridos por el tipo legal. En consecuencia, corresponde revocar el auto por el cual se dispuso el procesamiento de la encausada y sobreseerla". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, nº 28.785, 17/07/2003).

Atipicidad. Imputación a persona determinada. "Si la imputada denunció falsamente a su ex marido por la presunta comisión del delito de abuso deshonesto y corrupción de menores, en perjuicio de sus hijos, con el objeto de obtener la tenencia de los niños y la exclusión de todo régimen de visitas, su accionar podría constituir un atentado contra el honor (art. 109 C.P.), por lo que el sobreseimiento adoptado, afecta el derecho del agraviado a poder accionar en el futuro por la vía procesal adecuada, toda vez que estaría haciendo cosa juzgada respecto del hecho investigado. No configura el delito de falsa denuncia (art. 245, C.P.) haber dirigido la imputación contra una persona determinada". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, nº 25.532, 24/05/2005).

4) *Tipo subjetivo.*

"No toda querella que culmine con sobreseimiento definitivo puede ser entendida como constitutiva del delito de falsa denuncia, pues este ilícito, por el particular aspecto subjetivo, determina que todo error, incluso el imputable a título de precipitación, excluye el saber que exige la configuración de aquél" –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, c. 7411 "Knobel, L. I.", 24/7/1981-.[113]

[112] Citado en Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 135.
[113] Idem, p. 137.

"El delito de falsa denuncia desplaza, en razón de su especialidad, al de falsedad ideológica en instrumento público, no existiendo entre ambos posibilidad de concurrir idealmente, desde que denunciar falsamente un delito ante la autoridad, significa que el denunciante conocía de antemano la falsedad de su declaración y que ella sería único motivo de inserción en el documento público (específicamente denuncia), que labraría la autoridad policial." (Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 1/6/82, DJBA 123-14).[114]

"El delito de falsa denuncia exige como particular elemento subjetivo un estado de certidumbre en el sujeto activo, un saber positivo y cierto, relativo a que el delito denunciado existió, o que si bien el hecho existió sucedió en circunstancias que excluyen su criminalidad. En el caso de autos –en que el procesado denunció que le habían sustraído el automóvil del garaje, comprobándose que lo había retirado su legítima esposa, de la que taba separado de hecho- el error, incluso imputable al autor, excluye su saber y así la figura del delito." –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, c. 27046 "Bignone, Carlos J.", 8/3/1983-.[115]

"No toda querella que culmine en sobreseimiento definitivo, puede ser entendida como constitutiva de falsa denuncia, pues este delito -por el particular aspecto subjetivo que involucra determina que todo error, aún el imputable a título de precipitación, excluye el saber que exige la configuración de aquél". (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala Penal II, nº 09.730, 15/09/1989; Publicado en: BP, 1990-4).

"La estructura del art. 245 del CP se basa en dos pilares, que pertenecen al tipo objetivo y subjetivo respectivamente. En cuanto al primero debe existir una falsedad objetiva, esto es, como dice Núñez, si el hecho que se dice sucedido no ha ocurrido, sea que no exista hecho, o aquél sucedido sea esencialmente diferente al denunciado, o con circunstancias esencialmente distintas a las denunciadas, y por otra parte y perteneciente al tipo subjetivo, debe existir el saber que la denuncia es falsa, esto es el conocimiento del tipo objetivo y la voluntad de realizarlo." –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, c. 36.885 "Manfredi de Balseir", 15/3/1990-.[116]

[114] Citado en Maiza, María Cecilia, artículo referido a Jurisprudencia "Delitos contra la Administración Pública", publicado en Revista de Derecho Penal "Delitos contra la Administración Pública – I", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 352.
[115] Citado en Donna, Edgardo A., "Delitos…", op. cit., p. 137.
[116] Idem, p. 137.

"El delito previsto en el art. 245 del C.P. es de tipo doloso, 'compatible únicamente con el dolo directo, ya que el autor debe tener conciencia de la inexistencia del hecho denunciado, y la voluntad de poner estos hechos en conocimiento de la autoridad'. Quedan al margen de la tipicidad subjetiva el dolo eventual y las conductas imprudentes. Si bien la imputada manifestó haber sido desapoderada de diversa documentación, en dos oportunidades diferentes, si no existen constancias que autoricen a sospechar que los hechos denunciados fueron inexistentes, corresponde revocar el procesamiento decretado en orden al delito de falsa denuncia y disponer su sobreseimiento" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, nº 27.155, 16/8/2005, voto del Dr. Bunge Campos).

5) *Diferenciación y relación concursal con el delito de calumnias.*

"Los delitos de calumnia y de falsa denuncia, contenidos en un único hecho, se excluyen recíprocamente." (Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en pleno, LL, t. 70, p. 112).

"La figura exige que la falsa noticia de un delito no contenga imputación concreta a persona determinada, pues derogada la denuncia calumniosa por la ley 23.077, la imputación directa de un ilícito quedaría incluida en el artículo 109 del Código Penal, que es perseguible mediante acción privada, artículos 73 inc. 1 y 75 del Código Penal." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 31/03/1998, JA 2001-II, CDJA).[117]

"Para que se configure el delito de falsa denuncia del art. 245 del CP es menester que aquélla no contenga imputación concreta a persona determinada, pues de lo contrario constituye calumnia, que excluye la citada figura, así como la de falso testimonio del art. 275 del CP" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 24/06/1998, LL 1999-C-327).

"El delito de falsa denuncia previsto en el art. 245 del Cód. Penal requiere como presupuesto típico que no se trate de la atribución de un hecho delictivo a persona determinada, pues en ese supuesto solamente podría configurarse el delito de calumnia previsto en el art. 109 del mismo cuerpo legal" (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, 16/09/2000, LL, 2001-C, 640; Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, 03/02/2000, LL, 2000-E, 818).

[117] Cita de Donna, Edgardo A.; de la Fuente, Javier Esteban; Maiza, María Cecilia I.; Piña, Roxana Gabriela, "El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia", op. cit., p. 327.

"El delito de falsa denuncia y el de calumnias e injurias (art. 109, 110 y 245 del C.P.) protegen bienes jurídicos totalmente distintos, pues el interés de evitar trabas, molestias o gastos inútiles de la administración en general, nada tiene que ver con el honor de las personas. La investigación del delito de falsa denuncia excede el interés privado de la parte damnificada y el legislador previó su persecución penal de oficio, extremo éste que resulta imposible con relación al delito de calumnia e injuria, cuya querella de realizarse, puede coexistir con la investigación de la falsa denuncia en forma ideal´" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, nº 21.625, 13/05/2002).

6) *Diferenciación con el delito de falso testimonio.*

"Constituye una exigencia típica del delito de falso testimonio (art. 275, Cód. Penal) al igual que el de falsa denuncia (art. 245, mismo cuerpo normativo) –que tutelan a al administración de justicia en su carácter de bien jurídico-, la posibilidad de inducir a error al magistrado respecto de la causa." (Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, 16/05/2000, LL 2001-C-640).[118]

"Sólo pueden cometer el delito de falso testimonio quienes reúnen ciertas cualidades -testigo, perito o intérprete-, no pudiendo equipararse la figura del denunciante a la de un testigo, toda vez que éste último, a diferencia del primero, no tiene interés alguno en el resultado final del proceso". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, nº 16.166, 10/07/2001).

7) *Relación con el delito de defraudación.*

"El delito de falsa denuncia por robo de mercadería presentada ante la policía de la Provincia de Buenos Aires, y la posterior estafa contra una compañía de seguros de la Capital Federal intentada sobre la base de aquélla, concurren materialmente no obstante la relación de medio a fin que pudiera existir entre ellos, toda vez que la mera coincidencia subjetiva o final no basta, por sí sola, para afirmar que dos conductas previstas en la ley penal constituyen un único hecho o concurso formal.

[118] Cita de Donna, Edgardo A.; De la Fuente, Javier Esteban; Maiza, María Cecilia I.; Piña, Roxana Gabriela, "El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia", op. cit., p. 321.

En consecuencia, al tratarse de delitos que pueden ser juzgados separadamente, debe determinarse cuál ha de ser tenido como lugar de comisión de cada uno de ellos a efectos de establecer la competencia." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Gómez de Campitelli, Maria Lujan y Samilian, Jorge Luis. s/ falsa denuncia - tentativa de estafa.", 12/7/1984, composición: Genaro R. Carrió - José Severo Caballero - Carlos S. Fayt - Augusto César Belluscio).

"Si la falsa denuncia de un siniestro se realizó con anterioridad al reclamo al asegurador, constituye parte del ardid de la estafa; siendo posterior y destinado a ocultar el delito, por razón de la especialidad, queda atrapada en la figura de la estafa como un concurso aparente de leyes" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, nº 92.173, 29/10/1992).

"El delito de falsa denuncia concurre materialmente con la defraudación intentada sobre la base de esa falsedad no obstante la relación de medio a fin que pudiera existir entre ellos." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Viñas, Gabriel Carlos s/ Falsa denuncia y defraudación", 15/12/92, composición: Levene - Belluscio - Petracchi - Nazareno - Moline O'Connor).

Bibliografía.

- Bertelotti, Mariano, "La contravención de falsa denuncia", Donna, Edgardo A. Director, "Revista de Derecho Penal. Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad autónoma de Buenos Aires", Nº 3, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.
- Bertolino, Pedro J., "Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial.", Abeledo Perrot, Bs. As., 2009.
- Boumpadre, Jorge E., "Delitos contra la administración pública", Mave, Bs. As., 2001.
- Cafferata Nores, José I., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1994.
- Cafferata Nores, José I.; Montero, Jorge; Vélez, Víctor M.; Ferrer, Carlos F.; Novillo Corvalán, Marcelo; Balcarce, Fabián; Hairabedian, Maximiliano; Frascaroli, María Susana; Arocena, Gustavo A., "Manual de Derecho Procesal Penal", Cátedras A, B y C, Editado por Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004.
- Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo IV, Ediar, Bs. As., 1964.
- Couture, Eduardo J., "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Editorial B de f limitada, Montevideo, Bs. As. 2007.
- Creus, Carlos y Boumpadre, Jorge E., "Derecho Penal. Parte especial", Editorial Astrea, ciudad de Bs. As., 2010, tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada.
- D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.", tomo I, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003.

- D'Alessio, Andrés José, Director, "Código Penal. Comentado y anotado", Parte Especial, arts. 79 a 306, Editorial La Ley, Bs. As., 2004.
- de la Fuente, Javier Esteban y Cardinali, Genoveva Inés, "El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia.", artículo de doctrina publicado en Revista de Derecho Penal "Delitos contra la Administración Pública – II", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 160.
- Donna, Edgardo A., "Delitos contra la administración pública", Colección Autores de derecho penal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000.
- Donna, Edgardo A.; De la Fuente, Javier Esteban; Maiza, María Cecilia I.; Piña, Roxana Gabriela, "El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia", Tomo IV, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- Fontán Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial.", actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16ª edición actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002.
- Fontán Balestra, Carlos, "El delito de falsa denuncia", Librería Editorial Depalma, Bs. As., 1952.
- Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal. Parte especial", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1971.
- Granillo Fernández, Héctor M. y Herbel, Gustavo A., "Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado.", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto, "Notas al Código Penal Argentino", Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1999.
- Laje Anaya, Justo, "Comentarios al Código Penal", Depalma, Bs. As., 1981, t. III.
- Levene, Ricardo (h), "Manual de Derecho Penal. Parte Especial.", Víctor P. de Zavalía Editor, Bs. As., 1976.
- Levene, Ricardo (n) y Sucar, Germán, "El delito de falsa denuncia en la legislación nacional. Una propuesta legislativa.", LL, 2001-E, p. 1214.
- Litvack, Alejandro Adrián, "Las relaciones concursales entre los delitos de falsa denuncia y estafa", artículo publicado en LL, 1994-B, ps. 470/473.
- Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", tomo III, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 2011.

- Maiza, María Cecilia, artículo referido a Jurisprudencia "Delitos contra la Administración Pública", publicado en Revista de Derecho Penal "Delitos contra la Administración Pública – I", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- Núñez, Ricardo, "Tratado de derecho penal. Parte especial.", Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1992, tomo V, volumen II.
- Oderigo, Mario A., "Código Penal. Anotado.", 3ª edición, Ediciones Depalma, Bs. As., 1962.
- Ossorio y Florit, Manuel, "Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina.", Editorial Universidad, Bs. As., 1999.
- Soler, Sebastián, "Derecho Penal argentino", actualizador Bayala Basombrio, Manuel A., t. V, TEA, Bs. As., 1996.
- Vázquez Rossi, Jorge E., "Derecho Procesal Penal", tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.
- Zaffaroni, Eugenio y Arnedo, Miguel (directores), "Digesto de Codificación Penal argentina", AZ, tomos IV y V, Exposiciones de motivos. Tomo IV: Proyecto Coll-Gómez (1937); tomo V: Proyecto Peco (1941). Madrid, España, 1996.

Páginas de internet consultadas.

Corte Suprema de Justicia de la Nación: http://www.csjn.gov.ar

Suprema Corte de justicia de la provincia de Buenos Aires: http://www.scba.gov.ar

Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados

Por **Carlos A. Chiara Díaz**(*)

(*)Con la Colaboración de Enzo Finocchiaro

Art. 268 (1): ***"Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".***

Art. 268 (2): ***"Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.***

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho."

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Art. 268 (3). ***"Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.***

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables."

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

I) Génesis del Capítulo

Citando a José Peco y su Proyecto de 1941, Molinario y Aguirre Obarrio nos dicen que el primer antecedente de los delitos que aquí se anotan se encuentra en la Ley sobre Probidad Administrativa, dictada el mayo de 1931 por Guatemala y que dos años después fuera receptada en la Constitución peruana de 1933[1].

El Diputado demócrata por Mendoza – y ex gobernador de dicha provincia entre 1938 y 1941 – Rodolfo Corominas Segura, toma aquel proyecto y lo introduce en el debate legislativo en 1936 – durante la presidencia pseudo constitucional de Agustín P Justo, arribado al poder mediante elecciones fraudulentas. A esta idea, luego se suma el proyecto en el mismo sentido del Senador Laureano Landaburu de 1940 y que llegara a tener media sanción por parte de su Cámara.

A su turno, el Proyecto Peco, de 1941 y el Proyecto de Soler, de 1960, también reproducen la idea, nutrida a su vez con la figura del enriquecimiento ilícito codificada por Paraguay en 1940.

Recién con el dictado del Decreto – Ley 4778/63, el enriquecimiento ilícito de funcionarios entró en nuestro Código Penal. Esta norma fue proyectada por una comisión integrada por Oderigo, Argibay Molina, González Millán y Peña Guzmán. Al año siguiente, en 1964, la Ley 16.648,

[1] MOLINARIO, Alfredo J. – AGUIRRE OBARRIO, Eduardo – "Los delitos", Ed. TEA, Buenos Aires, 1999. T.III, p.377.

preparada por Ricardo C. Núñez, le dio forma definitiva, hasta que en noviembre de 1999, la Ley 25.188[2] le otorga la letra actual.

El Capítulo IX bis del Título VIII del Libro II del Código Penal fue introducido gracias a la reforma impulsada y redactada por Ricardo C. Núñez, y que llevara el número de 16.648 y cuya letra, aunque no la ubicación sistemática, fue modificada por la Ley 25.188. Dentro de este capítulo, encontramos tres normas:

- La utilización de información de datos reservados en beneficio propio, obtenidos en razón de la función o cargo (Art. 268 (1)).
- El enriquecimiento ilícito propiamente dicho (Art. 268 (2)).
- La omisión maliciosa en la presentación de las declaraciones juradas obligatorias (Art.268 (3)).

UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIONES

Dice el artículo 268 (1), en su actual versión:

"Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".

a) Concepto

Aun a pesar de la reforma de la Ley 25.188 – conocida como "Ley de Ética Pública"-, este primer acápite del Art. 268 permaneció inalterado desde que saliera de la pluma de Núñez. Sin embargo, la escala penal fue sustancialmente morigerada en el arduo debate parlamentario que se llevó a cabo en el mes de septiembre de 1964 y se terminó por disminuir la escala hasta equipararla con el delito de cohecho (prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua), con el que no guarda relación alguna.

[2] B.O. 1/11/1999.

Sostenían los legisladores que trabajaron durante el gobierno democrático del Dr. Arturo Illia, que mediante esta figura se introducía el "delito de sospecha" al orden jurídico argentino. Por su parte, Donna nos dice que el origen de esta norma está en la "filtración de información" y que "*la relación entre actos de gobierno y cambios de titularidad de bienes en un lapso próximo anterior al conocimiento general de una medida cuyo efecto inmediato solía ser el incremento del valor de tales efectos, derivó en una sospecha generalizada sobre el aprovechamiento de parte del funcionario que de antemano tenía acceso al conocimiento sobre la futura adopción de una resolución implementada reservadamente*" [3].

Aunque no estamos ante un enriquecimiento en sí, sino ante una probabilidad que ello ocurra, el uso indebido de datos o información reservada con fines lucrativos no es sino un evidente abuso de la función o cargo público, abuso devenido en tal al cumplir con el deber de sigilo que se le exige a todo funcionario, quien además no debe entremezclar el ejercicio de su cargo, con los quehaceres de su vida personal. Hacer lo contrario no es sino una clara estafa a aquéllos que le confiaran la función y que en definitiva, pagan su salario.

Según el propio Ricardo Núñez, los términos "informaciones" y "datos de carácter reservado", tienen una relación género – especial. La información es "global acerca de una medida de gobierno" y el dato "se refiere a un aspecto concreto, pero inequívoco, del cual se infiere ésa medida"[4]. En cuanto al carácter reservado, Molinario sostiene que en la terminología administrativista se denomina así al secreto cuando el ámbito de su conocimiento se extiende a una oficina de la administración o de un grupo de funcionarios, lo que sucede en muy distintos ámbitos[5].

b) Antecedentes

Si bien algo ya hemos mencionado, el antecedente inmediato de la norma lo constituye el Art.346 inc. b del Anteproyecto de Soler, desde donde lo tomó Núñez para luego elevarlo al Poder

[3] DONNA, Edgardo A. – Derecho Penal. Parte Especial – Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, t.III, p.363
[4] Esto también surge del diario de sesiones de la Cámara de Diputados del día 3 de septiembre de 1964, al cual tuvo acceso el autor, mediante la gentileza de la Dirección de Información Parlamentaria de dicho cuerpo.
[5] MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, Ob. Cit., p.380.

Ejecutivo. El proyecto de Soler decía: "*será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cien días, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado [...] utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo*".

Para Núñez, "*el delito es grave porque, además de representar violaciones a la fe funcional o burocrática y de la reserva de la información o dato, el hecho puede tener malas consecuencias para la economía general. Se trata de un delito distinto al del artículo 157 del Código Penal*"[6].

c) Bien jurídico protegido

Coincidimos con Núñez en que esta figura tiende a proteger "*a la administración pública frente a los hechos que, inspirados en un fin lucrativo del agente, pervierten la actuación funcional pública*"[7]. Esto incluso es lo que ha reflejado el legislador al fijar sistemáticamente la norma bajo análisis.

Para Creus, dentro de este concepto general de administración pública, se protege más específicamente con esta norma a "*la imparcialidad de los órganos de la administración frente a terceros, atacada en el caso por quienes se valen de los poderes propios de la función para lucrar con ellos o hacer lucrar a terceros*"[8].

d) Tipicidad objetiva

La acción típica es la de utilizar con fines de lucro las informaciones o datos reservados adquiridos en razón del cargo. Y aquí debemos efectuar varias precisiones, ya que dentro de este tipo objetivo, encontramos también elementos normativos que deben ser conceptualizados.

Como dice Creus, "utilizar" es valerse del dato o información; es operarlos, manejarlos con la finalidad prevista en el tipo, es decir, emplearlos con un sentido utilitario. Queda comprendida la

---

[6] NUNEZ, Ricardo C., en *Cuadernos de los Institutos,* Instituto de Derecho Penal, N° 67, ps. 163, 167.
[7] NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal,* Marcos Lerner, Córdoba, 1971, p. 140.
[8] CREUS, Carlos, "*Derecho Penal, Parte Especial*", Astrea, Buenos Aires, 1999, t.II, p.310.

utilización provechosa, sin que aparezca necesaria la obtención del provecho, destacándose que la acción típica es la utilización y no el aprovechamiento[9].

Así las cosas, será sujeto activo de este delito quien debe hacer uso para sí o para un tercero, debiendo ser funcionario quien emplee para sí o para otro, sin que la referencia al tercero signifique que el uso de los conocimientos pueda ser realizado por alguien distinto a su detentador.

No creemos, al igual que Donna, que la revelación de la información a un tercero queda atrapada por esta descripción típica, sino que quedaría subsumido en el texto del artículo 157 del Código Penal[10][11]. Como veremos oportunamente, esto también es lo que ha sostenido y sostiene la jurisprudencia.

En el anexo jurisprudencial examinaremos los distintos casos que puede presentar esta acción típica y cómo los ha ido resolviendo nuestro derecho judicial.

Adentrándonos en el examen del concepto de "informaciones" como un elemento normativo del tipo, se considera al mismo como todo aquello respecto de lo que el funcionario conozca, o noticias que posea con relación a tratamientos administrativos a advenir, o datos; es decir elementos, actos para llegar al conocimiento de una cosa o deducir las consecuencias de un hecho. De manera que informaciones o datos equivalen a los conocimientos relativos a disposiciones a tomarse por la administración pública o antecedentes que ésta conserva[12].

Hemos visto que Molinario y Aguirre Obarrio, con los que coincidimos, exponen que entre los términos "información" y "dato" media una relación de género-especie. El primero implica una aproximación global respecto a una medida de gobierno, mientras que el segundo remite a un aspecto concreto, pero inequívoco, del cual se infiere esa medida[13].

---

[9] CREUS, Ob. Cit., p.310-311.
[10] DONNA, Ob. Cit., p.367.
[11] Dice el Art. 157 del Código Penal: "*Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial de uno a cuatro años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos*".
[12] DONNA, Ob. Cit., p.368.
[13] MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, Ob. Cit., p.380

Para precisar un poco más, diremos que el dato o la información son reservados cuando el ámbito de conocimiento de tales contenidos se extiende sólo a una oficina de la administración o a un grupo de funcionarios; "reservado", entonces, no equivale a "secreto", sino que es tal aquello que no debe revelarse más allá del ámbito de la función desempeñada.

Luego surge otro segundo elemento normativo del tipo y que es la frase "en razón de su cargo".

Al respecto, Creus dice que son informaciones que el autor debe recepcionar o manejar en virtud de su competencia funcional, lo cual implica que el conocimiento debe ser adquirido en el desempeño de la función; no es suficiente que el dato o información sea uno de aquellos a los que el agente haya podido tener acceso por la función, si no se trata de un conocimiento adquirido por razón funcional (éste lo tiene el ministro de Economía que conoce una información económica reservada, pero no el ministro de Educación que la sorprende, por tener el despacho contiguo al de aquél, al escuchar una conversación)[14].

e) Tipicidad subjetiva

Claramente, estamos ante una acción que debe darse con dolo directo y que no admite la culpa en ninguno de sus estadios. Como bien dice Creus, "*cognoscitivamente es menester que se conozca el carácter del dato o de la información, y voluntariamente que se los quiera utilizar con la finalidad típica, lo cual descarta cualquier posibilidad de reconocer el dolo eventual*"[15].

El dolo comprende "*el objeto de conocimiento del carácter reservado de la información o del dato, o información privilegiada, el carácter reservado del objeto, así como la utilización abusiva de la situación cognitiva*"[16].

Asimismo, el dolo requiere el conocimiento de su cualidad de funcionario público, lo cual parece una verdad de Perogrullo.

---

[14] CREUS, Ob. Cit., p.311.
[15] CREUS, Ob. Cit., p.312.
[16] DONNA, Ob. Cit., p.372.

La falta de conocimiento de alguno de los elementos mencionados, hará caer al análisis en un error de tipo, descartando la vencibilidad o no del mismo.

También se requiere un conocimiento actual en torno al carácter "reservado" del dato o la información y la relación funcional que provocó tal conocimiento. Claramente, que el desconocimiento de la calidad de “reservado” o “secreto”, hará incurrir en error, excluyéndose la tipicidad de la conducta.

El ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo distinto del dolo, y esto se explica por cuanto sin él no se puede determinar la conducta prohibida por la norma, mientras que pertenecen a la culpabilidad aquellos elementos subjetivos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad[17].

Según Creus, el ánimo de lucro consiste en la aspiración del sujeto de ver incrementado su patrimonio, sea mediante aumento del activo o disminución del pasivo. Alcanza con que esté referido a algo mensurable desde el punto de vista económico, sin que necesariamente deba ser dinero. Tampoco interesa la magnitud del provecho económico buscado; aun si es escaso bastará para conformar la subjetiva razón de ser de la punibilidad[18].

f) Autoría

Autor sólo es el funcionario público o empleado público con atribuciones de competencia para elaborar, obtener o poseer el objeto de la acción. Para establecer el alcance del concepto de funcionario público remitimos a lo tratado en oportunidad de efectuar las consideraciones generales sobre este título del Código Penal.

Dice el Art. 77 del Código Penal, en su parte respectiva, que “*por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental*

[17] DONNA, Ob. Cit., p.376.
[18] CREUS, Ob. Cit., p.311.

o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

Asimismo, el Art.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción[19], dice que *"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos*.

Claramente, al exigir una calidad determinada por parte del sujeto activo, ciñe su aplicación a un círculo específico (los funcionarios y empleados públicos) y entonces lo convierte en un delito especial.

Asimismo, el sujeto pasivo será el Estado, pues es quien detenta el bien jurídico protegido, esto es, la administración pública.

g) Consumación y tentativa

El delito se consuma con la utilización del dato o información, ya sea en la operación con la que se piensa obtener el lucro o con la comunicación a un tercero extraño de quien se espera una retribución. Esto lo constituye en un delito de mera actividad.

Con la finalidad de lucro, es indiferente que el beneficio se haya obtenido o no efectivamente: lo que aquí se pune no es propiamente el enriquecimiento del autor, sino la sola utilización del dato o información; mucho menos es necesario que se haya producido algún perjuicio para la Administración.

La tentativa es posible, y a título de ejemplo citamos el caso del funcionario que es sorprendido por un superior o por un colega efectuando la comunicación indebida del dato reservado, y el tercero lo da a conocer a la autoridad judicial.

[19] Argentina ratificó este tratado internacional el 10 de septiembre de 1997, el cual está actualmente vigente. Fue aprobada internamente por la Ley 24.759 (B.O. 13/01/07).

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PROPIAMENTE DICHO

Dice el artículo 268 (2), en su actual versión:

"Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

a) Concepto

Aquí sí operó una reforma en el texto anterior, por parte de la ley de Ética Pública, Ley 25.188, que incorpora en conceptos tales como el enriquecimiento y el lapso en el cual el delito es susceptible de ser cometido. Esta Ley, asimismo, establece un término de dos años posterior al cese en el ejercicio del cargo y sube sustancialmente la escala punitiva, al introducir la pena de multa y establecer la inhabilitación absoluta perpetua, que anteriormente era de tres a diez años.

Anteriormente a la Ley 25.188, la letra era dada por el Proyecto de Soler – Núñez, que decía: "*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.*

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años".

En lo que hace al devenir histórico de la norma primigenia, nos remitimos a lo ya dicho respecto de los proyectos de 1936, de Peco, de Soler y de Núñez.

b) ¿Es constitucional el Art. 268 (2)?

Mucho se ha discutido respecto de si esta figura resulta constitucionalmente válida, a la luz de los valores y principios que, desde nuestro bloque constitucional, impregnan a nuestro sistema jurídico.

Sancinetti ha dicho que "*la estructura típica del artículo 268 (2) del Código Penal no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio nemo tenetur, este último entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, conjunto de pilares del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (arts. 18 y 33, Const. Nac, y 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*"[20]. Claramente, el destacado jurista sostiene que un funcionario, al ser requerido, no puede autoinculparse respecto al origen de sus fondos, y que ello resulta violatorio de la prohibición de declarar contra sí mismo y del principio de inocencia, ambos de rango constitucional, desde 1853 y reforzado más aun desde la adopción del texto de la Convención Americana.

En este último sentido, Chiappini, en un antiguo pero no menos brillante y actual artículo, ha dicho que el tipo penal en cuestión vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio y el estado de inocencia, en cuanto pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, o cuando menos que su condición es extraña a la función desempeñada, con lo que la incriminación parte así de una presunción de culpabilidad[21].

A su vez, desde la vereda de enfrente, existe un amplio sector de juristas de alta talla que justifican la constitucionalidad de la norma anotada. En esta dirección, está la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha dicho que "*Es improcedente el cuestionamiento constitucional del artículo 268 (2) del Cód. Penal, si el recurrente no se hace cargo de realizar una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se apoyó el a quo para rechazar los argumentos expuestos, pues, si bien aquél reconoció que en el ámbito académico existen discrepancias acerca del bien jurídico tutelado por la figura penal en cuestión, destacó que los tribunales las han zanjado concibiendo al interés público por la honestidad, transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, como el objeto de protección en el caso, que resulta lesionado por el enriquecimiento*

[20] SANCINETTI, Marcelo, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps.), *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del articulo 268 (2) del Código Penal argentino*, en El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún, Editores del Puerto, 1995, p. 291.

[21] CHIAPPINI, Julio, *El delito de no justificación de enriquecimiento –artículo 268 (2) del Código Penal*-, en L. L. 1936-C-851.

apreciable e injustificado del agente público durante la relación funcional, lo cual constituye la acción típica. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo)"[22].

Esto también fue receptado anteriormente por la Cámara del Crimen, que dijo que "*Resulta constitucional la figura del art. 268 (2) del Cód. Penal pues es el Estado el que cumple la primer carga al acreditar el enriquecimiento patrimonial apreciable y la necesidad de justificar fue parte de los deberes que corresponden al funcionario que aceptó y gozó del cargo público y, aunque el intimado decida no contestar aquel requerimiento, al Estado le resta la carga de comprobar que el aumento patrimonial tampoco se encuentra justificado y el funcionario tendrá todas las alternativas procesales que cualquier imputado posee en aras de ejercer debidamente el derecho de defensa en juicio. La figura de enriquecimiento ilícito prevista en el art. 268 (2), Cód. Penal es constitucional toda vez que si el funcionario se colocó en la imposibilidad de acreditar la legitimidad de su incremento patrimonial -en el caso, se revocó el procesamiento dictado por considerarse que se había justificado el incremento a través de la pericia contable- ha violado la transparencia que pretende proteger la norma y, entonces, la invitación a responder sobre elementos de cargo ya colectados, es una alternativa más, un derecho más, no una forma de violar garantías de la Carta Magna*"[23].

Entre los autores, encontramos a Caballero – ex Ministro de la Corte – quien sostiene que "*se alude a la ampliación de la normativa de la Carta Magna mediante la introducción de un Capítulo Segundo en la Primera Parte -definido como Nuevos derechos y garantías-, cuyo objetivo es procurar la defensa del ordenamiento democrático mediante la vigencia constitucional con la advertencia de que su alteración torna de aplicación la pena del artículo 29 de la Constitución Nacional, el cual fulmina con nulidad absoluta tales actos y conmina con la grave pena de infames traidores de la patria a sus autores. En este marco se inserta el agregado del nuevo párrafo quinto del artículo 36, cuyo texto indica que atentará contra el Estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento; este autor quedará inhabilitado*

[22] CSJN, 01/12/2009, "Rossi, Domingo Daniel", Publicado en La Ley 21/12/2009, 11 - DJ24/02/2010, 420 - Sup. Penal2010 (marzo), 57 – La Ley 2010-B, 230). Asimismo, también ha ratificado esta posición en el conocido precedente del 22/12/2008, "Alsogaray, María Julia", publicado en DJ11/02/2009, 288.

[23] CNCrim.Corr., sala I, 04/11/2002, "Argüello, Jorge M".

por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. Esta reforma, destinada a reducir la corrupción funcional que se ha desarrollado en gran escala en el sector público, se proyecta a la mayor parte de las infracciones contra la administración pública del Título XI del Código Penal argentino, de manera directa o indirecta, en cuanto se vinculen con los hechos jurídicos que garantizan los deberes jurídicos de los funcionarios como medio efectivo de asegurar el comportamiento social de los ciudadanos”[24].

Así, se destaca el nuevo carácter que el capítulo relativo al "enriquecimiento de funcionarios y empleados" ha adquirido a raíz de la incorporación a la Constitución Nacional del artículo 36 citado y de otros aspectos relacionados a la nueva distribución de poderes entre el gobierno federal, las provincias y las municipalidades[25].

A lo expuesto, Caballero agrega que el fundamento de la ley penal ha cobrado mayor energía con la última reforma constitucional y con el deber impuesto al funcionario a través de la exigencia y sanción del artículo 274 que, superando al deber general del artículo 277, inciso 2o, castiga al funcionario que deje de promover la persecución y represión de los delincuentes[26].

Añade asimismo que la acción típica del funcionario supone una actitud dolosa, un abuso funcional del cargo ocupado, lo que desplaza la presunción de inocencia del artículo 18 de la Constitución Nacional, al imponer la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes al que está obligado el funcionario en la administración de los fondos públicos[27].

Por último, dice el ex Ministro que no se debe partir sólo del hecho del incremento patrimonial del funcionario, sino de la no justificación de tal enriquecimiento; así tampoco es admisible arrancar una presunción de ilicitud, sino que lo correcto es concebir la existencia de un deber impuesto por la norma al funcionario público, cual es, justamente, el de justificar el aumento apreciable de su patrimonio dado a partir de la asunción del cargo o función pública[28].

---

[24] CABALLERO, José Severo, *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994),* en La Ley 1997-A-793/798.
[25] Ibídem nota anterior.
[26] Ibídem nota anterior.
[27] Ibídem nota anterior.
[28] Ibídem nota anterior.

A la estimación según la cual el artículo 268 (2) exige del imputado la colaboración para establecer la procedencia del enriquecimiento, so pena de darlo por culpable de un delito supuesto, contesta Caballero que sólo se trata de un deber de justificar como funcionario público el acrecentamiento considerable de sus bienes durante el ejercicio de la función pública, vale decir, que la norma trata de evitar el aprovechamiento lucrativo de la función[29].

En cuanto al ataque a las garantías de la defensa en juicio y al menoscabo para el estado de inocencia, se responde -en cuanto al primero- que no es tal porque con el requerimiento debido el agente conserva todas las posibilidades de defensa, mientras que el status referido sólo estaría cuestionado a los fines del proceso en igual medida que en cualquier otra causa, pero conservaría el imputado la condición de inocente hasta el dictado de la sentencia que lo declare culpable[30].

Por último, para sintetizar esta posición cúmplenos referir a dos conceptos básicos esgrimidos por quienes se erigen en sus defensores. En primer lugar, se dice que la consagración legislativa de este tipo penal representa la culminación, y hasta la coronación, del esfuerzo de un Estado democrático y republicano en su pretensión de obturar todo resquicio por donde pueda filtrarse la corrupción funcional. Como segundo punto se destaca la opinión vertida desde un reconocido sector de la doctrina procesal, conforme a la cual en materia penal deviene cada vez más intenso (por lógico y necesario) facilitar, a través de la inversión de la carga de la prueba, el modo de atribuir la consecuente responsabilidad del incumplimiento ilícito -por ejemplo- a quien no tiene desparpajo en exhibir su pronta y torcida acumulación de beneficios inexplicables[31].

Nosotros descreemos de esta norma por dos razones: en primer lugar, no creemos que la inflación penal, esto es, la creación de una norma penal tras otra sin ton ni son, haga retroceder siquiera a la delincuencia en un centímetro. Delitos como el que intenta abarcar la norma que comentamos no son producto de "delincuencia", sino de fallas estructurales que tenemos como Sociedad, como comunidad, como un todo, en tanto y en cuanto hacemos de la perversión de los valores una constante. Intentar cambiar pensamientos, valores y realidades sólo con la Ley Penal, sin

[29] Ibídem nota anterior.
[30] Ibídem nota anterior.
[31] Ibídem nota anterior.

auxilio de ninguna otra clase, es cuando menos, ingenuo. El sistema penal es mucho más complejo que una norma penal[32] y en él se insertan todo un cúmulo de agencias que distan de poder comprender o ser abarcadas en una figura típica. Cuando falla la sociedad en su conjunto, estamos ante un problema multidimensional que todas las agencias vinculadas deben comprometerse a solucionar (educativas, sanitarias, comunitarias, sociales, gubernamentales, comunicativas, policiales, sindicales, privadas, profesionales, etc.), pues sería imposible ello sólo con la unidimensionalidad del Código Penal.

En segundo lugar, últimamente – aunque la norma que comentamos dista de ser nueva – estamos asistiendo a una detracción de las garantías en pos del avance del poder punitivo en forma de más y más normas penales que sancionan nuevos delitos, con las vanas esperanzas que describiéramos en el párrafo anterior. En este sentido, la muy autorizada pluma de Donna en el mismo sentido sostiene que "*se inscribe la tendencia actual…en una especie de guerra santa contra la delincuencia, e intentando, de esta manera, y con una actitud demagógica, aceptar lo que aparentemente pide la mayoría de la gente. En otras palabras, se pone en juego el Estado de Derecho, con el solo fin de alcanzar metas de política criminal*"[33].

En tercer lugar y para colmo de males, la técnica legislativa utilizada es muy pobre y confusa y permite permeabilidad en la legalidad estricta y en el principio de inocencia, ambos constitucionalmente consagrados, pues deja abierta la posibilidad que un inocente entre perfectamente en la descripción típica. Piénsese en el caso del funcionario que se enriquece lícitamente y no puede justificar su incremento patrimonial, por el motivo que fuere, obligándolo a probar que es inocente y que su incremento es legítimo. Que un inocente deba probar dicho estado, es una barbaridad jurídica, que no puede ser justamente impulsada desde el propio Parlamento. Es por ello que, desde nuestro punto de vista, el Art. 268 (2) del Código Penal no es una norma jurídica válida.

c) Bien jurídico protegido por el delito

[32] Ver el concepto en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 2000. p.7 y ss.
[33] DONNA, Ob. Cit., p.387.

No tenemos en claro cuál es el bien jurídico que intenta proteger esta norma, quizás un poco imbuidos por lo que veníamos explicando en el punto anterior. Por ello, recurriremos a la autorizada doctrina.

Caballero nos dice que el bien jurídico es el interés social existente en que los funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal sino social[34].

Creus afirma que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario por parte del agente[35].

Cartolano nos dice que El bien jurídico tutelado por este grupo de delitos pertenece a la categoría de bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social. Más precisamente, se trata de un bien jurídico "institucional" (conforme la clasificación ideada por Bustos Ramírez), puesto que alude a una de las instituciones básicas del sistema, que tiene a su cargo un conjunto de prestaciones indispensables para la vida organizada[36].

Outeda dice que este tipo penal intenta proteger la imagen de probidad y transparencia de la administración, evitando que los encargados de los negocios "públicos" realicen conductas indebidas en el afán de acrecentar su patrimonio[37].

Finalmente, Donna dice que "*Que el bien jurídico sea la transparencia, la gratuidad y probidad de la administración pública es una afirmación que no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código, ni en la estructura de la norma, amén de que avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de Derecho. Lo que sucede es que en vías de perseguir a funcionarios que se supone deshonestos, y a los fines de que no exista una laguna de punibilidad, hay toda una corriente que intenta justificar la norma, pero no es ésta la función del*

[34] CABALLERO, Ob. Cit.
[35] CREUS, Ob. Cit., p.312
[36] CARTOLANO, Vicente, Aspectos fundamentales del delito de enriquecimiento ilícito, Sup. Penal La Ley, 2011 (febrero), 1.
[37] OUTEDA, Diego Martín, El requerimiento de justificación en el delito de enriquecimiento ilícito. La autoridad competente y su momento de realización – La Ley 2008-B, 852-Sup. Penal 2008 (febrero), 11

jurista, sino hacer la crítica cuando hay que hacerla y decir lo que hay que decir, aunque existan las lagunas de punibilidad"[38].

d) Tipicidad

Tampoco hay paz para definir o dar cuenta de cuál sería la acción típica. Núñez, creador de la figura, considera que está frente a una figura compleja, en cuanto el tipo exige un enriquecimiento patrimonial apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que se lo haga; así, el primero sería un acto positivo, mientras que la segunda representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento o, simplemente, una imposibilidad de hacerlo[39]. Esta misma posición es la que sostiene el Dr. Martín Irurzun en su voto en el caso "Gentile", que está expuesto en el anexo jurisprudencial que sigue a este análisis. Allí, dice el Magistrado que "*es un delito complejo, esto es, de comisión por omisión, que nace a raíz de una consecución de actos que permitieron su mejoramiento patrimonial, por medios ajenos a los funcionales, y que ponen en manos del autor el deber legal de declarar el modo en que ocurrió, pero que omite hacerlo o no cumple con ello en forma adecuada; de esta manera tendremos por consumado el tipo delictivo, pudiendo, por ende, suceder aun antes de llevar a cabo el requerimiento debido*"[40].

Caballero, por su parte, dirá que la disposición penal requiere la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable por parte del funcionario[41]. La acción típica sería "no justificar".

Creus tampoco tenía muy en clara la acción típica y por ello citaba a autores y dudaba en expresar su propia concepción. Sostenía que cuando la ley habla de no justificar, el significado complejo del término aludía a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, provenga de una negativa expresa o implícita (no contestar el requerimiento) o de lo insuficiente de la prueba de esa procedencia. El autor cordobés cita a Ure y a Orgeira para decir que lo que la ley de ningún modo exige es que se pruebe "el origen lícito del incremento", y que lo único que se requiere

[38] DONNA, Ob. Cit., p.394
[39] NÚÑEZ, ob. cit, t. V, vol. I, p. 144.
[40] CCCorr.Fed, sala I, 11/10/94, "Gentile, O.".
[41] CABALLERO, Ob. Cit.

es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función. Por supuesto que se debe tratar de una justificación posible; la imposibilidad material originada al margen de la conducta del agente no nos situará en la hipótesis típica[42].

Donna cierra su examen de la acción típica sosteniendo que, según la postura mayoritaria y lo que la jurisprudencia viene sosteniendo, la acción incriminada es la omisión en la justificación de la procedencia del enriquecimiento considerable, producido con posterioridad a la asunción de un cargo público. No justificar significa no dar razones porque no se quiere o no se puede o no poder probar por insuficiencia de razones o motivos para tener por cierto que el enriquecimiento se debe a determinada causa. Así, se trata de un delito de sospecha. Dado que la persona se enriqueció y no se puede probar el cómo, se sospecha que fue mediante cohecho, exacción o algo semejante, y luego se lo condena por eso[43].

Respecto del enriquecimiento en sí, lo que no se debe poder justificar es un enriquecimiento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo; es decir, el incremento patrimonial (aumento del activo o disminución del pasivo), que será apreciable cuando resulte considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo de desempeño de la función o en el período ulterior a su cese anterior a la producción del requerimiento. Por lo tanto, no está comprendido en el tipo el enriquecimiento anterior a la asunción del cargo, aunque haya tenido origen o se haya motivado en el posterior desempeño de él (p.ej., dádivas entregadas a quien va a ser funcionario, en consideración al cargo que va a ocupar)[44].

Ahora bien, ¿quién debe o puede efectuar ése requerimiento?, pues debe recordarse que la norma exige para configurarse que haya mediado un debido requerimiento para que se justifique el enriquecimiento; tiene que ser un requerimiento específico; no lo es reclamar una declaración total del patrimonio, sino la prueba de la procedencia de lo indicado como enriquecimiento; ese requerimiento puede formularse mientras el funcionario ocupa cargos públicos o en cualquier momento posterior al de haber cesado en la función.

---

[42] CREUS, Ob. Cit., p.313.
[43] DONNA, Ob. Cit., p.396.
[44] CREUS, Ob. Cit. p.313.

Creemos que esta facultad de requerir la tiene la autoridad administrativa de la que depende el funcionario o quien lo fue, ciertos organismos administrativos encargados de examinar la conducta de los funcionarios (como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas) o los cuerpos legislativos en función de investigadores de la actividad de los funcionarios. Nos presenta muchas dudas, desde el punto de vista constitucional, que los jueces competentes puedan hacer uso de esta facultad, especialmente desde los ya mencionados principios de inocencia, legalidad estricta y defensa en juicio.

Volviendo sobre la complejidad del tipo penal estudiado, Todarello hace un muy interesante análisis que vale la pena citar, comenzando por el conocido voto del Dr. Irurzun, en "Gentile O.", en su carácter de Juez de la sala I de la Cámara Federal del Crimen, donde se afirmó que *"... nos encontramos ante un delito complejo, esto es de comisión por omisión; el que nace a raíz de una consecución de actos que permitieron su mejoramiento patrimonial, por medios ajenos a los funcionales y que ponen en manos del autor el deber legal de declarar el modo en que ocurrió, pero que omite hacerlo o no cumple con ello en forma adecuada*". En sentido similar, la sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal afirmó en la causa "Arguello", que el tipo penal tiene una naturaleza compleja, consistente en dos cargas que el derecho impone al Estado, obligándolo a acreditar, en primer término, el enriquecimiento patrimonial apreciable y luego, si no se contesta a su requerimiento, a demostrar que el aumento patrimonial tampoco se encuentra justificado. En la actualidad dicha sala ha modificado su criterio, ello de acuerdo el contenido del fallo "Culotta" el cual será descripto posteriormente[45][46].

Finalmente, es de destacar la conceptualización que hacen De Luca y López Casariego respecto de esta figura, y merece anotarse el siguiente párrafo: "*No es recomendable para interpretar este delito seguir la voluntad del legislador. El bien jurídico protegido es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y de quienes la encarnan. El delito de enriquecimiento ilícito es un delito de omisión. No es identificable el "requerimiento debido" con algún acto formal dentro o fuera del proceso penal. No deben confundirse elementos típicos con*

[45] Ver ambos fallos en el anexo jurisprudencial.
[46] TODARELLO, Guillermo, El caso "Alsogaray". Una nueva decisión jurisprudencial que interpreta la figura de enriquecimiento ilícito como delito de acción - La Ley 2005-F, 137-Sup. Penal 2005 (octubre), 47.

cuestiones procesales. Justificar es probar que el origen del enriquecimiento es adecuado a derecho. Colocarse voluntariamente en situación de imposibilidad de justificar los delitos de omisión no impide su configuración. El art. 268 [2] no viola la cláusula contra la autoincriminación, ya que lo que se valora en contra del imputado no es su silencio sino la existencia previa de un apreciable e injustificable enriquecimiento. No puede ser generalizado el concepto de que las garantías constitucionales no pueden ser renunciadas voluntariamente. Si se considera que la pena del art. 268 [2] es excesiva los jueces podrían declarar su inconstitucionalidad por desproporcionada, pero ella no arrastra al tipo penal. La Argentina se encuentra obligada internacionalmente en virtud de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) a tipificar este delito"[47].

e) Autoría

Indudablemente a esta altura, puede ser autor de este delito cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo público en cualquiera de las funciones del Estado y en cualquiera de sus niveles (municipal, provincial o nacional), y aplicamos lo ya dicho respecto del Art. 268 (1).

El último párrafo de la norma, a nuestro entender, se extiende a los conocidos como "testaferros", o "personas interpuestas para disimular el enriquecimiento". Coincidimos con Donna en que si la acción típica es la de omitir la justificación de un incremento patrimonial apreciable, esta última parte consagra una forma autónoma de punición, esto es, una conducta delictual independiente[48]. Ahora bien, si quien debe justificar es exclusivamente el autor, ¿cómo puede participar en tal omisión la persona interpuesta?, se le extiende el deber de un funcionario público a quien no lo es? Esta es otra inconsistencia jurídica que el legislador no pudo o no supo ver y que los jueces, al día de hoy, no pueden explicar.

En el nuevo régimen legal la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento es reprimida con igual pena que el autor del hecho. ¿Es esto correcto? Antes, se lo penaba con una

[47] DE LUCA, Javier – LÓPEZ CASARIEGO, Julio A., Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional, La Ley 2000-A, 249.
[48] DONNA, Ob. Cit., p.397.

escala menor, que iba de uno a cuatro años de prisión. El legislador sigue endureciéndose, sin importar cómo ni contra quién.

f) Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar el requerimiento o, en su caso, transcurridos los plazos procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no logró justificar la procedencia del enriquecimiento.

Si consideramos estar ante una omisión, no será posible la tentativa. Ahora bien, si creemos estar ante un enriquecimiento, esto es, una acción positiva, la tentativa será factible.

g) Tipo subjetivo

Claramente, estamos ante un delito doloso. Ahora bien, ¿dolo de enriquecerse o dolo de omitir la justificación del patrimonio? De ello dependerá el alcance mismo de la figura.

El autor debe conocer el requerimiento y el enriquecimiento. Desde el aspecto, volitivo, debe expresamente no querer justificar o de no aportar los elementos que demostrarían la procedencia del enriquecimiento, convirtiendo en insuficiente la prueba de la justificación.

Cuando la imposibilidad de justificar proviene de una causa extraña al agente, pero la misma situación se daría si esa imposibilidad hubiese derivado de una conducta culposa de aquél (p.ej., el que perdió, por negligencia, los elementos de prueba y demuestra tal circunstancia), el tipo, claramente, no se da, pues, si se incluyesen estos supuestos en el tipo, estaríamos prácticamente puniendo omisiones culposas o negligencias anteriores al hecho típico mismo[49].

[49] CREUS, Ob. Cit., p.315.

OMISIÓN MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL

Dice el artículo 268 (3):

"Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables".

a) Concepto

En este acápite, encontramos una norma novedosa, que ha sido incorporada mediante la sanción de la ya mencionada Ley de Ética Pública y del también enunciado Art.36 de la Constitución Nacional, en cuanto recepta la doctrina y hace suya la letra de la Convención Interamericana contra la Corrupción que por otra parte, como vimos, también fuera incorporada al ordenamiento jurídico nacional.

La obligación de presentar declaraciones juradas nos parece un sano intento de separar la función pública del enriquecimiento personal y de evitar que el segundo sea influido por el ejercicio de la primera. Como bien señala Donna, también constituye un elemento de prueba muy eficaz a fin de acreditar la materialidad del enriquecimiento propiamente dicho[50]. Desde este último punto de vista, nos parece que este tercer acápite del Art. 268 parecería haberse creado más bien creado a los fines de acreditar a su inmediato antecedente en la sistemática del Código, esto es, el Art. 268 (2), lo que pone en duda la autonomía de esta norma, evidenciando nuevamente una poco feliz evaluación de la tarea legislativa.

b) Bien jurídico

Aquí sí el bien jurídico luce más prístino. Se trata de la transparencia en el ejercicio de la función pública.

c) Tipicidad objetiva

Las acciones típicas concretas son dos. La primera es la omisión maliciosa en la presentación de la declaración jurada patrimonial. Claramente, estamos aquí ante un delito de omisión propia, consistente en omitir en forma voluntaria y maliciosa, esto es, con el deliberado intento de hacerlo, perjudicando a la administración pública y su transparencia, por parte de un sujeto especialmente calificado, que es el funcionario público respectivo.

[50] DONNA, Ob. Cit., p.409.

Recordemos que los delitos de omisión propia consisten en hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la Ley. Con la acción requerida se pretende asimismo evitar un resultado valorado negativamente por el ordenamiento jurídico, pero no se obliga al omitente a impedir el resultado, y por ello tampoco hace de la producción de un determinado resultado un elemento del tipo. En este orden de ideas, los delitos de omisión propia aparecen como contrapunto de los delitos de pura actividad[51].

La segunda de las acciones típicas reprimidas por la norma es la omisión maliciosa o falsedad en los datos contenidos en la declaración jurada presentada. Aquí sí se ha presentado la declaración, pero los datos consignados son incompletos a propósito, o directamente no son fidedignos.

En cuanto al plazo para presentar la declaración, dice el Art. 4 de la Ley 25.188: "*Las personas referidas en artículo 5º de la presente ley, deberán presentar una declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos. Asimismo, deberán actualizar la información contenida en esa declaración jurada anualmente y presentar una última declaración, dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo*".

Ahora bien, si no lo hicieren, dicen los Arts. 8 y 9 de la misma Ley: "*Las personas que no hayan presentado sus declaraciones juradas en el plazo correspondiente, serán intimadas en forma fehaciente por la autoridad responsable de la recepción, para que lo hagan en el plazo de quince días. El incumplimiento de dicha intimación será considerado falta grave y dará lugar a la sanción disciplinaria respectiva, sin perjuicio de las otras sanciones que pudieran corresponder*" (Art.8).

"*Las personas que no hayan presentado su declaración jurada al egresar de la función pública en el plazo correspondiente, serán intimadas en forma fehaciente para que lo hagan en el plazo de quince días. Si el intimado no cumpliere con la presentación de la declaración, no podrá ejercer nuevamente la función pública, sin perjuicio de las otras sanciones que pudieren corresponder*". (Art.9).

[51] JESCHEK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Comares, Granada, 1999, p.546-547.

De las normas citadas, surge que existe una exigencia pretípica, esto es, la notificación fehaciente previa de la intimación respectiva. Faltando esto, no se configurará la conducta aunque existiere la omisión.

Ahora bien, existiendo la intimación, la tipicidad sólo se perfeccionará cuando haya expirado el plazo de quince días reglado por la normativa expuesta

Lo dicho cabe claramente en el caso de la primera de las acciones típicas descriptas. En el caso del falseamiento u omisión de datos de la declaración jurada, al ser una clara figura comisiva y poder tener lugar en cualquier momento, sin plazo ni necesidad de intimación fehaciente previa.

En cuanto a los sujetos obligados, dice el Art.5 de la norma que venimos citando: "*Quedan comprendidos en obligación de presentar la declaración jurada: a) El presidente y vicepresidente de la Nación; b) Los senadores y diputados de la Nación; c) Los magistrados del Poder Judicial de la Nación; d) Los magistrados del Ministerio Público de Nación; e) El defensor del pueblo de la Nación y los adjuntos del defensor del pueblo; f) El jefe de gabinete de ministros, los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo; g) Los interventores federales; h) El síndico general de la Nación y los síndicos generales adjuntos de la Sindicatura General de la Nación, el presidente y los auditores generales de la Auditoría General de la Nación, las autoridades superiores de los entes reguladores y los demás órganos que integran los sistemas de control del sector público nacional, y los miembros de organismos jurisdiccionales administrativos; i) Los miembros del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento; j) Los embajadores, cónsules y funcionarios destacados en misión oficial permanente en exterior; k) El personal en actividad de las Fuerzas Armadas, de la Policía Federal Argentina, de Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y del Servicio Penitenciario Federal, con jerarquía no menor de coronel o equivalente; l) Los rectores, decanos y secretarios de las universidades nacionales; m) Los funcionarios o empleados con categoría o función no inferior a la de director o equivalente, que presten servicio en la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, las entidades autárquicas, los bancos y entidades financieras del sistema oficial, las obras sociales administradas por el Estado, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y el personal con similar categoría o función, designado a propuesta del Estado en las sociedades de economía mixta,*

en las sociedades anónimas con participación estatal y en otros entes del sector público; n) Los funcionarios colaboradores de interventores federales, con categoría o función no inferior a la de director o equivalente; o) El personal de los organismos indicados en el inciso h) del presente artículo, con categoría no inferior a la director o equivalente; p) Todo funcionario o empleado público encargado de otorgar habilitaciones administrativas para el ejercicio de cualquier actividad, como también todo funcionario o empleado público encargado de controlar el funcionamiento de dichas actividades o de ejercer cualquier otro control en virtud de un poder de policía; q) Los funcionarios que integran los organismos de control de los servicios públicos privatizados, con categoría no inferior a la de director; r) El personal que se desempeña en el Poder Legislativo, con categoría no inferior a la de director; s) El personal que cumpla servicios en el Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación, con categoría no inferior a secretario o equivalente; t) Todo funcionario o empleado público que integre comisiones de adjudicación de licitaciones, de compra o de recepción de bienes, o participe en la toma de decisiones de licitaciones o compras; u) Todo funcionario público que tenga por función administrar un patrimonio público o privado, o controlar o fiscalizar los ingresos públicos cualquiera fuera su naturaleza; v) Los directores y administradores de las entidades sometidas al control externo del Congreso de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la ley 24.156, en los casos en que la Comisión Nacional de Ética Pública se las requiera".

Dada la nómina precedente, surge claro que estamos ante un delito especial en cuanto a que los sujetos activos que pueden desarrollar las conductas típicas están específicamente determinados por la Ley. No vemos entonces otra posibilidad más que la autoría directa o inmediata.

El sujeto pasivo es el Estado, personificado si se quiere en la administración pública.

d) Tipicidad subjetiva

Se trata de un delito doloso, que exige dolo en todos los elementos mencionados; esto es, omitir voluntariamente, con malicia, la presentación de una declaración jurada, conociendo la exigencia de su presentación (aunque nos resulta muy difícil la justificación del desconocimiento de

la normativa sobre ética pública por parte, justamente, de un funcionario o empleado público de los enumerados en el Art. 5 pre citado).

Un especial elemento es la recepción de la intimación fehaciente, pues recuérdese que se trata de una exigencia pretípica, y ante su omisión, no podrá efectuarse la imputación de la primera de las acciones típicas al agente.

En cuanto a la segunda de las acciones, debe conocer que lo que está presentando contiene datos falsos o inexactos o incompletos, y debe haber querido ello expresamente, o conocido que ello no describía la veracidad de su realidad patrimonial.

e) Consumación y tentativa

En la primera de las acciones típicas descriptas, y como ya hemos dicho, la misma se consuma con la expiración del plazo estipulado en las dos normas antedichas.

En la segunda de las acciones, la consumación se da ya con la presentación de la declaración jurada ante la autoridad competente.

Claramente, al ser un delito de pura actividad en el primer caso y de un delito de comisión instantáneo en el segundo caso, la tentativa no es posible. Los actos previos quedarán en el estadio de la preparación, constitucionalmente impune.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación

1- Es improcedente el cuestionamiento constitucional del artículo 268 (2) del Cód. Penal, si el recurrente no se hace cargo de realizar una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se apoyó el a quo para rechazar los argumentos expuestos, pues, si bien aquél reconoció que en el ámbito académico existen discrepancias acerca del bien jurídico tutelado por la figura penal en cuestión, destacó que los tribunales las han zanjado concibiendo al interés público por la honestidad, transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, como el objeto de protección en el caso, que resulta lesionado por el enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la relación funcional, lo cual constituye la acción típica. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

Cabe desestimar el planteo del recurrente que reedita su discrepancia sobre la inteligencia de una norma de derecho común, como es el art. 268 (2) del Cód. Penal, materia propia de los jueces de la causa, si — en el caso— la decisión cuenta con fundamentos suficientes que descartan la tacha de arbitrariedad, sin que resulte afectada tal conclusión por la mención que en el pronunciamiento apelado se hace de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sobre la cual el apelante pretende estructurar el carácter federal del asunto, pues, estuvo dirigida a destacar la concordancia de sus definiciones con la redacción de la disposición legal nacional, sin mengua de los fundamentos de derecho común en que se fundó la decisión. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

Es improcedente el agravio por el supuesto menoscabo de la seguridad jurídica y del principio constitucional de legalidad al haberse requerido justificación patrimonial respecto de períodos que el recurrente consideró excesivos, si no rebate los fundamentos de derecho común en que se apoyó el a quo para rechazar el planteo, según los cuales el límite temporal para formular dicho requerimiento está constituido por el monto máximo de pena de prisión previsto en el artículo 268 (2) del Cód. Penal, a computar desde que el individuo cesa en el ejercicio de la función pública, sin que en esa disposición legal se prevea pauta alguna para apartarse de las reglas de prescripción previstas en la parte general de ese ordenamiento, entre las que se encuentra la suspensión del curso de la prescripción en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo de esa naturaleza decisión. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

(Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/12/2009, Rossi, Domingo Daniel, AR/JUR/44604/2009 - LA LEY 21/12/2009, 11 - DJ24/02/2010, 420 - Sup. Penal2010 (marzo), 57 - LA LEY2010-B, 230).

2- Frente a la ausencia de agravio federal específico en cuanto a la aplicación del artículo 268 (2) del Cód. Penal, no corresponde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncie al respecto, pues, acreditada la falta de gravamen efectivo, la pretensión de la recurrente — tendiente a cuestionar su validez constitucional— implica solicitar que se emita una declaración general o un pronunciamiento abstracto sobre la norma penal aplicada, lo cual excede la competencia del Tribunal (del dictamen del Procurador General que la corte hace suyo).

Más allá de la discusión acerca del delito de enriquecimiento ilícito — art. 268 del Cód. Penal — , en cuanto a si puede pesar sobre el funcionario una suerte de renuncia implícita a ciertas garantías constitucionales por haber ingresado a la administración pública, es improcedente el recurso extraordinario contra la sentencia que declaró la constitucionalidad de la norma referida y condenó a la apelante por ese delito, si su reiterada cooperación con la investigación, su pedido de ser requerida para justificar el incremento patrimonial, sus respuestas detalladas, la intervención del experto de su confianza en los estudios contables y su amplitud al prestar declaración indagatoria, descartan toda posibilidad de que se haya visto obligada a autoincriminarse, o que la estructura del tipo penal le haya impedido conocer el hecho imputado, afectado la presunción de inocencia, o su

derecho de defensa o la igualdad ante la ley (del dictamen del Procurador General que la corte hace suyo).

No procede el agravio referido a la afectación de los principios de congruencia y *ne procedat iudex ex officio* ante la diversa interpretación de la figura penal de enriquecimiento ilícito — art. 268 (2), Cód. Penal— efectuada en el alegato del fiscal y en la sentencia del tribunal oral federal, si esa discrepancia resultó incapaz de comprometerlos, pues, por un lado, fue consecuencia de la máxima *iura novit curia* y, por el otro, el voto mayoritario del fallo respetó los hechos que fueron motivo de la acusación impulsada por el Ministerio Público, con la limitación a las causales fácticas a las que se la ciñó en la etapa final del debate, una de las cuales no fue incluida en la condena por juzgársela justificada (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).
(***Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/12/2008, Alsogaray, María Julia, - DJ11/02/2009, 288).***

3- Es competente la justicia federal para investigar la causa iniciada en orden al delito previsto y reprimido en el art. 268 del Cód. Penal ya que de la prueba agregada al expediente surge que el imputado se ocupaba un cargo público nacional — en el caso, senador— al momento en que fue adquirido el inmueble con relación al cual es investigado, y la construcción de la edificación se habría iniciado de inmediato, razón por la cual no puede descartarse que el presunto incremento patrimonial denunciado se hubiere producido mientras ejerció tal mandato. (Del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

Corresponde remitir las actuaciones a la justicia provincial para que investigue los hechos denunciados en ellas si de lo actuado surge que no se ha realizado una investigación suficiente como para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueda ejercer las facultades que le confiere el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587), como consecuencia del prematuro planteo de una inhibitoria. (Del voto en disidencia de los doctores Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert).
(Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/05/1999, Saadi, Ramón E.).

Cámara Nacional de Casación Penal

4- El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos previsto en el inc. 2° del art. 268 del Cód. Penal es un delito de comisión cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable e injustificada durante el ejercicio de un cargo o empleo público, siendo condición objetiva de punibilidad la falta de justificación del incremento ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente.

El objeto de prohibición del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos -inc. 2° del art. 268, Cód. Penal- es enriquecerse de manera injustificada durante la función pública, quebrando la rectitud requerida en la función.

Es constitucional el art. 268 inc. 2° del Cód. Penal -en el caso, se condenó a un integrante del ex Concejo Deliberante por enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos- pues no se advierte ningún óbice constitucional en que a los funcionarios o empleados públicos se les exijan ciertos deberes en calidad de requisitos previos y permanentes a partir del inicio de la relación de empleo público, durante ella y hasta determinado tiempo posterior a su desvinculación de la función, que en ciertos casos importan renuncias admisibles a garantías fundamentales, como la obligación de presentar declaraciones juradas patrimoniales que significan resignar el derecho a la privacidad.

Es inadmisible confundir la prohibición de declarar contra sí mismo establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional con la justificación requerida frente a un incremento patrimonial desmedido posterior a la asunción de un cargo o empleo público -en el caso se condenó a un integrante del ex Concejo Deliberante por enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos-, cuando ese aumento excede en forma evidente las posibilidades económicas provenientes de ingresos legítimos.

El requerimiento de justificación exigido por el art. 268 inc. 2° del Cód. Penal -que reprime el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos- no constituye una inversión de la carga de la prueba

-con afectación del principio de inocencia- ni la vulneración del derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Corresponde absolver a la acusada como persona interpuesta para disimular el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268 inc. 2° "in fine" Cód. Penal) si media ausencia de imputación penal respecto del agente activo -en el caso, se decretó la nulidad parcial del requerimiento de elevación a juicio en relación a los bienes que podrían atribuírsele dentro de su responsabilidad- pues es indudable que su intervención depende de la del propio autor.
(Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, 08/05/2000, Pico, José M. y otra).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

5- Si la investigación por el delito de enriquecimiento ilícito se inicia en sede judicial, de oficio o por denuncia, ningún obstáculo se observa para que quede en cabeza del representante del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de concretar la intimación al imputado a que éste justifique o no la procedencia de sus bienes, solución práctica que no afecta los derechos del imputado, por cuanto el requerimiento no está subordinado a las garantías constitucionales.

Sin perjuicio de considerar que la figura de enriquecimiento ilícito es inconstitucional, dentro de la lógica de la ley, quien debe emplazar es el fiscal -en el caso, la mayoría rechazó una nulidad solicitada con sustento en que la intimación a justificar la procedencia de ciertos bienes había sido efectuada por el fiscal y no por el juez-, ya que si lo hace el juez la violación al derecho de defensa es todavía más grave y notoria, porque desnaturaliza la indagatoria (del voto en disidencia del doctor Donna).
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, 19/08/2003, Bobbioni, Jorge H.).

6. Resulta constitucional la figura del art. 268 (2) del Cód. Penal pues es el Estado el que cumple la primer carga al acreditar el enriquecimiento patrimonial apreciable y la necesidad de justificar fue parte de los deberes que corresponden al funcionario que aceptó y gozó del cargo público y, aunque el intimado decida no contestar aquel requerimiento, al Estado le resta la carga de

comprobar que el aumento patrimonial tampoco se encuentra justificado y el funcionario tendrá todas las alternativas procesales que cualquier imputado posee en aras de ejercer debidamente el derecho de defensa en juicio.

La figura de enriquecimiento ilícito prevista en el art. 268 (2), Cód. Penal es constitucional toda vez que si el funcionario se colocó en la imposibilidad de acreditar la legitimidad de su incremento patrimonial -en el caso, se revocó el procesamiento dictado por considerarse que se había justificado el incremento a través de la pericia contable- ha violado la transparencia que pretende proteger la norma y, entonces, la invitación a responder sobre elementos de cargo ya colectados, es una alternativa más, un derecho más, no una forma de violar garantías de la Carta Magna.

Corresponde revocar el procesamiento del imputado por el delito de enriquecimiento ilícito -en el caso, se dictó su falta de mérito- aunque se haya acreditado que durante el período investigado su patrimonio habría tenido una evolución favorable si la pericia contable informa que los ingresos familiares cubrirían los egresos efectuados en ese mismo período, pues la figura del art. 268 (2), Cód. Penal no sólo requiere un notorio incremento patrimonial durante el período que ejerció la función pública sino también una falta de justificación de su origen.

Es inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268 (2) del Cód. Penal -en el caso, la mayoría revocó el procesamiento pero declarando la constitucionalidad de la norma- por violar garantías constitucionales que amparan al acusado (Del voto del doctor Donna). ***(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, 04/11/2002, Argüello, Jorge M.).***

7. La norma del art. 268 (2) del Cód. Penal, impone al magistrado acreditar, primeramente y sin colaboración alguna del investigado, que se haya producido un incremento patrimonial apreciable y que no guarda correspondencia con los ingresos que el funcionario debía obtener en algún período. Sólo después, puede llamarlo a dar explicaciones sobre esa diferencia y será en el caso de que omita toda justificación al respecto en que podrá habilitarse su incriminación.

A los fines de probar el delito de enriquecimiento ilícito, resulta improcedente pedir -al inicio de las actuaciones- que el funcionario investigado explique su situación patrimonial y dé razón de sus ingresos y que, a partir de sus dichos, se realicen diversas medidas probatorias y se valore en su contra los eventuales incumplimientos a esa obligación de aportar prueba.

La figura penal descripta en el art. 268 (2) del Cód. Penal --enriquecimiento ilícito de funcionario público- resulta inconstitucional por violar el principio de culpabilidad, al invertir la carga de la prueba debiendo el funcionario investigado probar que el enriquecimiento es perfectamente lícito (del voto en disidencia del doctor Donna).

El art. 268 (2) del Cód. Penal -enriquecimiento ilícito de funcionario público- es inconstitucional pues si el imputado ejerciera el derecho de negarse a declarar, consagrado en la Constitución Nacional, sería condenado por esa sola circunstancia (del voto en disidencia del doctor Donna).

Es inconstitucional la figura descripta en el art. 268 (2) del Cód. Penal por tratarse de un tipo penal abierto que es completado por el juez o por el fiscal al momento del requerimiento de justificación (del voto en disidencia del doctor Donna).
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, 31/07/2000, Llanos, Sergio C.).

8. La figura de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos no afecta garantía constitucional alguna.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos proviene de la simple observación de grandes aumentos patrimoniales ocurridos tras pocos años de desempeño de un cargo.

Con el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición

de funcionario público y se protege la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración que es el bien jurídico que se lesiona con la no justificación del patrimonio.
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, 04/10/1999, Guglielminetti, Raúl A.).

9. Debe rechazarse el planteo de nulidad deducido por la defensa de un imputado en orden al delito de enriquecimiento ilícito dado que de la investigación del patrimonio del encausado y del requerimiento de justificación efectuado en su indagatoria, se han determinado, en principio, presuntos incrementos patrimoniales injustificados que datan de fechas anteriores a la comisión de los delitos por los cuales fue legitimado pasivamente en otra causa, por lo que no se advierte configurada la identidad del objeto de la persecución que autorice a concluir la afectación de la garantía del non bis in ídem.

La ley no establece fórmula alguna acerca del modo y tiempo en que debe realizarse el requerimiento de justificación patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito, y por ende, no existe obstáculo alguno para que el reclamo de justificación se efectúe al momento de la indagatoria, siempre que se detalle con la mayor precisión posible el enriquecimiento injustificado que, en principio y con el grado de probabilidad exigido en esa etapa, se haya comprobado.
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, 22/06/2010, R. A. H .).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico

Sala B

10. Cabe rechazar el pedido formulado por el representante de la Dirección General de Aduanas de ser tenido por parte querellante en un proceso en el cual se investiga la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito de un funcionario público imputado en otra causa por el delito de contrabando, ya que no se ha demostrado de qué modo perjudicaría al pretenso querellante el supuesto "enriquecimiento ilícito" de quien habría tenido intervención en las exportaciones de material bélico, máxime si se tiene en cuenta que tal enriquecimiento no es un elemento normativo cuya ausencia obste a la configuración del delito de contrabando.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 30/03/2005, Menem, Carlos S. y otros).

11. Es competente la justicia federal y no la penal económico para entender en un proceso por el delito de enriquecimiento ilícito de un funcionario público, pese a que en la última se esté investigando la participación que dicho imputado pudo haber tenido en el enriquecimiento ilícito de otro funcionario público, al no verificarse, en los distintos procesos, identidad en los hechos que se investigan, teniendo en cuenta que la competencia por conexión -arts. 41 y sigtes., Cód. Procesal Penal de la Nación- es de naturaleza excepcional.

Corresponde aplicar el art. 42 inc. 3° del Cód. Procesal Penal de la Nación y otorgar competencia al juez en lo penal económico y no a la justicia federal, al haber prevenido, para entender en el proceso por presunto enriquecimiento ilícito de un funcionario público, si allí se investiga la participación que pudo haber tenido éste en el enriquecimiento ilícito de otro funcionario -en el caso, la mayoría sostuvo que debían investigarse por separado- pues ante la eventual existencia de una hipótesis de identidad de objeto procesal corresponde evitar sentencias contradictorias mediante la sustanciación de ambas causas ante el mismo tribunal (del voto en disidencia del doctor Grabivker).
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 05/07/2004, Menem, Carlos Saúl y otros s/inc. de falta de acc. interp. por la defensa de Ramón Rosa Hernández).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

Sala I

12. Desde su propia génesis, la figura del enriquecimiento ilícito, prevista en el art. 268 (2) del Cód. Penal es reconocida como alternativa de otra u otras -en el caso, se analizaba si la

investigación por el cobro de sobresueldos por parte de una funcionaria pública afectaba el principio de *non bis in ídem*, con respecto a la condena que sufriera por el delito de enriquecimiento ilícito— , incluso para quienes la caracterizan como un tipo omisivo doloso, dado que si los órganos del Estado a cargo de la persecución penal debieran acreditar la efectiva ilicitud del origen de los fondos empleados para acrecentar el patrimonio del funcionario o empleado público, el enriquecimiento ilícito sería automáticamente desplazado por la figura específica de que se trate.

Si la funcionaria pública fue condenada por la conducta de haber acrecentado su patrimonio con fondos de cuentas presupuestarias de gastos reservados, cuya recepción fue reputada ilícita por el tribunal sentenciante, subsumiéndose dicho obrar en el tipo legal del enriquecimiento ilícito de funcionario público, la supuesta sustracción de los fondos públicos por la que es enjuiciada actualmente, es la misma por la que oportunamente recibió condena, quebrantándose el principio constitucional del non bis in ídem — en el caso, no se hizo lugar a la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa por resultar prematura la decisión respecto de otros tramos de la imputación.

Atento a que la imputada, al ser condenada como autora del delito de enriquecimiento ilícito, fue sancionada por haber acrecentado apreciablemente su patrimonio personal con bienes de origen ilícito, sólo quedaron atrapados en dicha atribución los dineros correspondientes a partidas de gastos reservados que ingresaron en su activo, pero no así la conducta de haber distribuido entre algunos de sus colaboradores parte de los fondos correspondiente a dichas partidas — en el caso, no se hizo lugar a la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa, debido a que la investigación se encontraba en una etapa preliminar y resultaba prematura— , no advirtiéndose que se encuentre protegida, esta conducta, por la garantía que veda al Estado la doble persecución penal.

Corresponde confirmar la resolución que rechazó la excepción de falta de acción deducida por la defensa, con fundamento en que se estaría quebrantando la garantía de non bis in ídem por la investigación del cobro indebido de sobresueldos provenientes de fondos de gastos reservados, cuando ya fue condenada como autora del delito de enriquecimiento ilícito, por considerar ilegitimo dicho incremento patrimonial, pues no es posible afirmar que la otra conducta que se le reprocha a la acusada, esto es, haber distribuido entre alguno de sus colaboradores parte de las partidas de fondos reservados, sea comprensiva de su incremento patrimonial apreciable, al menos cuando no parece

haber ingresado en su activo y no puede afirmarse con precisión si los actos fueron únicos (del voto del doctor Filozof).

La conducta de la funcionaria pública de haber cobrado mensualmente distintas sumas de dinero, provenientes de partidas presupuestarias asignadas a gastos reservados y el haber distribuido entre los funcionarios públicos de su cartera sumas de dinero provenientes de dichas partidas, no son hechos autónomos e independientes, sino que se trata de distintas modalidades de aportar a la ejecución de un mismo y único hecho ilícito, en cuya comisión ha intervenido un importante número de funcionarios públicos y que se ha desarrollado durante un largo período de tiempo, existiendo, por ende, superposición entre los objetos procesales de esta causa y aquella por la cual fuera condenada por el delito de enriquecimiento ilícito y esta superposición, aún siendo parcial, amerita la recepción favorable de la excepción de cosa juzgada planteada por la defensa (del voto en disidencia del doctor Freiler).

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 07/12/2009 - Alsogaray, Maria Julia).

13. Corresponde revocar el sobreseimiento y en consecuencia decretar la falta de mérito en un proceso en el cual se investiga la presunta comisión del delito de omisión maliciosa de presentación de la declaración jurada patrimonial consagrado en el art. 268 (3) del Cód. Penal, si en el caso no se han recabado aún constancias documentales que demuestren la situación patrimonial del imputado, ya que para acreditar las exigencias subjetivas necesarias para la configuración de dicha figura, resulta indispensable determinar si han existido motivos para ocultar o sustraer determinados aspectos de la situación patrimonial del funcionario.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 22/10/2004 - Sadava, Edelmiro R.).

14. Corresponde confirmar el procesamiento del imputado por el delito previsto en el art. 268 (3) del Cód. Penal si omitió presentar su Declaración Jurada Integral Patrimonial, una vez cesado en su cargo -en el caso, tenía un contrato de plazo fijo en Lotería Nacional Sociedad del Estado-, pese a haber sido fehacientemente intimado, sin que a ello obste la alegación de falta de dolo planteado por la defensa, así como la falta de malicia exigida por el tipo penal que se enrostra, pues se trata de

circunstancias para valorar en otra etapa del proceso, pero irrelevantes para justificar la acción delictiva que hasta aquí se reprocha.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 04/06/2004 - Penel, Pablo).

15. Corresponde sobreseer, por prescripción de la acción penal, al imputado en orden al delito de enriquecimiento ilícito, si desde que se aceptó su renuncia al cargo — en el caso, ostentaba la función de Asesor ad honorem de la Presidencia de la Nación— hasta la fecha en la cual se presentó la denuncia en su contra, transcurrió el plazo de extinción de la acción, de conformidad con lo previsto por los arts. 62, inc. 2 y 268 2) del Código Penal.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 31/03/2010 - Yoma, Emir Fuad).

16. A efectos de la prescripción del delito de enriquecimiento ilícito, resulta aplicable el plazo de seis años previsto como máximo de pena en el art. 268 (2) del Código Penal, texto según ley 25.188, cuando uno de los hechos atribuidos se relaciona con el origen de los fondos utilizados para las compras de inmuebles ocurridas durante la vigencia de la citada ley ya que, el art. 2 del Código Penal no obliga a aplicar la ley más benigna cuando dos o más rijan sucesivamente durante el tiempo que dure la comisión del hecho, sino que obliga a aplicar la ley más benigna de las que rijan en el tiempo intermedio entre el de su comisión y la extinción de los efectos de la condena.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 01/12/2009 - Barros Reyes, Nélida M. R. y otros).

17. Debe desestimarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 268, 2, del Código Penal interpuesto por la defensa de un ex ministro, si la pretensión no encuentra relación directa con la calificación provisoriamente asignada a los hechos en orden a los cuales ha comenzado a transitar la causa.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 10/06/2009 - Miceli, Felisa).

18. Tratándose del delito de enriquecimiento ilícito, la justificación o no del incremento patrimonial del funcionario investigado, está relacionada con el análisis de su patrimonio y dicha evaluación debe hacerse extensiva al de quienes pudieron haber actuado como terceros interpuestos para disimular el incremento.

(***Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 13/06/2006 - Kohan, Alberto A.).***

19. Corresponde confirmar el auto por el cual se procesó a un ex funcionario público como autor del delito de enriquecimiento ilícito -art. 268 inc. 2, Cód. Penal-, si éste ha visto incrementado su patrimonio de un modo apreciable durante el transcurso de la función pública que desempeñó y no ha podido justificar dicha circunstancia de modo fehaciente.

A efectos de probar la comisión del delito de enriquecimiento ilícito -art. 268 inc. 2, Cód. Penal- resulta necesario remontarse a la situación patrimonial del imputado al momento de la asunción de sus funciones pues sólo de este modo puede analizarse su evolución; y, persistir en lo contrario puede generar cuestionamientos en etapas procesales que exijan mayor certeza que la requerida para dictar un procesamiento.

(***Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 27/05/2005 - G. O., R. E. y otros).***

20. No puede asignarse entidad delictiva, en los términos de la figura del enriquecimiento ilícito, ni a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco -en el caso, se rechazó la nulidad articulada por la defensa sosteniendo que no había delito si no había habido requerimiento-, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio, que debe ser garantizado al imputado libre de presiones y sujeciones de cualquier índole y no sometido a la coacción que implica la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal.

Lo que constituye el juicio de disvalor ínsito en la figura del enriquecimiento ilícito no es que el funcionario no justifique su enriquecimiento cuando ello le es requerido, sino todos los datos

objetivos demostrativos de un incremento patrimonial injustificado o sin razón alguna -en el caso, se rechazó la nulidad articulada por la defensa sosteniendo que no había delito si no había habido requerimiento- pues la consumación de este delito es anterior e independiente del requerimiento que menciona la figura.

La exigencia de que se efectúe el requerimiento de justificación patrimonial que contiene la figura del enriquecimiento ilícito, previsto en el art. 268 (2) del Cód. Penal, no integra el tipo penal, sino que fue prevista en defensa del imputado como una condición objetiva de punibilidad.
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 04/05/2004 - Coletti, Ricardo E.).

21. Para acreditar las exigencias subjetivas que contienen las figuras previstas en el art. 268 (3) del Cód. Penal es preciso determinar que han existido motivos para ocultar o sustraer determinados aspectos de la situación patrimonial del funcionario del contralor de las autoridades pertinentes, no configurándose el delito por la mera omisión -en el caso, el funcionario había alegado que desconocía la obligación de presentar la declaración jurada solicitada y que había tenido problemas personales que le impidieron hacerlo-, incluso negligente, de presentar la declaración jurada pertinente.
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 30/12/2003 - Chescotta, Jorge).

22. Corresponde confirmar la resolución que convirtió en prisión preventiva la detención que sufría el imputado, por ser prima facie autor penalmente responsable de los delitos previstos en los arts. 265 -negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas- y 268 del Cód. Penal -enriquecimiento ilícito de funcionarios-, en tanto por actuar como síndico titular del Banco Hipotecario Nacional y encontrarse habilitado para autorizar el ingreso de las solicitudes de créditos, las otorgaba con el objeto de facilitar y mejorar el precio de venta de los inmuebles, en principio de su propiedad, ofreciéndolos en venta con financiación del Banco que él mismo obtenía sin impedimento alguno.
(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 11/08/1989 - Di Fonzo, Amadeo J.).

Tribunales Federales

23. No comete el delito de falsificación de documento público el funcionario que falsea los datos que debe contener una declaración jurada propia de cargos y actividades desempeñadas por el imputado, sino más bien constituye una de las figuras de enriquecimiento ilícito de funcionarios o empleados contempladas por el Código Penal -en el caso, se confirmó el procesamiento del acusado, aunque modificándose la calificación otorgada en primera instancia-, pues la intervención del funcionario declarante no es exigida para dar fe para todos, sino que sólo está destinado a vincular al declarante respecto a la manifestación que hace bajo juramento de algo que el receptor ignora.

Corresponde confirmar la resolución que dictó auto de procesamiento al imputado, por los delitos de defraudación a la Administración Pública, agravada por su calidad de funcionario público, en concurso con el delito de enriquecimiento ilícito por la ocultación en la declaración jurada que debía efectuar ante el Ministerio de Educación del desempeño de un cargo en el Conicet, y en la declaración presentada ante este último organismo del cargo de Decano de Facultad, pues muestra que ha existido con tales omisiones la intencionalidad de ocultar la incompatibilidad existente (del voto del doctor Loutayf Ranea).
(Cámara Federal de Apelaciones de Salta, 13/02/2009, Insausti, Oscar Guillermo).

Encubrimiento

Por Martín Castellano

Art. 277: ***"1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:***

a) Ayudara a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a la acción de ésta.

b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.

c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.

d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancia, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.

b) El autor actuare con ánimo de lucro.

c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso solo operará una vez, aun cuando concurrieren mas de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4) Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c).”

Comentario:

En primer término, resulta pertinente destacar que el tipo penal que se abordará en los párrafos siguientes, se encuentra regulado en el Artículo 277 del Código Penal de la Nación, ubicado en el Capítulo XIII, Título XI (Delitos contra la administración pública) del Libro II.

Por medio del Artículo 277 del ordenamiento sustantivo, se prevé el tipo penal materia de consideración en el presente, reprimiéndose con prisión de seis (6) meses a tres (3) años *“el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta. b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole. e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito. 2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito. 3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión. b) El autor actuare con ánimo de lucro. c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento. d) El autor fuere funcionario público. La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena. 4.- Están exentos de responsabilidad*

criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4º de la Ley Nº 26.087, B.O. 24/04/2006.) (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)".

Algunas Consideraciones Sobre El Bien Jurídico Tutelado

El términos coincidentes, la doctrina –y también el Máximo Tribunal argentino- se ha encargado de destacar que el delito materia de análisis afecta o perjudica la administración de justicia, impidiendo o perturbando su accionar en procura de la individualización de los posibles autores o partícipes de un delito o bien la recuperación de objetos relacionados con el mismo.

En tal dirección, se ha sostenido que las acciones comprendidas por el delito de encubrimiento atentan contra el correcto de la administración de justicia, como consecuencia de los obstáculos puestos por el delincuente a su funcionamiento, dificultando la averiguación del delito y su persecución.

En ese sentido, NUÑEZ ha precisado que las figuras descriptas en este Título lesionan la administración de justicia, en tanto su comisión interfiere, o entorpece, la acción policial o judicial dirigida a comprobar la existencia de un delito y decidir la responsabilidad y castigar a los partícipes[1].

En similar postura, se ha manifestado CREUS al remarcar que el delito en cuestión afecta la administración de justicia, cuya actividad se encuentra dada por la individualización de los autores y partícipes o la recuperación de los objetos, y justamente ese accionar puede verse perjudicado por el accionar el encubridor[2] [3].

Presupuestos Comunes Para La Existencia Del Delito De Encubrimiento

La acreditación del tipo de delito examinado, requiere la presencia de tres condiciones o presupuestos comunes a todas las hipótesis:

---

[1] NUÑEZ, Ricardo, "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", 2da ed. Actualizada por Víctor Reinaldi, Editora Córdoba, 1999, pág. 174.

[2] CREUS, Carlos, "Derecho Penal Parte Especial", T. I, Ed, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 339.

[3] En ese mismo sentido, se ha expedido el Juzgado Correccional Nro. 1 de Trelew, Provincia de Chubut en autos "M.R.", 3.11.998, al sostener que *"el bien jurídico protegido es la administración de justicia, cuya actividad en la individualización de los autores de los delitos puede verse perturbada por la conducta del encubridor"*.

Comisión de un delito anterior:

En este punto, cabe destacar que la redacción actual del Artículo 277 del Código Penal de la Nación ha abandonado la expresión *"sin promesa anterior al delito"*, empleando una mejor técnica legislativa, y en la actualidad se entiende que solo podremos estar en presencia del delito de encubrimiento sobre la base de un delito previo, del que no se ha tenido participación o intervención criminal.

Resulta entonces fundamental la existencia de un delito anterior cuya etapa ejecutiva haya cesado, aunque sus autores y/o partícipes no hubieren sido individualizados y aunque no exista condena sobre los mismos. En efecto, se ha entendido que la existencia del delito anterior resulta presupuesto imprescindible para la configuración del delito de encubrimiento, no siendo suficiente su sola inferencia[4].

Debe tratarse de un delito, es decir de un hecho típico y antijurídico, previsto además en el Código Penal, en leyes complementarias o bien en leyes especiales, quedando entonces excluidas las faltas o ilícitos que carecen de naturaleza penal y las contravenciones[5] [6].

En este sentido, el delito preexistente puede resultar doloso, culposo o preterintencional, reprimido con pena corporal o de cualquier otra especie.

Por otro lado, NUÑEZ destaca que resulta indiferente que el delito anterior sea perseguible por acción pública de oficio, o dependiente de instancia privada, o que lo sea solo por acción privada, ya que lo relevante es que al momento de ejecutarse el encubrimiento, se encuentre expedita la persecución penal del delito. Remarca el autor que en los delitos de acción privada, el encubrimiento solo es posible en la medida que la persona ofendida prosiga la acción[7].

De manera constante, la jurisprudencia ha remarcado la necesidad de que el delito preexistente se haya cometido, siendo indiferente que el ilícito que se encubre se haya consumado o no al momento de calificar la conducta del encubridor.

---

[4] CNCCorr., Sala II, "O.J.L.", 5.3.1991

[5] En tal sentido, se ha expedido la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala de Feria, en autos "D.C.O. y otro", 2.08.2002, remarcando que la *"tipicidad objetiva reclama la existencia de un delito precedente, es decir una acción típica según nuestro Código de fondo, sus leyes complementarias o especiales. Si este extremo no se ha verificado, imposible resultar afirmar la tipicidad de la conducta de los encausados…"*.

[6] En esa misma dirección, la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala II, en autos "Juzgado de Sarmiento", 6.08.1999, ha sostenido que *"para la configuración del delito de encubrimiento tuvo que mediar delito, es decir un hecho penalmente típico, no quedando comprendidas las faltas y los ilícitos de naturaleza no penal"*.

[7] NUÑEZ, ob cit, pág. 176.

En este punto, cabe destacar que resulta indispensable que el delito anterior haya existido realmente, es decir que se haya logrado acreditar tal supuesto de manera circunstanciada –día, horario y lugar-, con la indicación del sujeto pasivo del mismo y la relevancia jurídico penal del acontecimiento, siendo insuficiente a tales efectos la merca presunción del hecho.

De lo anterior, se deduce entonces que se exige que el hecho intimado al imputado de encubrimiento contenga, de manera precisa y circunstanciada, el delito que le precede.

En tal dirección, se ha sostenido que para tener por acreditada la comisión del delito anterior, no resulta indispensable el dictado de una sentencia condenatoria, sino que resulta suficiente que el juzgador del delito de encubrimiento tenga certeza, en base al análisis de la prueba colectada, que aquél delito anterior efectivamente ocurrió[8].

Por último, cabe destacar que el delito encubierto pudo haber sido cometido tanto en el territorio nacional, como en el exterior, siendo ello compatible con la última reforma legislativa que ha contemplado esa posibilidad al analizar las conductas tipificadas como *"lavado de dinero"* y la característica transnacional de tales delitos.

Intervención Del Sujeto Activo Con Posterioridad Al Delito Preexistente Del Que No Participa:

Respecto de este presupuesto negativo, resulta necesario establecer con grado de certeza que el autor del delito de encubrimiento no haya intervenido o participado en el ilícito encubierto.

Se trata, efectivamente, de una colaboración posterior al delito, y por ende no debe haber mediado una promesa previa.

En este punto, el autor DONNA se encarga de resaltar que la ausencia de participación en el delito anterior, resulta un presupuesto negativo de la figura de encubrimiento, y lo anterior resulta de ese modo ya que la autonomía de la figura de encubrimiento existe solo cuando no puede afirmarse la participación del autor en el delito anterior, ya que en este caso entrarían en juego las reglas de la participación criminal[9].

Inexistencia De Una Promesa Anterior

En la redacción del tipo penal examinado, las figuras de encubrimiento y participación criminal resultan incompatibles, la segunda excluye siempre a la primera, siendo indispensable que

[8] Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala I, "Torres Jorge Horacio", 10.06.2008
[9] DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial", T I, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, pág. 477

el agente se haya obligado a prestar la ayuda posterior y se haya mantenido en esa posición al momento de la ejecución. Incluso SOLER ha remarcado que el mero conocimiento anterior, sin que media promesa, no transforma la posterior ayuda en participación[10].

Tipos De Encubrimiento

Favorecimiento Personal

El artículo 277 del ordenamiento sustantivo reprime en su inciso 1ro, apartado a) la conducta de quien "…*a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta...".*

Se trata en el caso de una conducta que facilite o bien haga posible que el favorecido pueda eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad, pudiéndose incluir tanto el ocultamiento como la fuga, e incluso el autor del supuesto delictivo debe conocer acerca de la existencia de un delito previo y que está ayudando a eludir la acción de la justicia.

1.- Elementos Configurativos de la Tipicidad Objetiva

La redacción del tipo penal se refiere a la ayuda prestada a alguna persona, y por ende se entiende que la misma debe resultar idónea para posibilitar o facilitar que el sujeto favorecido logre eludir las investigaciones o la acción de las autoridades.

Debe tratarse –efectivamente- de una acción material positiva, de allí el nombre de la modalidad de favorecimiento, siendo indiferente que se logre o no el fin buscado, quedando fuera las omisiones, los consejos o meros apoyos de contenido moral[11].

En este punto, entiende pertinente destacar el suscripto que el reproche previsto en la citada norma apunta a dos conductas diferenciables, es decir haber prestado ayuda para eludir las investigaciones de la autoridad o para sustraerse de la acción de ésta, y requiere que aquella colaboración sea de índole material, quedando excluidas los apoyos de carácter moral como los consejos[12].

---

[10] SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", T III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pág. 341

[11] D´ALESSIO, Andrés, "Código Penal de la Nación Comentado y Anotado", T II, Buenos Aires, 2009, pág. 1390.

[12] CNCrim y Correc. Sala IV, "L.R. y otros", 17.03.2003.

En el mismo sentido, corresponde puntualizar que resulta indiferente que el favorecido sea condenado, procesado, imputado o no, o sospechado de un delito, lo relevante es que el encubridor conozca esa circunstancia puesto que sus fines están dirigidos precisamente a que el sujeto quede sustraído del accionar de la justicia.

2.- Elementos Configurativos de la Tipicidad Subjetiva

En la faz subjetiva, resulta pertinente indicar –al menos en forma preliminar– que el dolo se conforma mediante el conocimiento del sujeto acerca de los elementos objetivos que integran el presunto injusto penal (aspecto cognoscitivo) y además la voluntad o intención de realización de tales aspectos (aspecto volitivo), destacándose al respecto que *"…la intención o propósito es la persecución dirigida a un fin del resultado típico…la intención pertenece al dolo directo en sentido amplio. En sentido estricto ésta abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya realización o concurrencia con seguridad se percata el sujeto ocasionándolas conscientemente…"*[13].

Trasladados los anteriores conceptos el caso examinado, cabe destacar que el tipo de encubrimiento examinado requiere la presencia de un dolo directo, entendido como el efectivo conocimiento de la totalidad de los elementos que conforman la tipicidad objetiva, y la voluntad dirigida a beneficiar al favorecido para, de ese modo, entorpecer la acción de la justicia[14].

En efecto, el delito de encubrimiento abordado solo admite la comisión dolosa, reclamando que su autor sea consciente de que la persona que va a ayudar haya intervenido en la ejecución de un delito ya sea como autor o partícipe. De ello, se podría deducir que el agente no solamente debe saber que está ayudando a otra persona a evitar la acción judicial, sino que aquél esté ligado al delito[15].

En el mismo sentido, cabe agregar que resultará entonces necesario acreditar o probar que el autor ha tenido conocimiento expreso de que la persona a quien brinda ese favorecimiento es un requerido de la justicia[16].

En este punto, cabe destacar que no existe consenso en la doctrina en cuanto a las características del conocimiento antes indicado, puesto que para algunos la mera sospecha es

[13] ROXIN, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Editorial Civitas, págs. 412 y sgtes.
[14] Tribunal Oral Criminal Nro. 2 Bahía Blanca, "A.P.A", 29.08.2005.
[15] CNCrim y Correc. Sala V, "J.H. y otro", 12.10.2000.
[16] CNCrim y Correc. Sala V, "B.R.", 25.04.1994.

suficiente para configurar el tipo; mientras que otros sostienen que -de acuerdo a la redacción de la norma- el autor debe conocer la existencia de un delito previo y que está brindando su ayuda para eludir la acción de la justicia[17], inclinándose el suscripto por esta última tendencia doctrinaria.

3.- Consumación y Tentativa

Al respecto, CREUS se encarga de señalar que para la consumación de esta forma de favorecimiento resulta necesaria la prestación de la ayuda con las finalidades típicas, sin que resulte indispensable que éstas hayan logrado su objetivo[18].

Favorecimiento Real

El artículo 277 del ordenamiento sustantivo reprime en el inciso 1ro apartado b) a quien "…*Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer…"*. Por su parte, el apartado e) del mismo inciso establece la modalidad respecto de quien "…*Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito…"*.

El tipo de encubrimiento analizado no es otra cosa que un beneficio a un tercero, pero no teniendo en cuenta al autor o al cómplice -tal como sucedía en el caso de favorecimiento personal- sino a las cosas, a los objetos, ya que se busca la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros del delito o la ayuda al autor de tales acciones[19].

1.- Elementos configurativos de la tipicidad objetiva

En el supuesto examinado, la acción típica prevista en la figura en cuestión consiste precisamente en ocultar, alterar o hacer desaparecer rastros de un ilícito o bien en prestar colaboración o ayuda al autor para el desarrollo de tales acciones.

En efecto, ocultar significa tapar o impedir que se pueda llegar a conocer la ubicación de una cosa, sustrayéndola a los sentidos o bien al conocimiento de quienes la buscan.

Por su parte, altera el objeto quien cambia o modifica el mismo en forma suficiente para entorpecer de ese modo su empleo por la autoridad para determinar eventuales responsabilidades.

[17] CREUS, ob cit., pag. 342 y DONNA, ob cit., pág. 483 respectivamente.
[18] CREUS, ob cit, pág. 353.
[19] DONNA, Edgardo ob cit., pág. 486.

Por último, la acción de hacer desaparecer consiste en suprimir el objeto por cualquier medio posible, por ejemplo quemarlo, borrarlo, evaporarlo, etc.

Resulta indispensable remarcar en este punto que las acciones antes descriptas deberán recaer indefectiblemente sobre los rastros, pruebas o instrumentos del delito, en cuando hayan sido usados para cometer el mismo.

En el caso del inciso e) –"*asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito"*- SOLER se encarga de señalar que la ley reprime la conducta de quien tiene en mira el favorecimiento de una situación futura como lo es el disfrute de lo mal habido[20].

2.- Elementos Configurativos de la Tipicidad Dolosa.

En los dos supuestos abordados en este tramo del desarrollo –previstos en los inciso 1ro b) y e) del Artículo 277 del Código Penal de la Nación- se exige la presencia de una conducta dolosa –ya sea directa o eventual-, exteriorizada aquella como el efectivo conocimiento por parte del agente de que -a través de su conducta- brinda una ayuda o colaboración para el favorecimiento real, ello con el objeto de hacer desaparecer, ocultar o alterar los rastros o pruebas de un determinado delito, o bien colabora con el autor en esos mismos propósitos.

En efecto, no quedará acreditada la figura en cuestión en la medida que no se halla debidamente verificado que la acción desplegada por el autor esté guiada por las finalidades taxativamente enunciadas en la norma[21].

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha entendido que la configuración del delito de encubrimiento real exige algo más que la mera tenencia del objeto proveniente de un delito, estos requisitos hacen al tipo objetivo, pero también será necesario el tipo subjetivo, esto es la voluntad y conocimiento del sujeto activo de concretar la conducta prohibida[22].

3.- Consumación y Tentativa

El delito de favorecimiento real –a los fines de su respectiva consumación- no requiere la verificación de ningún resultado (por ejemplo frustrar una investigación), sino que al tratarse de un delito de mera actividad y de peligro concreto e instantáneo, solo requiere la realización de las acciones antes descriptas.

[20] SOLER, ob. Cit., pág. 345.
[21] CNCrim y Correc, Sala III, "V.D.", 3.09.1991.
[22] Capel. Esquel, "A.H.F.", 23.06.1996.

c) Receptación Dolosa y Culposa

El artículo 277 del Código Penal de la Nación –específicamente en el inciso 1ro apartado c)- reprime a quien *"adquiere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito"*.
En este sentido, cabe destacar que en la anterior redacción del tipo penal, la figura de receptación se encontraba regulada en los Artículos 277 inciso 3ro y 278 del ordenamiento sustantivo, mientras que en la actualidad se mantienen los dos tipos previstos –doloso y culposo-, pero con la salvedad que en el primer caso se incluyen figuras agravantes dadas por el *"ánimo de lucro"* y la *"habitualidad"* establecidas en los apartados b) y c) del inciso 3ro. Por su parte, la receptación culposa se encuentra regulada en el inciso 2do del Artículo 277 del Código Penal de la Nación.
Por otro lado, SOLER ha remarcado que la receptación ha sido considerada como un delito contra la administración pública, aunque no obstante ello el autor podría incurrir en responsabilidad de carácter patrimonial ya que su delito también afecta el patrimonio. En este caso, el autor –sea o no a título lucrativo- deberá responder por el daño causado al propietario al asegurar los resultados de lo que sabe delictivo[23].

Receptación dolosa

1.- Elementos configurativos de la tipicidad objetiva

De conformidad con la descripción típica, las acciones sancionadas en este caso consisten en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos que provengan de un delito.

El Código Civil de la Nación –en su artículo 1323 y sgtes- dispone que adquirir consiste en obtener el objeto en propiedad, o con voluntad de ejercer sobre el mismo cualquier otro tipo de derecho real a título gratuito u oneroso (por ejemplo compra permuta o donación).

Por su parte, recibe quien admite o acepta aquello que le entrega otro sujeto, en la medida que no implique la transmisión del derecho de propiedad o de otro derecho real.

[23] SOLER, ob cit, pág. 267.

Finalmente, oculta quien despliega acciones que impiden la localización o ubicación por parte de un tercero, no exigiéndose en este caso el traslado del objeto sino su simulación por cualquier medio, incluso la destrucción con ánimo de que terceros no lo encuentren[24].

En otro orden de consideraciones, cabe destacar que las acciones descriptas deberán recaer sobre determinados objetos materiales.

En efecto, por dinero se entiende la moneda corriente utilizada como medio de cambio, por su parte el Código Civil define que las cosas son los objetos materiales susceptibles de tener valor mientras que en el concepto efectos se incluyen los bienes muebles de cualquier naturaleza, entre ellos los valores mercantiles y los documentos de crédito público[25].

Por último, la jurisprudencia ha considerado que las acciones punibles son taxativas, y por lo tanto, no encuadran en el tipo examinado las conductas de aceptar como regalos efectos sustraídos, o usados momentáneamente por el agente[26].

Tampoco quedará acreditada la figura en la medida que se haya consumido la mercadería sustraída, obtenida de manos del autor material, porque aquella no ha sido entregada para ser guardada sino para el consumo[27].

2.- Elementos Configurativos de la Tipicidad Subjetiva

Hasta la actual redacción del tipo penal examinado, la doctrina era conteste en señalar que se requería la presencia de un dolo directo, dado por el efectivo conocimiento de que los objetos que adquiere, recibe u oculta provienen de un delito[28].

Sin embargo, y tal como se encuentra actualmente redactado el tipo de encubrimiento abordado, se ha sostenido que resultaría posible atribuir la conducta a título de dolo eventual, en la medida en que el sujeto activo realice alguna de las acciones previstas en el tipo, sin perjuicio de la duda que pueda tener sobre la procedencia de los objetos que recibe, adquiere u oculta[29].

---

[24] D´ALESSIO, ob cit, pág. 1397.

[25] Artículo 2311

[26] CNCrim y Correc. Sala VI, “M.H.”, 7.05.1987

[27] CAcus. Córdoba, “G.M.”, 29.10.1976.

[28] CNCasación Penal, Sala III, “Pacheco Nino”, 4.09.2002, La Ley, 2003-B, 201

[29] CNCasación Penal, Sala I, “Romero Julio”, 16.11.2004, La Ley online.

Por nuestro lado, consideramos que el tipo subjetivo se encontrará verificado en la medida en que el sujeto activo sepa que el objeto proviene de un delito –es decir dolor directo[30]-, aunque también cabría admitir la posibilidad de que aquél, aún sospechando que los objetos puedan tener esa procedencia, igualmente actúe desinteresándose o despreciando la producción del resultado –dolo eventual-.

3.- Consumación y Tentativa

Teniendo en cuenta las particularidades del tipo examinado, cabe señalar que la adquisición se consuma en el momento en que la cosa es entregada –ya sea por el ladrón o por un tercero que interviene- a la persona que la adquiere o que se ha encargado de transportarla.

En el caso de la acción de recibir u ocultar, entonces la consumación se dará en el momento en que el objeto queda en poder del encubridor que decide someterla a alguna de esas acciones.

Receptación Culposa

1.- Elementos configurativos de la tipicidad objetiva

El inciso 2do del Artículo 277 del Código Penal de la Nación establece que en el caso del inciso 1 c), la pena mínima será de un mes de prisión si, de acuerdo a las circunstancias, *"…el autor podía sospechar que provenían de un delito"*.

En este caso, la acción típica descripta en la citada norma consiste justamente en adquirir, recibir u ocultar algún tipo de objeto, sin sospechar que mismo posee un origen ilícito.

Las acciones típicas resultan idénticas a las previstas para el tipo doloso antes examinado, sin embargo en este caso el actuar imprudente o negligente del autor –violatorio del deber de cuidado- es el que le impide advertir las circunstancias y lo conduce a programar su conducta de un modo defectuoso y lesivo para el bien jurídico, fundándose de ese modo el reproche penal.

---

[30] Al respecto, se ha considerado que *"el encubrimiento descripto solamente admite el dolo directo en razón de los elementos subjetivos que operan en el tipo, que está dominado por ellos, debiendo el autor saber que lo que compra proviene de un delito, con certeza de su origen y con la finalidad de lograr una ventaja económica"*, CNCCorr, Sala VII, "I.E.A.", 16.06.1992.

El sujeto incumple con el deber objetivo de cuidado cuando las circunstancias que rodean la receptación del objeto resultan irregulares o presentan alguna situación anómala, y no obstante ello realiza la acción sin advertir la procedencia ilícita de la cosa recibida, adquirida u ocultada[31].

d) Favorecimiento a partir de la omisión de denuncia

El inciso d) del apartado 1ro del Artículo 277 del Código Penal, reprime la conducta de quien "*No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole"*.

Bajo tal ámbito se incluyen a aquéllos sujetos que, conforme a la ley, se les impone el deber de denunciar un hecho en principio delictivo, es decir los funcionarios públicos que por la legislación procesal se encuentran obligados a formular denuncias por todo delito de acción pública del que tomen conocimiento en ejercicio de sus funciones.

1.- Elementos configurativos de la tipicidad objetiva

Al respecto, cabe destacar que –conforme se desprende de la redacción del tipo penal examinado- el autor debe haber tomado conocimiento de la comisión de un determinado delito –estando obligado a denunciarlo- o encontrarse participando de una investigación en la que se procura individualizar a los responsables de un ilícito ya conocido.

Al respecto, se ha entendido que la redacción actual del tipo penal examinado, exige para la configuración del delito de encubrimiento que el funcionario en cuestión sea de aquellos obligados a promover la persecución penal, y no simplemente los obligados a denunciar la comisión de un delito. Por lo anterior, estaríamos en condiciones de señalar que se trata de un delito de sujeto activo especial cuyo ámbito de posibles autores se circunscribe a los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, fuerzas de seguridad en sus tareas de prevención, y en su caso a los jueces cuando así lo prevean los códigos adjetivos locales[32].

La acción típica quedará estructurada entonces sobre la base de una omisión, esto es un dejar de hacer algo estando obligado a ello, y no existe duda que tal obligación surge de la profesión o

[31] D´ALESSIO, ob cit, pág. 1401. La irregularidad en el acto puede evidenciarse, por ejemplo, a través del precio vil que se adquiere la cosa u objeto, el lugar donde se efectúa la transacción o la personalidad de quien transfiere la misma.
[32] CNCas.Pen., Sala III, "A.V.", 27.11.2001.

empleo del agente, debiéndose además vincular la relación funcional entre el hecho y el sujeto activo.

La figura negativa de la omisión de denuncia requiere que el autor esté legalmente obligado a observar la conducta que no realiza. La obligación de perseguir el delito que, en caso contrario, se encubre debe provenir de la misma ley, para que la omisión pertinente devenga penalmente relevante[33].

Por otro lado, la jurisprudencia ha entendido que la circunstancia de haber puesto en conocimiento de sus superiores un determinado hecho –en principio delictivo- no releva que se proceda conforme lo exige la ley en cuanto a su obligación de denunciar como funcionario público. La omisión de denunciar no queda obviada por la comunicación a la autoridad que no es competente para recibir la denuncia, aunque esta autoridad se encuentre, a su vez, obligada a denunciar[34].

En atención a que la conducta reprimida consiste en no denunciar –es decir se trata de una omisión- se requiere entonces que el autor se encuentre en condiciones de realizar la conducta debida, esto es que le resulte materialmente posible denunciar el hecho o individualizar a los responsables del mismo.

2.- Elementos configurativos de la tipicidad subjetiva

El tipo de conducta analizada, requiere la presencia de un dolo directo, es decir el autor debe conocer de manera efectiva que se ha cometido un determinado delito y que se encuentra obligado a denunciarlo o a individualizar a sus partícipes, y pese a ello incurre en la omisión de denunciarlo.

3.- Consumación y tentativa

En atención a que se trata de un delito de pura actividad, resultará suficiente a los fines de acreditar el tipo que se haya omitido efectuar la denuncia debida, sin que sea necesaria la producción de resultado alguno. Lo trascendente en el caso es la infracción del deber de actuar por parte del funcionario obligado a denunciar o promover la investigación.

La jurisprudencia ha entendido que, existiendo una disposición legal o reglamentaria que determine un plazo para la presentación de la denuncia, el delito se consuma una vez vencido el

[33] CNFed. Crim y Correc. Sala II, "M.D. y G.", 30.06.1997
[34] CNFed. Crim y Correc. Sala I, "F.C.", 28.08.2003.

término previsto[35]. Para el caso que no se encuentre fijado ese plazo, el delito se consuma cuando pueda determinarse el retardo como dolosamente injustificado sin que se haya formulado denuncia[36].

Agravantes

En términos generales, cabe destacar que por el inciso 3ro del Artículo 277 del Código Penal de la Nación, se establecen figuras agravantes que aumentan la escala penal al doble del mínimo y del máximo; a saber:

a) Delito Anterior Especialmente Grave (Inciso 3ro apartado a).

En este caso, se regula una nueva clasificación de delitos, ello por cuanto se efectúa una división entre graves y menos graves, y por otro lado se vuelve al sistema de vincular la pena del encubrimiento a la gravedad del delito[37].

En tal sentido, se considerará delito especialmente grave todo aquel cuya pena mínima resulte superior a los tres años.

Por supuesto, corresponde señalar que la operatividad de la figura agravante solo se dará en la medida que se encuentren verificados los elementos configurativos de la tipicidad objetiva y subjetiva (dolosa o culposa según lo abordado anteriormente), y en efecto si el autor desconoce la gravedad del delito precedente, entonces no resultaría aplicable la figura examinada, pudiendo quedar subsistente el tipo básico.

b) Ánimo de Lucro

Al respecto, CREUS se ha encargado de señalar que el fin de lucro importa la obtención de una ventaja[38], agregando al respecto DONNA que tal ánimo, como especial elemento del tipo subjetivo de la agravante, se traduce en el propósito de obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial, apreciable económicamente, independientemente de que se obtenga o no dicho objetivo[39].

c) Habitualidad

[35] CNFed. Crim y Correc. Sala II, “Grondona Julio”, 5.06.1997
[36] CNFed. Crim y Correc. Sala I, “F.C.”, 28.08.2003.
[37] DONNA, ob cit, pág. 513
[38] CREUS, ob cit, pág. 347
[39] DONNA, ob cit, pág. 517.

En este caso, operará la agravante en la medida en que el actuar se dedique a la comisión de este tipo de hechos, y en palabras de DONNA la habitualidad exige no solo la reiteración de actos, sino además cierta permanencia en la actividad específica, revelada por la continuidad en ella, aunque no sea su medio de vida[40].

El supuesto examinado solo podrá admitirse en la medida que se haya acreditado la reiteración de hechos del agente como encubridor, exigiendo la prueba fehaciente de esa actividad y no la mera presunción. Es decir, se requiere que exista una condena anterior por similares hechos o que en el caso recaiga condena por varios hechos similares que concurran en forma real entre sí[41].

d) Funcionario Público

La reforma introducida por la Ley Nro. 25.815 ha previsto la figura agravada para el caso de que algunas de las acciones típicas antes examinadas, hayan sido cometidas por un sujeto que se encuentra en ejercicio y en ocasión de la función pública.

Lo anterior, remite entonces a lo dispuesto en el Artículo 77 del ordenamiento sustantivo, considerándose funcionario público a todo aquél que *"...participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"*.

Eximentes de responsabilidad

El inciso 4to del tipo penal de encubrimiento materia de análisis en el presente establece que *"Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c)…"*.

El fundamento de la eximente de responsabilidad radica en que los vínculos de sangre, de familia o los derivados de la amistad o nacidos de la gratuidad, han determinado constantemente que se exceptuara el deber de denunciar y/o de abstenerse de ayudar, ya que sostener lo contrario, implicaría contrariar las leyes de la naturaleza.

[40] DONNA, ob cit, pág. 518.
[41] TOral Crim. Nro. 7 Cap. Fed, "Sanguinetti Antonio", 26.11.2007, La Ley online.

En atención a la redacción de la norma, quedarán excluidos de la excepción prevista los supuestos de ayuda al autor o a quien participa para preservar el provecho o el producido del delito. Tampoco quedarán abarcados por dicha eximente los casos en que el autor hubiese obrado con ánimo de lucro, o bien cuando se dedique con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

Instigación o ayuda al suicidio

Por **Sebastián Amadeo**

Art. 83. ***"Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado."***

Introducción:

Si partimos de una concepción legitimante del derecho penal diremos que el bien jurídico protegido o tutelado es la vida humana. Si partimos de una perspectiva limitadora del poder punitivo sostendremos que el bien jurídico afectado es la vida humana[1]. Más allá de ello, lo cierto es que en uno y otro caso, lo que está en juego es la vida humana.

Debe tenerse presente que la ley no pune el suicidio (etimológicamente: "*sui*" -de sí mismo-, "*cidium*" -asesinato o muerte-), es decir, el acto de matarse o intentar matarse voluntariamente. En el primer caso porque no se puede punir al muerto toda vez que la pena no puede trascender de su persona que, en la hipótesis, ha dejado de ser tal. En el segundo, porque dicho comportamiento encuadra en el principio de reserva. En tal sentido corresponde recordar que el artículo 19 de la Constitución Nacional dispone que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

La no punición del suicidio es una conquista actual. En efecto, en épocas pretéritas además de soportarse sanciones sociales y religiosas (por ejemplo, no se daba cristiana sepultura al suicida por afirmarse que era un caso de pecado mortal) se imponían ciertas sanciones jurídicas (como la confiscación del patrimonio del suicida)[2].

---

1 Cfr.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003, 2ª edición, págs. 486 y ss.

2 Cfr.: BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2009, págs. 165/166.

En nuestro país, el Proyecto Tejedor fue el único que contenía una sanción contra el suicida al disponer: "*El que se quite voluntariamente la vida incurre por el mismo hecho en la privación de los derechos civiles, y las disposiciones últimas que hubiese hecho se tendrán por nulas y sin ningún valor*". A su vez, en relación a quien intentaba suicidarse y no lo lograba por circunstancias ajenas a su voluntad se disponía su conducción a un lugar seguro y la sujeción a vigilancia rigurosa de un mínimo de un año y un máximo de tres[3].

Superada esta cosmovisión, y debiendo concentrarse las políticas públicas en la prevención del suicidio[4], lo que la ley actualmente pune es que un sujeto instigue o ayude a otro a suicidarse siempre y cuando ese otro se haya dado muerte a sí mismo o intentado hacerlo. El fundamento de la pena es que el sujeto activo menosprecia la vida ajena.

Hay autores que sostienen que la vida humana es un bien disponible[5]. Sin embargo, merece remarcarse que la no punición en caso de suicidio deriva del principio de intrascendencia de la pena y en el caso de tentativa del propio suicidio la no aplicación de pena se debe a que el acto no lesionó ni puso en peligro bienes jurídicos ajenos (principio de lesividad) a lo que, por otra parte, corresponde agregar que puniendo la tentativa de suicidio se estaría agregando un motivo más al sujeto para insistir en la consumación de su propia muerte.

De lo expuesto se deduce que la no punición de la autoeliminación o su conato no implica que el bien jurídico vida sea disponible, puesto que si así fuera, el consentimiento o el expreso e insistente pedido de ayuda del suicida para que cooperen materialmente con él tendría entidad suficiente para excluir el tipo y la pena, lo que no ocurre en nuestro derecho.

---

3 Cfr.: ESTRELLA, Oscar Alberto - GODOY LEMOS, Roberto: *Código Penal Parte Especial De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, 2ª edición, pág. 138.

4 Más allá que desde Emile Durkheim y su celebérrima obra *El Suicidio*, éste ha sido un tema de mayor investigación científica, lo cierto es que resulta indudable la imperiosa la necesidad de conocer a fondo el fenómeno suicida y buscar medidas preventivas al mismo. En tal sentido se destaca el trabajo de la "Asociación Internacional para la Prevención del Suicidio".

5 En tal sentido sostiene Buompadre que "el suicidio es un acto lícito, por cuanto la vida -como otros bienes jurídicos individuales- es disponible" (Cfr.: BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit.,* pág. 163).

Estructura Típica:

El tipo en cuestión permite distinguir un aspecto objetivo y otro subjetivo, razón por la cual seguiremos este esquema de análisis.

Tipo Objetivo:

Sujeto Activo:

De la lectura del tipo no surge que el autor del delito tenga que tener alguna característica especial. Es, pues, un *delicta comunia*.

Sujeto Pasivo:

Si bien el legislador nada advierte en este sentido y, por lo tanto, puede sostenerse que, en principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de este delito, debe tenerse presente que éste debe haber tenido la capacidad y la libertad suficiente para decidir tan trascendental acto. En consecuencia, si el sujeto pasivo es un incapaz, enfermo mental o si el consentimiento está viciado (por error o ignorancia, violencia, engaño, coacción, etc.) el hecho dejaría de ser suicidio para convertirse en homicidio porque la víctima obrará como un instrumento.

Acción Típica:

La acción típica consiste en *instigar a otro al suicidio o ayudar a otro a cometerlo*. Analizaremos al respecto cuatro cuestiones.

1. *Instigar al suicidio*: consiste en persuadir al sujeto pasivo para que el mismo llegue al convencimiento de que debe quitarse la vida.

Persuadir, pues, es inducir al otro (con independencia de si se logra o no el resultado buscado). Ahora bien, cuando dicho resultado o la tentativa se verifican surge la punición del hecho. Ello implica sostener que la inducción necesita para ser punible la determinación del sujeto de quitarse la vida o intentar hacerlo. Dicho en otras palabras la inducción puede ser, desde el punto de vista del resultado o su intento, eficaz o ineficaz. El primer caso es punible, el otro es impune.

La persuasión debe estar dirigida a que el sujeto pasivo se quite la vida. Sin embargo convencer a otro para que se deje matar constituirá para quien realice la acción exitosamente un homicidio y convencer a otro para que se deje matar por un tercero constituirá, en caso de lograrse el resultado buscado, una instigación de homicidio.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido al respecto que "para que exista instigación se deben dar los siguientes requisitos: 1) La decisión: decidir al ejecutor que concrete el hecho. Es decir a realizar la acción, lo que implica que si el autor ya tomó la decisión de cometer un hecho concreto los actos del inductor nunca pueden ser de instigación, y 2) los medios para instigar: ello a través de un medio psíquico, intelectual o espiritual, pues debe influir en la psiquis del autor para que tome la decisión"[6].

Las formas de instigar al suicidio son variadas y dependen de la casuística. La instigación al suicidio puede ser: a) condicional (cuando la muerte queda supeditada a una condición o suceso determinado); b) recíproca (cuando existe instigación mutua, así, por ejemplo, dos personas se ponen de acuerdo para morir juntas y una de ellas abre el gas y se acuestan -aquí no importa quien abrió la llave del gas porque no se mata al otro por eso, sino que el otro muere porque se queda allí-); c) condicional-recíproca (por ejemplo la ruleta rusa, consistente en colocar un proyectil en el tambor del revólver, hacerlo girar y dispararse sucesivamente cada protagonista)[7].

2. *Ayudar al suicidio*: consiste en la cooperación material en la muerte del sujeto pasivo. Lo característico de quien ayuda al suicidio es que no tiene el dominio del hecho. Así, por ejemplo, ayuda al suicida quien le da un arma de fuego, pero comete un homicidio con consentimiento de la víctima quien a su pedido la mata con la misma. De igual modo ayuda al suicidio quien da la soga o hace el nudo de la misma a quien pretende ahorcarse, pero comete homicidio con consentimiento de la víctima quien corre el banco sobre el cual se apoyaba.

La jurisprudencia ha sostenido que "constituye una instigación eficiente y directa y una ayuda efectiva y determinante al suicidio, la actitud del procesado que a la expresión 'me voy a matar', proferida por su esposa, responde 'matate de una vez', arrimando una lámpara encendida hacia donde ella estaba con sus ropas impregnadas de kerosene"[8].

La ayuda puede realizarse antes de cometerse el hecho (como en los casos mencionados) o durante su ejecución (por ejemplo, montando guardia para impedir la intervención de terceros).

---

6 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 24.04.2007 *in re* "M. R., R. s/ Recurso de Casación" .

7 Cfr.: BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit.*, pág. 167; D'ALESSIO, Andrés José -Director- DIVITO, Mauro A. -Coordinador-: *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª edición, pág. 47; MOLINARIO, Alfredo J.: *Los delitos*, Tomo I, Buenos Aires, Tea, 1996, pág. 191.

8 Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, 27.11.1964 *in re* "K., S.D.".

Si bien no hay dudas de que se puede ayudar al suicidio por acción, se discute si ello es posible por omisión. Por ejemplo, el no cortar la soga del que se está ahorcado, el no llamar al médico para el que se ha envenenado voluntariamente. Sostiene Romero que “en estos casos no se trataría de comisión por omisión en la medida en que el sujeto no tiene posición de garante porque él no ha creado la situación de peligro previa. La doctrina considera que sería un caso de omisión de socorro (art. 108)” [9].

Distinto sería el caso de no prestar auxilio a una persona que se suicida cuando se está obligado a prestarlo por la posición de garante asumida (por ejemplo, el guardavida que no hace nada frente a quien se ha arrojado al mar para ahogarse). En estos casos la conducta es una ayuda omisiva al suicidio[10].

Es menester advertir que el tipo penal requiere la ayuda al suicidio, por lo que no es indispensable el acuerdo del sujeto activo con el sujeto pasivo en tal sentido. En consecuencia, tanto ayuda al suicidio el sujeto que le da a otro un arma de fuego para que se quite la vida, como el que carga el arma que sabe que va a utilizar el suicida, quien ignora quien la cargó.

3. *A otro*: tanto la instigación como la ayuda al suicidio deben dirigirse a otro. Esto implica aclarar dos cosas: a) ¿debe tratarse de una persona o varias?; b) ¿la persona debe ser determinada o puede tratarse de un conjunto indeterminado de personas, aunque posteriormente determinables? (por ejemplo, expresar por televisión un largo discurso finalizando el mismo diciendo algo así como “mátense quienes tienen una enfermedad incurable en período terminal porque no tiene sentido la vida” y un grupo de personas por ello decide matarse).

En cuanto a la primera cuestión, una interpretación literal podría negar validez a la instigación o ayuda al suicidio de *otros*. Sin embargo, si fuera así quedaría impune la conducta de quien instiga o ayuda al suicidio a varias personas, lo que no parece admisible. Lo mismo ocurre en el homicidio (art. 79, Código Penal) en que el codificador alude a “matar a otro” sin que ello implique la imposibilidad de aplicar la figura cuando hay varias víctimas.

En cuanto a la segunda cuestión, la respuesta es más discutible, puesto que al no haber un otro determinado en virtud de una interpretación acorde al principio de legalidad, debería cerrarse toda

---

9 ROMERO, Gladys N: *Instigación o ayuda al suicidio* en Revista de Derecho Penal (Delitos contra las Personas II), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 107.

10 Para mayores precisiones puede verse con provecho: BACIGALUPO, Enrique: *Hacia el nuevo Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, págs. 299/208 (*La ‘ayuda omisiva’ al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal*).

posibilidad de punición. En tal sentido, Creus expresa que “la actividad instigadora debe estar enderezada a una persona determinada; la dirigida a personas indeterminadas no llena el tipo (p. ej., incitar al suicidio colectivo por un medio de comunicación masiva)”[11]. Sin embargo, interpretaciones extensivas del tipo penal sostendrán que ese otro si se pudo determinar pasó de indeterminado a determinable y, por tanto, la punición lo abarca. Por nuestra parte creemos que esta interpretación no es posible, por ser extensiva e implicar la aplicación de la analogía *in malam partem*.

4. *Instigación y ayuda al suicidio*: Puede suceder que el sujeto activo desarrolle ambos comportamientos típicos, es decir, que instigue y ayude a realizar el suicidio. En estos casos no se multiplica la delictuosidad.

Resultado:

La instigación o ayuda al suicidio de otro requiere para ser delito, y por lo tanto, para ser penado que *el suicidio se hubiese tentado o consumado*.

La consumación del suicidio no ofrece problemas técnicos porque implica la muerte del sujeto pasivo.

La discusión puede generarse en cuanto a las palabras *suicidio tentado* porque la tentativa tiene una clara definición legal (art. 42 del Código Penal), de la que se deduce para el caso bajo análisis un comienzo de ejecución del suicidio, pero una no consumación del mismo por circunstancias ajenas al suicida. Es decir, que el suicida no puede llevar adelante su autodestrucción por la actuación de terceros salvadores, caso en el cual quien ayuda o coopera sería punido.

Si, en cambio, el suicida comienza a ejecutar su autoeliminación instigado o ayudado por alguien y habiendo comenzado la ejecución luego desiste voluntariamente de tan drástica decisión, no hay un suicidio tentado sino sólo desistimiento voluntario que aprovecha al que instigó o ayudó al suicidio.

Esto implica desechar la opinión que sostiene que para punir basta sólo un principio de ejecución, porque como hemos dicho éste está presente tanto en la tentativa como en el desistimiento voluntario[12].

---

11 CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo*: Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2007, 7ª edición, pág. 55.

12 El art. 43 del Código Penal dispone que “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”. Nótese que se alude al “autor de tentativa”, es decir, refiere al comienzo de ejecución sin consumación.

Por otra parte corresponde señalar que se ha discutido la ubicación que tiene en la dogmática penal la exigencia de que "*el suicidio se hubiese tentado o consumado*". En tal sentido, mientras una parte de la doctrina interpreta que es un elemento del tipo penal, puesto que así como existe disvalor de acción (instigar o ayudar a otro al suicidio) también existe disvalor de resultado (que el suicidio se haya tentado o consumado), otra sostiene que se trata de una condición objetiva de punibilidad, "ya que no perteneciendo a la acción típica del agente, condiciona la aplicación de pena"[13].

Tipo Subjetivo:

La doctrina suele aceptar que instigar y/o ayudar a otro al suicidio implica dolo directo[14].

No se admite el dolo eventual, es decir, aquellos casos en los que el autor ha perseguido una finalidad distinta del suicidio, aunque aceptando con indiferencia la posibilidad del resultado. Así Creus señala que no es punible el editor que encarga al único corrector de pruebas que tiene y que es de reconocida tendencia al suicidio, los originales de una obra que describen casos y procedimientos de suicidios de personajes célebres[15].

No se admite la tipicidad culposa, pues nuestro sistema jurídico penal es *numerus clausus* (sólo son culposos los delitos previstos típicamente como tales) y no existe la tipicidad de instigación o ayuda al suicidio culposa.

Consumación:

El delito se consuma cuando el sujeto pasivo comienza a ejecutar el suicidio sin desistir voluntariamente de él. Si esto último ocurre, es decir, si el suicida se arrepiente mientras está ejecutando la acción, sólo hay comienzo de ejecución del suicidio, y por lo tanto no estará dada la exigencia legal de *suicidio tentado*, sino tan sólo de suicidio desistido.

---

13 CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit*., pág. 57. En cuanto a la discusión si el artículo 83 del Código Penal constituye o no una condición objetiva de punibilidad puede verse con provecho: CORVALÁN, Juan Gustavo: *Condiciones objetivas de punibilidad*, Buenos Aires, Astrea, 2009, págs. 343/358.

14 Cfr.: BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit*., pág. 168.

15 CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit*., pág. 58.

Por lo demás, preciso es aclarar que no es correcto afirmar que la figura se consuma cuando se instiga o ayuda a otro al suicidio, porque es necesario para habilitar la punibilidad que aquel se hubiese consumado o tentado.

Tentativa:

Consecuentemente con lo expuesto la tentativa no es admitida. Quienes sostienen la posibilidad del conato expresan que el mismo se verifica cuando existen actos de instigación o ayuda al suicidio no seguidos por la acción de matarse o su intento. Sin embargo como el hecho sólo es punible si el suicidio se consumó o se tentó, el conato de esta figura no parece posible.

Otras Cuestiones de Interés:

1. La huelga de hambre penitenciaria reivindicativa:

Se plantea si constituye una omisión punible a título de ayuda al suicidio la no prestación de ayuda a los internos de una penitenciaría que se encuentran en huelga de hambre a punto de morir. Dicho en términos ejemplificativos, si es delito o no no suministrar en estas circunstancias los alimentos necesarios, o la atención médica imprescindible o el no interrumpir la huelga para evitar la muerte. Creemos que la respuesta debe ser positiva por varios motivos: a) las autoridades penitenciarias asumen una posición de garante respecto de seguridad, integridad y vida de los internos; b) cuando la huelga se encuentra en esas circunstancias no se puede hablar de voluntad consciente y la huelga de hambre pierde su carácter reivindicativo; c) el principio *in dubio pro vitae* indica que toda duda debe resolverse a favor de la vida; d) respetar la voluntad de un huelguista que ha perdido la conciencia es un cómodo trámite para dejar impune su muerte[16].

2. El homicidio-suicidio:

Existen supuestos en los cuales dos personas se ponen de acuerdo para que una mate a la otra y luego se suicide. Imaginemos que A conviene con B matarlo y luego matarse. En relación a ello puede ocurrir:

---

16 Cfr.: BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit.*, págs. 168/171.

a) Que ambas partes cumplan lo pactado (A mata a B y luego se suicida). En este caso ninguno puede ser punido en virtud del principio de intrascendencia de la pena. Pero queda claro que A cometió un homicidio (el de B) y un suicidio atípico (el propio) y B cometió instigación al suicidio.

b) Que quien mató al otro no consume su suicidio y quede con vida (A mata a B y luego se dispara sin lograr más que algunas lesiones). En este caso la conducta de A será encuadrada como homicidio (aunque deberá analizarse si se verifican los presupuestos de la emoción violenta). La eventual tentativa de suicidio de A no es punible, toda vez que B (instigador) murió.

Una variante del caso se verifica cuando A dispara contra B, a quien mata, y luego no se suicida. Es obvio que A comete homicidio y la conducta de B de instigar al suicidio queda sin punir primero porque murió (principio de intranscendencia de la pena) y segundo porque A ni siquiera intentó su suicidio.

c) Que quede con vida quien iba a morir primero (A dispara contra B y luego se dispara y muere, pero B queda con vida). En este caso quien queda con vida (B) habrá instigado el suicidio de A. Por su parte, si bien A no podrá ser punido por el principio de intrascendencia de la pena, es obvio que cometió una tentativa de homicidio.

d) Que ambos queden con vida (A dispara contra B y luego se dispara a sí mismo, pero los dos resultan tan sólo lesionados). En este supuesto, A será autor de tentativa de homicidio y B de instigación al suicidio. Una variante puede ser que A dispare contra B y no cumpla su promesa de suicidarse cuando observa que B resulta sólo lesionado. Allí A será autor de tentativa de homicidio y la conducta de B será atípica porque el suicidio de A no fue consumado ni tentado[17].

También existen supuestos límites entre el homicidio y el suicidio, como el que presenta la obra *La puerta y el pino* de Robert Louis Stevenson[18].

3. La Eutanasia:

Corresponde analizar qué ocurre cuando una persona presta su ayuda material a otra (por ejemplo, le alcanza el revólver cargado o el veneno en la dosis adecuada) que se encuentra impedida

17 Cfr.: MOLINARIO, Alfredo J.: *op. cit.*, pág. 191.

18 Cfr.: PÉREZ DE MATEIS, Laura - BALDERRAMA, Juan Pablo: *Homicidio o instigación al suicidio (La puerta y el pino)* en Revista de Derecho Penal (Delitos contra las personas II), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 187 y ss.

físicamente por una enfermedad grave, terminal y dolorosa cuando ésta persona se lo solicita en pleno ejercicio de su estado de conciencia y producto de una decisión seria y libre.

El tema se vincula con la eutanasia (etimológicamente "*eu*" -bien o bueno- y "*thanatos*" -muerte-, es decir, buena muerte o muerte tranquila, sin dolor ni sufrimiento). Cabe destacar que la misma es una institución que fue evolucionando con el tiempo y en función de las distintas realidades histórico-políticas. Originariamente fue concebida como la muerte que se procura a otra persona afectada de una enfermedad grave, terminal y dolorosa, a su requerimiento y en su interés, guiado por sentimientos altruistas y de piedad[19]. El tema tiene gran importancia práctica a tenor de celebérrimos casos (el español Ramón San Pedro, la británica Diane Pretty, la estadounidense Terry Schiavo, la italiana Eluana Englaro, etc.) que se replican en cantidad de casos anónimos.

El tema en su totalidad no es de incumbencia de nuestro análisis, el que sólo se ceñirá a responder a la pregunta si en casos de ayuda material como los descriptos al principio hay o no delito de ayuda al suicidio.

Si bien el tema se reconduce a determinar si el bien jurídico vida es disponible o no, porque en el primer caso el consentimiento del sujeto pasivo es suficiente para que no exista delito y en el segundo no, lo cierto es que parece imponerse la opinión que sostiene que constituye delito porque lo que se protege es la vida ajena, disponible para su titular sin la ayuda de nadie. En esta tesitura, se discute si el delito cometido es el de homicidio (art. 79 del Código Penal) o ayuda al suicidio (art. 83 del Código Penal). Por nuestra parte creemos que en la medida que el dominio de la acción la tenga la víctima habrá ayuda al suicidio y si no habrá homicidio.

Sin embargo, cabe aclarar que la ley de salud (26.529) ha sido modificada por la 26.742 y la misma avanzó en lo que hace al consentimiento de la víctima en determinados casos extremos. En tal sentido, el art. 5 (según redacción de la ley 26.742) refiere a que el consentimiento informado implica hacer conocer al paciente "derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los

---

19 Cfr.: BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *op. cit.*, pág. 60 y ss.

mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

Esta nueva normativa implicará repensar la problemática del consentimiento en los delitos contra la vida.

Homicidio Culposo

Art. 84. ***"Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.***

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor."

Introducción:

El bien jurídico protegido o, con más precisión, el bien jurídico afectado, es la vida humana producto de conductas que resultan violatorias del deber de cuidado.

Como se sabe, existen dos sistemas legislativos en derecho comparado en relación a la tipificación de los delitos culposos (también denominados imprudentes), a saber, el *numerus clausus* (sólo son culposos los tipos previstos como tales) y el *numerus apertus* (todos los delitos dolosos admiten ser cometidos culposamente, en cuyo caso la pena disminuye). Como se sabe el primer sistema es el consagrado en nuestro derecho y las legislaciones comparadas más avanzadas y el segundo es actualmente abandonado porque contraría el carácter fragmentario del Derecho Penal expandiéndolo inadecuadamente.

Debe tenerse presente que en los delitos culposos la conducta prohibida no se individualiza por el fin en sí mismo, sino por la forma defectuosa de seleccionar los medios (violando deberes de cuidado) y poner en marcha la acción para alcanzar la finalidad deseada. En tal sentido se señala que la figura del homicidio culposo constituye un tipo penal abierto porque el legislador no puede prever la infinidad de conductas violatorias del deber de cuidado que provoquen la muerte y es por eso que encomienda al juez cerrar el tipo determinando cuál era el deber de cuidado que tenía el autor en las circunstancias concretas de un caso determinado[1].

No existe en nuestra legislación penal un concepto de culpa. Ella, no obstante, se extrae del artículo bajo comentario que refiere a diversas especies (*imprudencia*, *negligencia*, *impericia -en el arte o profesión-*, *inobservancia -de reglamentos* o *deberes de cuidado-*) que se suelen agrupar bajo un género común: la violación de los deberes de cuidado[2].

[1] Cfr.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1999, págs. 383 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1998, 6ª edición, págs. 427 y ss. En esta línea de pensamiento la jurisprudencia afirmó que "en los delitos culposos la acción del tipo no está determinada legalmente, sus tipos son, por eso, 'abiertos' o 'con necesidad de complementación', ya que el juez tiene que completarlos para el caso concreto, conforme a un criterio rector general. En los delitos culposos el juez debe investigar cuál es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor en su situación concreta, y luego a través de una comparación entre esta conducta y la acción real del autor, determinar si era adecuada al cuidado o no" (Cámara Penal de Pergamino, 11.06.1996 in re "V.J.L.").

[2] Según Estrella y Godoy Lemos un concepto adecuado de la misma puede encontrarse en el artículo 20 del Proyecto de 1979 que expresaba: "Obra con culpa el que produce resultado delictuoso sin quererlo cuando, por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbían no previó lo que ocurriría o previéndolo creyó poder evitarlo" (ESTRELLA, Oscar Alberto - GODOY LEMOS, Roberto: *op. cit.,* pág. 142).

No debe confundirse la culpa con la culpabilidad. La culpabilidad es un elemento conceptual de la teoría general y jurídica del delito. En efecto, este se suele definir como una acción típica, antijurídica y culpable. Ahora bien la culpa (al igual que el dolo) tuvieron diferente ubicación según el modelo explicativo de que se trate. Así mientras que para el causalismo (naturalista y normativista) la culpa y el dolo eran formas de culpabilidad, a partir del finalismo no se discute que la culpa y el dolo son elementos del tipo subjetivo. Con esta advertencia, pues, se aventa toda posibilidad de confundir estos conceptos.

Estructura Típica:

Mucho se ha discutido sobre la estructura típica del homicidio culposo. La cuestión se vuelve más compleja si se toma en consideración que para la construcción teórica de los delitos culposos que se ha hecho en la parte general del Derecho Penal se ha tomado generalmente como base el homicidio imprudente.

Así se sigue discutiendo hoy en día si existe un tipo objetivo y un tipo subjetivo; cuál es papel y el encuadre dogmático que corresponde dar al resultado (muerte); cómo se debe vincular la conducta y el resultado para que sea atribuible al sujeto activo; etc. Por nuestra parte analizaremos los elementos exigidos legalmente por el artículo 84 del Código Penal para que se configure la tipicidad (nótese que no distinguiremos un tipo objetivo de otro subjetivo, atento a la gran discusión que hay al respecto), y tan sólo reseñaremos cuestiones cuyo estudio en profundidad compete a la parte general del Derecho Penal.

Sujeto Activo:

En la figura simple, cualquier persona puede ser autor (*delicta comunia*). En una de las hipótesis del tipo agravado (*conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor*), sólo podrá ser autor el conductor de un vehículo automotor.

Sujeto Pasivo:

En la figura simple, cualquier persona. En una de las hipótesis del tipo agravado (*si fueren más de una las víctimas fatales*) el sujeto pasivo deberá estar constituido por, al menos, dos personas, sin limitarse el número máximo.

Acción Típica:

En la figura simple, la acción típica consistirá en *violar el deber de cuidado y como consecuencia de ello producir el resultado típico*: *causar la muerte a otro por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo.*

En las figuras agravadas, la acción típica será la misma. En efecto, se deberá violar *el deber de cuidado y como consecuencia de ello producir el resultado típico*: *causar la muerte de al menos dos personas* o *causar la muerte* (de una o más) personas por haber realizado una *conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor*.

Corresponde anticipar que las figuras agravadas constituyen hipótesis alternativas que funcionan independientemente, por lo que si una conducta produce ambas cosas (por ejemplo, un automovilista mata a dos personas) la delictuosidad no se multiplica, siendo ello tan solo un elemento más a tener en cuenta para la graduación de la pena (arts. 40 y 41 del Código Penal).

La doctrina ha manifestado variedad de pareceres al momento de sintetizar cuál es el comportamiento típico.

Actualmente se sostiene que es la *conducta violatoria del deber de cuidado*, género que admite diversas especies, a saber, *imprudencia*, *negligencia*, *impericia -en el arte* o *la profesión-* e *inobservancia -de reglamentos* o *deberes a cargo-*.

En este contexto, tradicionalmente se sostiene que la *imprudencia* se caracteriza por un exceso en el obrar (precipitación, ligereza, temeridad que hace que el imprudente haga algo que la prudencia no aconseja hacer); la *negligencia* como un defecto en el obrar (descuido, desatención, falta de preocupación, que hace que el negligente no haga algo que la prudencia aconseja hacer); la *impericia* en el arte o profesional (figura conocida como "culpa profesional") como la inhabilidad o inidoneidad en el obrar en virtud de no respetar la *lex artis*; la *inobservancia de reglamentos*, como la infracción a toda actividad reglada; y *la inobservancia de deberes de cuidado* como todo comportamiento contraventor de las reglas generales de la debida atención[3].

Sin embargo esta clásica caracterización se encuentra lejos de ser compartida doctrinariamente, toda vez que no existe acuerdo sobre la reconducción de las "especies" legales.

Cierta doctrina da importancia a la separación de cada una de estas "especies". En tal sentido, Terragni afirma que "la negligencia no guarda otra relación con la imprudencia más que aquella que hace a ambas maneras de infringir el deber de cuidado"[4], y más adelante sostiene "queda claro que la inobservancia de los reglamentos no debe ser metida en el mismo saco para que se mezcle con la imprudencia, la negligencia y la impericia"[5].

Por su parte, Donna enseña que "puede afirmarse que tanto la impericia como la inobservancia de los reglamentos nos son más que casos de negligencia e imprudencia, siendo que para algunos autores como Malamud Goti todos pueden reconducirse a la imprudencia"[6].

Zaffaroni-Alagia-Slokar señalan que la disposición del art. 84 del Código Penal proviene del Código Zanardelli y que "aunque aparentemente enuncia como formas la imprudencia, la negligencia y la impericia, se trata de las formas clásicas del derecho romano… que en rigor pueden reconducirse a las dos primeras, sosteniendo algunos autores que ambas son también reconducibles recíprocamente y

---

[3] Cfr.: TERRAGNI, Marco Antonio: *El delito culposo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, págs. 65 y ss. Por su parte Carlos Parma señala que "formas de culpa son la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo. La regla indica que la imprudencia es un exceso en la acción en tanto la negligencia es un defecto en la acción. Exceso y defecto, anverso y reverso de la misma moneda. Imprudencia: es aquella conducta arriesgada o peligrosa para las personas o bienes ajenos. Es un exceso en la acción. Negligencia: es la conducta caracterizada por un comportamiento descuidado, es decir, la falta de adopción de las precauciones debidas. Es un defecto en la acción. Impericia: es el desconocimiento técnico o el no contar con la habilidad necesaria para la tarea que se emprende. Inobservancia de los deberes a cargo: quien incumple las obligaciones que genera la actividad desarrollada. Inobservancia de los reglamentos: es no atenerse a los que presentan un modo de obrar determinado, emanados de una autoridad competente" (PARMA, Carlos: *Código Penal de la Nación Argentina Comentado*, Tomo II, Córdoba, Mediterránea-Cuyo, 2005, pág. 89).

[4] TERRAGNI, Marco Antonio (Director): *Derecho Penal Parte General*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012, pág. 290.

[5] *Ibídem*, pág. 291.

[6] DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, 3ª edición, págs. 235/236.

optando, no sin cierta arbitrariedad, por una u otra como denominación genérica”[7]. Agrega que “las preferencias denominativas responden a tradiciones: se adopta culpa en la literatura italiana… negligencia e imprudencia como traducción… alemana… Dado que la cuestión terminológica no es determinante, se emplean aquí como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia”[8].

Ahora bien, si el género común del homicidio culposo es la infracción del deber de cuidado habrá que referir a los distintos problemas que el mismo genera, haciendo las distinciones que a continuación se proponen.

1. *No existen deberes de cuidado genéricos, sino que los mismos son específicos*. En efecto, no hay un deber de cuidado en general, sino que a cada conducta le corresponde un determinado deber de cuidado: uno es el deber de cuidado al conducir un vehículo automotor, otro al limpiar un arma de fuego, otro al realizar una intervención quirúrgica, otro al construir un edificio, otro al hachar un árbol, etc. Como se anticipó, en los delitos culposos la conducta prohibida no se individualiza por el fin en sí mismo (por ejemplo conducir el vehículo automotor, limpiar el arma, intervenir quirúrgicamente, construir el edificio, hachar, etc.), sino por la forma defectuosa (violatoria de los deberes de cuidado) de seleccionar los medios y poner en marcha la acción para alcanzar dicha finalidad (cómo conduzco, limpio el arma, opero, construyo, hacho, etc.).

2. *La violación del deber de cuidado implica previsibilidad y evitabilidad del resultado.* En efecto, si el resultado es imprevisible es inevitable. Ejemplos: el sujeto conduce por una calle atendiendo todas las indicaciones de tránsito, pero causa un accidente con resultado de muerte de una persona porque circula en dirección prohibida debido a que alguien había cambiado las originales indicaciones de los carteles; quien descarga bultos de un camión creyendo que contienen lana porque así están rotulados y resulta que uno de ellos contiene una bomba que al arrojarlo explota causando la muerte; quien al encender el interruptor de la luz de su casa sin saberlo ni imaginarlo acciona un mecanismo prediseñado por otro para matar a una persona. En estos casos no hay violación del deber de cuidado porque no hay posibilidad de previsión (hay ignorancia o error invencible de tipo). Por contrario imperio, si el resultado es previsible puede ser evitado: quien abre la puerta de la cocina y percibe un fuerte olor a gas y pese a ello prende la luz provocando una explosión que causa la muerte de una persona, viola un deber de cuidado porque era comprensible que actuara prudentemente[9].

3. *Se discute cómo debe establecerse la previsibilidad: si objetiva o subjetivamente.* Para cierta postura es necesaria fijarla objetivamente, es decir, conforme a una conducta modelo o patrón ideal (como el buen padre de familia del derecho civil, o el *reasonable man* anglosajón o el *homunculus normalis*, es decir, la imagen de un hombre prudente, inteligente, previsor y diligente)[10]. Se ha dicho a favor de esta concepción que de este modo se exige un comportamiento promedio a todos los individuos, por lo que se respeta el principio de igualdad (se exige a todos los individuos una conducta media). Consecuencia de esta postura es que no se imputará al sujeto el no empleo de conocimientos especiales superiores al promedio exigido. Sin embargo este criterio es criticable, pues como señalan

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal*, *op. cit*, pág. 550.
[8] *Idem*.
[9] Cfr.: los ejemplos mencionados se encuentran en: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual*..., *op. cit*., pág. 435.
[10] Así por ejemplo Donna, quien habla del “deber objetivo de cuidado” (Cfr.: DONNA, Edgardo Alberto: *op. cit*., págs. 235 y ss.).

Zaffaroni, Alagia y Slokar "se trata de una figura de imaginación manipulable a voluntad del intérprete y, por ende, sin capacidad para proveer límites ciertos a la tipicidad"[11]. Agregan dichos autores que "es necesario advertir a su respecto que esta construcción imaginaria no debe confundirse con un dato de la realidad por entero diferente, que es la existencia de un *standard* mínimo de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura, lo que es verificable: *en tanto que el standard medio es imaginario, el mínimo es real y verificable*"[12].

Ahora bien, la postura del *standard* mínimo podría llevar a considerar que se violó un deber de cuidado respecto de quien nunca pudo realmente observarlo.

Frente a esta concepción surge aquella que mantienen los autores mencionados en último término, para los cuales el deber de cuidado se debe establecer conforme a la capacidad individual de previsión que es la que determina el límite de la culpa. Ello, con dos advertencias: "(a) incurre en imprudencia por emprendimiento el que inicia una actividad sabiendo que tiene sus facultades disminuidas, porque en ese caso tiene capacidad de previsión y, en consecuencia, puede calcular que introduce un peligro… (b) De igual modo, incurre en imprudencia el que actúa sin informarse debidamente, porque tampoco le falta previsibilidad respecto del peligro que produce: el médico que interviene sin los análisis previos aconsejados por su arte no carece de previsibilidad sino que incurre en violación de su deber de cuidado, que le imponía informarse"[13].

4. *No hay violación al deber de cuidado cuando se actuó dentro del riesgo permitido*. Modernamente la doctrina penal ha tomado de la sociología la noción de riesgos y en base a ello se sostiene que la actual es una *sociedad de riesgos*. En base a ello se distinguen los *riesgos permitidos* que una sociedad tolera en virtud de los beneficios que obtiene (tránsito vehicular, instalación de fábrica de explosivos o de otras industrias peligrosas, etc.) de los riesgos prohibidos, es decir, aquellos que no admite (conducir a velocidades prohibidas, no tomar medidas de seguridad legales respecto de la instalación de las fábricas o industrias aludidas, etc.). El análisis de la violación del deber de cuidado siempre se instala dentro del riesgo no permitido.

5. *No toda violación reglamentaria implica per se violación del deber de cuidado*. Las violaciones reglamentarias son indicios de violación del deber de cuidado. Así el transgredir el límite de velocidad máxima, o el sentido de circulación del tránsito son indicios de una conducta violatoria del deber de cuidado. Pero puede suceder que la violación reglamentaria no guarde relación con el resultado producido: así el que conduce un vehículo automotor con licencia vencida, pero su vista, oído, reflejos y pericia no está disminuida, no viola ningún deber de cuidado.

6. *No hay violación del deber de cuidado cuando se actúa dentro de los límites del principio de confianza*. Esto significa que en actividades complejas y compartidas de las cuales resulta un resultado disvalioso (muerte) resulta conforme al deber de cuidado la conducta de quien confía en que el otro se comportará conforme al propio deber de cuidado, mientras no tenga razón suficiente para dudar o pensar lo contrario. Ejemplificativamente: el médico que está por realizar una intervención quirúrgica confía en que el instrumental que le da el enfermero está esterilizado, en tanto no vea que éste tiene las

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal, op. cit.*, pág. 557.
[12] *Ibídem*.
[13] *Ibídem*, pág. 559.

manos sin guantes o que el material presenta *prima facie* evidentes muestras de no encontrarse debidamente esterilizado.

7. *La violación del deber de cuidado puede provenir de una acción o una omisión*. No debe equipararse, como antiguamente se hacía, el delito culposo con el omisivo, porque sabido es que las omisiones pueden ser dolosas o culposas[14]. En efecto, el homicidio culposo puede darse por acción (por ejemplo, conducir un vehículo automotor a exceso de velocidad provocando por ello la muerte de alguna persona) como por omisión (verbigracia, quien no atiende a un paciente debido al mal diagnóstico que le efectuó y producto de tal omisión provoca su muerte; el profesor de natación que se distrae y no controla que un menor que no sabe nadar cayó a una pileta profunda, lo que ocasionó su muerte; quien se olvida de rotular un frasco con veneno y luego lo confunde con azúcar preparando a un tercero una infusión, producto de cuya ingesta muere).

Al tratar las omisiones culposas, Zaffaroni-Alagia-Slokar sostienen que "hay cuatro instancias en que puede surgir la culpa por falta al deber de cuidado: (a) en la apreciación de la situación típica (el policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma); (b) falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua); (c) falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda); (d) falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche). La hipótesis (b) lleva una tipicidad culposa activa"[15].

8. *La violación del deber de cuidado abarca un amplio espectro de conductas*. En efecto, los homicidios culposos más frecuentes se verifican en el ámbito del tránsito automotor. En tal sentido, Welzel reconoció que "el delito culposo jugaba hasta hace muy poco un papel de segundo orden en la dogmática y en la política criminal, del cual ha salido sólo a raíz de la tecnización en especial de la motorización de la vida moderna"[16].

En este sentido, la jurisprudencia argentina tiene dicho que "al sancionarse la ley penal vigente -hace de esto más de setenta años-, el uso de los vehículos movidos por motores de combustión interna era casi un privilegio de las clases pudientes de las urbes portuarias y de contadas ciudades del interior del país, sin que todavía hubiere prácticamente comenzado su aplicación al transporte masivo de pasajeros y cargas. Así, aparte de los pocos rodados en circulación y de la escasa potencia de los

---

[14] Señala Zaffaroni: "Si observamos con atención la estructura típica a que da lugar la culpa, puede parecer en algún momento que entre la culpa y la omisión hay cierta similitud, es decir, pretender asimilar la culpa a la omisión. En efecto, teniendo en cuenta que en la culpa siempre hay un deber de cuidado que no se ha observado, puede creerse que en la culpa siempre hay una omisión de la realización cuidadosa de la conducta, con lo que todo caso de culpa sería un caso de omisión. No obstante, a poco que reparemos en el problema veremos que no es así, porque no siempre en la culpa la conducta atípica del tipo culposo es la realización d la conducta cuidadosa: si imaginamos que un sujeto casi ciego e incapaz de mejorar su visión con anteojos, pretende conducir un vehículo, la conducta debida no es la de conducir 'viendo' (porque eso sería imposible y el derecho no puede exigir lo imposible), sino la de abstenerse de conducir. Por ende, en la culpa no hay siempre una omisión de la realización cuidadosa de la conducta, por lo que no puede afirmarse que todo caso de tipicidad culposa sea asimilable a un caso de tipicidad omisiva, porque ello implicaría -al menos en algunos casos- prohibir la realización de una conducta distinta de la que el agente no puede realizar físicamente (prohibir que el ciego que quiere conducir haga algo distinto de conducir sin ver, es decir, obligar al ciego a que vea)" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, op. cit*., pág. 460).

[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal, op. cit*., pág. 586.

[16] WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán Parte General*, traducción de Juan Bustos Ramírez y otro, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pág. 182.

ingenios motrices, las velocidades eran bajas y condicionadas por el mal estado de los caminos, preparados más para carros y arreos de hacienda y tropillas que para el tránsito de vehículos montados sobre ruedas de caucho. La noción de culpa, con la correlativa lenidad de las penas, venía de perillas ante un fenómeno nuevo que había que alentar en un país de inmensa extensión, donde el desplazamiento hacia los centros urbanos insumía recorrer grandes distancias, y en cuyo 'interland' las comunicaciones ferroviarias se orientaban sólo 'horizontalmente', es decir hacia los puertos de Bs. As. y Sta. Fe, con carencia de enlaces verticales significativos. El automóvil significaba, entonces, la esperanza de mejor y más rápido desplazamiento en un país conformado por una ideología individualista y vertebrado en una única dirección. Ahora el panorama es harto distinto. En el plano jurisprudencial el automóvil en movimiento es calificado unánimemente de 'cosa peligrosa en grado de inminencia', en tanto que la ley civil ha invertido la carga de la prueba para el dueño o guardián de las cosas cuando de daños causados por ellas se trata (art. 1113 del Cód. Civil, texto según ley 17.711); amén de que la normatividad de naturaleza administrativa ha reglamentado el desplazamiento de los rodados por calles y caminos mediante sucesivos códigos de tránsito, a través de reglas cada vez más severas tanto en materia de conducción como con respecto al estado de los vehículos y sus mecanismos de seguridad. En el plano de la realidad fáctica el automóvil ocupa hoy todas las vías y accesos urbanos y puebla las carreteras. La proporción entre vehículos automotores y habitantes alcanza en la mayoría de los núcleos urbanos a guarismos de un dígito. Los accidentes mortales que causan superan en número de víctimas a las pérdidas de vidas en la única guerra que libró nuestro país en este siglo, también a los homicidios simples y agravados e, incluso, algunas de las colisiones producidas en rutas del interior del país han epilogado en cifras de muertos que alcanzaron varias decenas. Asimismo, de manera permanente, tanto la prensa escrita como la radial y televisiva informa sobre el carácter letal que tienen los accidentes automovilísticos y se hacen continuos llamados a la prudencia. En consonancia con este estado de cosas, una conocida publicidad gráfica equipara al automóvil a un arma acompañada de la advertencia de no disparar! Vale decir que se halla presente en las percepciones de todos los argentinos, cualquiera sea su clase y condición, el automóvil como cosa peligrosa que hiere, mata y daña con una potencia muy superior a la de las armas corrientes"[17].

Entre las violaciones a los deberes de cuidado más comunes en el mundo del tránsito vial se destacan, entre otras, la conducción a excesiva velocidad; en estado de ebriedad o de agotamiento; la violación a las señalizaciones de los semáforos; la inobservancia de las prioridades de paso; la realización de maniobras prohibidas o peligrosas; la conducción con ausencia de luces; la conducción sin atender a desperfectos mecánicos; etc.

También son frecuentes los homicidios culposos en el ámbito de la *mala praxis médica*. Si bien hasta hace no mucho tiempo era infrecuente que los familiares de un paciente muerto realicen denuncias penales y demandas civiles de daños y perjuicios por esta cuestión en el sistema judicial, en los últimos años el número de casos fue creciendo y sobresaturando la administración de justicia.

Señala Terragni que ello se debió a diversos factores, entre los que destaca: a) *el cambio en la relación médico-paciente* (que pasó de ser un vínculo de confianza a un contacto anónimo); b) *el*

[17] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, 08.09.2009, *in re* "S, E. A. s/ Recurso de Casación" (Expte. 27795), voto del Dr. Horacio Daniel Piombo, en el que reitera lo que tiene dicho en otros precedentes.

cambio de la ecuación económica (se pasó del paciente que pagaba honorarios de su bolsillo a un paciente que paga a través de un sistema de obras sociales en los que el médico es un engranaje más); c) *la trascendencia penal del concepto civil de responsabilidad objetiva -art. 1113 del Código Civil-* (puesto que dogmáticamente se asigna al riesgo un papel próximo al que desempeña la responsabilidad objetiva, a la par que se usa la denuncia penal no para lograr el castigo punitivo, sino para influenciar en orden al éxito de la pretensión civil); d) *los avances técnicos* (ya que muchos se sienten como "conejillos de Indias" con los cuales los médicos experimentan a lo que se suma que la ciencia médica cuenta con una imagen de infalibilidad que no permite comprender como actualmente los pacientes mueren pese a todos los elementos tecnológicos disponibles); e) *el cambio de actitudes* (de la resignación ante los errores ajenos se ha pasado a la intolerancia, creyéndose que cualquier fracaso es signo de incompetencia); f) *el mimetismo de lo que ocurre en otros países* (en el sentido de que se pretende reproducir lo que pasa en el exterior, fundamentalmente en Estados Unidos); g) *la difusión pública de las falencias médicas* (que terminan desprestigiando en general a todos los profesionales de la salud, con olvido de que la muerte es un fenómeno natural y no necesariamente provocado por los médicos); y h) *la deficiente preparación profesional* (a lo que se suma un ritmo de trabajo que no permite dedicar el tiempo necesario a cada paciente)[18].

En materia de *mala praxis médica* las violaciones de los deberes de cuidado son múltiples, destacándose entre las más frecuentes las vinculadas con diagnósticos equivocados que llevan por omisión de tratamientos médicos pertinentes, a la muerte del paciente; errores en la anestesia quirúrgica, descuidos, omisiones, negligencias, etc. en la intervención quirúrgica y en los cuidados post quirúrgicos, etc.[19].

[18] Cfr.: TERRAGNI, Marco Antonio: *El delito culposo en la praxis médica*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, págs. 16/21.
[19] Cfr.: *Ibídem (passim)* y MONTANELLI, Norberto: *Responsabilidad criminal médica*, Buenos Aires, García Alonso, 2005.

Finalmente cabe destacar que una porción no menor de homicidios culposos sucede en virtud de violaciones de los deberes de cuidado relacionados con armas de fuego[20], instalaciones de gas[21], electricidad[22], construcciones[23], ausencia de controles en piletas de natación[24], etc[25].

Resultado:

Es necesario que se produzca la muerte de una persona para que se verifique la figura simple. La agravada requiere la muerte de un mínimo de dos personas y no tiene un número máximo determinado.

El resultado lesivo integra el tipo de homicidio culposo y si bien en sí mismo es un *componente de azar* (Exner), porque se pueden realizar conductas violatorias del deber de cuidado y no producir el resultado típico (por ejemplo, conducir un vehículo automotor en contramano o pasando un semáforo en rojo sin matar a nadie), lo que podrá dar lugar a injustos administrativos, lo cierto es que dicho resultado deberá ser consecuencia derivada de la violación del deber de cuidado.

Dicho en otras palabras, el resultado lesivo no se encuentra fuera del tipo, ni constituye una “condición objetiva de punibilidad”.

En palabras de Welzel: “la importancia del resultado en el tipo reside en que realiza una selección en el círculo de acciones contrarias al cuidado: ciertamente toda acción contraria al cuidado es antinormativa, indiferente de si se concreta o no en un resultado; pero sólo una vez que se concreta en el

[20] Así se ha dicho que “debe responsabilizarse por el delito de homicidio culposo a quien por su condición de policía no podía desconocer las precauciones que debía tomar con un arma y haciendo caso omiso a tales recaudos, colocó una escopeta centenaria, sin seguros, con munición cargada, en un asiento del vehículo en movimiento, por detrás de los pasajeros, ocasionando con su obrar la muerte de uno de ellos, al dispararse los proyectiles, mientras se ocupaba de calentar agua para tomar mate” (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, 18.06.1991, *in re* “R., F.”). A su vez se tiene resuelto que “debe encuadrarse en la figura del artículo 84 del Código Penal la conducta de quien, portando un arma donde hay gente, la utiliza para golpear a otro y con ello produjo un disparo que lesionó a otro tercero, provocando su muerte” (Cámara Quinta Criminal de Mendoza, 22.02.2000, *in re* “Fiscal c/ R.C., M.A.”).

[21] Al respecto se afirmó: “surge claramente que el deber de cuidado que debió haber observado el imputado consistió en que tenía que verificar el óptimo funcionamiento del calefón, una vez terminado el trabajo. Evidentemente, tal diligencia no la cumplió puesto que, inmediatamente después -no más de una hora- de retirarse del domicilio de la víctima, se produjo el resultado fatídico, por efecto de la inhalación de monóxido de carbono… Por todo ello, quedó debidamente constatado que el imputado procedió en infracción al deber de cuidado que le competía en la tarea que desempeñaba, quedando atrapada su conducta en las previsiones del artículo 84 del Código Penal” (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 27.06.2007, *in re* “D., H. A. s/ Recurso de Casación”). También se dijo: “Corresponde condenar por homicidio culposo al imputado que al actuar como director de obra en la construcción del edificio omitió cumplir con el deber de cuidado correspondiente, no advirtiendo la defectuosa instalación de artefactos de gas, que determinó la muerte de las víctimas” (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, 03.06.1996, *in re* “K, E.”). A su vez se expuso que “debe responder por el delito del artículo 84 del Código Penal el propietario que arrendó un departamento cuyo calefón produjo la muerte del inquilino por el mal estado de su conducto de ventilación, no obstante la inexacta afirmación contractual de que sus accesorios estaban en buen estado de funcionamiento si se comprobó que durante décadas el propietario se desentendió del funcionamiento del calefón, atendiéndose a la letra de los contratos que fue celebrando” (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, 05.08.1997, *in re* “B.,J.”).

[22] En este aspecto se afirmó que “habiéndose acreditado que el procesado murió electrocutado, por efecto de un dispositivo alargador o portalámparas que no poseía las más elementales condiciones de seguridad, corresponde hacer una distinción entre la situación del coordinador general y el capataz, pues el primero tiene la función de ejercer esa vigilancia, en forma directa o por delegación del técnico a cargo de la obra, pero el segundo sólo dirige los trabajos concretos y materiales, y no es más que un operario. Debe responder sólo el primero a título de responsabilidad por tipicidad culposa de la conducta, porque si hubiese ejercido la vigilancia debida sobre los operarios no hubiese permitido que la víctima usase ese elemento y el resultado no se hubiese producido” (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, 14.12.1987, *in re* “P., M.”).

[23] En relación a esta cuestión se sostuvo que “por cuanto el desmoronamiento de la pared de una obra en construcción era previsible para la arquitecta, debe ser responsabilizada de los delitos de homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas” (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, 07.08.1991, *in re* “C., M.”).

[24] Cfr.: Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, 15.11.2002, *in re* “G, J.C.”; de la misma Cámara: sala V, 16.12.2002, *in re* “F., A.M.”.

[25] Así las violaciones de deberes de cuidado con resultado muerte en gimnasios, colonias de vacaciones, peloteros, hogares de ancianos, etc.

resultado, que logra -en todo caso según el derecho positivo- relevancia jurídico-penal, se convierte en el fundamento material del injusto típico penal"[26].

Debe remarcarse una vez más, a riesgo de ser reiterativos, que el resultado disvalioso (muerte de una persona) debe provenir de una violación al deber de cuidado. En tal sentido, el mismo art. 84 del CP refiere a "causar" la muerte a otro mientras que el art. 79 alude a "matar a otro".

Vinculación entre la Acción Típica y el Resultado:

Para que exista homicidio culposo es necesario que se verifiquen los siguientes requisitos: a) conducta disvaliosa (violación del deber de cuidado); b) resultado disvalioso (muerte); c) que el resultado típico sea consecuencia de la acción disvaliosa.

En efecto, puede suceder que estemos en presencia de una violación a los deberes de cuidado sin resultado. Por ejemplo, quien conduce un vehículo automotor en contramano o a velocidad prohibida. Ello puede constituir un injusto administrativo.

También puede suceder que exista una conducta violatoria del deber de cuidado y un resultado típico sin vinculación alguna. Ejemplos: un automovilista conduce descuidadamente en un camino rural matando a un niño que cruza repentinamente (en este caso aún cuando el conductor hubiese conducido diligentemente le hubiera dado muerte); una persona lesiona culposamente a otra que termina falleciendo cuando la ambulancia que la traslada al hospital es atropellada por un tren (podemos variar el ejemplo anterior y decir que la persona lesionada fallece en el hospital al que se lo lleva, pero producto de un incendio ocurrido en éste); quien lesiona a otro que debe viajar en avión, cosa que por tal motivo pospone para el día siguiente, en el que cae la aeronave y finalmente muere.

En estos casos, a pesar de haber violación del deber de cuidado y resultado muerte, no hay homicidio culposo.

Por tanto, es evidente que es necesaria una conexión (nexo, relación, vínculo) entre la conducta disvaliosa y el resultado disvalioso.

Al respecto corresponde señalar que la dogmática penal ha exhibido gran cantidad de respuestas a este asunto y por ser una cuestión que se analiza pormenorizadamente en la parte general del Derecho Penal, allí corresponde remitir, reseñándose aquí tan sólo ciertas ideas fundamentales.

En esta línea de pensamiento debe advertirse que fue el causalismo quien sentó las primeras bases para vincular la conducta y el resultado. En efecto, según la teoría de la equivalencia de las condiciones (o *conditio sine qua non*)[27] *causa es toda condición sin la cual el resultado no se habría producido*. Cuando se advirtieron las fallas conceptuales de esta concepción surgieron diversos intentos por resignificar este vínculo. Es así como surgen las *teorías de la causa eficaz*, de la *causalidad adecuada*, de la *relevancia de la acción*, de la *causa típica*, etc[28]. Diversas teorías, pues, se fueron brindando para intentar significar esta relación conducta-resultado a tal punto que se llegó a complejizar el asunto. En

[26] WELZEL, Hans: *op. cit.*, pág. 193.

[27] Algunos autores sostienen que se tratan de dos teorías diferentes. En tal sentido véase: FIERRO, Guillermo: *Causalidad e imputación*, Buenos Aires, Astrea, 2002, págs. 192 y ss.

[28] Cfr.: FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 443 y ss.; del mismo autor: *Derecho Penal. Introducción y parte general (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, págs. 215 y ss.; CREUS, Carlos: *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 2010, 5ª edición, págs. 163 y ss.

tal sentido, Ricardo Nuñez en el año 1965 expresaba: "La teoría de la relación de causalidad ha adquirido hoy, después de un siglo de constantes esfuerzos para resolver definitivamente el asunto, un desarrollo tan grande que el primer inconveniente para lograr siquiera claridad en el punto, reside, precisamente, en las tantas y tan estudiadas opiniones de los autores"[29]. Ello se vuelve más complejo aún en el caso de las omisiones, en donde se habló de una causalidad hipotética, y, posteriormente un nexo de evitación, etc..

El mismo finalismo, si bien implicó un cambio de postura que conllevó grandes avances, en esta materia no avanzó lo suficiente. Así Welzel estudiará "la relación causal dentro de los tipos (la relación causal penalmente relevante)"[30] y luego sentará las bases imputativas, a saber:

1) "*La producción del resultado ha de ser justamente la concretización de la lesión del cuidado. Tal no es el caso cuando el resultado ciertamente ha sido causado por la acción contraria al deber de cuidado, pero también se habría producido si la acción se hubiera ejecutado conforme al cuidado*" (ejemplifica con el caso del médico que para anestesiar utiliza en lugar de novocaína cocaína y el paciente muerte, demostrándose en la autopsia que el paciente igual hubiera muerto con la inyección de novocaína en la dosis adecuada en virtud de un estado corporal que no era reconocible objetivamente para el médico).

2) "*Tiene que comprobarse que el resultado se ha producido en virtud de una lesión del cuidado con una probabilidad lindante en la certeza; de otro modo debe absolverse*".

3) "*El resultado producido interesa para el tipo sólo cuanto es la concretización de la lesión de cuidado. Se excluyen del tipo de los delitos culposos los resultados que quedan fuera de la previsibilidad objetiva de un hombre razonable*".

Como todos estos criterios si bien representaron un avance respecto de esquemas anteriores no daban respuesta satisfactorias al complejo problema de cómo vincular conducta y resultado surgió la teoría de la imputación objetiva, propia del funcionalismo. Dadas las diversas variantes del mismo, en un trabajo como el presente, basta reseñar dos versiones, a saber, las de Claus Roxin (funcionalismo moderado) y Günther Jakobs (funcionalismo radical), puesto que brindan un panorama claro y concreto de cuándo hay imputación objetiva y cuándo no la hay.

Roxin parte de la base de que "el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible. En rigor es incluso 'erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma', pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico"[31]. Dicho en otras palabras, para el profesor de la Universidad de Munich el concepto general de infracción del deber de cuidado se ha disuelto o rediseñado en una serie de criterios de imputación.

---

[29] NUÑEZ, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 2ª edición, 1965 (2ª reimpresión 1987), pág. 259.
[30] WELZEL, Hans: *op. cit.*, pág. 69.
[31] ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 2003, pág. 1000.

En efecto, Roxin enseña que para que exista imputación objetiva es necesaria la concurrencia de tres requisitos: a) *creación de un riesgo no permitido*; b) *realización del riesgo no permitido en el resultado*; c) *que el resultado esté previsto en el alcance del tipo*. En palabras del autor: "en resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"[32].

a) *Creación de un riesgo no permitido*: Explica el autor mencionado que si bien el presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la causalidad, lo cierto es que una primera constatación que debe hacer el operador jurídico es si el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Si no lo hay estamos en presencia de un caso de impunidad. Y si lo hay estamos frente a un primer paso camino a la imputación objetiva del resultado[33].

b) *Realización del riesgo no permitido en el resultado*: Una segunda exigencia es que el resultado sea consecuencia de la realización del riesgo no permitido. De este modo puede haber creación de un riesgo no permitido sin que el mismo se realice en el resultado. Por ejemplo, el mencionado caso de quien lesiona a otro culposamente que muere antes de llegar al hospital porque la ambulancia es atropellada por un tren o porque hay un incendio en el hospital. No hay dudas de que la lesión culposa mencionada creó un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento jurídico, pero tampoco puede haber dudas de que dicho riesgo no se realizó en el resultado (el paciente no murió por ser lesionado, murió por el choque del tren a la ambulancia o por el incendio del hospital, según la variante del ejemplo). Obviamente que también "causó" la muerte quien lesionó imprudentemente a la víctima porque conllevó que la persona sea llevada hasta la ambulancia o el hospital, donde finalmente falleció. Sin embargo no es imputable a título de homicidio culposo. Ello demuestra una vez más que la causalidad no es suficiente para entender problemas de imputación[34].

c) *Que el resultado esté previsto en el alcance del tipo*: Es necesario, además, que el resultado producido esté comprendido dentro de los alcances del tipo, porque puede haber creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del mismo en el resultado, sin la exigencia que comentamos. Así, por ejemplo, si A provoca imprudentemente el incendio de su casa y tratando de apagar el fuego muere un bombero es evidente que se crea un riesgo jurídicamente desaprobado (un incendio) y que se realiza el riesgo en el resultado (el bombero muere por el incendio); sin embargo, el resultado no entra dentro del fin de protección de la norma de cuidado y, por lo tanto, no hay imputación de homicidio culposo[35].

---

[32] ROXIN, Claus: *op. cit.* pág. 364.

[33] En relación a la *creación del riesgo no permitido* Roxin alude a la exclusión de la imputación en caso de *disminución del riesgo*, *falta la creación del peligro*, y *riesgo permitido* y analiza la situación de la *creación de peligro y cursos causales hipotéticos* (ROXIN, Claus: *op. cit*., págs. 365 y ss.).

[34] Al analizar *la realización del riesgo no permitido en el resultado* Roxin estudia la exclusión de la imputación si falta la realización del peligro, si falta la realización del riesgo no permitido, en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado y cuestiones como la conducta alternativa conforme a Derecho y la teoría del incremento del riesgo y la combinación de la teoría del incremento del riesgo y la del fin de protección (Cfr.: ROXIN, Claus: *op. cit*., págs. 373 y ss.).

[35] Al aludir a este criterio (*alcance del tipo*) Roxin analiza la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, la atribución a la esfera de responsabilidad ajena y otros casos (Cfr.: ROXIN, Claus: *op. cit*., pág. 387 y ss.).

Por su parte, Jakobs, otro gran exponente del funcionalismo, enseña que no hay imputación objetiva cuando se está en presencia de: a) *riesgo permitido*; b) *principio de confianza*; c) *prohibición de regreso* (o *retroceso*); y d) *competencia de la víctima*[36].

a) *Riesgo permitido*: Mientras la conducta del portador del rol se mantenga dentro de los límites del riesgo permitido no será posible imputar objetivamente el resultado. Ejemplificativamente: "todo fabricante de vehículos automóviles (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la fabricación se convierta por ello en un suceso que sea tolerable sólo en relación con un contexto justificante. Únicamente al exceder el riesgo (p. ej., fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante"[37].

b) *Principio de confianza*: Cada sujeto tiene roles en la sociedad, por lo que el principio general ordena que cada ciudadano no controle en forma permanente a los demás sino que confíe en que cada uno cumpla su rol como sujeto responsable (en otras palabras: está permitido confiar en que el otro cumplirá su rol). Esto encuentra fundamento en la *división de trabajo* (en una sociedad compleja hay división de trabajo y quien pretenda controlar permanentemente a otros no cumplirá adecuadamente su rol) y en la *responsabilidad de los sujetos* (se parte de la base de que los sujetos son responsables). El principio de confianza concluye cuando se advierte que otro portador del rol no cumplirá el suyo, así por ejemplo, si el cirujano advierte que el anestesista está alcoholizado deberá desconfiar que cumplirá su función.

Debe señalarse que para Jakobs "el principio de confianza no es sólo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso: No se trata únicamente de que personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza"[38].

c) *Prohibición de regreso*: Se parte de la base de que cuando un sujeto cumple con su estricto rol no se puede retroceder e imputarle la conducta del antecesor. Si bien Jakobs entiende que los límites de la prohibición de retroceso pueden ser discutidos, afirma que la aceptación del principio garantiza que la libertad de perseguir los respectivos fines no se ahogue en la masa de posibles contactos sociales, agregando que una sociedad que requiera la existencia de condiciones estereotipadas del comportamiento social no puede renunciar a una prohibición de regreso. Ejemplificativamente: si el

---

[36] Cfr.: JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 17/44.
[37] JAKOBS, Günther: *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y otro, Madrid, Marcial Pons, 1997, 2ª edición, pág. 245.
[38] *Ibídem*, págs. 253/254.

deudor paga su deuda y el acreedor compra un arma y mata a una persona aquel no responde por homicidio imprudente[39].

d) *Competencia de la víctima*: Se sostiene que, según los casos, si el resultado es competencia de la víctima no puede imputarse objetivamente dicho resultado a otro sujeto. Así, por ejemplo, quien le pide a un conductor ebrio que lo lleve en su vehículo debe adscribirse a la eventual consecuencia mortal; o, como caso mas discutido, quien mantiene relaciones sexuales con una persona con VIH no puede pretender -de no adoptar los cuidados pertinentes- no quedar contagiada, y eventualmente morir a consecuencia del sida[40].

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar sin suscribir a la teoría de la imputación objetiva, sostienen que para comprender los delitos culposos (el homicidio culposo fundamentalmente) además de una *violación del deber de cuidado* y un *resultado* (muerte) es necesario añadir otros requisitos. Así expresan que a la *relación de causalidad* debe agregarse el *nexo de determinación* entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado. Funda la misma en el "por" utilizado en el art. 84 del Código Penal ("el que por imprudencia, negligencia…").

En este contexto explica que el *nexo de determinación* obliga a realizar un doble juicio hipotético: en concreto y en abstracto (este último correctivo del primero).

En el juicio en concreto se imagina la conducta debida y si se establece que el resultado se hubiese evitado con ella hay relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado; en caso contrario no la hay. Ejemplificativamente: quien conduce por una ruta a excesiva velocidad viola un deber de cuidado, pero no habrá homicidio culposo si mata al suicida que metros antes se arroja al paso del vehículo desde un puente transversal. En este caso aún imaginando la conducta debida (conducir a la velocidad permitida) el resultado muerte igual se hubiera producido. Por tanto no hay nexo de determinación entre la conducta violatoria del deber de cuidado y el resultado disvalioso.

Destacan que en términos absolutos jamás se puede tener la certeza absoluta de lo que hubiese ocurrido en un caso hipotético, por eso el juicio debe ser lo más razonable posible.

Este mismo ejemplo para el funcionalismo es un supuesto de *exclusión de la imputación por falta de la realización del riesgo no permitido*.

Agregan los autores bajo análisis que como no en todos los casos donde hay un nexo de determinación en concreto hay homicidio culposo se torna necesario *un segundo juicio hipotético*, correctivo del anterior, de carácter abstracto, consistente en analizar si la norma de cuidado tiene o no por fin la evitación del resultado disvalioso (muerte). Ejemplificativamente: el que estaciona su vehículo en doble fila a plena luz del día no puede ser imputado por homicidio culposo por la muerte de un ciclista que lo colisiona porque si bien hay causalidad, creación de un peligro y realización del mismo en el resultado, la norma de cuidado violada no tiene el fin de evitar colisiones sino el de facilitar la circulación[41].

---

[39] Cfr.: *Ibídem*, pág. 259. Para una rápida ubicación en este tema puede verse: PARMA, Carlos: *La prohibición de regreso. Günther Jakobs y la participación criminal*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

[40] Cfr.: JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en derecho penal, op. cit*., págs. 40/41.

[41] Cfr.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal, op. cit*., pág. 561. Para comprender el pensamiento de Zaffaroni-Alagia-Slokar en materia de tipos culposos y, en el caso, de homicidio culposo,

Lo que, en síntesis, debe quedar claro es que entre la conducta violatoria del deber de cuidado y el resultado disvalioso (muerte) debe existir un vínculo lo suficientemente fundamentado para que se pueda afirmar sin hesitación alguna que la muerte se produjo por la conducta imprudente.

Culpa Concurrente y Competencia de la Víctima:

El principio general es que la ley penal no admite la denominada compensación de culpas, propia del derecho privado, es decir, la distribución de responsabilidades entre el autor y la víctima en proporción a sus respectivas culpas, ya que la culpa de la víctima no compensa la conducta violatoria del deber de cuidado del autor. En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho, por ejemplo, que "la imprudencia de la víctima por transitar de noche, sin elementos lumínicos o reflectantes en su bicicleta, no modifica la culpa y responsabilidad del acusado, ya que no se trata de una compensación de culpas sino de un problema de causalidad"[42].

Sin embargo, la regla fue matizada por distintos laboreos dogmáticos. Así se ha dicho que si la muerte de la víctima se hubiera ocasionado por el sólo actuar imprudente de ésta, de modo que aún en caso de existir conducta violatoria del deber de cuidado por parte del agente, el resultado igual se habría producido, en estos supuestos no habría imputación. Modernamente, la victimodogmática estudia y analiza supuestos en los cuales la concurrencia de imprudencia entre la víctima y el victimario deben conducir a disminuir o, en algunos casos, excluir la punibilidad delictiva[43]. En tal sentido destaca Roxin que "la victimología, es decir la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia, ha comenzado recientemente a irradir su influencia sobre la dogmática del Derecho pena. A ese respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injus<cto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad"[44].

corresponde recordar que para estos autores la estructura típica culposa puede distinguirse -al menos a los fines pedagógicos- en objetiva y subjetiva. Dentro del tipo objetivo requieren: a) *violación del deber de cuidado*; b) *resultado* (muerte); c) *relación de causalidad* (idéntica a la del tipo doloso) -función sistemática del tipo-; d) *nexo de determinación* (que obliga a realizar el doble juicio hipotético: en concreto y en abstracto) y e) *previsibilidad* (la imputación conforme a la capacidad individual de previsión es la que determina el límite de la culpa) -función conglobante-. Por su parte, dentro del tipo subjetivo se exige: a) En el *aspecto conativo*, la voluntad de realizar la conducta en la forma elegida (por ejemplo, conducir un vehículo a 120 kilómetros por hora cuando está permitido hacerlo hasta 80 kilómetros por hora); b) En el *aspecto cognitivo*, el conocimiento actualizable (no es necesaria la conciencia del peligro). La actualización del conocimiento del peligro conduce a distinguir *culpa consciente o con representación* (el sujeto se representó el peligro de la acción, pero rechazó la posibilidad de que aquel se concrete en el resultado) y *culpa inconsciente o sin representación* (el sujeto pudo representarse la posibilidad del resultado disvalioso, pero no no hizo, no actualizó su conocimiento). Sin embargo, sostienen que las distinciones más importantes son entre culpa temeraria (consciente o inconsciente) y no temeraria (consciente o inconsciente). Al respecto véase cuadro sinóptico en: ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho Penal…op. cit*. Cabe destacar que esta es una nueva versión respecto de la señalada en el anterior *Manual de Derecho Penal* de Zaffaroni, obra en la que afirmó que los delitos culposos en su tipo objetivo requieren *violación del deber de cuidado*, *causalidad*, *resultado* y *nexo de determinación* y en su tipo subjetivo la *voluntad de realizar la conducta en la forma elegida* y la *previsibilidad* (Cfr.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, op. cit.*, ver cuadro sinóptico de la teoría del delito).

[42] Cámara Criminal y Correccional de San Nicolás, M.M.E. (15.10.1991). También la jurisprudencia ha sostenido que "En sede penal cada participante responde por su propio aporte en la producción de la consecuencia dañosa, como suele afirmarse utilizando la fórmula según la cual no se da la compensación de culpas en el ámbito penal" (Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, fallo del 27.11.1991, en "D.J.L. s/ Homicidio Culposo" R-50 (nº 13814), T. 59).

[43] Al respecto también puede consultarse con provecho: CANCIO MELIÁ, Manuel: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 1998; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, México, Ubijus, 2007; TAMARIT SUMALLA, Joseph M.: *La víctima en el Derecho Penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima*, Navarra, Aranzadi, 1998. Para nociones introductorias puede verse: AMADEO, Sebastián José: *La Victimología como Ciencia*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2010, págs. 335 y ss.

[44] ROXIN, Claus: *op. cit*., pág. 562.

Clases de Culpa:

Al hablar de clases de culpa no nos referiremos a las especies de la infracción del deber de cuidado (imprudencia, negligencia, etc.)[45], lo que por otra parte ya hemos tratado, sino a la diferenciación entre *culpa con representación* (o *culpa consciente*) y *culpa sin representación* (o *culpa inconsciente*). En la *culpa consciente* el sujeto se representó el resultado como posible (por ejemplo, que pasando un semáforo en rojo podía producir la muerte de una persona), pero rechazó la posibilidad de que el peligro se concrete en el resultado (pensó "no va a pasar nada"). En la *culpa inconsciente* el sujeto no se representó la posibilidad del resultado dañoso (en el caso, la muerte), aunque pudo hacerlo. Sin embargo, este distingo no tiene ninguna consecuencia en la legislación argentina, en donde lo que interesa a los efectos prácticos es la separación entre *culpa con representación* y *dolo eventual*, atento a la distinta punición del homicidio culposo (art. 84 del Código Penal) del homicidio simple (art. 79 del Código Penal). En este contexto, y sin perjuicio de que existen muchas otras teorías, tradicionalmente se ha dicho que la diferencia radica en que en el dolo eventual el sujeto se representó el resultado como posible y lo integró como tal en la voluntad realizadora (pensó "qué me importa")[46].

De modo que las apuntadas diferencias pueden señalarse en el siguiente cuadro:

Elementos	**Dolo directo**	**Dolo eventual**	**Culpa con representación (o consciente)**	**Culpa sin representación (o inconsciente)**
Cognoscitivo (o intelectual)	Hay conocimiento del tipo objetivo (debe ser efectivo, actual o actualizable y comprender el conocimiento de los elementos del tipo objetivo)	Hay representación del resultado como posible	Hay representación del resultado como posible	No hay representación del resultado como posible
	Debe existir	Hay aceptación	No hay aceptación del resultado por	El sujeto no consiente el

[45] Tal como lo entiende Carlos Parma al hablar de "formas de la culpa": *Código Penal de la Nación Argentina, op. cit*., pág. 89.

[46] Cfr.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual…op. cit*., págs. 419/421 y 436/437. En torno a la distinción entre dolo eventual y culpa con representación puede verse: DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal Parte General, op. cit*., Tomo II, pág. 572 y ss.; DÍAZ PITA, María del Mar: *Dolo eventual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, *pasim*; TENCA, Adrián Marcelo: *Dolo eventual*, Buenos Aires, Astrea, 2010, págs. 35 y ss. Sin lugar a dudas uno de los debates más importantes en torno a la diferencia del homicidio culposo o doloso con dolo eventual se dio en el *leading case* "Sebastián Cabello". Se trató de un joven que supuestamente corría una picada en su automóvil preparado al efecto por la Avenida Cantilo y en la que embistió desde atrás a un vehículo, lo que provocó que éste se incendiara y murieran sus dos ocupantes. El Tribunal Oral interviniente consideró que se trataba de un doble homicidio simple con dolo eventual y condenó a Cabello a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos por 10 años (cfr.: Tribunal Oral Criminal Nº 30, 21.11.2003, "Cabello, Sebastián", LL, 2004-B-615). Posteriormente, la Cámara Nacional de Casación Penal revocó el fallo, calificando el hecho como homicidio culposo y condenando a Cabello a la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para conducir automóviles por 10 años (cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 02.09.2005, LL, 2005-E-342).

Conativo (o volitivo)	voluntad de realizar el tipo objetivo	del resultado por indiferencia (¡qué me importa!)	confianza su no producción o su evitación (¡no va a pasar!)	resultado puesto que ni siquiera previamente se lo representa
Punición	Art. 79 Código Penal	Artículo 79 Código Penal	Artículo 84 Código Penal	Artículo 84 Código Penal

Claramente ejemplifica Zaffaroni: “si ponemos por ejemplo la conducta de quien conduce un automotor a exceso de velocidad por una calle transitada por niños que salen de una escuela, éste puede ni siquiera representarse la posibilidad de arrollar a algún niño, en cuyo caso habrá culpa inconsciente o sin representación; puede representarse esa posibilidad lesiva, pero confiar en que habrá de evitarla, fundado en que tiene frenos potentes en el vehículo y en su pericia como volante, en cuyo supuesto habrá culpa consciente o culpa con representación. En lugar, si cuando se representa la posibilidad del resultado, lo acepta como tal (‘¡Qué me importa!’), el caso sería dolo eventual”[47].

Con el paso del tiempo Zaffaroni, junto a Alagia y Slokar reformularon estos conceptos y actualmente sostienen la importancia consiste en distinguir *culpa temeraria* (donde hay dominabilidad de la acción) de *culpa no temeraria* (donde no la hay), señalando que también es trascendental separar la culpa consciente temeraria y el dolo eventual. En prieta síntesis los autores mencionados proponen distinguir las siguientes situaciones[48]:

Cuadro de diferencias	**Presupone dominabilidad**	**Representación de la posibilidad del resultado**	**Aceptación del resultado**
Culpa no temeraria inconciente	NO	NO	NO
Culpa no temeraria consciente	NO	SI	NO
Culpa temeraria inconsciente	SI	NO	NO
Culpa temeraria consciente	SI	SI	NO
Dolo eventual	SI	SI	SI

Corresponde advertir que estas diferenciaciones no son compartidas por toda la doctrina. En efecto, una parte de ella sostiene la existencia de un *dolo objetivado* (dolo como conocimiento), lo que presupone que “desaparece la diferencia entre dolo eventual y la imprudencia consciente, y como consecuencia todos los casos de imprudencia consciente serán de dolo eventual. Sólo queda un ámbito para la imprudencia consciente”[49]. Por su parte, la imprudencia consciente se transforma en casos de errores de tipo vencibles. Errores de tipo porque hay tipicidad objetiva, pero no dolo. Y vencibles porque en estos casos se elimina la tipicidad dolosa y se aplica la culposa si es que está prevista legislativamente.

[47] ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual, op. cit*, pág. 437.
[48] Cfr.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho Penal…op. cit*., cuadro sinóptico.
[49] DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho Penal Parte General, op. cit*., Tomo II, pág. 564.

También corresponde destacar que hay otras doctrinas que enseñan distintos baremos diferenciadores de culpa consciente y dolo eventual, sobre la cual no nos detendremos, sin perjuicio de remitir al lector[50].

Consumación:

El homicidio culposo se consuma con la muerte de la víctima (en la figura simple) o la muerte de más de una víctima (en el caso de la figura agravada).

Tentativa:

La tentativa de homicidio culposo no es posible dado que, como sostiene la mayoría doctrinaria, en los delitos culposos no hay fin de cometer un delito determinado.

En efecto, el art. 42 del Código Penal define la tentativa y su punición en estos términos: "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44". Como puede apreciarse, el conato exige "fin de cometer un delito determinado" y sabido es que en el homicidio culposo (como en todos los delitos culposos) no debe existir tal finalidad delictiva.

Explicaba Francesco Carrara que "la culpa tiene su esencia moral en la *falta de previsión* del efecto ocasionado con la propia acción, en tanto que la tentativa tiene su esencia moral en la *previsión* de un efecto no obtenido, y en la voluntad de obtenerlo. Por lo tanto, entre la *culpa* y la *tentativa* hay una oposición de términos. Imaginar una *tentativa culposa* es tanto como pensar en un monstruo lógico. Y con todo hay quienes pretenden insinuar la posibilidad jurídica de ese monstruo lógico"[51].

Sin embargo, una minoría doctrinaria acepta la tentativa en los delitos culposos. En tal sentido, Jakobs afirma que "no existe ningún dogma que impida punir la tentativa imprudente ni siquiera de *lege ferenda*; sobre todo es incorrecta la suposición de que sólo hay tentativas dolosas. En los ámbitos con reglas consolidadas en forma de descripciones de riesgos permitidos o de *lex artis*, la punición de la falta de cuidado sin consecuencias, sobre todo cuando es muy grave, se puede tomar en consideración para completar las reglas de la tentativa concebidas para el dolo"[52].

Participación:

Se sostiene tradicionalmente que en el homicidio culposo (como en todos los delitos culposos) no es posible la participación[53]. Fundamentalmente por entender que no hay acuerdo previo y por la particular redacción del art. 45 del Código Penal. Sin embargo, esta es una de las cuestiones más debatidas en dogmática penal y la misma dista actualmente de ser pacífica, máxime cuando nuestro Código Penal al legislar sobre participación no hace distinción alguna respecto a la naturaleza del delito (dolosa o culposa) en el que cabe la participación.

---

[50] Cfr.: TERRAGNI, Marco Antonio: *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, págs. 95/120.

[51] CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal*, Tomo I, traducción de José J. Ortega Torres y otro, Bogotá, Temis, 1996, pág. 254 (nº 366).

[52] JAKOBS, Günther: *Derecho Penal, op. cit*., pág. 395.

[53] Cfr.: FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado…op. cit.*, Tomo II, págs. 442 y ss. Si bien distingue "participación en hechos culposos" de la "participación culposa" llega a concluir que "Excluida la hipótesis de participación culposa, nos definimos también en contra de la posibilidad de cualquier forma de participación en hechos culposos" (*Ibídem*, pág. 444).

Cuando se habla de coautoría o participación en el homicidio culposo se suele pensar concretamente en los siguientes ejemplos: el conductor es determinado por su acompañante a conducir a exceso de velocidad, pues le pisa el acelerador, y produce una muerte; el maestro permite que el aprendiz de conductor manejara el vehículo a exceso de velocidad y causa una muerte; el padre prestó a su hijo menor el vehículo automotor para que asista con unos amigos a una fiesta a sabiendas de que no sabía manejarlo y éste causa la muerte de un tercero; el acompañante venía bromeando con el conductor y le tapaba los ojos, producto de lo cual se da un desenlace letal.

En base a ello señala Corcoy Bidasolo que "la doctrina española mayoritaria acepta la posibilidad de participación en los hechos imprudentes"[54], aunque admite que la concepción dominante en doctrina y jurisprudencia alemana y en un sector de la española defiende el concepto unitario de autor en la imprudencia y, por tanto, niega la posibilidad de participación imprudente.

Autores como Zaffaroni-Alagia-Slokar sostienen que "la llamada *participación en el hecho culposo* no hace más que encubrir autoría, incluso a veces dolosa. Esta posibilidad aparece excluida del código alemán, y sólo es concebida doctrinariamente por Roxin. En Bélgica se la declara inadmisible partiendo de conocidos referentes jurisprudenciales que se remontan a la segunda década del siglo pasado, en contra de la interpretación francesa que admite la participación en el delito culposo"[55].

Distintos de la constelación de casos que acabamos de referir son los supuestos de participación culposa en el hecho doloso o culposo de un tercero. En tal sentido se ha dicho que puede haber participación culposa en homicidio doloso (A mata a B con el arma que tenía C tenía guardada imprudentemente en la guantera del auto) o participación dolosa en homicidio culposo (A cocina un plato sin saber que lo hace con un hongo venenoso para el ser humano y B, el mozo, que por sus conocimientos en biología sabe de los efectos de este hongo y no dice nada lo entrega al comensal C, quien muere por la ingesta del mismo) o participación culposa en homicidio culposo (el médico se equivoca al recetar y el farmacéutico entrega al cliente el medicamento equivocado, con lo que se produce la muerte del enfermo).

En tal sentido, señalan Maurach-Gössel y Zipf que "la participación culposa en un hecho culposo es tan imaginable como la participación dolosa en un hecho culposo y también la participación culposa en un hecho doloso… Sin embargo, … la ley ha sometido a pena, junto a la autoría y a todas las formas posibles de coparticipación, solamente a la instigación dolosa y la complicidad dolosa en hechos también dolosos… otras formas de coparticipación pueden ser comprendidas por el concepto especial de autor de los hechos punibles culposos"[56].

Donna afirma que "en esto nuestro Código Penal es similar al alemán, la ley en sus artículos 45 y 46 sólo ha sometido a pena, junto con la autoría y todas las formas posibles de coparticipación, a la instigación y a la complicidad dolosas. El resto puede quedar comprendido en el concepto general de autor imprudente" [57].

---

[54] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente Criterios de imputación del resultado*, Montevideo, B de f, 2005, 2ª edición, pág. 335.

[55] ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: *Derecho Penal, op. cit*., pág. 791.

[56] MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz: *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 127.

[57] DONNA, Edgardo Alberto: *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, 3ª edición, pág. 114.

Por su parte, Terragni sostiene que "si bien la posibilidad de admitir la coautoría en los delitos culposos es materia de ardua discusión por la doctrina, la respuesta debe ser positiva"[58] y expone que no es necesario el acuerdo previo (el que, de existir, no podría comprender el resultado sino solo la realización de la acción riesgosa), ni que la actuación sea simultánea. Ejemplifica con quien deja raticida en un lugar en que puede ser confundido con harina por otra persona y ésta lo emplea en la preparación de alimentos para un tercero. También refiere a otros casos de autoría paralela, como el de los dos cirujanos que sin tomar cada cual las mínimas precauciones de asepsia, y poniéndose de acuerdo en estimar como superfluas dichas precauciones, intervienen al mismo tiempo y determinan la septicemia causante de la muerte del paciente[59].

Más adelante concluye el jurista mencionado en que "la provocación conjunta de un resultado no querido es coautoría, siempre que cada una de esas personas realice la conducta principal correspondiente al tipo del delito culposo de que se trate. Toda otra intervención es impune"[60] y finalmente precisa que "en cuanto al Código Penal argentino es posible castigar como autores de un delito imprudente a los que realizan el hecho por sí solos o conjuntamente (art. 45, primera parte, CP). En un delito de tal naturaleza no es posible concebir que se utilice a otro como 'instrumento'. Tampoco pueden ser 'considerados autores' quienes determinan a otro a cometerlo, 'inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo', porque no puede haber inducción a la ejecución de un resultado que no se persigue. Ni como cómplice a los que no hallándose comprendidos en el artículo 45, primera parte, CP, prestan al autor o autores un auxilio o cooperación…, por las mismas razones dadas respecto de los instigadores o de los inductores: La complicidad requiere voluntad de cooperar con la ejecución de un hecho, cuyo resultado se persigue o acepta, lo que no ocurre en el delito culposo. En cuanto a la complicidad primaria o necesaria, la previsión legal es para el delito doloso, pues no es concebible que alguien coopere a la ejecución de un hecho (acción y resultado) sin tener conocimiento de las circunstancias a las que alude el tipo objetivo ni voluntad de llevar adelante el suceso…si en un hecho de imprudencia alguien realiza un acto 'sin el cual no habría podido cometerse' o 'sin el cual no se habría efectuado' el hecho imprudente, éste sería coautor porque habría compartido el dominio del suceso con el otro protagonista"[61].

El tema por su complejidad nos remite a la parte general del Derecho Penal.

La Pena de Inhabilitación:

El art. 84 dispone que "será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años".

La ley dispone correctamente que la inhabilitación procede "*en su caso*". Ello es así porque si bien el juez podrá inhabilitar, por ejemplo, a un médico para ejercer su profesión o a una persona para conducir vehículos automotores o para portar armas, puede que dicha inhabilitación no proceda[62].

---

[58] TERRAGNI, Marco Antonio: *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo Criterios para la imputación del resultado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 167.
[59] Cfr.: *Ibídem*, págs. 168/169.
[60] *Ibídem*, pág. 188.
[61] *Ibídem*, págs. 189/180.
[62] En este sentido se ha dicho que la inhabilitación especial prevista en el art. 84 del Código Penal "sólo es procedente respecto de las actividades legal o reglamentariamente reguladas, ya para su habilitación (p. ej. profesiones), ya por la

Sin embargo, parte de la jurisprudencia ha afirmado que "corresponde imponer la pena de inhabilitación especial al delito de homicidio culposo aunque se trate de una actividad no reglamentada"[63]. También se ha dicho al respecto que "la pena en cuestión es conjunta: de prisión e inhabilitación especial. La primera -aún en su modalidad de ejecución condicional o en suspenso- se funda predominantemente en razones retributivas y, complementariamente, en prevención. La segunda, en cambio, se avala exclusivamente en razones de prevención general positiva y negativa y prevención especial"[64].

Cabe destacar que en algunos casos se resolvió no aplicar la pena de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores impuesta a una persona en virtud de lo preceptuado en el art. 84 del Código Penal por considerar, entre otras cuestiones, que la pena no tendría más que un fin estrictamente retributivo y, por tanto, prohibido por las cláusulas constitucionales[65].

Homicidio Culposo Agravado

Como se anticipó, el artículo 84, segundo párrafo, dispone: ***"El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor".***

Es decir que hay dos agravantes: pluralidad mínima de víctimas; y utilización de vehículo automotor. Como se anticipó, en caso de que la conducta recaiga en ambas agravantes, ello no multiplica la delictuosidad del hecho.

A renglón seguido analizaremos brevemente estos supuestos.

1. *Pluralidad de víctimas*: El texto legal exige un mínimo de dos personas y nada dice del número máximo. Por ello, tal cuestión deberá ser tenida en cuenta al individualizar judicialmente la pena, toda vez que el art. 41 inc. 1 del Código Penal refiere a la "extensión del daño" causado. Debe también tenerse presente que la pluralidad de muertes no implica la existencia de concurso alguno.

Es altamente criticable esta agravante, puesto que no está fundada en el disvalor de acción, sino en el disvalor de resultado, resultado que se verifica con absoluta independencia del juicio de reprochabilidad del agente, salvo si las circunstancias previas así lo determinaban y exigían en consecuencia mayores deberes de resguardo[66]. Dicho en otras palabras, la misma reprochabilidad hay en la conducta de quien violando un deber de cuidado provoca la muerte de una o más personas. En consecuencia, no puede legítimamente agravarse la pena por el mero resultado, sin incurrir en un supuesto de responsabilidad objetiva, contrario al principio de culpabilidad.

2. *Conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor*: El legislador ha planteado especies de infracción al deber de cuidado como si se trataran de cuestiones diferentes o con otro sentido y alcance a las del planteo general.

---

licencia que el Estado tiene que conceder para su realización (conducción de automotores, portación de armas, etcétera)" (CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Derecho Penal, op. cit*, Tomo I, pág. 49).

[63] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, 20.12.1983 *in re* "A.,C."

[64] Voto del Dr. Juvencio Liberal Mestres integrando la Sala IV de la Cámara Penal de Rosario, 11.09.1997 *in re* "G, P.B.".

[65] Cámara Penal de Apelación de Rosario, Sala II, 22.02.2008 *in re* "G, R.J.".

[66] Cfr.: VILLADA, Jorge Luis: *Delitos contra las personas*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 101.

Se trata de las mismas formas de violentar el deber de cuidado analizadas en la figura simple aplicadas ahora sólo en relación a la conducción de un vehículo automotor, a las que se le suma la inexperiencia como un modo particular de transgredir aquel deber.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "inexperto" significa "falto de experiencia". Y "experiencia" quiere decir "práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo". Por tanto, quien sale sin saber manejar a conducir un vehículo y causa la muerte comete esta clase de homicidio culposo agravado. La tenencia de un carnet habilitante no presume experiencia, sino habilitación legal para conducir. En virtud de ello alguna doctrina piensa que "debe repensarse la responsabilidad que les cabe a los organismos estatales o privados que otorgan licencias para conducir a personas inexpertas, ya que estarían habilitando conductas potencialmente delictivas (por negligencia, imprudencia, etc.) o capaces de generar riesgos para sí o terceros, lo cual no ha sido previsto por la ley".

La particularidad que presenta la conducción antirreglamentaria de vehículo automotor radica en que la ley 24.449 no rige por igual en todo el territorio de la República, por lo que lo antirreglamentario en un lugar puede ser reglamentario en otro, quebrándose de este modo el principio de igualdad en la apreciación de la ley penal.

Hay discrepancia respecto de lo que debe entenderse por *vehículo automotor*. Alguna corriente sostiene que hay que remitirse a la definición del art. 5 de la ley nacional de tránsito 24.449, que define al vehículo automotor como "*todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia*" o el art. 5 del decreto-ley 6582/58 (régimen jurídico del automotor) que señala que "*serán considerados automotores los siguientes vehículos: automóviles, camiones, inclusive los llamados tractores para semirremolque, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, microómnibus y colectivos, sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuvieran carrozados, las maquinarias agrícolas incluidas tractores, cosechadoras, grúas, maquinarias viales y todas aquellas que se autopropulsen. El Poder Ejecutivo podrá disponer, por vía de reglamentación, la inclusión de otros vehículos automotores en el régimen establecido*"[67].

Pero también se afirmó un concepto más amplio y así se dijo que "por vehículo automotor deben entenderse únicamente a todos aquellos rodados que se desplazan mediante impulso de un motor eléctrico, a combustible líquido o sólido y esto incluye a las maquinarias agrícolas que si bien no están destinadas a transportar personas o cosas son puestas en movimiento por los medios referidos"[68].

Definir la cuestión es importante porque de adoptar los criterios más estrictos no constituiría homicidio culposo agravado el provocado por personas que conducen motocicletas, ciclomotores, bicicletas, carros de tracción a sangre, globos aerostáticos, etc. Sin embargo, hay quienes aceptan que el concepto abarca a las motocicletas[69].

---

[67] Nótese que de este modo el homicidio culposo agravado por la conducción de un vehículo automotor constituye parcialmente una ley penal en blanco, puesto que lo que sea "vehículo automotor" puede ser modificado por el Poder Ejecutivo.
[68] VILLADA, Jorge Luis: *op. cit*., pág. 103.
[69] BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, *op. cit*., pág. 67. Por su parte Creus sostiene que "las motocicletas, en principio, no quedan excluidas" (CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit*., Tomo I, pág. 51).

Agravante de la Ley de Espectáculos Deportivos:

Otra agravante de la penalidad del homicidio culposo se halla en el art. 2 de la Ley de Espectáculos Deportivos 23.184 en cuanto dispone: "*Cuando en las circunstancias del artículo 1º se cometieren delitos previstos en el libro segundo, título I, capítulo I, artículos 79 y 81, inciso 1, letras a) y b), 84 y capítulos II, III y V, y los previstos en el título VI, artículos 162 y 164 del Código Penal, siempre que no resultaren delitos más severamente penados, las penas mínimas y máximas se incrementarán en un tercio. El máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de que se trate*". Por su parte, el art. 1 de la mencionada ley dispone: "*El presente capítulo se aplicará a los hechos previstos en él, cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él, como así también durante los traslados de las parcialidades, tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle*".

Es decir que para que el homicidio culposo se agrave es necesario que el mismo se cometa *con motivo* o *en ocasión* de un espectáculo deportivo, es decir, vinculado con la puja deportiva. Señalan Creus y Buompadre que "aunque en la conformación de la fórmula legal, el *motivo* (que el hecho tenga origen y refiera al evento deportivo) aparece como requisito distinto de la *ocasión*; ambos se complementan en virtud de las circunstancias de lugar y tiempo"[70]. Por nuestra parte creemos que cuando se refiere a *con motivo* se hace referencia a algo preparado, meditado, preordenado, es decir, característico del injusto doloso, mientras que cuando se alude a *en ocasión* hay alusión a algo casual, circunstancial, coyuntural, es decir un concepto que se asimila más al injusto culposo. No obstante, en ambos casos lo importante es que exista una relación directa e inmediata entre el evento deportivo y el suceso ilícito[71].

Debe tratarse de un *espectáculo deportivo*, concepto al que la ley no se refiere y que ha debido ser interpretado por la doctrina y jurisprudencia. Si bien hay acuerdos en que no se restringe al fútbol profesional sino que también se extiende al básquet, boxeo, hockey, rugby, tenis, vóley, etc., lo cierto es que de las previsiones del art. 4 de la ley bajo examen parece desprenderse que "debe tratarse de espectáculos de índole deportiva en los cuales se encuentren involucradas entidades que posean una cierta estructura, y que incluya la existencia de una comisión directiva, subcomisiones y empleados"[72].

En cuanto al lugar en que se desarrolla el espectáculo deportivo, la ley comentada hace referencia al *ámbito de concurrencia pública* (estadios, cancha barrial, circuito de carreras), sus *inmediaciones* (concepto vago por excelencia, aunque a tenor de la medida cautelar que puede disponer el juez en virtud de lo dispuesto en el art. 45 *bis* de la ley 23.184 puede interpretarse como tal 500 metros), *o traslados de las parcialidades (hacia o desde el estadio deportivo).*

En cuanto al tiempo de realización del delito la ley refiere a *antes*, *durante* o *después* de él, sin mayores precisiones.

---

[70] CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *op. cit*., Tomo I, pág. 52.

[71] Cfr.: D'ALESSIO, Andrés José (Director) - DIVITO, Mauro A (Coordinador): *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, op. cit*., Tomo III, págs. 944/945 y la jurisprudencia allí citada.

[72] *Ibídem*, pág. 944.

A su vez se plantean penalidades adicionales (arts. 10 y 11), aunque estas parecen no compatibles con el homicidio culposo, en los que no hay finalidad de cometer delito de resultado, sino infracción al deber de cuidado que provoca una o más muertes.

Otras Cuestiones de Interés:

El homicidio culposo y los criterios de oportunidad:

Sabido es que algunos Códigos Procesales penales incorporaron criterios de oportunidad reglada. Así, por ejemplo, el santafesino (ley 12734) dispone en su art. 19 inc. 6 que "*El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal, en los siguientes casos… cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad*".

Al no exigir conciliación con la víctima (que en el homicidio culposo es imposible) sino con los interesados (herederos, etc.) es obvio que la norma admite la posibilidad de que el homicidio culposo no sea objeto de persecución por parte del Ministerio Público, en tanto y en cuanto no existan razones de seguridad, interés público o interés de un menor, lo que competerá definir al Fiscal Provincial como parte de su política criminal.

Posibilidad de Conceder la Suspensión del Juicio a Prueba:

El art. 76 *bis* del Código Penal dispone que "*El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba*". En su párrafo final reza: "*Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación*".

Estas disposiciones se interpretaron originariamente en sentido de no conceder la *probation* para casos de homicidio culposo. Al respecto, la doctrina judicial sentada en 1999 por la Cámara Nacional de Casación Penal en pleno en los autos "*Kosuta*"[73] afirmó que "la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 *bis* y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años". También interpretó que "no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa".

En sentido similar se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2002 en autos "*Gregorchuk*"[74].

Sin embargo esta misma Corte en 2008 *in re* "*Acosta*"[75] entendió procedente el beneficio respecto de penas de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años en concreto. En tal sentido señaló que "para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra…, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus

[73] "Kosuta, Teresa R. s/ Recurso de Casación" (17.08.1999). Un año antes, el plenario "Zalazar, Eduardo Ramón s/ Estafa" (22.12.1998) resuelto por las Cámaras de Apelación de las cinco Circunscripciones Judiciales de la Provincia de Santa Fe, también adhería a la llamada teoría estricta.

[74] CSJN, Fallos 325:3229, 03.12.2002.

[75] "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción al art. 14 1er párrafo de la ley 23737" (23.04.2008).

disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos… Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional…, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho… Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal". De allí que a renglón seguido haya expresado que "el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante". En el caso "*Lorenzo*"[76] la Corte resolvió un recurso de hecho y siguió el mismo criterio que en "Acosta".

Si bien en "Acosta" el Alto Tribunal nacional nada dijo de la inhabilitación -lo que llevó a una parte de la doctrina a sostener que no era posible la *probation* en casos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación conjunta con privativas de la libertad-, lo cierto es que el mismo día la Corte Suprema también falló *in re* "*Norverto*"[77], ocasión en que sostuvo que era aplicable el precedente "Acosta", cuando se le imputaba a aquel el delito contemplado en el art. 302 del Código Penal que prevé penas conjuntas de prisión e inhabilitación. De allí que se deduce que "*Norverto*" recogió una tesis amplia, abarcativa de supuestos en los que la inhabilitación está prevista como pena conjunta. De este modo se evidencia la opción del Alto Tribunal nacional por un derecho penal de mínima intervención[78].

La cuestión se ha resuelto, pues, en muchos casos en la admisión de la suspensión del juicio a prueba en casos de homicidio culposo, siempre y cuando se ofrezca la autoinhabilitación entre las condiciones a cumplir por el beneficiario durante el plazo que se estipule.

La Inhabilitación Provisoria:

El artículo 311 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) dispone: "*En las causas por infracción a los arts. 84 y 94 del Código Penal, cuando las lesiones o muerte sean consecuencia del uso de automotores, el juez podrá en el auto de procesamiento inhabilitar al procesado para conducir, reteniéndole a tal efecto la licencia habilitante y comunicando la resolución al Registro Nacional de Antecedentes del Tránsito. Esta medida cautelar durará como mínimo tres meses y puede ser prorrogada por períodos no inferiores al mes, hasta el dictado de las sentencia. La medida y sus prórrogas pueden ser revocadas o apeladas. El período efectivo de inhabilitación provisoria puede ser*

[76] "Lorenzo, Amalia s/ infracción art. 292 del Código Penal (23.04.2008).
[77] "Norverto, Jorge Braulio s/ infracción art. 302 CP" (23.04.2008).
[78] Cfr.: BATTOLA, Karina E.: *Suspensión del juicio a prueba. La voz de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Acosta", "Lorenzo" "Norverto" y un derecho penal de mínima intervención* en: AA.VV.: *Derecho Penal y Democracia Desafíos actuales Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa*, Córdoba, Mediterránea, 2011, págs. 55/63.

computado para el cumplimiento de la sanción de inhabilitación sólo si el imputado aprobare un curso de los contemplados en el art. 83 inc. d) de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial".

Semejante disposición es inconstitucional por ser contraria al principio de inocencia (art. 18 de la Constitución Nacional, y atento a lo preceptuado en el art. 75 inc. 22 de la misma: art. 8 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principio recordado en el art. 1 del Código Procesal Penal de la Nación) porque parte de la base ficcional que el imputado es culpable y, por tanto, hasta que ello se aclare, se le aplica una verdadera pena de inhabilitación disfrazada de medida cautelar. Reconocer constitucionalmente el principio de inocencia de un sujeto y, a la par, inhabilitarlo para conducir vehículos es una contrariedad lógica que no admite análisis, ni aún bajo el embuste de etiquetas (medida cautelar) o deseos bien intencionados (necesidad de evitar nuevos delitos, etc.).

En este contexto, se ha entendió que "el principio de inocencia también debe significar que en el proceso penal no pueden existir 'ficciones de culpabilidad' como la aquí regulada. Es decir, reglas absolutas de apreciación de la prueba que le obliguen al juez a considerar probada la culpabilidad o parte de ella de un modo automático. Cualquier ficción de esta naturaleza es inconstitucional porque afecta este principio"[79].

Por su parte, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante[80].

---

[79] ALMEYRA, Miguel Ángel -Director- BAEZ, Julio César -Coordinador-: *Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 580. Similar disposición a la comentada contiene el Código Procesal Penal de Transición de la Provincia de Santa Fe (ley 6740, modificada por ley 12.912, texto ordenado por decreto 125/2009) en cuanto dispone en su art. 328 II (incorporado por ley 11.583 en 1998): "*En las causas por infracción a los artículos 84 y 94 del Código Penal, cuando las lesiones o muertes sean consecuencia del uso de automotores, el juez podrá en el auto de procesamiento, inhabilitar provisoriamente para conducir al procesado, reteniéndole a tal efecto la licencia habilitante y comunicando la resolución a los registros Nacional y Provincial de Antecedentes de Tránsito. Esta medida cautelar durará como mínimo tres meses y puede ser prorrogada por períodos no inferiores a un mes, hasta el dictado de la sentencia. La medida y sus prórrogas pueden ser revocadas o apeladas. El período efectivo de inhabilitación provisoria puede ser computado para el cumplimiento de la sanción de inhabilitación sólo si el imputado aprobare un curso de los contemplados en el Artículo 83 inc. d) de la Ley Nacional Nº 24.449*" (cierta doctrina al comentar este artículo no se expide acerca de su conformidad con la Constitución Nacional (así, por ejemplo: JAUCHEN, Eduardo M.: *Comentarios sobre el Código Procesal Penal de Santa Fe*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, págs., 417/419,).

[80] En sentido de la inconstitucionalidad del art. 311 *bis* del CPPN se ha expedido la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional en causa "Ivanoff, Jorge Luis s/ Lesiones Culposas" del 05.10.2007.

Aborto

Por **Jorge Buompadre**

Art. 85: ***"El que causare un aborto será reprimido:***

1.- Con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2.- Con reclusión o prisión de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer.

El máximum de la pena se elevará a seis (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer."

Origen y evolución de la figura.

Por lo general, el aborto no fue castigado en los pueblos antiguos. En la Roma pagana de los primeros siglos y hasta bien entrada la República, predominó el principio estoico *partus antequan edatur mulleris parts est vel viscerum* (el fruto de la concepción es parte de la entrañas de la madre). La represión recién aparece con el cristianismo, tanto que, en tiempos de Adriano, Constantino y Teodosio, el aborto fue asimilado al homicidio.

Durante el período de la Carolina se distinguió la muerte del feto animado del inanimado, reservándose para el primer caso la pena de muerte para el autor. En España, la antigua legislación siguió la tradición romanista-germánica, aunque en muchos casos se castigó con pena de muerte el aborto y con sanciones distintas el suministro de sustancias abortivas. Por mucho tiempo se siguió la tesis de la animación fetal como sistema regulador de la penalidad, produciéndose el abandono de este sistema recién con la sanción del código penal de 1822, en el que aparecen descriptas las figuras de aborto con consentimiento y sin consentimiento. La codificación posterior, aunque con diversos matices, siguió los mismos lineamientos, hasta la sanción del código penal de 1944, el cual prohibió no solamente todo tipo de práctica abortiva sino también el suministro de métodos tendientes a evitar el embarazo. En 1985, mediante la Ley Orgánica No. 9, se estableció el sistema de prohibición relativa del

aborto, estableciéndose su castigo como principio general con ciertas y determinadas excepciones. Esta ley introdujo el art. 417 bis del anterior código penal, mediante el cual se declaró la impunidad del aborto cuando hubiere grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuere el producto de una violación o cuando exista presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales. Vale decir que, mediante la señalada ley de 1985, el legislador español se decantó por un sistema de indicaciones de punición excepcional. En la actualidad, la reciente Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BO: 4/3/10), estableció el "sistema del plazo", por medio del cual se permite el aborto dentro de un período determinado de la gestación (primeras 14 semanas). La nueva regulación prevé dos hipótesis de abortos no punibles: el aborto libre a petición y el aborto por causas médicas como medida excepcional [1].

Entre nosotros, aunque con distintas variantes, el aborto estuvo castigado en todos los precedentes legislativos. Durante el proceso codificador, las formas de impunidad fueron introducidas por la Comisión del Senado, siguiendo los lineamientos del Anteproyecto Suizo de 1916. Actualmente, el código penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en el art. 85, inciso primero, se ocupa del aborto sin consentimiento de la mujer (forma más grave), mientras que en el inciso segundo se castiga con menor penalidad el aborto realizado con el consentimiento de la mujer. En ambos supuestos y con distinta penalidad, el hecho se agrava si se produce la muerte de la mujer. En el art. 86, primer párrafo, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el llamado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87 contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88, finalmente, prevé pena de prisión para el autoaborto o la prestación del consentimiento para que otro se lo causare. El último párrafo del mismo precepto, declara la impunidad de la tentativa de aborto de la propia mujer.

Bién Jurídico.

El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. En este Título carece de relevancia la protección que se pueda dispensar a otros intereses distintos de la propia vida del

1 Para mayores detalles sobre esta legislación, véase BUOMPADRE Jorge Eduardo, De la despenalización al aborto libre. La ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España, Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas,UNNE, Nº 7, Número Extraordinario, Editorial Dunken, Bs. As., 2010; disponible también en Revista La Ley Penal y Procesal penal, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario), pags.283 y sig., sept./2010, y en www.alfonsozambrano.com

nasciturus, como ser la salud de la madre, el interés demográfico de la comunidad, etc., que podrían encontrar efectiva protección en otros lugares del ordenamiento punitivo; lo que importa preservar es la vida intrauterina, cuya tutela no sólo surge desde el propio código penal sino que la vida humana tiene reconocimiento expreso en la misma Constitución Nacional, la cual, a partir de la reforma de 1994, que introdujo los Tratados sobre Derechos Humanos, ha establecido que la protección de la vida debe hacerse, por lo general, a partir de la concepción (art. 75 inc. 22).

El problema que se presenta consiste en determinar a partir de cuándo estamos en presencia de una vida humana que merezca protección penal. Sobre el particular se han esbozado dos teorías: la teoría de la *fecundación*, según la cual la vida humana comienza desde que el óvulo es fecundado por el gameto masculino. A partir de este momento, entonces, existe vida humana merecedora de protección penal. La otra teoría, denominada de la *anidación,* determina el comienzo de la vida humana como objeto de protección penal desde que el óvulo fecundado queda fijado (anidado) en el útero materno, fenómeno que se produce, aproximadamente, a los catorce días desde el momento de la fecundación.

Compartimos la idea que sostiene que el objeto de protección en el delito de aborto debe quedar delimitado a partir del momento en que se produce la anidación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo cual implica que la protección penal sólo abarca al embrión y al feto, no así al preembrión o embrión preimplantatorio [2]. Antes de la anidación, se tiene dicho, no puede hablarse propiamente de vida prenatal; el comienzo del proceso fisiológico de la gestación tan sólo se produce tras la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Por otra parte, resulta prácticamente imposible la determinación exacta del momento de la concepción [3]. Tal como lo pone de manifiesto Feijoo Sánchez, la razón relevante para sostener la tesis de que la protección penal empieza con la anidación es de índole político criminal: no extender la intervención del derecho penal hasta límites de dudosa legitimidad o en los que el derecho penal perdería totalmente su eficacia como medio de protección. La cuestión decisiva a

2 De la misma opinión, FIGARI Rubén E., op.cit., pag. 263; con la teoría de la fecundación, VILLADA Jorge Luis, op.cit., pag. 130.

3 Conf. CARBONELL MATEU J.C. y GONZALEZ CUSSAC J.L., Derecho penal, parte especial, Tirant lo Blanch Libros, pag.103, Valencia, 1999.

efectos del alcance del delito de aborto no es en realidad determinar el momento en el que se inicia la vida, sino cuándo puede y debe comenzar la protección jurídico-penal de la vida [4]. Razones de seguridad jurídica aconsejan aceptar esta conclusión.

El criterio de la anidación permite sostener la tesis de la atipicidad en los casos de embriones fecundados *in vitro*, como en aquellos supuestos de óvulos aún no implantados (por ej. la mola) [5], cuando al momento de la conducta el feto está muerto (no existe objeto material) o en los casos de embarazos ectópicos o extrauterinos [6].

Sistemas de Regulción del Aborto.

Desde una perspectiva histórico-comparativa, se puede establecer la existencia, básicamente, de dos sistemas legales de regulación del aborto: el sistema de prohibión absoluta y el sistema de prohición relativa, admitiendo éste último una subclasificación entre dos modelos de regulación, el sistema del plazo y el sistema de las indicaciones. El siguiente esquema nos permite apreciar el marco regulatorio referido:



4 Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Compendio de derecho penal, parte especial, vol.I, pag. 293, Editorial R.Areces S.A., Madrid, 2003.

5 La mola es un óvulo fecundado y abortivo que, en vez de morir, se hace parásito de la sangre de la mujer. La mola, como señala González Rus, debe equiparse al feto muerto.

6 Se entiende por embarazo ectópico la nidación y el desarrollo del huevo fuera de la cavidad del útero. En el 90% de estos casos, la implantación se produce en la trompa, aunque también la ubicación puede ser tubárica, tuboovárica, ovárica, abdominal, intraligamentaria y cervical. Se entiende que, habitualmente, los embarazos ectópicos abdominales producen fetos muertos, conf. SCHWARCZ Ricardo Leopoldo y otros, “Obstetricia”, Ed. El Ateneo, Bs. As., 2002, pag. 181.

Sistemas de regulación del aborto

- Sistema de la prohición absoluta
- Sistema de la prohibición relativa
  - Sistema del plazo
  - Sistema de las Indicaciones
    - a) Médica
    - b) Eugénica
    - c) Etica
    - d) Socioecon.

a) **Sistema de la prohibición absoluta**.

Según este sistema, toda conducta provocadora del aborto o dirigida a causarlo, debe ser castigada como delito. Son ejemplos de este modelo de regulación legislativa los códigos europeos del siglo 19 y algunos que rigieron durante el siglo 20, v gr. el código español franquista de 1944 y el código penal italiano de 1930 (Código Rocco).

b) **Sistema de la prohición relativa**.

Para este modelo de regulación, el aborto provocado, en principio, debe ser castigado como delito, aunque admite supuestos excepcionales de impunidad. La gran mayoría de los ordenamientos penales de la actualidad, en especial los de América Latina, se encuentran alineados en este modelo. El sistema permite dos variantes: la solución del plazo y la solución de las indicaciones.

b.a) **Sistema del plazo**. Este sistema supone la impunidad de todo aborto consentido cuando es practicado por un médico y dentro de un plazo establecido legalmente, por lo general dentro del primer período de la gestación, esto es, durante los tres primeros meses del embarazo. Si el aborto debe ser practicado con posterioridad a dicho plazo, el sistema se complementa con ciertas indicaciones que están determinadas de antemano.

b.b) **Sistema de las indicaciones**. Es el modelo por excelencia, casi todas las legislaciones del mundo lo han adoptado. Para este sistema el aborto está prohibido como principio general durante todo el período de la gestación, pero se admite ciertas y determinadas excepciones (indicaciones) que

posibilitan la realización del aborto. Han seguido este modelo de regulación, entre otros, Argentina, Paraguay, Brasil, Uruguay, México, El Salvador, Panamá, Suiza, Portugal, Gran Bretaña etc.

Tradicionalmente, las indicaciones son cuatro:

I. *Indicación médica*, también denominada necesaria o terapéutica, según la cual la interrupción del embarazo está permitido cuando persigue evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la madre.

II. *Indicación eugénica*, también conocida como indicación eugenésica o enbriopática y consiste en permitir el aborto cuando se presume que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales.

III. *Indicación ética,* denominada también jurídica, sentimental, humanitaria o criminológica, cuya aplicación presupone que el embarazo ha tenido su orígen en un delito de naturaleza sexual, por lo general, el delito de violación.

IV. *Indicación socioeconómica*. Supone que el nacimiento habrá de producir graves problemas de tipo social y económico a la embarazada o a miembros del grupo doméstico. La indicación ha sido receptada por algunos países de Europa Oriental y, en América Latina, por el Uruguay.

Tanto un sistema como el otro ofrecen ventajas e inconvenientes, pero la preferencia por uno u otro es, en rigor de verdad, una opción político criminal, aunque tal vez –como ha puesto de relieve Feijoó Sánchez- el debate se ha centrado demasiado en la cuestión punición-no punición antes que discutir sobre las ayudas que la sociedad está dispuesta a aportar para que una madre no tenga que tomar la decisión de abortar [7]. Dependerá del legislador ordinario escoger la mejor solución para brindar una eficaz protección a un bien jurídico como la vida prenatal.

Estructura Típica. El aborto es un delito de lesión, instantáneo y de resultado material, cuya estructura exige la concurrencia de tres elementos que son comunes a todos las figuras de aborto previstas en el Código penal: a) una mujer embarazada, b) existencia de un feto y c) la muerte del feto. Puede cometerse por acción o por omisión (impropia).

---

7 Cinf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “Compendio de Derecho Penal”, cit., pag. 288.

3.1. Tipo Objetivo.

A) Sujetos Activo y Pasivo. *Sujeto activo* del delito de aborto puede ser cualquier persona. Se trata de un tipo de titularidad indiferenciada. *Sujeto pasivo*, en cambio, sólo puede ser el embrión o el feto. La diferenciación entre embrión y feto no quiere decir que se trate de sujetos distintos, sino sólo de distintos momentos en la etapa de desarrollo de la misma vida humana, pero con idéntica identidad valorativa. Debe descartarse la idea de que el sujeto pasivo del delito de aborto es la madre (Bajo Fernández, Bustos Ramírez), la comunidad (Arroyo Zapatero) o el Estado (Huerta Tocildo). Si el bien jurídico en el aborto es la vida del feto y el sujeto pasivo sólo puede ser el titular de ese tal bien jurídico, entonces no puede más que atribuirse aquélla calidad al propio embrión o feto [8].

B) Acción Tipica. El código penal no define el aborto ni suministra elemento alguno para su definición. No obstante, desde un punto de vista jurídico se lo puede definir como la "*interrupción de proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo*". Esta noción jurídicopenal de aborto contiene los tres elementos que –según dijimos más arriba- son comunes a todos los tipos de aborto previstos en el capítulo: estado de embarazo o preñez, un feto con vida y la consecuente muerte del mismo.

La *acción típica* consiste en "causar un aborto", esto es, la destrucción del producto de la concepción, en las fases de su desarrollo embrionario o fetal, dentro del seno materno o por su expulsión provocada. Por lo tanto, quedan al margen de la tipicidad la muerte del feto por expulsión espontánea o natural, los partos anticipados, la destrucción de embriones aún no implantados, los abortos selectivos en casos de embarazos múltiples o la interrupción de un embarazo para implantar el embrión en otra gestante, ya que no se produce la destrución del objeto material del delito [9]. Con respecto a los

8 Conf. LAURENZO COPELLO Patricia, Comentarios al Código Penal, parte especial, pag. 291, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

9 Conf. LAURENZO COPELLO Patricia, Comentarios al Código penal, cit., pag. 295 y sig..

medios, al no imponer el texto legal ninguna limitación, puede ser utilizado cualquier medio, sin que importe su forma o naturaleza; pueden ser materiales o morales, físicos, químicos, eléctricos, térmicos u hormonales. Lo que importa es que con el empleo de tales medios se cause la muerte del feto.

a) *Estado de embarazo o preñez*: el tipo exige como presupuesto la existencia de una mujer embarazada, careciendo de relevancia que a tal estado se haya llegado a través de un proceso natural o por vía artificial (inseminación). El estado de embarazo (cuya realidad presupone la existencia de un feto) constituye un elemento del tipo objetivo que debe ser comprobado a través de la prueba pericial médica. Los llamados falsos embarazos o embarazos aparentes, deben ser considerados atípicos por falta de objeto material.

b) *Vida del feto*: el delito presupone la exitencia de un feto, sin que importen sus condiciones de viabilidad extrauterina, vale decir, su capacidad de vivir fuera del claustro materno. Si el feto está muerto al momento de realizar la acción, el hecho es atípico. Las maniobras abortivas realizadas sobre una mujer que no está embarazada (inexistencia de feto) son atípicas, salvo la responsabilidad por las lesiones que las maniobras pudieren haber causado en el cuerpo de la mujer. La viabilidad intrauterina, entendida como la aptitud para desarrollarse fisiológicamente dentro del seno materno, hasta que se produzca el nacimiento, condiciona la existencia del delito.

c) *Muerte del feto*. El delito se perfecciona con la destrucción del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno. La muerte del feto es el resultado exigido por el tipo penal. Cuestiones de particular interés se presentan en supuestos en los que se practican maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada (pero el autor cree que lo está), sobre una mujer que está realmente embarazada, pero el feto está muerto o cuando se presenta un caso de embarazo ectópico. En las dos primeras hipótesis, un sector doctrinal entiende que estamos ante un caso de delito imposible en grado de tentativa (Soler, Fontán Balestra, Gavier, etc.); otros, en cambio -en opinión que compartimos-, defienden la idea de que el hecho, en tales circunstancias, es impune, salvo los daños remanentes que pudieren haberse causado a la mujer (Núñez, Creus, D'alessio, Fígari, Villada, etc.). En los casos de embarazo ectópico o extrauterino, las soluciones están divididas; algunos sostienen la tipicidad de la conducta (el feto tienen posibilidades, aunque mínimas, de sobrevivir); no obstante, su destrucción sería impune sólo si concurriere un estado de necesidad debido al grave peligro que para la mujer generalmente comporta (González Rus, Huerta Tocildo, Rodriguez Ramos, etc.); otros son de la opinión que el hecho es atípico, por inexistencia de objeto material, debiendo ser el dictámen médico el que lo ponga de manifiesto (Laurenzo Copello, Bajo Fernández, Cobo/Carbonell, etc.). Compartimos esta última opinión.

C) El Consentimiento. El art. 85 del cód. penal contempla dos figuras de aborto, que se delimitan entre sí por la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada. En estos supuestos, el consentimiento no opera como una causal de atipicidad, sino que produce sus efectos sobre la pena: el aborto causado sin el consentimiento de la mujer embarazada tiene previsto una penalidad mayor (reclusión o prisión de 3 a 10 años) que el causado con el consentimiento de la mujer (reclusión o prisión de 1 a 4 años).

El consentimiento es el acuerdo, permiso o autorización que la mujer embarazada da a otra persona para que ésta practique sobre su cuerpo un aborto. En estos casos, el tercero es el autor del delito (art. 85 inc. 2), mientras que la mujer es penada autónomamente (art. 88).

El consentimiento puede ser expreso (directo, explícito o inequívoco), tácito (cuando está constituido por actos que permiten deducir claramente la voluntad de abortar) o presunto (meramente conjetural, existente sólo en la mente del autor), pero en todo caso, sólo tienen eficacia a los fines de la delimitación típica los dos primeros. El consentimiento presunto, que sólo implica una mera conjetura por parte del autor en el sentido de que la mujer podría prestarse a la maniobra abortiva, sin que se aprecie claramente esa voluntad, carece de valor tipificante del art. 85 inc. 2 [10]. El consentimiento debe ser válido y libremente prestado por una mujer que tenga capacidad para prestarlo. Esta capacidad es la capacidad penal (16 años), no la civil. Los medios violentos, coactivos y defraudatorios, excluyen el consentimiento. La rectificación efectuada con anterioridad a la realización de las maniobras abortivas, traslada el hecho al art. 85 inc. 1 (aborto sin consentimiento).

3.2. Tipo Subjetivo.

El aborto es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. Quedan fuera del tipo subjetivo el dolo eventual (salvo, como veremos, en la hipótesis prevista en el art. 87) y cualquier forma de culpa.

---

10 Conf. CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge Eduardo, op.cit., pags. 60 y sig.; igualmente, FIGARI Rubén E., op.cit., pag. 266.

3.3. Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la muerte del feto. Las maniobras tendientes a matar al feto, pero que no han producido tal resultado por razones extrañas a la voluntad del autor, quedan en grado de tentativa. Las lesiones al feto carecen de incriminación autónoma, pero su realización se enmarca en el ámbito punible de la tentativa. Las maniobras realizadas sobre un feto muerto, son atípicas, por carencia del objeto del delito.

3.4. Agravante.

Con arreglo al texto legal, el aborto se agrava "*si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer*". Vale decir que, medie o no la prestación del consentimiento (que tiene eficacia sólo en términos de penalidad), cuando la mujer que ha sido sometida a maniobras abortivas muere, la figura aplicable es la agravada.

La agravante configura un caso de aborto (muerte del feto o su tentativa) que produce como consecuencia también la muerte de la mujer. Con otros términos, puede decirse que la agravante requiere la realización de los siguientes pasos: debe haberse configurado el aborto básico (con todos sus elementos constitutivos: mujer embarazada, feto vivo y muerte del mismo o su tentativa) al que se añade la muerte de la mujer, resultado que debe ser la consecuencia del accionar del autor. Si se dan todos estos elementos, la figura aplicable es la del art. 85 en su tipo calificado. Vale decir, que la palabra "hecho"a que hace referencia el precepto legal, comprende tanto el aborto consumado como su tentativa, ya que ésta no deja de ser un hecho de aborto.

El problema se presenta en aquellos casos de inexistencia de embarazo o cuando el feto está muerto. Para un sector doctrinario, en estos supuestos, no resulta aplicable la figura del art. 85, sino que se da una hipótesis de tentativa de aborto imposible en concurso ideal con homicidio culposo. Es la tesis de SOLER, FONTÁN BALESTRA, ODERIGO, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, VILLADA, etc.,[11]. Esta opinión requiere, para que resulte aplicable el art. 85, la consumación del tipo de aborto (muerte del feto) más la muerte de la mujer. Para otros, por el contrario, en estos casos es de aplicación la figura del art. 85, por cuanto esta no requiere la consumación del aborto, sino solo la realización del tipo del aborto

11 Por todos FONTÁN BALESTRA, Carlos, El *elemento. . ., ps. 220 y siguientes*.

en su forma tentada o imposible[12]. De modo que, para esta opinión, es suficiente para la aplicación de la agravante, la realización de las maniobras abortivas –aún en supuestos de falso embarazo o de feto muerto- de las que resulta la muerte de la mujer. Por último, para Terán Lomas la hipótesis que estamos analizando encuadra en la figura del homicidio preterintencional, ya que la mujer sobre quien se ejecutan las maniobras abortivas es el sujeto pasivo del atentado y la acción que sobre ella recae –lesiones– es delictiva en sí misma[13].

En nuestra opinión, como ya lo anticipáramos, la agravante exige la realización del aborto, o su tentativa, y la consecuente muerte de la mujer, vale decir, la concurrencia de todos los elementos de la figura básica más la muerte de la mujer. Si, por el contrario, las maniobras abortivas son ejecutadas sobre una mujer que no está embarazada o el feto estuviera muerto al momento de producirse tales maniobras, la muerte de la mujer tipificará un homicidio culposo encuadrable en las previsiones del art. 84 del Cód. penal, por cuanto no resulta siquiera imaginable un supuesto de aborto (menos aun, agravado) frente a un feto que no existe, porque ha muerto o porque nunca ha existido [14].

Aborto Profesional.

Art. 86: ***"Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.***

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

12 NÚNEZ, Ricardo C., *Derecho. . ., ps. 170 y siguientes*.

13 TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 204 y siguientes.

14 Conf. CREUS-BUOMPADRE, op.cit., pag. 63 y sig.

1) ***Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este peligro no puede ser evitado por otros medios;***

2) ***Si el embarazo proviene de una violación o atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".***

Aborto Profesional Punible

Comentario general.

Se trata de un delito que exige una cualificación en el sujeto activo. Sólo puede ser cometido por las personas mencionadas expresamente en el precepto legal: médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos. La enumeración es taxativa. Por lo tanto, quedan excluidos todos aquellos otros profesionales que, por una u otra razón, se encuentran vinculados con el arte de curar pero no están expresamente enumerados en la disposición legal, por ej., enfermeros, practicantes, etcétera. Se trata, como puede verse, de un delito especial propio por cuanto exige, para su realización, una cualidad específica en el autor del hecho.

Con arreglo al texto legal, el autor debe causar el aborto o cooperar en su realización, *abusando* de su ciencia y arte. Existe abuso en el arte o en la ciencia cuando los conocimientos técnicos del facultativo se ponen a disposición de la finalidad delictiva[15]. La cooperación a que hace referencia la ley puede ser física o psíquica. La única diferencia con los abortos previstos en el artículo 85 reside en la cualificación del sujeto activo.

Aborto Profesional Impune.

Comentario general

Por lo general, el aborto es un hecho típico que, en ciertas ocasiones, puede no resultar antijurídico, por ej. cuando concurre una causa de justificación general que deriva en la impunidad del

15 Citado por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., p. 145.

mismo. De la misma manera, la conducta no resulta antijurídica cuando concurren ciertas y determinadas excepciones expresamente contempladas por la ley (son las llamadas indicaciones, cuya implementación son la consecuencia de un determinado programa político-criminal) que convierten al aborto en un hecho impune. El ordenamiento argentino reconoce dos clases de indicaciones en el art. 86: la indicación terapéutica y la eugenésica.

Con arreglo al texto legal, en ambos supuestos, el aborto debe ser practicado por un médico diplomado, esto es, por quien ha obtenido el título universitario respectivo y se encuentra en condiciones de ejercer la profesión de acuerdo con los requerimientos administrativos que son de obligatorio cumplimiento (matriculación). Están excluidos otros profesionales del arte de curar (por ej., parteros) o aquellos que están vinculados a la medicina pero no son médicos (por ej., enfermeros, practicantes, farmaceúticos, etc.). Además de esta cualificación del sujeto activo, el precepto legal exige que se trate de una mujer embarazada que haya prestado su consentimiento para el aborto.

a) Aborto terapéutico. – El aborto terapéutico, también llamado necesario, médico o justificado, está previsto en el inc. 1 del párrafo 2do. del art. 86, con el siguiente texto: no es punible (el aborto), "*si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios*". La normativa contempla, como se puede apreciar, no un caso de estado de necesidad subsumible en el art. 34, inc. 3°, Cód. Penal, sino un caso de necesidad de practicar el aborto para evitar un riesgo o peligro de muerte de la mujer o un daño a su salud.

El peligro para la vida o la salud de la madre debe ser grave, pero, como se trata de una cuestión valorativa y aún cuando la ley no lo requiere en forma expresa, la gravedad del daño debe estimarse a través de un pronóstico médico, el cual será, en definitiva, el que decida la pertinencia del aborto terapéutico. No se trata de un simple aborto practicado por un médico, sino de un aborto aconsejado por la terapéutica médica [16]. No justifican el aborto, eso sí, la existencia de los peligros genéricos que suelen acarrear los embarazos y los partos [17].

16 Conf. NUÑEZ Ricardo C., op.cit., I, pag. 339.

17 Conf. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Compendio de derecho penal, cit., pag. 312.

La hipótesis plantea un caso en que el aborto es la única alternativa posible, vale decir, que la situación por la que atravieza la mujer no puede ser resuelta sino a través de un aborto (cuando el peligro no pueda ser evitado por otros medios, dice la ley). De lo contrario, el hecho puede resultar punible en los términos del art. 85 del cód. penal. Claro que, si la mujer no prestara el consentimiento (por su negativa o por encontrarse imposibilitada de hacerlo, por ej. estado de coma), el hecho aún podría resultar impune si concurrieren circunstancias que indicaran la aplicabilidad de la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 3 del cód. penal.

a) Aborto eugenésico. – Con arreglo al inc.2 del párr.2 del art. 86, el aborto es impune "*si el ambarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*". Se trata del llamado aborto eugenésico, cuya textura ha generado un controversia doctrinaria que aún no ha finalizado [18] .

El precepto legal regula un supuesto de aborto cometido sobre una mujer idiota o demente, siempre que haya sido víctima de una violación o de un atentado al pudor, no de otros delitos de naturaleza sexual. El problema que en la actualidad se podría presentar con la terminología usada por la norma (aspecto que no ha sido corregido por el legislador) reside en que tales delitos, al menos en su forma tradicional, por imperio de la reforma de la ley 25.087 han dejado de llamarse violación y abuso deshonesto (atentado al pudor en su modalidad tradicional) para pasar a configurar abusos sexuales, entre los cuales, figura ciertamente el antiguo delito de estupro. Vale decir que, por la taxatividad de la norma penal, el estupro no está comprendido en el precepto que estamos analizando, pero al haber desaparecido las denominaciones tradicionales de violación y abuso deshonesto del código penal, debemos preguntarnos ¿qué queda para el estupro del actual art. 120 el cual, según veremos más adelante, constituye un tipo de abuso sexual cuya configuración exige la concurrencia de los elementos descriptos en el art. 119?. Con otros términos, la pregunta que deberíamos hacernos es si el nuevo delito de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima

---

18 Para mayor información, se puede cfr. distintas opiniones en BUOMPADRE Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, cit., I, pags. …….

previsto en el art. 120 del cód. penal (cuando el hecho es reenviable al tipo del tercer párrafo del art. 119 –la antigua violación-), aún cuando la víctima fuere idiota o demente, ¿posibilita la realización del aborto eugenésico?. Pareciera que la respuesta debe ser negativa. Mientras no se produzca una reforma del art. 86 (que buena falta le hace), debemos decantarnos por una interpretación restringida del precepto legal: el estupro (hoy abuso sexual) no está comprendido entre las causales de impunidad del aborto.

Tampoco está comprendido en este artículo el supuesto de violación o atentado al pudor de una mujer normal (ni idiota ni demente) -que configuraría un caso de indicación ética o sentimental-, aún cuando el fruto de la concepción padezca alguna afección o tara física o mental que pudiera justificar la realización del aborto (indicación eugenésica), aunque el supuesto podría ser discutible por cuanto la norma sólo habla de "mujer idiotra o demente" no de "feto idiota o demente", o malformado, o con cualquier otro padecimiento o malformación que posibilitara el aborto.

La disposición fue tomada casi textualmente (con excepción del incesto) del proyecto suizo de 1916, pero, curiosamente, en aquel país no se convirtió en ley. El Código Penal federal suizo de 1937 (en vigencia desde 1942), por el contrario, eliminó la figura, y en su lugar insertó una cláusula genérica de atenuación libre de la pena, en estos términos: "Si el embarazo ha sido interrumpido a causa de otro estado de angustia grave en el que se encontraba la persona encinta, el juez podrá atenuar libremente la pena". Como se puede apreciar, los senadores argentinos –como suele ser costumbre en este país– copiaron un texto extraño, polémico e innecesario, inclusive desechado en el país de origen. Esto les sucede, como dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian[19].

La polémica llegó a su fin con la sanción de la ley 17.567 de 1968, que introdujo un nuevo texto, reproducido por la ley 21.338 de 1976, ambas inspiradas en el pensamiento de Soler, con la siguiente redacción: el aborto no es punible: 2) "Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal".

19 Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad. . ., p*. 352.

Con la nueva redacción dada al párrafo segundo del art. 86, se dejaba en claro que el texto hacía referencia al aborto sentimental cuando el embarazo provenía de una violación a una mujer normal y era practicado de acuerdo a las condiciones exigidas por la ley, y, por incidencia, al aborto eugenésico cuando la víctima de la violación era una mujer idiota o demente.

La reforma de la ley 23.077, al derogar nuevamente la disposición, volvió las cosas a su estado anterior y, consecuentemente, a las antiguas discusiones.

Aborto Preterintencional

Art. 87: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare".

I. COMENTARIO GENERAL

Este delito, cuya fórmula ha recibido tradicionalmente la denominación de "aborto preterintencional", requiere para su configuración la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Ejercicio de violencia –física o psíquica- sobre el cuerpo de la mujer.

b) Una mujer en estado de embarazo;

c) Que el estado de embarazo le conste al autor (conocimiento asertivo del mismo, aunque no fuera visible) o que sea notorio (manifiesto para la generalidad de los individuos, no solo para el autor);

d) La muerte del feto, vale decir, que se cause un aborto (no su tentativa) como consecuencia del empleo de violencia (relación causal entre el acto violento y el resultado muerte del feto), y

e) Inexistencia de dolo de aborto por parte del autor.

Se discute en doctrina la naturaleza subjetiva de esta figura.

Para un sector de opinión, se está ante un caso de aborto culposo (PECO, DÍAZ, ODERIGO, RAMOS, RIGHI, etc.), ya que la violencia, aunque ilícita (?), no constituye en sí misma delito y su empleo causa un resultado imprudente. Para RAMOS MEJIA se trata de una hipótesis de sucesión de dolo y culpa, esto es, un primer tramo que responde a una acción dolosa (la violencia) que es lo querido por el agente, y un resultado (el aborto) que no es querido pero que ha sido producido por culpa, en este

caso conciente, porque el embarazo de la paciente es notorio o le consta al autor[20]. FONTÁN BALESTRA lo considera un aborto preterintencional, al igual que SOLER, TERÁN LOMAS, NIEVA[21] y CARRERA[22]. Esta es la tesis que también propone AQUINO, pero admitiendo, al mismo tiempo, la forma culposa[23]. Para GÓMEZ es un aborto doloso pero de dolo indirecto[24]. BUSTOS RAMÍREZ, GRISOLÍA y POLITOFF, con cuya opinión coincide DONNA, entienden que se trata de un supuesto que abarca un obrar doloso (violencia) en contra de la mujer y, con respecto al aborto, puede ser doloso o culposo. Por último, otro sector doctrinario encuadra el delito en la tipicidad dolosa, pero con exclusión del dolo indirecto y de toda forma de culpa, aceptando, a la vez, la figura preterintencional (NÚÑEZ).

Nosotros creemos, coincidiendo con LÓPEZ BOLADO, que estamos ante un caso de aborto doloso, pero de dolo eventual[25]. Al estar la violencia dirigida contra la mujer, no contra el feto, no puede

---

20 RAMOS MÉJíA, Enrique, "La responsabilidad penal por otro resultado más grave", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofia del derecho, Libro en homenajea Luis Jiménez de Asúa,* Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 304 y siguientes.

21 Por todos TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., ps. 209 y ss., y t. 11, ps. 36 y siguientes.

22 Notas al libro de Marcello FINZI, *El delito preterintencional,* Depalma, Buenos Aires, 1981, ps. 178 y siguientes.

23 AQUINO, Pedro B., ob. cit., p. 111.

24 GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., t. 2, p. 143.

25 LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos . . ., p*. 130. Con nuestra opinión, VILLADA Jorge Luis, Delitos contra…, cit., pag. 142. Para CREUS quedan comprendidos en el tipo tanto el dolo eventual (voluntad de actuar violentamente sobre la mujer, aceptando el resultado de aborto) como la culpa inconsciente (el resultado no estuvo presente en la mente del autor) , conf. Derecho penal, parte general, cit., pag. 67.

configurarse la forma culposa. La culpa, dice NÚÑEZ, no es compatible con la mala intención de violentar a la mujer. Por otra parte, agregamos nosotros, si el legislador hubiera querido configurar este tipo de aborto a título de culpa, lo hubiera así tipificado expresamente, como lo hizo con otras figuras culposas, más aún si no perdemos de vista el sistema de *numerus clausus* escogido por el legislador argentino para sancionar los tipos culposos. De otra manera, con un criterio tan amplio, podríamos considerar la posibilidad culposa frente a cualquier delito, lo cual conspiraría contra todo sistema racional de ordenación delictiva. La tesis del dolo directo tampoco resulta aceptable, no solo porque generaría confusión con la forma común del aborto, sino porque la propia descripción legal lo excluye *("sin haber tenido el propósito de causarlo",* dice el art. 87). Con respecto a la figura preterintencional tampoco la consideramos probable, pues, si bien es cierto que ella requiere una acción inicial dolosa (admitiendo que la violencia es dolosa), el resultado final debe ser culposo, lo que no sucede con el tipo del art. 87, que exige también un acontecimiento final doloso (si bien no directo), por cuanto el autor, al emplear la violencia contra la mujer, lo hace asintiendo en la posibilidad real de causar un aborto, en definitiva queriéndolo. Hay, por tanto, dolo eventual. Se trata de un caso en que el autor, no obstante advertir (o conocer) el estado de embarazo de la mujer y previendo la posibilidad de un resultado previsible (el aborto) si ejerce la violencia, no le importa dicho resultado (lo menosprecia), no se detiene en su actuar, ejecuta el acto violento y provoca el aborto. Estamos ante una hipótesis de dolo eventual.

Aborto Causado por la Propia Mujer. Tentativa.

Art. 88: ***"Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible".***

La disposición contempla dos figuras: el aborto causado por la propia mujer y la prestación del consentimiento para que un tercero se lo causare.

En el primer supuesto, el autor es la propia mujer, que es quien ejecuta el aborto. La ejecución del aborto por la propia mujer no descarta la posibilidad de actos de cooperación o ayuda por parte de terceros, participación que se resuelve mediante la aplicación de las reglas comunes de los arts. 45 y 46

del código penal. En el segundo supuesto, el artículo solo declara como subraya AQUINO la pena que debe aplicarse a la mujer que consiente que se practiquen sobre ella las maniobras abortivas que darán lugar al aborto[26]. Esta última figura debe siempre hacerse jugar armónicamente con la del art. 85, inc. 2°, Cód. Penal. El art. 88 abarca un caso de delito de acción bilateral[27], pues requiere la acción conjunta del tercero que practica el aborto (art. 85) y de la mujer que presta el consentimiento (art. 88). La simple prestación del consentimiento sin que el tercero haya realizado actos ejecutivos, queda fuera de la punibilidad. La retractación o revocación del consentimiento realizado antes de la provocación del aborto, tiene eficacia desincriminante para la mujer, no así para el tercero que incurrirá en el tipo previsto en el art. 85 inc. 1 del código penal.

La *tentativa de aborto de la propia mujer* no es punible. Se trata de una excusa absolutoria establecida en su favor, aunque también se extiende a los terceros que han participado con actos de complicidad secundaria en el aborto tentado[28]. La excusa tiene una razón político criminal que la fundamenta: evitar el escándalo que significaría un proceso judicial frente a un hecho que solo queda en la intimidad de la mujer y que no tiene ninguna repercución social relevante; para evitar que tal fundamento quede totalmente desvirtuado, es que también la excusa beneficia al cómplice.

---

26 AQUINO, Pedro B., en *Manual de derecho penal,* “Parte especial”, dirigido por Ricardo LEVENE (h.), Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 112.

27 Así TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208.

28 A favor de esta opinión, VILLADA Jorge L., op.cit., pag. 151 y sig.; PARMA Carlos, Código penal comentado, T.2, parte especial, pag. 112 y sig. En contra TERÁN LOMAS, Roberto A., ob. cit., p. 208; AQUINO, Pedro B., ob. cit., p. 112. Para LAJE ANAYA, Justo, ob. cit., p. 67, no se trata de un excusa absolutoria, sino de una causal de impunidad, semejante al art. 34, Cód. Penal, porque la tentativa de la mujer no es delito. Con parecida opinión, FÍGARI Rubén, op.cit., pag., 310. Sin embargo, si lo ejecutado por la mujer es una tentativa, pareciera ser que se hace referencia a una “tentativa de delito” o delito imperfecto, siempre delito al fin.

Lesiones

Por **María Graciela Cortazar**[i]

Art. 89: ***"Se impondrá prisión de un (1) mes a un (1) año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código".***

Art 90: ***"Se impondrá reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro."***

Art. 91: ***"Se impondrá reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir".***

Introducción. Ubicación Sistemática de los Delitos de Lesiones en El Código Penal.

El capítulo II del Libro Segundo del Código Penal abarca la tipificación de todos los delitos de lesiones, cuyo bien jurídico protegido es, conforme señalara tradicionalmente desde la dogmática el profesor Sebastián Soler, la incolumidad de la persona. Es la integridad corporal y la salud de la persona lo que se tutela, ya que no solo se protege el cuerpo sino la salud del individuo. Esto implica una protección ampliada de los aspectos anatómicos y fisiológicos del individuo, abarcando tanto la salud física como la psíquica.

La doctrina sostiene que el bien jurídico en el delito de lesiones es la integridad y salud personales, entendiendo que el adjetivo alude a la doble vertiente física y mental de las personas. En la

Antigüedad, sabemos que la protección de la ley penal era restringida a la persona física del hombre, de modo tal que los autores llamaron a esta clase de delitos, “delitos contra los miembros” y las lesiones que no llegaban a quitar la existencia se resumían en los títulos de heridas y ofensas. El carácter constitutivo de la herida se encontró en la continuidad del cuerpo humano, en la que se tuvo como criterio el derramamiento de sangre. De tal forma, eran ofensas o golpes las violencias recaídas sobre el cuerpo ocasionando dolor físico, sin producir solución de continuidad y se distinguían en golpes con rastros o sin rastros según dejaran o no huellas en el cuerpo golpeado. Del título de lesiones se apartaron por su resultado: la mutilación y la desfiguración, delitos que en algunos casos eran títulos especiales y en otros casos considerados como lesiones calificadas. Es recién con el cristianismo cuando dentro del concepto de lesión se incluye la perturbación del entendimiento del hombre, cambiándose el concepto de lesiones corporales por el nuevo concepto de lesiones personales y queda sí, de modo definitivo incluido en la lesión, tanto el daño físico como el daño psíquico.

Sin dudas, el artículo 89 de nuestro Código Penal Argentino recepta la idea de la lesión personal como delito.

Puede afirmarse en un intento de conceptualizar globalmente que la lesión como delito implica una disminución en la integridad corporal, un daño en la salud o una incapacidad para el trabajo. De la revisión de las descripciones típicas puede observarse que la conceptualización previa se adecua a lo descripto por las normas respectivas.

En el delito se comprende a cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, sea esto producido por pérdida de sustancia corporal o inutilización funcional de órganos o miembros, ya sea por enfermedad física o mental.

El derecho a la integridad física, vulnerado por las acciones descriptas en las normas que tipifican los delitos de lesiones, posee rango constitucional desde la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional mediante la reforma de ésta en 1994. Según el artículo 5. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, toda persona “tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Se dirá que existe daño en el cuerpo toda vez que se destruya la integridad del cuerpo o la arquitectura y correlación de los órganos y tejidos, ya sea aparente, externo o interno. Para la existencia

del daño y la configuración de lesión, es indiferente la producción de dolor. El concepto de integridad anatómica está referido a la corporeidad humana, tal cual es, no como arquetipo humano.

Resultan atípicas las lesiones al feto, ya que es indudable que el legislador ha querido referirse a una persona nacida cuando se refiere en el artículo 89 “al otro”.

La mayoría de la doctrina considera que el sujeto pasivo en el delito de lesiones es el mismo que en el de homicidio. Es cierto que, como sostiene algún doctrinario, la posición implica una evidente contradicción y división del sistema jurídico, ya que el derecho argentino, por un lado reconoce al nasciturus su condición de persona de existencia visible (arts. 51 y 54 del CC), protege su vida, lo somete a patria potestad, le atribuye amparo y protección a sus derechos patrimoniales y por otro deja huérfana de protección su integridad física sustancial.

Por mi parte entiendo que a partir de la incorporación a la CN de la Convención sobre los Derechos del Niño y la reserva argentina que considera al niño como sujeto de derechos desde la concepción, la ausencia de penalización de las lesiones provocadas al feto, constituye un evidente trato desigualitario y discriminatorio respecto del resto de los niños (nacidos). Ell no obstante, principios básicos del sistema de legislación penal impiden ampliar el tipo de lesiones a la persona por nacer en el diseño actual del Código Penal.

La solución al problema se advierte en el derecho comparado, al tipificar, de modo independiente las lesiones al feto, como ocurre en el derecho español en su artículo 157.

En nuestro Código Penal, las lesiones dolosas, en grado creciente de gravedad, se encuentran descriptas en los artículos 89 a 91, siendo los artículos 92 y 93, las tipificaciones agravadas y atenuadas respectivamente, las que se describen por remisión a normas previas que agravan o atenúan la pena para el homicidio.

Las lesiones culposas están descriptas en el artículo 94.

Lesiones Leves

Art. 89: ***"Se impondrá prisión de un (1) mes a un (1) año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código".***

La figura penal transcripta es de los denominados tipos residuales, que describen las lesiones leves, por carácter de exclusión, esto es, se aplicará este artículo ante la producción de una lesión que no sea grave ni gravísima ni quede subsumida en otro delito que las comprenda como estadio previo. Asi, las lesiones leves quedan absorbidas cuando el hecho configura tentativa de homicidio, lesiones en riña, duelo y también se excluye esta figura cuando se trata de delitos que se cometen usando fuerza sobre la víctima, como en el caso del robo, la violación.

Analizando su estructura típica el delito de lesiones leves es un delito común de autor, ya que no se establece recaudo especial con respecto al sujeto activo (*delicta comunia*). Cualquier persona puede ser autora de este delito. Tiene que ser una persona distinta a quien sufre la lesión puesto que las lesiones autoinfringidas quedan fuera de la descripción del tipo, ya que la norma exige la comisión de un daño a "otro". De todas maneras, es posible, para los casos en los que procede (utilización de un inimputable, por ejemplo) la comisión por autoría mediata de lesión actuando a través de un incapaz , como instrumento, que se lesiona a sí mismo.

El sujeto pasivo también es común, pudiendo cualquiera ser víctima o damnificado de una lesión, con la salvedad de que podrán serlo las personas desde su nacimiento (se analizó previamente la cuestión referida a la atipicidad de las lesiones al feto) y mientras exista como ser vivo. Las lesiones post mortem también son atípicas, como los actos de vilipendio de un cadáver.

La acción típica es lesionar, esto es, como se viera antes, el causar un daño en el cuerpo o en la salud de otro, es decir que altera la estructura física o menoscaba el funcionamiento del organismo del sujeto pasivo.

El tipo penal configura un delito de resultado material, ya que se exige como tal la producción de un daño en el cuerpo o en la salud. Este resultado debe ser consecuencia de una acción violenta sobre la víctima por parte del sujeto activo.

El delito queda consumado con la causación del daño en el cuerpo o la salud y la tentativa es admisible para lo que habrá que analizar el grado de lesión que se quiso ocasionar. Será determinante pues, el dolo del autor para establecer si responde por lesiones leves, graves o gravísimas en grado de

tentativa. Así, por caso, si el autor quiere sacar un ojo a la víctima y no lo logra, responderá por lesiones graves tentadas.

Respecto a la importancia del daño para establecer el resultado típico, la ley solo exige que se cause un daño en el cuerpo o en la salud de otro, sin referirse a la medida o entidad del mismo. Se ha generado en derredor de este vacío u omisión cuantificadora del daño, una discusión referida a la existencia de tipicidad en casos de lesiones ínfimas o levísimas, tales como un mero rasguño, un moretón o un corte de cabello.

La doctrina tradicional entiende que la ley al no hacer distinción incluye estos casos dentro de la lesión por causación de daño, al quedar comprendidas en el concepto de alteración anatómica y se dice que por insignificante que sea implica un atentado a la persona material que va más allá de la agresión con arma la cual es delictiva para la ley (art. 104).

Otra parte de la doctrina recurre a la teoría de la insignificancia exigiendo cierta gravedad o entidad en la afectación del bien. Así, Zaffaroni sostiene que si la coacción penal tiene por finalidad preservar la seguridad jurídica y para ello brinda protección a bienes jurídicos, cuando éstos solo han sido mínimamente afectados, resulta injusta la reacción penal, dañando el sentimiento público de seguridad. Esta teoría excluye del derecho penal los delitos de poca monta. El Profesor Edgardo Donna, en disidencia con tal criterio, entiende que la teoría de la insignificancia contiene contradicciones y ambigüedades, y prefiere la utilización del principio de razonabilidad (art. 28 CN) , declarándose en el caso concreto la inconstitucionalidad de la pena por no guardar relación con la gravedad del hecho. Dice Bidart Campos que para la constitucionalidad de una ley se exige de ésta cierto contenido de justicia que se llama razonabilidad y es el opuesto a la idea de arbitrariedad. Así, puede ser irrazonable y por ello contrario a la CN, aplicar la pena de un mes de prisión al sujeto que simplemente ocasionó un rasguño a la víctima y para Edgardo Donna , en este caso, no se trata de un problema de insignificancia sino de inconstitucionalidad de la pena aplicable al caso concreto.

La figura no exige medios específicos de comisión, de modo que todos los medios están admitidos como productores del resultado, tanto medios físicos como los denominados “medios morales”.

Para que se tipifique el delito pueden darse cualquiera de las dos modalidades descriptas: la producción de un daño en el cuerpo o en la salud. Los resultados exigidos para la configuración son, alternativamente:

a) Daño en el cuerpo: consiste en una alteración o modificación anatómica de la víctima. Puede tratarse de lesiones internas (ruptura de tejidos internos u órganos) o externas (cortaduras visibles, mutilaciones, contusiones, quemaduras, manchas, pigmentaciones en la piel). El delito consiste en alterar la integridad física de la víctima , siendo irrelevante que se entienda “mejorado” el organismo. A guisa de ejemplo quien forzadamente o sin consentimiento somete a otro a una cirugía plástica con el fin de corregir defectos físicos, sin dudas comete delito de lesiones. La importancia práctica de la cuestión es innegable en el ámbito de la praxis médica, por ejemplo. También se asienta en doctrina la irrelevancia de causar dolor para que se constituya la lesión, siendo intrascendente asimismo, la emanación o no de sangre. Contrariamente sí tiene relevancia la persistencia de la lesión (secuelas) de cierta duración en el organismo y así, por caso, el torcer el brazo momentáneamente o pegar una bofetada, no constituye lesión.

b) Daño en la salud: En la salud, el daño es el cambio operado en el equilibrio funcional actual del organismo de la víctima. Debe entenderse por salud el equilibrio anatómico funcional, habrá daño cuando se altere o rompa dicho equilibrio. Es posible la alteración de la salud física y también de la salud psíquica de la víctima. En relación a la alteración de la salud psíquica no solamente quedan incluidos los daños que producen enfermedad mental a la víctima (demencia), sino además los daños psicológicos, aunque no alcanza el mero daño moral del damnificado sino que es exigible la producción de un real daño psicológico. El daño en la salud puede referirse al funcionamiento general de todo el organismo o a ciertas funciones particulares del mismo.

En relación al tipo subjetivo, la figura en estudio es dolosa y en consecuencia el tipo requiere dolo directo o eventual. Toda voluntad de ataque físico a la persona de otro, representándose el agente la posibilidad de daño, sin rechazarla, queda comprendida en el dolo de lesiones. El agente debe actuar con

conocimiento del hecho que está realizando (conforme las indicaciones del tipo objetivo) y con voluntad dirigida a su concreción. Es de análisis en este aspecto, la ya superada discusión, pero sostenida aún recurrentemente, sobre el requerimiento del denominado: ” animus nocendi” o dolo específico de lesiones. Se sostiene desde ese análisis que si el agente no ha tenido intención de causar daño en el cuerpo o la salud de su prójimo, no hay delito de lesiones.

Desde la teoría del dolo, la doctrina contemporánea desecha la idea de que exista un dolo específico que se pueda identificar mediante diferentes calificativos del *animus.* Si se afirma actualmente que ciertas figuras tienen especiales requerimientos subjetivos, independientes del dolo, que exigen una determinada dirección de voluntad o un particular conocimiento. No es este el caso del dolo de lesiones y por tanto es solamente necesario que se conozca y quiera el resultado típico.

Lesiones Graves

Art 90: ***“Se impondrá reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.”***

Con finalidad analítica, puede dividirse el artículo en cuatro figuras diferentes: las debilitaciones y/ o dificultades permanentes, el poner en peligro la vida del ofendido, la inutilidad laboral por más de un mes y la deformación permanente del rostro.

A) Las debilitaciones permanentes: En esta figura se incluyen todos los casos en que la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra. Se presentan en todos los casos dos características comunes: el debilitamiento y la permanencia.

Debe entenderse por debilitamiento una disminución funcional, sin que la función en sí misma desaparezca. Para esa verificación, debe tenerse en cuenta, en el caso concreto, cómo se cumplía esa función en momentos previos a la lesión, análisis sobre el que pone acento la doctrina, destacando la noción funcional de la figura legal. De igual forma debe decirse que la permanencia es la persistencia y continuidad del resultado por tiempo prolongado sin que se requiera la perpetuidad. Es suficiente para encuadrar en la exigencia de "debilitamiento permanente" que exista la probabilidad de que por la evolución natural o procedimientos o intervenciones científicas no sea posible eliminar la deficiencia que provocó el daño. No importa a estos fines que la eficacia anterior, nos dice Carlos Creus, pueda recuperarse por elementos sustitutivos artificiales o cirugías especiales.

El artículo defines como lesión grave las siguientes debilitaciones permanentes:

A1) <u>Debilitación permanente de la salud:</u>

Nos dice la medicina legal, a partir de los conceptos de Bonnet, que una persona tiene salud cuando todas sus funciones se desenvuelven sin dificultad y dolor, existiendo una "armonía biológica" de las mismas. Se trata de un equilibrio anatómico-funcional.

La debilitación permanente de la salud consiste en la disminución en las funciones físicas y psíquicas de la persona. Es una debilitación general del organismo de la víctima a causa de la lesión inferida.

Debe distinguirse de causar una enfermedad cierta o probablemente incurable, lo que da lugar a lesiones gravísimas.

La debilitación permanente de la salud no implica ni es un proceso patológico, sino que es el estado en el que queda el organismo con capacidades funcionales disminuidas.

Esta distinción ha dividido a la doctrina. En tanto que unos autores ven en una y otra figura una cuestión cuantitativa, otros proponen la supresión de la fórmula estudiada y Edgardo Donna sostiene una

diferenciación basada en la existencia o no de enfermedad y junto a Fontán Balestra ejemplifica diciendo que no es lo mismo un hombre débil que un hombre enfermo. La debilidad es un estado que no se identifica con la enfermedad aun cuando sea consecuencia o la acompañe.

A2) Debilitación permanente de un sentido: Debe iniciarse para el análisis de este tipo, con la definición del término "sentido", debiendo entenderse por tal a la facultad y los medios por los cuales se reciben los estímulos externos. Los cinco sentidos son la vista, el oído, el tacto, el olfato y el gusto. Desde el punto de vista jurídico, sentido refiere a la totalidad de la función, considerándoselo en su aspecto fisiológico y no en el exclusivamente anatómico, ya que varios órganos pueden contribuir en el cumplimiento de una función única.

Puede ejemplificarse esto con el sentido del gusto que se cumple a través de las papilas gustativas ubicadas en la lengua , el nervio glosofaríngeo y los centros del gusto en el sistema nervioso central. Para verificar una lesión que implique una debilitación permanente de ese sentido no se requiere la amputación total o parcial de la lengua , bastando con que , por cualquier afectación a cualquiera de los órganos que integran el sentido, se produzca una disminución en las funciones sensoriales. La debilitación se da cuando se rompe el equilibrio funcional del sentido en su conjunto y se altera su funcionamiento.

Cuando el sentido de ejerce por medio de órganos bilaterales, como la vista, por ejemplo, la pérdida de uno de ellos (ej: pérdida de un ojo), constituye un debilitamiento permanente, porque el sujeto sigue viendo aunque de un modo deficiente.

A3) Debilitación permanente de un órgano: Para la figura en estudio, la palabra ^órgano^ debe ser entendido con sentido fisiológico y funcional, de modo tal que desde el punto de vista el tipo penal interesa más que el órgano en sí mismo, el desarrollo de la función orgánica. La relevancia de definir el concepto de este modo está dada por el hecho de que es posible que varios órganos sirvan a una misma función, de modo que la pérdida de alguno de ellos solo configura un debilitamiento porque implica una disminución funcional. Si una persona le extraen un riñón, un testículo o un ovario, la función ya renal,

o reproductiva seguirá funcionando, aunque en términos de menor plenitud, por lo cual habrá debilitamiento.

Esta solución sólo se da cuando los órganos actúan conjuntamente en la función. No es el caso cuando órganos anatómicamente únicos contribuyen a una función común con otros diversos. Es ese supuesto, la eliminación de forma completa del órgano será lesión gravísima, tipificada por el artículo 91 del Código Penal.

A4) Debilitación permanente de un miembro: La figura penal consiste en la disminución de movimientos, habilidad o fuerza de los miembros del cuerpo humano. Debe entenderse por tal a los brazos y piernas de las personas, extremidades éstas que se articulan con el tronco.

No resulta necesario para la configuración del tipo penal que sobrevenga la destrucción o amputación de la extremidad en cuestión.

Los pis y las manos , que no son miembros, deben considerarse órganos por las funciones que cumplen (pedestación y aprehensión) . La pérdida de una mano o un pie debe considerarse lesión grave y la pérdida de ambos, lesión gravísima

A5) Dificultad permanente de la palabra: El resultado de la lesión que tipificará esta figura será todo aquel inconveniente, mecánico o mental, que con permanencia en el uso de la palabra como medio de comunicación e interrelación social . Es posible que la dificultad esté dada para usar las palabras, emitirlas, pronunciarlas o construirlas y el origen puede estar en una lesión en los órganos que operan en la mecánica de la palabra (dientes, lengua, paladar, cuerdas vocales) o en los centros cerebrales que intervienen en el habla o tener una causa psicológica (emocional).

Lo relevante para definir la tipificación es que la persona esté afectada en su comunicación verbal y vea disminuida su posibilidad de darse a entender por medio del habla. Es importante definir entonces que, si la persona por la lesión pierde , por caso, su dicción o pronunciación perfectas, que poseyera antes de sufrirla, pero se puede expresar y dar a entender sin dificultad, no habrá lesiones graves. El término dificultad y el calificativo "permanente" son esenciales para esta figura.

B) Peligro par a la vida del ofendido: otra de las formas típicas del delito de lesiones graves es la generación de peligro para la vida de la víctima. Es necesario que el peligro no sea potencial sino que la víctima haya sufrido un real riesgo de perder su vida. La agravación de la lesión está dada,

justamente, por la inminente peligrosidad producida por la lesión para la vida del ofendido. Es esencial dejar en claro que el peligro para la vida no existe por grave y peligrosa que haya sido la lesión sino porque se encuentren presentes en la víctima, a partir de la lesión, las manifestaciones de inminencia del desenlace mortal. Resulta relevante además el nexo causal, esto es que la mera producción del riesgo en la vida de la víctima no alcanza sino que debe ser causado por el sujeto activo y que esta situación haya sido conocida por el autor, toda vez que estamos en presencia de un delito doloso. Para el supuesto caso de que el resultado generado resultara imprevisible subjetivamente, el autor sólo responderá por lesiones leves. Inversamente, si era previsible el peligro para la vida de la víctima, pero en el caso concreto no fue querido por el autor, su responsabilidad será por lesiones leves en concurso real con lesiones culposas.

C) Inutilidad para el trabajo por más de un mes: En esta figura, el resultado exigido por la norma como consecuencia de la acción lesiva, está dado por la verificable imposibilidad de la víctima de desarrollar actividad laborativa, entendida ésta en sentido general. Esto significa que configura el delito de lesiones graves si se determina la incapacidad por ese período, aunque el sujeto pasivo no tuviese trabajo o no estuviese en una etapa laboralmente activa por su edad: (niños o ancianos). También es de destacar que el legislador penal es este caso ha sido indiferente a cualquier consecuencia de pérdida o disminución patrimonial de la víctima por la incapacidad para trabajar. Es ello así de modo tal que, aunque la víctima siga percibiendo su ingreso por l trabajo que no realiza durante el período de tiempo que las consecuencias de la lesión se lo impiden, si ese período es superior a un mes, la lesión grave está configurada. El lapso de tiempo que fija la ley debe contarse de acuerdo al artículo 77 del Código Penal.

D) Deformación permanente del rostro: En el análisis de esta figura, la discusión doctrinaria se centra básicamente en dos conceptos: deformación y rostro. La doctrina es divergente en estos puntos. En cuanto al primero de los términos, alguna doctrina entiende que la idea de deformación no implica que deba existir una alteración que cause repulsión, bastando que la misma modifique la simetría, que destruya la armonía o aún la mera belleza del rostro. Otro sector, en sentido opuesto, critica esta postura indicando que de ser así, cualquier marca , hasta

con mínima perceptibilidad constituiría lesión grave dado que debería considerarse que altera la armonía del rostro. Esta opinión requiere que al menos la modificación del rostro cause una imagen de fealdad sin que sea necesario que sea repulsiva. La jurisprudencia ha entendido suficiente para agravar la lesión, la presencia de una malformación del rostro que le quite, con carácter permanente, la belleza o armonía estética previa . No se ha requerido que la imagen llegue al horror o repugnancia. En cuanto al término "rostro", también se ha dividido la doctrina ya que algunos autores entienden que en virtud de la motivación social de la agravante, por la evidencia de la lesión y el perjuicio para la interrelación con otros, debe extenderse el concepto. Anatómicamente hablando el rostro es la parte del cuerpo limitada en su parte superior por la línea normal de implantación del cuero cabelludo en la frente, en su parte inferior por el borde del maxilar inferior y lateralmente por los pabellones auriculares. Los que bregan por la extensión del concepto de rostro a aquellas partes que culturalmente se exhiben descubiertas, cercanas a la cara, tales como el cuello y la parte superior del pecho en las mujeres. Hay quienes entienden que no resulta necesaria una extensión interpretativa del concepto de rostro, ya que la ley no exige que la lesión o secuela quede ubicada dentro de éste o en este, sino que produzca y se observe como una pérdida de armonía, como una deformación del rostro, de modo que este afeamiento del aspecto del rostro puede, por ejemplo producirse por la destrucción o alteración de partes que se encuentran fuera de los límites anatómicos. No importa en definitiva dónde esté localizada la marca, o herida o secuela, sino que se perciba como deformante del rostro, tala como puede ser una lesión o marca en el cuello , por ejemplo. De todas formas, para el sector tradicional de la doctrina esta forma de análisis sigue significando una interpretación extensiva y agravante de los términos típicos ya que por más que se analice, rostro es sinónimo de cara y en tal sentido resulta forzado que pueda tenerse por deformación permanente del rostro, a una herida o marca, producida en el pecho o cuello, aunque sea visible y horrorosa.

Respecto de la permanencia de la deformación ésta se configura cuando no es previsible que por medios naturales desaparezca, siendo indiferente que sí pueda modificarse por medios quirúrgicos o que pueda disimularse (maquillaje). No debe entenderse permanente como perpetuo.

Lesiones Gravísimas

Art. 91: ***"Se impondrá reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir".***

Este artículo contiene los supuestos de resultado lesivo que traen aparejada la punción más grave para aquellos que realizan las acciones que las provoquen.

Se amenaza aquí con penas altas en su mínimo como en su máximo (de tres años a diez), la producción de:

a) Enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable
b) Inutilidad permanente para el trabajo
c) Pérdida de un sentido, un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro
d) Pérdida de la palabra
e) Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

Enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, implica un proceso patológico. Ya no se trata acá de un debilitamiento en el estado de salud, sino que la exigencia normativa, de allí la mayor gravedad de la pena es que se haya producido como consecuencia de la lesión infringida, una patología , cuyo proceso no haya cesado.

Debe establecerse si la enfermedad que se advierte en la víctima es cierta o probablemente incurable. Para ello es necesario determinar si la víctima podrá a la luz de las posibilidades presentes y con pronóstico razonable volver o no a gozar de salud. Si no fuera posible, estaríamos ante una afección irreversible. Es exigible para la tipificación de esta figura, de un pronóstico de absoluta certeza o alta probabilidad.

Si resulta apreciable porque persiste la evidencia que así lo indica en la víctima, que el proceso patológico desencadenado por la lesión (enfermedad), se encuentra activo, se está ante la presencia de una enfermedad cierta o probablemente incurable, aunque la gravedad haya disminuido.

La enfermedad puede ser – como lo señala la ley expresamente-,mental o corporal. Son mentales aquellas enfermedades que afectan las facultades psíquicas o mentales del sujeto.

En esta figura deben incluirse los casos de lesiones que producen una enfermedad que lleva finalmente a la muerte de la víctima. En esos casos, aunque la víctima muera al cabo de cierto tiempo, se tipificarán lesiones gravísimas y no homicidio , salvo que existiera la intención de matar en el sujeto activo al momento de desplegar la acción y contagiar la enfermedad.

La inutilidad permanente para el trabajo: Para la tipificación de esta lesión gravísima se requiere un diagnóstico certero de que la víctima no podrá volver a trabajar de por vida.

Pérdida de un sentido, un órgano o un miembro o del uso de un órgano o miembro: Son válidos y aplicables los conceptos ya analizados de sentido, órgano y miembro, al estudiarse las lesiones graves. En este artículo se requiere la pérdida del sentido , órgano o miembro y en el caso de estos dos últimos, también tipifica como lesión gravísima , la pérdida del uso del órgano o miembro, de modo tal que en estos casos no se requiere la eliminación anatómica sino que es suficiente con que la víctima no pueda volver a usar el referido órgano o miembro sin que le sea extraído o amputado.

Pérdida de la palabra: En este caso no se está ante ua dificultad para expresarse o comunicarse, como es el caso de las lesiones graves. Habrá lesión gravísima por pérdida de palabra cuando la víctima presente una absoluta imposibilidad de darse a entender oralmente, siendo indiferente que se conserve la facultad emisora de sonidos, cuando no exista posibilidad de articulación.

Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir: Se trata de aquellas lesiones que provocan esterilidad (incapacidad de reproducirse) cualquiera sea el medio que la produzca. La capacidad de engendrar debe estar presente en la victima al momento de producirse la lesión, aunque fuera potencial como en el caso de los niños, por eso no pueden ser sujetos pasivos de este tipo de lesión los ancianos o personas que hayan perdido su capacidad de engendrar o concebir.

i Abogada (UNLP), Magister en Derecho Penal (UCALP), Especialista en Derecho Penal y Criminología (USAL), Profesora Titular de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Parte Especial (UNS). Defensora General del Departamento Judicial de Bahía Blanca.

Homicidio o Lesiones en Riña

Por **Fernando J. Mateos**

Art. 95: ***"Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos (2) a seis (6) años en caso de muerte y de uno (1) a cuatro (4) en caso de lesión".***

Art. 96: ***"Si las lesiones fueren las previstas en el art. 89, la pena aplicable será de cuatro (4) a ciento veinte (120) días de prisión".***

Antecedentes.

Explica Soler[1]que la norma del art. 95 CP reproduce, con muy pocas modificaciones, el Proyecto de 1891 cuya exposición de motivos es prácticamente una crítica al Código Penal de 1887 en el cual se preveía la riña o pelea en la que resultasen uno o más muertos (art. 98) y se distinguía: 1º, si constaba quien o quiénes dieron muerte, éstos eran homicidas y "los que estuvieron de su parte", cómplices; 2º, si la muerte se producía por el número de heridas no mortales, todos los autores de las heridas eran homicidas punibles con la pena mínima de este delito; 3º, si no constaba quiénes habían proferido las heridas, se establecía una pena de uno a tres años para todos. Asimismo, el art. 121 preveía el supuesto de lesiones en riña "sin que conste quién sea el autor" estableciendo una pena mínima para "todos los que estuvieron en contra del herido".

[1] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino (actualizador Manuel A. Bayala Basombrio*), Tea, Buenos Aires, 1987, t. III, p. 146.

Apartándose de ese esquema el Proyecto de 1891 establece como primera y fundamental premisa que la nota diferencial de estos homicidios o lesiones consiste en que no se sabe quién fue el autor de las heridas o muerte (quedaba así sin sentido la previsión del inc. 1º del art. 98 *supra* mencionado). Luego, refiriéndose a los otros dos incisos, la Comisión reformadora parece ceñir la imputación a quienes ejercieron violencia o estuvieron en contra del ofendido, marcando, de un modo poco claro, una diferencia entre aquellos que podrían haber tomado parte en la riña sin haber aplicado vías de hecho contra el ofendido.

Bien Jurídico Protegido.

Se trata de un delito doloso contra las personas en el que el bien jurídico protegido resulta ser la vida humana (en el caso del homicidio) y la indemnidad de la salud física y/o psíquica de las personas –integridad física y/o psíquica- (en el caso de las lesiones).

Tipicidad Objetiva.

Sujeto Activo:

Resulta sujeto activo quien participó en una riña o agresión en la que tomaren parte más de dos personas y ejerció violencia sobre la víctima sin que constare quien causó o fue el autor directo de la muerte o las lesiones.

Esa definición adelanta el contenido de la acción típica (no obstante que más abajo ahondaremos sobre la misma) que no resulta genéricamente la de matar o causar lesiones mediante el uso de violencia en el marco de una riña o agresión, sino, antes bien, haber participado activamente en una riña o agresión (esto es, empleando vías de hecho sobre el ofendido o, en palabras de Soler, ejerciendo una directa violencia física sobre su persona) en la cual no resulta posible determinar quién fue el autor de la muerte o las lesiones.

Ahora bien, las vías de hecho o violencia ejercida deben tener cierta idoneidad causal general en relación con el resultado. De tal modo no resultaría por ejemplo imputable por este delito quien participó de una agresión empleando golpes de puño de la cual resultó la muerte del agredido por un disparo de arma de fuego. De lo contrario, siguiendo la crítica de Donna, no podría "descartarse la

posibilidad de incriminar al autor de lesiones un homicidio, o incluso a aquel que en medio de la lucha ejerció violencia insignificante, incapaz de producir la muerte”[2].

Precisamente la condición esencial o elemento diferenciador que se refiere a la imposibilidad de determinar quién fue el autor de las lesiones o la muerte da razón de ser al requisito cuantitativo del tipo objetivo en cuanto resulta necesario que intervengan más de dos personas (o sea, tres o más). Siguiendo a Molinario[3], si intervendrían dos personas, al resultar una víctima la otra sería necesariamente el autor (resultando entonces determinado el sujeto ofensor).

Existe consenso en que esa exigencia numérica (más de dos personas o, lo que es lo mismo, como dijimos, tres o más personas) se aplica en el supuesto de la riña.

Por el contrario, en el caso de la agresión (ya veremos en qué consiste una y otra situación) Creus[4] considera que deben intervenir por lo menos cuatro personas, ya que si uno es agredido, los atacantes deben ser tres (esto es, “más de dos”) en tanto son éstos los sujetos activos de la agresión[5]. Otra posición doctrinaria no distingue entre uno y otro supuesto, concluyendo que aun en el caso de la agresión se aplica la referencia genérica de “más de dos personas”, bastando en consecuencia la intervención de dos victimarios contra un ofendido.

Acción Típica:

Como ya lo adelantamos la acción típica no es haber provocado el resultado mortal o lesivo sino *ex ante*, haber ejercido violencia sobre alguien, en el marco de una riña o agresión en la que intervengan más de dos personas, resultando de la violencia ejercida por los ofensores la muerte

---

[2] Donna, Edgardo, *Derecho Penal, parte especial*, Rubinzal-Culzoni, tomo I, segunda edición actualizada, p. 298.

[3] Molinario, Alfredo J., *Los delitos* (actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), t. I, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 266.

[4] Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial,* t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 88/89

[5] Este criterio fue sostenido por la sala penal del Superior Tribunal de Córdoba *in re* “Ramirez, Luis H.”, fallo del 3/12/1985, en LLC, 986-190.

o lesiones del ofendido, desconociéndose quien fue el autor preciso del resultado dañoso (la muerte o las lesiones).

Esta última es la nota característica de este injusto y de su escala punitiva diferenciada con relación a las figuras básicas del homicidio y las lesiones dolosas. "La especialidad de esta figura consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o la muerte –dice Núñez–. Desde que se sepa quién o quiénes fueron los autores, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio o las lesiones"[6].

El interrogante acerca de quien fue el autor preciso del resultado luctuoso, según D´ Alessio[7] (siguiendo a Fontán Balestra) creó la disyuntiva en el legislador de someter el hecho a los principios generales y dejarlo entonces impune, o atender a principios que no dejan de ser formas residuales de responsabilidad objetiva (ya volveremos sobre el punto al referirnos a la discutida constitucionalidad de la figura), castigando a todos por el hecho causado en la medida en que hayan ejercido violencia sobre la persona de la víctima.

Para que se configure el injusto es necesario que de las violencias ejercidas durante la riña o la agresión resulte la muerte o lesiones. Asumimos pues que resulta ineludible un nexo causal directo entre unas y otras (esto es que la muerte o lesiones –resultado- se expliquen por las vías de hecho ejercidas o estas sean su causa eficiente). De tal modo no quedarán comprendidas dentro de la subsunción típica las consecuencias lesivas (muerte o lesiones) originadas en una actividad extraña a las violencias propias de la riña o agresión, o las producidas con motivo o en ocasión de aquéllas pero sin relación directa con la violencias desplegada (se ha citado el ejemplo de un ataque cardíaco).

Puntualmente, Creus sostiene que debe haber una causalidad entre las violencias desplegadas en la riña y el resultado producido y exista la incertidumbre de la autoría respecto de los intervinientes. Así, esa falta de certeza no se dará cuando por las características del daño inferido la causalidad sólo pueda relacionarse con un autor determinado.

Veamos ahora el alcance de los elementos típicos *riña* y *agresión*.

---

[6] Nuñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, tomo III, Bibliográfica Omeba, 1961, p. 249.

[7] D' Alessio, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, arts. 79 a 306*, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 66/67.

Por *riña* se ha entendido un contexto de recíprocos acometimientos de hecho (no basta un simple altercado u ofensivas verbales sino que se requiere el empleo de medios vulnerantes) entre tres o más personas (“más de dos personas” estipula la norma). Soler la define como el “súbito acometimiento recíproco y tumultuario, de más de dos personas”[8]

Deben darse acciones de ataque y defensa por parte de los integrantes de cada bando, esto es la reciprocidad de las acciones (*colluctatio*). Bajo ese piso de marcha: i] Siguiendo a Soler no se daría una riña cuando resultare el acometimiento de varios contra uno (o inclusive, entendemos, contra varios sujetos que se mantengan pasivos) pues no se verificaría la reciprocidad de las acciones (creemos que en esta hipótesis negativa tampoco debería presentarse una reacción activa del sujeto atacado –sea este individual o plural- frente al acometimiento plural); ii] Siguiendo a Molinario[9], si la riña tiene lugar entre un persona frente a más, las lesiones abarcadas por la figura serán las que reciba ese sujeto singular, puesto que las que reciba alguno de los integrantes de la facción plural serán necesariamente obra suya.

La *agresión* ha sido caracterizada como el acometimiento de varios contra uno (o varios) que se limitan a defenderse pasivamente (v. gr. protegiéndose de los golpes o escapando del escenario de los hechos), o ni siquiera, a nuestro criterio, ensayen defensa alguna. Por el contrario, si la defensa fuera activa se daría el supuesto de la riña. Esta es la diferencia sustancial con aquélla, junto con la exigencia cuantitativa que el grupo agresor debe estar integrado cuanto menos por tres personas (“agresión en que tomaren parte más de dos personas”, dice la norma) pues son éstos quienes toman parte de la agresión[10] –en esto seguimos el criterio diferencial cuantitativo trazado por Creus y el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba; cf. *ut supra* notas al pie nros.4 y 5-.

Tipicidad Subjetiva.

---

[8] Op. cit., p. 150

[9] Op. cit., p. 266

[10] Por el contrario, como dijimos más arriba, en la riña se requiere un mínimo de tres personas (siendo suficiente así, uno, de un lado, y dos, de otro) porque todos intervienen activamente.

El dolo que llena el aspecto subjetivo de la norma requiere haber querido intervenir en la riña o agresión desplegando violencia sobre otro, en forma espontánea y sin ninguna finalidad determinada (generalmente predeterminada) y conjunta de los agentes.

La doctrina ha resaltado esta última caracterización en tanto la ausencia de preordenación para el logro de un determinado resultado posibilita descartar el obrar conjunto como un caso de participación criminal (en los delitos de lesiones u homicidio), que además de la verificación de la comunidad material de acciones –propia de esta figura- requiere una convergencia intencional en pos del resultado lesivo[11].

En el mismo sentido, Soler establece que debe descartarse la aplicación de esta figura en todo caso en que la muerte o las lesiones sean realmente la obra común de varios; es decir cuando se produzcan las condiciones generales de la participación verdadera que supone además de una comunidad material de acciones, una convergencia intencional. En este caso es indiferente la persona del ejecutor material (del golpe certero, podríamos agregar) colocándose todos los intervinientes (activos y convergidos intencionalmente) en un plano de perfecta igualdad. En consecuencia, "no rige la figura del homicidio en riña o agresión cuando, de acuerdo con los principios generales de la participación, puede afirmarse que los diversos partícipes obraban realmente como tales"[12]. Inclusive se ha sostenido que resulta posible que la convergencia intencional en la obra común bien puede darse de improviso o de manera súbita sin necesidad de una preordenación al comienzo ejecutivo[13] (esto es en el sentido, entendemos, de un obrar subjetivo consensuado con algo de antelación al despliegue conjunto de violencia). En definitiva, la consideración acerca de la naturaleza y alcance del elemento subjetivo de los ofensores será la llave que permita diferenciar un supuesto de otro. Y para desentrañar ese recóndito elemento psicológico o anímico deberá acudirse, en la mayoría de los casos, a las circunstancias objetivas del hecho que posibiliten construir inferencias razonables en torno a ello.

---

[11] Cf. SCJ Mendoza, Sala 2ª, "Fiscal c/ G., F.A.; B.L., R.A. y B., C.C.", del 1º/12/1997; cit. en Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Penal, Comentado, concordado con jurisprudencia*, ed. B de F, Buenos Aires, 2012, p. 518.

[12] Op. cit., p. 151

[13] Cf. Tribunal Superior de Córdoba, op. cit. en nota al pie nº 5.

Soler cierra elocuentemente la distinción afirmando que "Para que haya verdadera participación, no basta la existencia de una mera coincidencia eventual de intenciones; esa coincidencia tiene que producirse en el mismo nivel de culpabilidad; debe ser coincidencia por convergencia de intenciones dirigidas al mismo resultado: En este sentido, importa que la participación sea subjetivamente perfecta, es decir, que cada partícipe sepa, tenga la conciencia, que junto con otros causa la muerte y que a eso tiende su acción. Esta situación anímica no es la que corresponde a la riña o agresión, en la cual existe una mera coincidencia temporal de acciones externamente comunes pero internamente autónomas"[14] .

En esa dirección se ha dicho que "la descripción del tipo del art. 95 CP, descarta la participación criminal y su adecuación típica depende de la falta de determinación del verdadero autor de las lesiones recibidas por la víctima, por lo que resulta necesario para su perfeccionamiento que se pruebe que el responsable fue uno de los que ejercieron violencia sobre el sujeto pasivo"[15].

Así "la acción de los agresores debe ser el fruto del impulso de la particular decisión exaltada de cada uno, no pudiendo ser concertada [o] preordenada". De lo contrario si "existió una verdadera participación criminal, una concertación de voluntades, un actuar conjunto y un final ordenado, se configura la mentada convergencia y debe descartarse la figura del art. 95 CP"[16].

Consumación y Tentativa.

El injusto se verifica en la medida que resulten lesiones o muerte a causa de las violencias ejercidas en la riña o agresión. Considerando el contenido del dolo requerido (v. *supra*) que, en lo particular, no exige la finalidad específica de lesionar o matar, D' Alessio, siguiendo a Fontán Balestra, expresa que no parece posible la tentativa[17].

---

[14] Op. cit. p. 155.

[15] Cámara. Nacional Casación Penal, sala 1ª , *in re*: "Cabral, Jorge R.", rta. el 5/9/2000, en JA 2001-II-494, LNO nro. 20011504.

[16] Cámara Nacional Casación Penal, sala 2ª , *in re*: "Canevaro, Ignacio R. y otros", rta. el 12/9/1996.

[17] Op. cit., p. 70. *Ibídem*, Aboso, op. cit., p. 520.

Reparos sobre la Constitucionalidad de la Figura.

Tal como hemos ido adelantando líneas arriba muchas voces se han alzado contra la constitucionalidad de esta figura considerando que produce afectación a los principios de legalidad y culpabilidad, con su consecuente responsabilidad objetiva, la vulneración del principio de inocencia e *in dubio pro reo*, la admisión de una presunción de autoría y la consagración de una pena de sospecha[18].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación con su actual integración se expidió por la constitucionalidad del homicidio en riña en el fallo “Antiñir”[19].

Siguiendo el análisis de Pablo Guercovich[20], los jueces Petracchi, Highton de Nolasco y Lorenzetti admiten la formulación equívoca de la norma puntualmente en la alocución “se tendrá por autores” que “da pie a cuestionar su legitimidad constitucional en tanto consagraría una presunción de culpabilidad a partir de un precepto de responsabilidad objetiva, vedado por el principio de culpabilidad: ‘si no se sabe quién lo mató, que respondan todos’, siguiendo el modelo del *versari in re illicita imputantur omnia quae sequntur ex delicto*: quien comete un hecho ilícito es responsable por todo lo que se siga de él” (considerando 5º).

Entienden que si el artículo 95 pretendiera suplir la falta de prueba acerca de la autoría mediante la atribución de responsabilidad a todos los participantes, la norma lesionaría la presunción de inocencia (considerando 6º). Mas a los fines de validar constitucionalmente la norma concluyen que su interpretación debe constreñirse “a límites estrictos [esto es, “a exigencias mucho más estrictas que las que *prima facie* podrían derivar del tenor del texto legal”], que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un ‘delito de sospecha’ que invierta el *onus* probandi” (considerando 14).

---

18 Cf. Simaz, Alexis L , *“El homicidio en riña y su problemática interpretación constitucional”,* en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, marzo 2012 (3), p. 407.

19 A. 2450. XXXXVIII. “Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real”, sent. del 4-VII-2006.

20 “El homicidio en riña, la Corte y el fallo Antiñir”, en http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/homicidio.htm

A criterio de estos jueces la solución pasa por ver en el tipo del artículo 95 la estructura de un delito preterintencional. De esta forma, en el caso que examinaron, convalidando lo actuado por el órgano *a quo* (el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén) refieren que ese tribunal "dejó en claro que aquello por lo que se hace responder a los condenados en modo alguno deriva de una 'presunción de autoría', sino todo lo contrario, ya que se tuvo por debidamente acreditado que su conducta de golpear a las víctimas significó 'ejercer violencia' en el contexto de una riña, y que tal conducta resulta generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones, en su caso".

Al mismo tiempo reconocen que el principio *in dubio pro reo* puede ser dejado de lado por normas de derecho sustancial, y admiten que el legislador pretendió "simplificar posibles complicaciones en la producción de la prueba derivadas de las frecuentes dificultades para individualizar la responsabilidad de cada interviniente en hechos de estas características", considerando que la participación en la riña tiene lugar en el marco típico de una estructura preterintencional en la que se actúa "creando un riesgo cierto, previsible y cuyas consecuencias no pueden ser totalmente controladas por parte de quien interviene en ella".

Por su lado, los jueces Zaffaroni y Argibay sostienen que la falta de constancia de la autoría no es un problema procesal, sino material, consecuencia de la propia naturaleza de la riña. Así, siendo éste un evento peligroso que no admite el establecimiento de autoría conforme a las reglas generales, el Estado decide reprimir la participación cuando el peligro se concreta en un resultado.

De esta manera en su opinión el artículo 95 se refiere a la riña tumultuaria, que es aquella que, por su propia naturaleza, no admite el establecimiento de autorías: "Si no consta quién es el autor o autores, es porque lo impide el carácter tumultuario de la riña o agresión, no puede constar, ni siquiera el causante de la lesión mortal o grave lo sabe, porque actuó en un tumulto. No se trata de una insuficiencia procesal, sino de una imposibilidad material". Ahora bien, en tanto la riña importa un peligro para la vida o la integridad física de las personas, el Estado se interesa en reprimir la conducta de quien interviene en ella. Sin embargo, pese a considerarla una conducta peligrosa –y para no llevar la prohibición "demasiado lejos"–, sólo establece pena para los casos en que ese peligro se concreta en un resultado.

Para estos magistrados no se viola el principio de la duda, en tanto "No hay duda alguna respecto de que el agente participó en una riña o agresión tumultuaria, que quiso hacerlo, que ejerció

violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fuera causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. No se pone a su cargo el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en riña o agresión tumultuaria con violencia sobre quien resulta muerto o herido".

El juez Fayt en disidencia reconoce sin ambages en los arts. 95 y 96 una verdadera ficción de autoría: "La norma contiene un elemento que niega la posibilidad en sí misma de imputar el resultado: la falta de individualización de aquellos que lo causaron, y la imposibilidad, consiguientemente, de referirse a su aspecto subjetivo, ya sea bajo la forma de coautoría dolosa, imprudencia o preterintencionalidad. Ello deja al descubierto un evidente contraste entre la previsión legal y nuestra Ley Fundamental" (considerando 17).

Explica citando a Luigi Ferrajol que "El principio de culpabilidad exige como primer elemento 'la personalidad o suidad de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor', de modo que "Desde esta concepción, queda excluida del nexo causal toda forma de responsabilidad objetiva por hechos de otro".

Agrega que la exigencia del elemento "violencia" presente en el tipo no salva "la evidente inconstitucionalidad que tiñe a las normas examinadas", puesto que se trata nada más que de un ejemplo de complicidad correspectiva, ideada por los antiguos prácticos para imputar a las personas desconocidas los actos concomitantes de los autores conocidos: "La exigencia de concomitancia no alcanza para justificar que en caso de presentarse no se esté, de todos modos, ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Más bien, tales extremos poseen la virtud de posibilitar la construcción de una presunción de autoría, que como tal debe rodearse de ciertos indicios".

La preterintención es para Fayt una de las máscaras bajo las cuales puede esconderse la asignación de responsabilidad objetiva. "La preterintención no puede suplir la necesidad de la demostración de relación causal / imputación objetiva. En los delitos preterintencionales es punible quien "causó" el resultado. En efecto, en el tipo penal del homicidio preterintencional se establece la punibilidad respecto de quien "con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud *produjere* la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debería razonablemente ocasionar la muerte". Sin embargo, dice, en el tipo de homicidio en riña existe una presunción acerca

de la causalidad. “Distinto sería sostener que una vez que se atribuye la causación de las lesiones a uno o varios sujetos en concreto, cuyo riesgo de producir la muerte, en su caso, era cierto y previsible, deba imputárseles el homicidio preterintencional. Como se adelantó, la imposibilidad de determinar quiénes han causado la muerte o las heridas, no autoriza a predicar la preterintención respecto de todos los intervinientes en la riña que hubieran ejercido violencia”.

Citando a Quintano Ripollés concluye que: “La exigencia de efectivas violencias ‘quizá disminuya’, pero no altera la injusticia cardinal (…) consistente en subordinar la responsabilidad criminal a un aleas ajeno a la voluntad y a la conducta del reo, el de que sea o no conocido el efectivo autor”.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Antiñir”.

Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Lorenzetti.
Voto: Zaffaroni, Argibay.
Disidencia: Fayt.
Abstención: Maqueda.

A. 2450. XXXVIII. REX;

Antiñir, Omar Manuel - **Antiñir,** Néstor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real.

04/07/2006
T. 329, P. 2367

1) Ref. : Homicidio y lesiones en riña. Delito preterintencional. Prueba.

Corresponde confirmar la sentencia que -al rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Código Penal- interpretó, razonablemente, el tipo penal como un delito

preterintencional, en el cual la conducta realizada y probada ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado.

2) Ref. : Prueba. Responsabilidad penal. Pena. Defensa en juicio. Beneficio de la duda. Presunción de inocencia.

El hecho de que el art. 95 del Código Penal sujete su aplicación a la circunstancia de que no conste quién causó la muerte o las lesiones no puede ser entendido como una autorización a los jueces para solucionar las dificultades probatorias para la imputación del resultado a uno o varios autores en concreto, por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho, pero con una pena menor, pues ello significaría consagrar una "pena de sospecha", vedada por el art. 18 de la Constitución Nacional.

3) Ref. : Tipicidad. Prueba. Beneficio de la duda.

La referencia del art. 95 del Código Penal a la falta de constancia de quién causó el resultado no puede ser interpretada como un elemento de la tipicidad (carácter tumultuario de la riña) que desaparece cuando sí se pueden determinar los actos particulares, pues ello significa extender la punibilidad -si bien en menor grado- como consecuencia de lo que, en definitiva, se quiso pero no se pudo probar, y de este modo, eludir la consecuencia de una absolución por duda.

4) Ref. : Prueba. Responsabilidad penal.

Por medio del art. 95 del Código Penal el legislador ha pretendido simplificar posibles complicaciones en la producción de la prueba derivadas de las frecuentes dificultades para individualizar la responsabilidad de cada interviniente en hechos de estas características. Pero esto no significa que la norma parta de la premisa inexorable de que la determinación de tales responsabilidades es y seguirá siendo imposible, sino todo lo contrario.

5) Ref. : Presunción de inocencia. Delito preterintencional. Dolo.

El art. 95 Código Penal no debe ser entendido como una disposición que viola el principio de inocencia (in dubio pro reo) de tal modo de sancionar a algunos que hicieron algo, porque no está probado quién fue el responsable de lo más grave, sino que, aunque esté probado quién fue el responsable de lo más grave, todos los demás que hubieren ejercido violencia deben responder con la estructura de un homicidio preterintencional o lesiones que terminaron más graves de lo que era la violencia misma ejercida con dolo, por tanto, también preterintencional.

6) Ref. : Homicidio y lesiones en riña. Prueba. Responsabilidad penal.

En tanto se sujete la interpretación de los arts. 95 y 96 del Código Penal a límites estrictos, que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un "delito de sospecha" que invierta el onus probandi, tales normas resultan constitucionalmente admisibles.

7) Ref. : Homicidio y lesiones en riña. Beneficio de la duda.

Mediante el art. 95 del Código Penal no se está violando el principio de la duda, no se pone a cargo del agente el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en riña o agresión tumultuaria con violencia sobre quien resulta muerto o herido, que en lugar de ser abarcada por un mero tipo de peligro que llevaría la prohibición demasiado lejos e invadiría terreno legislativo reservado a las provincias, es abarcada por un tipo que sólo se refiere a la participación en riña tumultuaria cuando se produce muerte o lesiones y siempre que consista en violencia sobre la persona que resulta muerta o lesionada por la violencia de la propia riña (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay).

8) Ref. : Homicidio y lesiones en riña. Responsabilidad penal. Culpabilidad.

No puede sostenerse que los art. 95 y 96 del Código Penal configuren una aplicación del versari in re illicita, pues el agente responde por su acto de participación en la riña, del que podrá estar eximido de culpabilidad sólo si operan causas que la excluyan (necesidad, error de prohibición), pero nunca será responsabilizado por una mera consecuencia causalmente determinada y no abarcada

como posible por la capacidad de previsión de cualquier persona (Votos del Dr. E. Raúl Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay).

9) Ref. : Responsabilidad penal. Culpabilidad. Principio de legalidad.

El principio de responsabilidad penal personal (o de culpabilidad por el hecho propio) como corolario del de legalidad y el de presunción de inocencia consagrados en nuestra Constitución Nacional, se erigen como garantías básicas -sustancial e instrumental, respectivamente- del individuo frente al poder penal del Estado (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

10) Ref. : Responsabilidad penal. Responsabilidad objetiva.

Los tipos penales de los arts. 95 y 96 del Código Penal configuran un supuesto de responsabilidad objetiva: se atribuye el resultado de muerte o lesiones, según el caso, a aquellos que únicamente se sabe que ejercieron violencias, y no enerva esta conclusión la exigencia de que la violencia haya guardado alguna relación causal general con el resultado (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

11) Ref. : Homicidio y lesiones en riña.

No es posible -al menos, sin menoscabar un sistema respetuoso de las garantías del derecho penal- justificar una condena sobre la base de que el resultado guarde "alguna" o "cierta" relación con la violencia ejercida (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

12) Ref. : Homicidio y lesiones en riña. Culpabilidad. Presunciones. Responsabilidad penal. Responsabilidad objetiva.

Un tipo penal que permite en determinados supuestos la no exigencia del elemento culpabilista, reemplazándolo por meras presunciones -aunque algunos pocos casos queden a salvo- presenta un claro contraste con principios de orden superior, en tanto sobre la base de una presunción ficticia y forzada se atribuye una responsabilidad, que por tanto, es objetiva (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

13) Ref. : Delito preterintencional.

La imposibilidad de determinar quiénes han causado la muerte o las lesiones, no autoriza a predicar la preterintención respecto de todos los intervinientes en la riña que hubieran ejercido violencia (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

14) Ref.: Homicidio y lesiones en riña.

Al no ser irrelevante la circunstancia de que no conste quién causó efectivamente las lesiones o la muerte, la previsibilidad no puede ser el justificativo de la imputación y, es claro, entonces, que la punibilidad según el diseño legal de los arts. 95 y 96 del Código Penal se basa exclusivamente en la mera sospecha de haber causado el resultado (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

15) Ref. : Delito preterintencional.

La interpretación de la figura de los arts. 95 y 96 del Código Penal como delito preterintencional, en el cual la conducta realizada ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado importa, por un lado, una inadmisible laxitud del concepto de creación del riesgo, y por el otro, se trata solo de un intento de lege ferenda, en tanto no se condice en modo alguno con la estructura del tipo penal en la que la punición desaparece cuando se individualiza a quienes causaron la muerte o las lesiones (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

16) Ref.: Homicidio y lesiones en riña..

Los tipos penales de los arts. 95 y 96 del Código Penal no son más que un inadmisible salvoconducto para solucionar un problema netamente probatorio (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

17) Ref.: Homicidio y lesiones en riña.

El elemento del tipo "indeterminación del autor" siempre aludió a una cuestión probatoria, pues no necesariamente una agresión tumultuaria implica que no pueda establecerse per se la autoría de, en su caso, el homicidio o lesiones. Por ello, la sanción a quienes hayan ejercido violencia, como elección del legislador, no se deriva de la imposibilidad material de establecer autorías y participaciones (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

18) Ref. : Presunción de inocencia. Defensa en juicio. Responsabilidad penal. Homicidio y lesiones en riña.

Además de comprometer seriamente el principio de inocencia, la figura de los arts. 95 y 96 del Código Penal enerva los fundamentos de la responsabilidad personal, la cual, para mantenerse incólume, requiere que el hecho determinado por previa conminación legal e imputado en el proceso, sea atribuible al autor (art. 18 de la Constitución Nacional) (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

19) Ref. : Homicidio y lesiones en riña. Presunción de inocencia. Responsabilidad penal. Culpabilidad. Principio de legalidad.

Las figuras penales previstas en los arts. 95 y 96 del Código Penal vulneran fundamentalmente los principios de inocencia y de responsabilidad penal personal o de culpabilidad por el hecho propio -como corolario del de legalidad-, amparados por la Constitución Nacional con especial vigor (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

Jurisprudencia de otros Tribunales:

1) Lesiones en riña - Configuración // Homicidio en riña – Configuración

La acción típica correspondiente a la figura descripta en el artículo 95 del Código Penal, no es la de matar o causar lesiones, sino la de ejercer violencia sobre el sujeto pasivo sin que se sepa quién ha sido el autor concreto de ellas.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 39901 RSD-1274-10 S 7-8-2010 , Juez MAHIQUES (SD

2) Lesiones en riña - Configuración // Homicidio en riña – Configuración

En el plano subjetivo la figura del artículo 95 del Código Penal requiere indeterminación en la finalidad con que actúan los agentes, cuyo dolo abarca el ejercicio de violencia sobre la víctima, pero sin proponerse en conjunto como resultado lesionarlo o matarlo.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 39901 RSD-1274-10 S 7-8-2010 , Juez MAHIQUES (SD)

3) Lesiones en riña - Configuración // Homicidio en riña - Configuración // Autoría – Configuración

La actividad mancomunada de los agentes y con convergencia intencional propia de la coautoría descarta automáticamente la aplicación de la figura descripta por el artículo 95 del Código Penal.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 39901 RSD-1274-10 S 7-8-2010 , Juez MAHIQUES (SD)

4) Homicidio en riña – Configuración

Cuando los imputados dirigen su accionar o convergen sobre una parte determinada de la humanidad de la víctima, es evidente un acuerdo previo que desplaza la figura del artículo 95 del Código Penal

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 3ª, LP 41031 RSD-1333-10 S 7-9-2010 , Juez BORINSKY (SD)

5) Homicidio en riña – Configuración

La figura de homicidio en agresión se configura cuando más de dos golpean al que permanece inmóvil, sin resistir, por impasible o débil, con un dolo indeterminado en el que se confunden el designio de ofender y agredir con el de matar, pero en cuanto el efecto más sensible del título no pasa por la degradación del dolo, sino por la incertidumbre existente sobre el autor del homicidio, si en el acometimiento tumultuario de varios contra uno se sabe quién o quiénes han sido los autores del homicidio, los supuestos previstos en el artículo 95 del Código Penal desaparecen y los hechos quedan sometidos cuanto menos, a las reglas del homicidio previstas en el artículo 79.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 3ª, LP 41031 RSD-1333-10 S 7-9-2010 , Juez BORINSKY (SD)

6) Homicidio en riña - Configuración

Para la configuración de la figura del homicidio en riña, prevista por el artículo 95 del Código Penal, es necesaria la reciprocidad de las acciones de ataque y defensa

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 16575 RSD-409-8 S 29-4-2008 , Juez NATIELLO (SD)

7) Homicidio en riña – Configuración

En el homicidio en riña, lo que buscan los contendientes es solamente reñir, pero al intentar matar, el hecho pasa a configurar un homicidio simple.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 3ª, LP 19202 RSD-1519-8 S 7-10-2008 , Juez BORINSKY (SD)

8) Homicidio en riña – Configuración

El tipo del artículo 95 del Código Penal subsume los casos en que no se puede determinar al autor o autores de las lesiones o la muerte ocurridas en el contexto de una riña o agresión, definición que excluye aquellos supuestos en que el homicidio es producto de la concertada intencionalidad de varias personas que se ponen de acuerdo para producirlo y cada una de ellas

ejecuta un aporte indispensable para la consecución de ese fin. Allí, la eventual imposibilidad de determinar cuál de los aportes materializó finalmente el resultado muerte no puede conducir a negar que las respectivas contribuciones individuales constituyeron en conjunto una unidad de acción en el sentido previsto en los artículos 45 y 79 del Código Penal.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 16300 RSD-154-7 S 19-4-2007 , Juez CELESIA (SD)

9) Homicidio en riña – Configuración

La figura del artículo 95 del Código Penal incrimina el hecho de que a consecuencia de una agresión tumultuosa, alguna persona resulte muerta o herida, sin que sea posible individualizar al autor o los autores, adoptando el código la solución de considerar culpable a todos los que hayan ejercido violencia sobre la persona del ofendido

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 14364 RSD-450-7 S 3-7-2007 , Juez MANCINI (SD)

10) Homicidio en riña – Configuración

Debe entenderse que el ejercicio de violencia sobre la persona que requiere la riña (art. 95 del C.P.), implica un ataque por vías de hecho, que puede consistir en golpear, empujar, lastimar, sujetar o acometer contra la persona del ofendido, lo cual no se satisface cuando uno de los sujetos no puso manos encima de la víctima, limitándose a lo sumo a agredir verbal y gestualmente, presenciar el ataque y acompañar en la huida al autor material.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 14364 RSD-450-7 S 3-7-2007 , Juez MANCINI (SD)

11) Homicidio en riña – Configuración

El artículo 95 del Código Penal requiere para su actuación, que no conste individualizada la persona que causó la muerte producida en riña o agresión.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 1674 RSD-749-00 S 29-8-2000 , Juez CELESIA (SD)

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 8046 RSD-93-6 S 11-4-2006 , Juez MANCINI (SD)

12) Homicidio en riña – Configuración

Habiéndose acreditado quien fue el autor del único disparo que causó la muerte, no resulta inobservado el artículo 95 del Código Penal, toda vez que para la ley argentina el desconocimiento del autor es un requisito de la tipicidad objetiva del homicidio en riña, cuya ausencia motiva el desplazamiento de la figura que prevé una escala privilegiada fundada en una ficción de autoría por haber participado en la riña o ejerciendo violencia sobre la víctima, en caso de resultar la muerte.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP, P 2523 RSD-67-2 S 7-3-2002 , Juez CELESIA (SD)

13) Homicidio en riña – Configuración

La figura del artículo 95 del Código Penal requiere para su aplicación que resulte imposible individualizar al autor del homicidio.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 8046 RSD-93-6 S 11-4-2006 , Juez MANCINI (SD)

14) Homicidio en riña – Configuración

Aventa la posibilidad de calificar el episodio en los términos del artículo 95 del Código Penal el hecho de que no haya habido un acometimiento recíproco entre los agresores y la víctima, pues no puede conceptualizarse como riña al ataque unilateral de los sujetos activos hacia esta última

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 2ª, LP 8046 RSD-93-6 S 11-4-2006 , Juez MANCINI (SD)

15) Homicidio en riña – Configuración

En la aplicación de los tipos penales del homicidio y de las lesiones en riña, el juez deberá tener presente que a la causación del resultado no sólo contribuye quien lo produce, sino también quien tiene rol activo en el ataque facilitando el accionar lesivo.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 93 RSD-165-99 S 3-9-1999 , Juez PIOMBO (SD)

16) Pena- Gruadación

Si bien al abordar el homicidio y las lesiones en riña la ley licúa la diferencia entre autoría y complicidad, al discernir la sanción por aplicar el juez deberá tener en cuenta los diferentes roles asumidos

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 93 RSD-165-99 S 3-9-1999 , Juez PIOMBO (SD)

17) Lesiones en riña - Configuración // Homicidio en riña – Configuración

En los delitos generados por muchedumbres, la tipificación de homicidio y lesiones en riña o agresión es el único medio de que dispone un derecho penal funcional -es decir distinto del clásico o del garantista-, para dar a la sociedad un sentimiento de reparación y, a la postre, de protección contra la violencia desencadenada.

OBS. DEL SUMARIO: El restante magistrado que conforma la mayoría dejó sentada su posición respecto de la finalidad de "dar a la sociedad un sentimiento de reparación y, a la postre, de protección contra la violencia desencadenada" en los delitos en riña.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 93 RSD-165-99 S 3-9-1999 , Juez PIOMBO (SD)

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 24136 RSD-879-9 S 3-9-2009 , Juez PIOMBO (SD)

18) Homicidio en riña - Configuración // Lesiones en riña – Configuración

Resultan presupuestos de aplicación del artículo 95 del Código Penal, la muerte de una persona, el acometimiento plural y recíproco, la fuerza ejercitada en el cuerpo de la víctima y la carencia de certeza acerca de la autoría del hecho.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 93 RSD-165-99 S 3-9-1999 , Juez PIOMBO (SD)

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 11267 RSD-347-6 S 23-5-2006 , Juez PIOMBO (SD)

19) Homicidio en riña - Configuración // Lesiones en riña – Configuración

El tipo de la riña presupone que durante el desarrollo del hecho hubo, aunque, momentaneamente, apoyo implícito mutuo y que todos, actuando de consuno aunque sin concierto previo, quisieron infligir daño al adversario.

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 93 RSD-165-99 S 3-9-1999 , Juez PIOMBO (SD)

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 24136 RSD-879-9 S 3-9-2009 , Juez PIOMBO (SD)

20) Homicidio en riña – Configuración

En el homicidio en riña no se trata de punir a quien resulta ajeno al hecho, sino de igualar la situación de personas que en el marco de un proceso confuso realizan actos que exteriorizan el objetivo de atacar y causar daño a la víctima, utilizando ex-profeso una solución cercana a la idea de responsabilidad colectiva, adoptada por el derecho internacional público en sanciones tales como la represalia

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª,LP 93 RSD-165-99 S 3-9-1999 , Juez PIOMBO (SD)

Tribunal de Casación Penal provincia de Buenos Aires, sala 1ª, LP 24136 RSD-879-9 S 3-9-2009 , Juez PIOMBO (SD)

Abuso de Armas

Por **Adolfo Javier Christen**

Art. 104: "*Será reprimido con uno (1) a tres (3) años de prisión el que disparare un arma de fuego contra una persona sin herirla.*

Esta pena se aplicará aunque se causare una herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días (15) a seis (6) meses la agresión con toda arma, aunque no causare herida."

Art. 105*: "Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1°, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente".*

Antecedentes Legislativos.

El *proyecto de Carlos Tejedor de 1867* no contempló estos delitos.

El *Código Penal de 1886* introdujo estas figuras en su artículo 99[1].

El *Código Penal de 1903* introdujo una redacción semejante a la vigente en la actualidad[2].

La redacción actual del art. 104 del CP fue tomada de la *ley 11.179*[3],

La ley 23.077[4] -que deja sin efecto la pena para el delito de abuso de armas y, consecuentemente, dicha figura ya no absorbe a las lesiones graves como ocurría durante la vigencia del decreto ley 21.338[5]- devuelve la vigencia del texto originario de la ley 11.179.

[1] "El acto de disparar intencionalmente una arma de fuego contra una persona sin herirla, será penado con uno a tres años de prisión. Esta pena se aplicará aunque se cause herida a que la ley señale pena menor, siempre que el hecho no importe un delito mayor.".

[2] "El que disparase un arma de fuego contra una persona, sin herirla, será castigado con uno a tres años de prisión. Esta pena se aplicará aunque se causare heridas a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. La agresión con otra clase de armas será castigada con arresto de tres meses a un año, aplicándose la regla del párrafo precedente.".

[3] Código Penal vigente en la República Argentina. Texto ordenado por el Decreto 3992/84.

[4] BO 27/08/1984.

[5] BO 01/07/1976. La pena se elevó considerablemente de dos a seis años de prisión durante la vigencia de la ley de facto 21.338.

Consideraciones Previas

El Código Penal argentino, bajo la denominación *Abuso de armas*, contempla dos conductas penalmente relevantes, que se corresponden –respectivamente- con lo que la doctrina conoce como *disparo de arma de fuego* y *agresión con armas.*

Ambas se estructuran sobre la idea básica de la *agresión*, consistente en el acometimiento contra una persona, que crea para ella una situación de peligro[6].

Puesto que ambas son figuras de agresión y el peligro resulta más intenso ante la utilización de armas de fuego, el Código Penal la contempla en primer lugar asignándole mayor pena.

Por el contrario, Creus advierte que no nos encontramos ante una figura básica -*agresión con armas*-resultando que el disparo de arma de fuego es una figura derivada de aquella, ya que ambos son tipos autónomos[7].

Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido es la integridad física de las personas.

Coincide Fontán Balestra al afirmar que, pese a que en doctrina los autores disienten sobre si lo prevalente es el peligro sufrido por la persona física o bien la lesión de la libertad que de la agresión resulta, lo cierto es que el Código contiene en el capítulo de abuso de armas figuras de peligro contra las personas[8].

En el mismo sentido, de la Fuente afirma que como todos los delitos previstos en el Título I de la Parte Especial, el bien jurídico protegido es, sin lugar a dudas, la vida y la salud de las personas[9].

Comparte esta posición Donna, quien afirma que se protege la integridad física de las personas, procurando dar protección a su cuerpo de sufrimiento de algún *peligro* de ser lesionado[10].

Se ha dicho que los delitos previstos en este Título contemplan figuras que no solo importan la incriminación de un daño, sino que también incluye ciertas incriminaciones de peligro.

Así, Soler considera natural esta circunstancia ya que, siempre que un bien jurídico se halla altamente jerarquizado, su defensa suele estar rodeada de una doble muralla protectora: la una que se refiere a la violación misma del bien, la otra que llega hasta impedir la creación de situaciones de mero peligro para ese bien[11].

Para determinar su relevancia penal, es preciso que ante el despliegue de alguna de las conductas contempladas en este artículo, la puesta en peligro de la integridad física de la persona sea real o concreta.

---

[6] Fontán Balestra, op. cit., p.133.
[7] Creus, op cit., p.117.
[8] Fontán Balestra, op. cit., p.133.
[9] de la Fuente, op, cit., p.97.
[10] Donna, op. cit., p.365.
[11] Soler, op. cit., p.144.

Se afirma que, como cualquier delito de peligro concreto, el resultado –peligro- es un elemento del tipo y como tal debe ser constatado para su configuración. Es que, en rigor, estamos ante delitos de resultado con la única diferencia que no exigen un resultado material de lesión, sino de riesgo o peligro sobre el bien jurídico; pero, como cualquier delito de resultado, se debe demostrar la relación causal entre la acción y el peligro corrido por el bien jurídico[12].

Estructura Típica.

Tipo objetivo

a) Sujeto activo: Ambas acciones típicas, contempladas en el artículo anotado, pueden ser realizada por cualquier persona –*delicta comunia*-.

Consecuentemente, ambas figuras no exigen condiciones o calidades especiales para ser considerado autor.

b) Sujeto pasivo: La ley no distingue respecto de quién puede ser la víctima de sendos delitos.

Es decir que puede tratarse de cualquier persona, incluso una persona menor de edad.

c) Acción típica:

c.i) Respecto de la figura contemplada en el primer párrafo, coincide la doctrina en que la acción típica propiamente dicha consiste en *disparar* un arma de fuego; esto es, hacer funcionar los mecanismos del arma de manera que salga el proyectil.

Estos mecanismos consisten, según Núñez, en el golpe del percutor en el fulminante, su ignición, el encendido de la pólvora y, finalmente, la expulsión del proyectil[13].

Es necesario que el disparo se produzca y no basta con haber apretado el gatillo; es decir que, gatillar un arma descargada, no es una conducta típica para esta figura.

Tampoco basta para la configuración de este tipo penal exhibir, amenazar o limitarse a apuntar con el arma.

Consecuentemente, para que se dé la conducta típica, se requiere que el sujeto activo haya utilizado el arma de fuego como tal ya que, si la utiliza como instrumento para acometer sin disparar, se puede dar la figura de agresión prevista en el último párrafo de la norma, pero no el delito de disparo de arma de fuego[14].

Asimismo el tipo penal exige que el disparo sea dirigido contra una persona, resultando atípicos los disparos de arma de fuego hechos al aire o dirigidos hacia un lugar en el cual no se encuentra persona alguna.

---

12 de la Fuente, op. cit., p.98.
13 Nuñez, artículo de doctrina citado.
14 Iellin y Pacheco y Miño, op. cit., p.86.

La ley no exige que el disparo sea dirigido hacia una persona determinada, sino que es suficiente con poner en peligro la integridad física de alguien, de modo que configura el delito de disparo de arma de fuego la acción de disparar contra un grupo de personas.

En este sentido, se ha dicho que el delito se configura cuando se dispara contra alguien que no se sabe quién es, motivo por el cual carecen de significado el *error in personam* y el llamado error en el golpe o *aberratio ictus*[15].

Así, aunque no se tome puntería, la dirección del arma tiene que estar intencionadamente orientada de modo que el disparo se dirija hacia donde está la víctima, resultando una exigencia que se corresponde con el peligro concreto que debe correr la persona[16].

c.ii) Respecto del tipo penal previsto en el último párrafo, también existe coincidencia en la doctrina al entender a la *agresión* como el ataque, atentado o acometimiento con arma –que no debe ser de fuego, utilizada como tal, ya que en ese supuesto la conducta quedaría atrapada por el tipo previsto en el primer párrafo del art. 104- con el propósito de alcanzar con ella el cuerpo de la víctima.

Nos encontramos frente al delito de agresión con arma, tanto cuando el cuerpo de la víctima no es alcanzado por el arma, como cuando se lo alcanzó sin causarle daño.

Así, el Código Penal estructura una figura de peligro ya que se pena la agresión en si misma, sin necesidad de que se produzca resultado; es decir, aunque no se cause herida.

Según Donna, por agresión no sólo debe entenderse una acción que signifique fuerza o violencia, tal como lo sostuvo en su momento Jiménez de Asúa, ya que con ello se estaría trabajando un concepto vulgar de agresión, por decirlo así, frente al criterio de agresión que debe ser normativo. De este modo considera que por agresión no sólo debe entenderse la acción violenta, sino cualquier acción que amenace o ponga en peligro intereses jurídicamente protegidos[17].

Finalmente, en cuanto al medio empleado, Núñez sostiene que la diferencia entre la agresión y el disparo es que, en este último, el peligro de la víctima proviene del proyectil disparado contra ella, en tanto que en la agresión deriva sólo de la posibilidad de que el disparo se produzca. En este sentido, agrega que acomete con arma de fuego el que apunta con ella para tirar, el que encañona y el que gatilla aunque se produzca la explosión pero sin que salga el proyectil[18].

Por su parte, el sentido amplio del concepto de *arma* es entendido, en general, como todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre; e incluye tanto las armas propias como las impropias.

La definición tradicional de las armas propias comprende a aquellas que por su naturaleza están destinadas al ataque o a la defensa, en tanto que las armas impropias son las que sin estar destinadas al ataque o a la defensa son dispuestas por el sujeto activo como instrumentos para afectar la integridad física de las personas.

A modo de ejemplo, Fontán Balestra –entre otros-, considera que tienen carácter de arma tanto un cuchillo como un estoque o una navaja, un candelabro, un tintero, un bastón, una

[15] Fontán Balestra, op. cit., p.135.
[16] Creus, op. cit., p.118.
[17] Donna, op. cit., p.384.
[18] Núñez, artículo de doctrina citado.

manopla, un destornillador, como así también lo son líquidos calientes como el aceite, el agua, o los corrosivos[19].

Tomando distancia de esta interpretación "amplia", encontramos –entre otros- a Juliano[20], quien reflexiona sobre la definición de arma impropia y concluye que la incorporación de determinados instrumentos que no están destinados para ser utilizados como armas en esta última categoría, constituye una interpretación extensiva *in malam partem*, lesionando el principio de legalidad. Este autor, apoyándose en pronunciamientos judiciales de magistrados como Zaffaroni, Camiña, Adrián Martín –entre otros-, considera que si bien existen ciertos instrumentos que en el lenguaje común jamás serían entendidos como armas (v. gr. destornilladores, martillos, vidrios, jeringas, etc.), el lenguaje judicial los ha asimilado a armas, categorizándolos como armas impropias, lo que contradice la exigencia de descripción clara de la conducta punible. Juliano se pregunta si el concepto de arma impropia permitiría incluir en ese concepto un cenicero, un libro o una silla y parece coincidir con Marcelo Colombo[21] al considerar que se debe estar a una interpretación restrictiva del concepto de arma y limitarlo a los objetos que han sido construidos con el claro destino de defensa u ofensa.

Por su parte de la Fuente, en el entendimiento que siempre debe entenderse al arma como un objeto, enumera qué no debe entenderse como arma, a saber: el propio cuerpo del autor (golpe de puños o patadas), la agresión desplegada a través de la utilización de animales[22].

Tal como fuera anticipado, la utilización de un arma de fuego como arma propia (disparo) queda abarcada por el primer párrafo, aplicándose la figura atenuada del tercer párrafo para los casos en que las armas de fuego se usen como armas impropias (elemento contundente)[23].

d) Elemento normativo (art. 104, párr. 1°)

d.1) Resultando que el tipo penal exige que el disparo debe ser realizado por un arma de fuego, es necesario remitirse al decreto 395/75[24] que reglamenta al decreto ley que regula a nivel nacional las armas y explosivos, que lleva el número 20.429[25].

Conforme la normativa vigente, es arma de fuego aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia. Se incluyen en el concepto de armas de fuego las armas portátiles, no portátiles, de puño o cortas, de hombro o largas, de carga tiro a tiro, de repetición, semiautomáticas, automáticas, fusiles, carabinas, escopetas, fusiles de caza, pistolas, pistolas ametralladoras y revólveres[26].

Precisa Creus que por arma de fuego se entiende toda la que dispara proyectiles por medio de un mecanismo basado en la ignición de sustancias que producen gases que los impulsan. La impulsión y trayectoria del proyectil deben originarse en la expansión de los gases, sea que salga del

[19] Fontán Balestra, op. cit., p.138.
[20] Juliano, Mario Alberto, op. cit., ps. 117/121.
[21] Colombo, artículo de doctrina citado.
[22] de la Fuente, op. cit., p.126.
[23] de la Fuente, op. cit., p.127.
[24] BO 03/03/1975.
[25] BO 05/07/1973.
[26] Arts. 3.1 al 3.18 del decr. 395/75.

arma liberado de ellos (armas de fuego de cañón: fusiles, escopetas, rifles, pistolas, etc.), o sigan impulsados por ellos durante su trayectoria (misiles). Por su parte, no considera armas de fuego las que arrojan proyectiles por medios mecánicos (arcos, ballesta, etc.) ni aquellas no arrojan proyectiles (lanzallamas). Tampoco considera armas de fuego aquellas cuyo poder ofensivo también se basa en la explosión de gases pero cuyo impulso o trayectoria se lo da la fuerza física del hombre (granada que se arroja con la mano)[27].

Por su parte se descartan los torpedos y las bombas que se impulsan de otra manera; tampoco se incluyen en el concepto de armas de fuego las pistolas y los rifles de aire comprimido, porque la compresión de gases no se produce por deflagración sino mecánicamente[28].

Tipo subjetivo

Ambas conductas, contemplado en el artículo analizado, son dolosas.

En el primer caso –*disparo de arma de fuego*- el dolo requiere el conocimiento y la voluntad de utilizar un arma de fuego, dispararla y darle una dirección determinada, de modo tal de dirigir el disparo (proyectil) contra una persona.

En otras palabras, el dolo supone el conocimiento del carácter del arma de fuego y la voluntad de dirigir el disparo hacia la persona de la víctima.

Para que el tipo subjetivo se complete no basta con la acción de disparar en si misma, sino que el dolo también debe abarcar la situación o el resultado de peligro que exige el tipo[29].

Tal como insisten todos los autores a esta altura del análisis –y conforme se analizará en los acápites siguientes- se debe diferenciar esta figura con la de lesiones y homicidio. Así, debe recordarse que no estamos ante un delito de lesión u homicidio, sino ante un dolo de peligro; es decir, que el autor dirige el disparo hacia el sujeto pasivo con la única intención de generar una situación de peligro para la integridad física de la víctima.

En el segundo supuesto –*agresión con arma*- el dolo exige el conocimiento del carácter del arma o de que se utiliza como “arma” el instrumento que no es tal (se trate de un arma propia o impropia)[30] y la voluntad de acometer a la víctima con el propósito indeterminado de dañar su cuerpo de algún modo[31].

Ahora bien, comprobado de modo efectivo el dolo directo de dañar con un determinado efecto (muerte o lesiones graves o gravísimas) excluye el dolo de agresión para dar paso al dolo directo de las particulares tentativas de homicidios o lesiones.

Zaffaroni, al tratar la tipicidad de la tentativa[32], considera que la prueba dogmática de que la expresión *fin de cometer un delito* es igual a *dolo* y que *determinado* es el *dolo* y no el delito en su

[27] Creus, op. cit., p.117/118.
[28] Molinario, op. cit., p.294.
[29] de la Fuente, op. cit., p.117.
[30] En caso, claro está, de que se tribute a una idea amplia de arma, que incluya las armas propias y las impropias.
[31] Iellin y Pacheco y Miño, op. cit., p.91
[32] Zaffaroni, op. Cit., p.824.

definición[33] se halla en la tipificación del abuso de armas en los arts. 104 y 105 del CP; pues disparar un arma contra una persona no puede ser en nada diferente que intentar matar o intentar lesionar, y la agresión con toda arma no puede tener otro sentido que el de intentar lesionar o matar a alguien. No se trata de disparar al lado de la persona, a centímetros de sus pies o a milímetros de su cabeza, sino de disparar *contra* la persona misma. Tampoco se trata de esgrimir un arma sino de *agredir* con un arma. Como sería absurdo pretender que los arts. 104 y 105 desplazan la tipicidad de tentativa de homicidio cuando se lleva a cabo con un arma, la única explicación coherente que tienen estos tipos es que el legislador argentino ha sacado del ámbito anticipatorio de punibilidad propio de la tentativa las conductas que son un comienzo de ejecución del homicidio y de las lesiones con dolo de ímpetu, captando en tipos especiales las que considera más graves, aunque de cualquier manera, las somete a una pena menor que la tentativa. En síntesis, el art. 104 abarca supuestos de dolo de ímpetu que pueden ser también casos particulares de dolo eventual que la ley argentina desplaza de la tentativa.

Consumación y Tentativa

El delito de *disparo de arma de fuego* se consuma cuando el disparo se ha producido, es decir, cuando el proyectil ha sido disparado del arma, quedando librado a la dirección que con ella se le dio.

Se ha entendido que no existe consumación sino tentativa en los siguientes supuestos: cuando el proyectil queda en el arma por defectos mecánicos o de la sustancia explosiva o cuando no tomó la dirección deseada hacia la persona de la víctima por intervención de un tercero que desvía el arma[34]. Donna también considera posible la tentativa, al igual que Oderigo y Núñez[35]

Por su parte, Soler niega la posibilidad de tentativa ya que ello importaría castigar el peligro de un peligro. Es decir que, o el disparo se ha hecho con peligro para las personas y entonces el delito está consumado, o no se ha corrido peligro alguno, en cuyo caso no es posible ninguna incriminación salvo la eventual agresión genérica[36]. Fontán Balestra también considera inimaginable la tentativa por tratarse de un delito de peligro[37].

La *agresión con arma* admitiría tentativa, en el caso de quien procura acometer contra la víctima pero su accionar es interrumpido por terceras personas, a pesar del forcejeo con estas terceras personas y de la determinación del autor en cumplir con su cometido.

Donna indica, mencionando a Fontán Balestra, que la tentativa de lesiones leves y agresión se confunden y carece de interés práctico pronunciare por uno u otro tipo y que lo cierto es que, además de las dificultades prácticas para pronunciarse, no se ven las razones para que se aplique a la tentativa de lesiones leves una pena menor, por el hecho de haberse ejecutado con armas, cuando la

[33] En clara referencia al artículo 42 del Código Penal.
[34] Creus, op. cit., p.119.
[35] Donna, op. cit., p.377.
[36] Soler, op. cit., p.181.
[37] Fontán Balestra, op. cit., p.135.

lógica pareciera indicar lo contrario. Concluye Donna que en los casos que resulte posible probar el propósito de causar una lesión leve, es de aplicación la pena correspondiente a la tentativa de ese delito[38].

Relación con otras Figuras.

Disparo de arma de fuego (art. 104, párr. 1º)

a) Homicidio y lesiones (arts. 79, 90 y 91 del CP): la figura se desplaza al comprobarse la intención del agente de matar o de provocar lesiones graves o gravísimas. Esto así, ya que la tentativa de lesión grave prevé un máximo de pena de cuatro años de prisión resultando, consecuentemente, más grave que la pena prevista para el disparo de fuego.
Es claro que la muerte o la producción de lesiones graves o gravísimas también excluyen la subsunción en esta figura.

b) Lesiones leves dolosas (art. 89 del CP): Si bien el tema será abordado a continuación[39], las características de absorción o subsidiariedad no impiden naturalmente la posibilidad de la existencia de un concurso real con otros delitos. Donna ofrece como ejemplo[40] la lesión leve causada por disparo de arma de fuego que puede concurrir materialmente con otras lesiones ocasionadas con una acción independiente de la del disparo[41]

c) Atentado y resistencia a la autoridad (arts. 238, inc. 1° y 239 del CP): Pueden concurrir idealmente ambas figuras si, por ejemplo, el disparo de arma es realizado contra de personal policial que cumple funciones.

d) Uso indebido de armas (art. 87 del Código Contravencional de la CABA[42]): El segundo párrafo de la norma contravencional prevé la sanción de arresto para quien dispara un arma de fuego fuera de los ámbitos autorizados por la ley. Tal como lo indican los autores Morosi y Rua, si el disparo es dirigido hacia una persona, aun sin herirla, la acción contravencional quedará desplazada por el delito de disparo de arma de fuego[43]. En igual sentido se pronuncia Mario Juliano[44].

Agresión con armas (art. 104, párr. 3º)

[38] Donna, op. cit., p.388.
[39] Ver pto. 7 (cuestiones de interés).
[40] Donna, op cit., p.381.
[41] Así, explica, sucedería con la herida de bala en el talón, que queda absorbida por el art. 104 del Código Penal, pero las lesiones traumáticas en otro lugar constituyen hechos independientes y concurren realmente con aquel delito (con cita de Fontán Balestra, Rubianes y fallo LL 124-335).
[42] Ley 1.472 de la CABA. BOCBA del 25/10/2004.
[43] Morosi y Rua, op. cit., p.524.
[44] Juliano, op. cit., p.126, en ocasión de anotar el art. 43 del Código de Faltas bonaerense.

a) Amenazas: No existe identidad entre ambas figuras ya que, a pesar que la amenaza sea mediante la exhibición del arma, la agresión significa un *acometimiento.*

Cuestiones de Interés.

Por expresa disposición legal[45], la figura de *disparo de arma de fuego* tiene una función absorbente de los daños que se castigan con penas menores y una función subsidiaria respecto de los delitos más graves perpetrados con la misma conducta de disparar el arma de fuego[46].

Por su parte, la *agresión con arma*, tiene carácter subsidiario de modo que el tipo no se aplica cuando el hecho constituya homicidio o lesiones. A diferencia de lo que ocurre con el primer párrafo, el tipo de lesiones leves desplaza al de agresión, porque tiene prevista una pena mayor.

Explica de la Fuente que en esta clase de delitos también debe aplicarse la teoría de *delito continuado* de modo que, por ejemplo, no parece razonable afirmar que existen tantos delitos independientes como cantidad de disparos se hayan realizado[47].

En ocasión de tratar la circunstancia agravante, contemplada en el *art. 41 bis del CP*[48], Zaffaroni aclara que el articulado del Código introduce una sola infracción en donde las dos condiciones que deben concurrir (violencia/intimidación y arma de fuego) están contempladas en un tipo básico, que es el abuso de armas del art. 104 del CP, motivo por el cual no sería aplicable esta circunstancia agravante. Agrega que desde el canon de la máxima taxatividad legal, que obstaculiza cualquier inteligencia extensiva de las normas penales, es correcto no sumar la agravación a otras figuras cuando el arma de fuego –al ser una especie del género arma- es ponderada en el propio tipo penal en cuestión (v. gr. Abuso sexual cometido con armas, amenazas, robo con armas, entre otros)[49].

Art. 105.- ***Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1°, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.***

Consideraciones sobre la Disposición.

45 Art. 104, párr. 2° CP.
46 Creus, op. cit, p. 118. En este sentido, tal como lo indica de la Fuente, el delito de disparo de arma de fuego absorve a las lesiones leves (art. 89 del CP) incluso si son calificadas (art. 92), lo que llevó a autores como Soler a sostener que estamos ante una figura de lesiones leves calificadas por el medio empleado.
47 de la Fuente, op cit., p.123.
48 Art. 41 bis CP: "Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito que se trate.".
49 Zaffaroni, op. cit., ps.1048 y 1049.

Este artículo contempla las circunstancias agravantes y atenuantes del abuso de armas, aplicables a los dos supuestos del art. 104 recién comentados[50].

Tal como lo indica la norma, si concurren las circunstancias descriptas en el art. 80 del CP[51], las penas se elevan en un tercio en sus mínimos y máximos. De tal modo que para el delito de *disparo de arma de fuego* la escala penal será de un año y cuatro meses a cuatro años de prisión; en tanto que para el delito de *agresión con arma* la pena será de veinte días a ocho meses de prisión.

A su vez, la norma contempla como atenuante a la emoción violenta[52], disminuyendo en un tercio la escala penal. De este modo, para el caso de *disparo de arma de fuego* la escala penal será de ocho meses a dos años de prisión; y la pena de *agresión con arma* será de diez días a cuatro meses de prisión.

Jurisprudencia.

1. Siendo el abuso de armas un hecho independiente del que pueda constituir por sus características especiales la tenencia de armas de guerra, ambas infracciones coexisten independientemente y deben ser juzgadas por los tribunales que tengan competencia según la materia para conocer de cada una de ellas. [CSJN, 1/6/68, "Manzanelli, Luis Rubén", CSJN-Fallos, 272:14].

2. No se ha configurado el delito de agresión (último apartado, art. 104, Cód. Penal), pues nadie indica que se hubiere producido la situación de riesgo que reprime dicha figura con el encañonamiento de la víctima. [CNCrim. Y Corr. Sala IV, "Ceriale, Marcelo G.", BJCNCyC, 1982-2-29]

3. Si bien para la configuración del delito de abuso de armas se requiere que el arma haya sido dirigida contra la víctima, porque es un delito de peligro cuya punibilidad desaparece si ese peligro no se ha corrido, lo cierto es que cuando el sujeto pasivo es herido por el disparo, el peligro

[50] Disparo de arma de fuego y agresión con arma
[51] Art. 80 CP: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. 2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. 3º Por precio o promesa remuneratoria. 4º Por placer, codicia, odio racial o religioso. 5º Por un medio idóneo para crear un peligro común. 6º Con el concurso premeditado de dos o más personas. 7º Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. 8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002).9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003). 10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinente un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación). Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años."
Art. 81. "1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable. … ".
[52] Art. 81, inc. 1º, letra a) del CP.

materializado desplaza la necesidad de acreditar el peligro hipotético, siendo indiferente que el autor no tomase puntería. [CNCrim. Y Corr., Sala IV, "Núñez, Isabel", BJCNCyC, 1987-1-20].

4. La falta de secuestro del bolso con el que supuestamente se agredió a la víctima impidió conocer sus características y naturaleza intrínseca, por lo que al ser imposible inferir si su uso aumentó el poder ofensivo del agresor, debe descalificarse la existencia del delito tipificado en el art. 104, último párrafo del Código Penal. [CNCrim. Y Corr. Sala I, 18/4/94, "García Noli, Alberto E.", causa 43.206, PJN Intranet].

La producción de las lesiones concurren con la agresión con armas (art. 104, Cód. Penal), sin perjuicio de que no haya existido herida, pues el bolso que usaba el procesado es un arma impropia, en el sentido de que es un objeto que aumenta el poder ofensivo del agresor (disidencia parcial del Dr. Donna). [CNCrim. Y Corr. Sala I, 18/4/94, "García Noli, Alberto E.", causa 43.206, PJN Intranet].

5. No puede atribuirse con certeza la comisión del delito de abuso de armas si no se logró establecer la intención real del imputado al disparar su arma, en cuanto a si lo hizo contra la persona que se encontraba dentro del local, o para romper la cerradura, con el fin de ingresar a dicho lugar, pues el art. 104 del Cód. Penal exige que el disparo haya sido contra una persona, es decir que se apunte directamente sobre ella, y por ello, en el caso, el tipo subjetivo se encontró seriamente cuestionado. [CNCrim. Y Corr., Sala I, 22/6/95, "Gómez, Alberto M.", causa 44.406, PJN Intranet].

6. El accionar del imputado, que disparó un arma de fuego contra una persona provocándole una lesión leve, queda absorbido por el disparo y no corresponde considerarlo como un delito aparte en concurso ideal con el disparo, sino que sólo existe como delito único, debiendo encuadrarse en el tipo penal de abuso de armas (art. 104, Cód. Penal). [Cám. Apel. Crim y Corr, San Francisco, 10/9/97, "A., G.J.", LL, 1998-F-835; LLC, 1998-880].

7. El delito de abuso de armas –delito de peligro- es figura creada para superar la grave dificultad de establecer cuál fue la finalidad de la gente al disparar un arma de fuego contra una persona, es decir si intentó lesionarla –y en tal caso, en qué grado-, de darle, etcétera. Sus elementos son: a) la acción de disparar el arma, como acto consciente del agente y querido por él; b) que el disparo se efectúe contra una persona, sin que sea menester que se trate de persona determinada; c) que la consecuencia de tal hecho no se ocasionen ni la muerte ni lesiones graves o gravísimas, ni resulte otro delito más grave que el abuso de arma. [Cám. Apel. Esquel, 7/8/00, "P., R.; G.,, D.", Lexis, nº 15/8519].

8. No es posible calificar como abuso de armas (art. 104, Cód. Penal) la conducta de quien para protegerse disparó hacia el pavimento con el arma que portaba y dirigió los disparos hacia el suelo. Disparar un arma, sin otro aditamento, no es acción delictuosa. [TOC nº17, 30/8/00, "T.R.A.", JPBA, 116-29-75].

9. Encuadra en la calificación legal de robo simple, en grado de tentativa en calidad de coautor, en concurso real con tentativa de homicidio criminis causae, en concurso real con tenencia de arma de guerra, en concurso real con abuso de armas que concurre en el concurso ideal con resistencia a la autoridad, la conducta desplegada por el acertado que, con posterioridad al apoderamiento de una motocicleta y en el momento de su fuga, dispara repetidas veces contra un agente de prevención y lo hiere, y al ser aprehendido intenta deshacerse del arma de fuego, previamente haberla disparado sobre otros policías que lo detuvieron. [TOC nº 25, 8/9/00, "Gallo, Luís A."m JA, 2003-I, síntesis].

10. El abuso de armas debe concurrir materialmente con el de tenencia ilegítima de arma de guerra, en la medida en que se tratan de figuras legales escindibles y, por ende independientes. "Toda vez que la tenencia de arma de guerra, es de por sí un delito de peligro, independientemente de su posterior utilización, media concurso material entre la ilegitima tenencia y su uso en un atraco". [CNCrim. Y Correc. Sala IV, c. 16.587, "Campora, Ramiro", rta, 19/7/2001].

11. El hecho debe calificarse como abuso de armas y no como tentativa de homicidio si de la prueba no resulta clara la intención de matar. El delito previsto en el art. 104, párr. 1º del Cód. Penal establece una distinción con la tentativa de homicidio, por cuya razón no se puede deducir la intención de matar por el hecho mismo del disparo, ni aun en el supuesto de su repetición, ya que ella es compatible con el abuso de arma de fuego. [Cám. Crim y Corr. Santiago del Estero, 4a Nom., 14/2/02, "Navarro, Ramón y otros", Lexis, nros. 19/14389 y 19/14388].

12. En el delito de abuso de armas, la acción de quien efectúa el disparo no puede extenderse al otro coautor del robo por más que lo beneficie en sus resultados. De modo que en atención a ello y a la naturaleza de delito de propia mano del abuso de armas corresponde concluir que P. no tomó parte en la ejecución del hecho ni tuvo su dominio funcional ni posibilidad alguna de decidir sobre el curso central de la acción de disparar. Y este "minus" de contribución objetiva no podría ser compensado con un "plus" de cointervención en la decisión del delito, pues sin un aporte que implique tomar parte de la ejecución del hecho con dominio funcional del mismo no puede haber coautoría por mucho que el imputado asienta el resultado o quiera el hecho como propio (doctrina sentada en la causa Nº 5691 "M.F. s/Recurso de casación", sentencia del 4-4-2002, registro Nº 142/02), [Sala 2, TCP de la PBA, Dres. J.H. Celesia y F.L.M. Mancini, para resolver en la causa Nº 16.516/II seguida a L.A.P. o L.A.M. el recurso de casación].

13. Para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no bastará el mero empleo de un medio capaz de producir la muerte por su poder ofensivo, la repetición de la agresión, el numero de las lesiones, el lugar vital en que fueron inferidas, y las manifestaciones verbales, sino que la intención del delincuente debe parecer claramente definida en tal dirección, por lo que es menester una prueba especifica demostrativa de la resolución de matar en el momento de comenzar la ejecución para dar a los signos exteriores una correlativa fuerza intencional, y si ello no se halla plenamente

demostrado por los actos confusos y equívocos, dicha calificación debe ser rechazada en virtud del principio in dubio pro reo; correspondiendo en cada caso particular y en función del resultado producido, la calificación de lesiones, abuso de armas, etcétera, en virtud del dolo indeterminado (del voto del doctor Madueño –en mayoría-) [CNCas. Penal, Sala II, 20/5/02, "Di Fortuna, Juan Marcelo s/Recurso de casación", causa 3714, PJN Intranet].

14. Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en el que se denuncia la violación de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal debido a que el juzgador habría valorado doblemente la misma circunstancia de agravación considerando que "el grado de peligrosidad y el evitar la detención van de la mano con el concurso material que se le imputa al procesado y el abuso de armas" y que, por ende, quedan subsumidos en éstos, pues el a quo computó como circunstancia agravante la particular relación existente entre los delitos integrantes del concurso señalando que el abuso de armas procuró evitar una detención motivada en los robos anteriores, finalidad que no está abarcada ni por los tipos aplicados ni por el concurso. [SCBA, 11/9/02, "M., R. s/Robo agravado por su comisión con armas, en concurso real", P70585, Juba].

15. Configura delito de abuso de armas en los términos del art. 104 del Cód. Penal, la conducta de quien dispara su arma contra un aglomerado de personas, pues si bien dicho delito requiere que el o los disparos vayan dirigidos hacia una persona, no es necesario que ella sea determinada, toda vez que basta con que el disparo pueda eventualmente herir a alguien. [CNCrim. Y Corr., Sala V, 16/10/02, "Caballero, Alberto R. y otro", DJ, 2003-3-210].

16. Si del peritaje surge que la pistola de aire comprimido secuestrada en poder del imputado era apta para el disparo, y en la inspección ocular realizada se advirtieron varios impactos circulares en el césped de la vereda y la tierra, dichos elementos de prueba resultan suficientes para revocar el auto que decretó el sobreseimiento del imputado y dictar su procesamiento en orden al delito de abuso de armas (art. 104, Cód. Penal). [CNCrim. Y Corr., Sala IV, 30/10/02, "Pingquiang, Shi", causa 19.875, PJN Intranet].

17. Los disparos dirigidos contra la víctima configuran la violencia desplegada en el robo armado para lograr la impunidad pues si bien pudiese afirmarse que el hecho infringió dos normas penales (robo con armas y abuso de armas), lo cierto es que la cláusula residual que contiene el art. 104 del Cód. Penal lleva a que el hecho en crisis se enmarque en el art. 166, inc 2º del Cód. Penal. [Trib. Cas. Penal Buenos Aires, Sala II, 17/12/02, "Laprovítola, Oscar", Lexis, nº 1/76149].

18. El delito de disparo de arma es un delito de peligro que exige que sea intencional y contra una persona determinada de modo tal que ésta corra peligro de ser lesionada, motivo por el cual no constituye delito el disparo dirigido hacia el aire. Con ello, si el imputado manifestó que el disparo de arma lo efectuó hacia el cielo y para defenderse y tal afirmación no ha sido desmentida por las victimas,

debe declararse su falta de mérito. [CNCrim. Y Corr., Sala VII, 4/7/03, “Miglio, Oscar”, Lexis, nº 12/11980].

19. Si el encausado, al serle impartida la voz del alto por personal policial, se dio a la fuga a veloz carrera y, en ese acontecer, se perfiló en dirección a su perseguidor a quien le efectuó dos o tres disparos con un arma de fuego sin lograr impactar, y continuó su huida, no se aprecia que haya obrado con el dolo de matar al personal policial que lo perseguía, sino que los disparos que efectuara aparecen más bien dirigidos a resistirse a su detención para procurar la impunidad.
Esta hipótesis se encuentra reforzada por el hecho de que al ser alcanzado, siguió con su resistencia mediante golpes de puños y patadas. Por ello, debe homologarse el procesamiento dictado con la aclaración que el hecho atribuido constituye el delito de resistencia a la autoridad mediante disparo de arma de fuego (arts. 104 y 239 del C.P.). [CNCrim. Y Correc. Sala IV. Barbarosch, Bruzzone. (Prosec. Cám.: Mouradian. c. 22.884, Cardozo, Diego. Rta, 27/11/2003].

20. Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el defensor oficial denuncia la violación de los arts. 55, 164, 166, inc. 2º y 104 del Cód. Penal, sosteniendo que entre los delitos de robo calificado por el uso de armas y abuso de armas no existe un verdadero concurso real, pues sin perjuicio de la descripción separada del factum que formuló el a quo, individualizando los distintos tramos del iter criminis, tuvo por verificado que luego del apoderamiento de los objetos sustraídos, la victima salió con su propio vehículo en persecución de los autores, cruzándose en la calle con uno de ellos que se trasladaba en bicicleta, circunstancias en que el agresor formuló dos disparos con un arma de fuego, y de lo reseñado surge indudablemente que no ha existido una escisión secuencial suficiente entre el apoderamiento y la posterior violencia ejercida contra la víctima, por lo que los narrados son distintos momentos de un único contexto de acción: la del tipo del art. 166, inc. 2º del Cód. Penal. Es infundado el recurso extraordinario de nulidad en el que el impugnante aduce que la sentencia del a quo quebranta el art. 168 de la Const. Provincial y sostiene que se ha omitido el tratamiento de la cuestión esencial relativa a la existencia del concurso real entre el delito de robo calificado y abuso de armas, si la Cámara decidió que ambos delitos concurren materialmente y el acierto o la profundidad con que el sentenciante resolvió una determinada cuestión es materia ajena al recurso extraordinario de nulidad. [SCBA, 16/6/04, “Gómez, José M.”, Lexis, Nros. 14/09498 y 14/99496].

21. Encuadra prima facie en el delito de abuso de arma –art. 104, Cód. Penal- el accionar de quien formó parte del grupo de personas que desde el interior del banco efectuó disparos en dirección a la calle si no se pudo comprobar la relación causal entra la muerte de la victima y los disparos que habría efectuado el imputado y sin que existiera un acuerdo previo entre todos los que accionaron sus armas de fuego para herir o matar a los manifestantes que rodeaban el lugar, sino una especie de comportamiento colectivo uniforme, distinguible de la coautoría paralela, a partir de lo cual construyó la imputación. [CNFed. Crim. Y Corr., Sala II, 29/12/04, “Verando, Jorge E.”, Lexis, nº1/1004268].

22. Si se encuentra acreditado con el grado de convencimiento que exige el art. 306 del Cód. Proc. Penal de la Nación, que tanto el imputado, como el grupo que lo secundaba, arrojaron piedras sobre la integridad de los damnificados sin que tal actitud cesara, al menos por escaso tiempo, con la llegada del personal policial que procediera a las detenciones, debe concluirse que con la llegada del personal policial, no se advierte una renovación de conducta que permita escindirla de la primera agresión que encuentra receptación normativa en las disposiciones del art. 104, ap. 3º del Cód. Penal. Ello en tanto, la acometida que venían ejecutando sostenidamente los detenidos, no se emparienta con la respuesta a una orden del personal policial, ya que por el contrario, la presencia de los uniformados determinó el intento de fuga de los agresores. Por lo expuesto, corresponde confirmar el auto de procesamiento decretado con la aclaración que lo es en relación al delito de agresión con arma –art. 104, ap. 3º, Cód. Penal- y no el de resistencia a la autoridad. [CNCrim. Y Corr., Sala VII, 31/3/05, "Costilla, Cristina", Lexis, nº 12/13717].

23. El cuchillo esgrimido por el imputado cuando se intentaba reducirlo, debe ser reputado como "arma blanca" razón por la cual, integra el concepto de arma consignado en el art. 104 del Código Penal. [Trib. Crim. Nº 1 Necochea, 13/3/06, "H.,A.", LL-BA, 2006-541].

Aquellos cuchillos que no han sido creados como "arma" y que tienen como finalidad esencial ser empleados en diversas actividades de la vida común, no pueden ser reputados arma en los términos del art. 104 del Cód. Penal. Ello independientemente de que su empleo pueda incrementar el poder ofensivo de un individuo en un hecho determinado (del voto en disidencia parcial del Dr. Juliano). [Trib. Crim. Nº 1 Necochea, 13/3/06, "H.,A.", LL-BA, 2006-541].

24. Resulta improcedente aplicar la agravante contenida en el art. 41 bis del Cód. Penal al delito de abuso de arma, pues ella no puede ser aplicada cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentra contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito, como sucede con el ilícito contenido en el art. 104, ap. 2º del Cód. Penal. [Cám. Apel. Crim. Paso de los Libres, 30/6/06, "M., H. R.", LLLitoral, 2006-1441].

Bibliografía consultada:

CREUS, Carlos, "Derecho penal. Parte especial", ts. 1, 5ª Edición actualizada, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

DE LA FUENTE, Javier Esteban, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, dirección, Marco A. Terragni, coordinación, t. 4, 1° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte especial", t. I, Tercera edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

FONTAN BALESTRA, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", Actualizador Guillermo A. C. Ledesma, Decimoséptima edición, AbeledoPerrot, 2008.

IELLIN, Dalia y PACHECO y MIÑO, Julio A, "Código Penal Comentado y Anotado", Andrés José D ´Alessio, director, Mauro A. Divito, coordinador, Parte Especial, 1° edición, Buenos Aires: La Ley, 2004.

JULIANO, Mario Alberto, "¿Justicia de faltas o falta de justicia? Análisis crítico del Código de faltas de la Provincia de Buenos Aires" 1ª ed., Del Puerto, 2007.

MOROSI, Guillermo E. H. y RUA, Gonzalo S., "Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: comentado y anotado", 1ª ed. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010.

MOLINARIO, Alfredo J., "Los delitos", texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, t. I, editorial Tipográfica Editora Argentina, 1° edición, Buenos Aires, 1996.

SOLER; Sebastián, "Derecho Penal Argentino", t. III, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General. Segunda edición", Editorial Ediar, Buenos Aires.

Artículos de doctrina:

COLOMBO, Marcelo "Las armas las carga el diablo, y las bufandas quien…?", LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 23/09/2002.

NUÑEZ, Ricardo, "Sobre el disparo de arma de fuego", LL 52-131.

Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

Por **Rodrigo D. Lopez Gaston**

Art. 138: ***"Se aplicará prisión de uno (1) a cuatro (4) años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro".***

Art. 139: ***"Se impondrá prisión de dos (2) a seis (6) años:***

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan;

2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez (10) años, y el que lo retuviere u ocultare".

Art. 139 bis***: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.***

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo".

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

Bien Jurídico Tutelado.

El derecho tutela a la persona humana por el sólo hecho de existir. Tal protección, que asume diversas formas, se manifiesta en lo que a nosotros interesa, en el reconocimiento de ciertos atributos jurídicos que le son inseparables e inalienables por su condición. Ellos son *los derechos de la personalidad, el nombre, el estado y el domicilio*.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación mantiene su doctrina acerca de la preexistencia a todo ordenamiento jurídico de los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de las personas. El derecho a la vida, reconocido de manera implícita por nuestra Constitución Nacional en forma previa a la reforma del año 1994 (art. 33) y luego taxativamente con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22º), preexiste a toda la legislación que no hizo otra cosa que reconocerlo por la sola condición de persona. A partir de allí se desprenden los demás derechos que constituyen la persona y le permiten desenvolverse en la sociedad como ente de derechos y obligaciones.

El estado es, justamente, uno de ellos, definido como la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad. Guillermo Borda lo conceptualiza como el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos[1]. Los elementos que lo configuran pueden observarse con relación a las personas consideradas en sí mismas (edad, sexo , salud, profesión), con relación a la familia (casado, soltero, viudo, divorciado, ser padre o hijo, pariente, etc.) y con relación a la sociedad en que vive (nacional o extranjero). Como se observa, el *estado* de la persona posee una íntima vinculación con los derechos que le corresponden "al hombre como tal, como miembro de la familia y como ciudadano. De ahí que en las cuestiones relativas al estado medie un interés de orden público muy directo"[2].

Ahora bien. El *estado civil* deriva de las relaciones de familia, institución básica de la sociedad, resultando indispensable protegerlo contra aquellos actos que tiendan a desbaratarlo mediante adulteraciones, maniobras fraudulentas y las suplantaciones.

[1] BORDA, Guillermo; *Manual de Derecho Civil. Parte General*, 15º edición, ed. Perrot, Bs.As., 1991, p.223.
[2] Idem, p. 224.

Supresión y alteración del estado civil

Art. 138: ***"Se aplicará prisión de uno a cuatro años al que, por un acto cualquiera, hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro".***

I. Antecedentes históricos y/o legislativos y/o proyectos.

La redacción actual responde a las modificaciones introducidas por la ley 24.410 (publicada en el Boletín Oficial el 2/01/1995) que rediseñó los artículos 138 y 139 de este Capítulo e introdujo la figura contenida en el actual artículo 139 bis. En lo que respecta al tipo penal que tratamos, se ha endurecido la escala penal (que antes era de seis meses a dos años de prisión) y se eliminó como elemento del tipo el *propósito de causar perjuicio* establecido por el proyecto de 1906 presentado por Rodolfo Moreno (hijo).

Sin embargo, para llegar al estado actual de la cuestión, mucho fue el camino recorrido por este ilícito. El proyecto de Tejedor de 1886 era aún distinto al que regía antes de la última reforma de la ley 24.410. Se dedicaba en su título de los delitos contra el estado civil de las personas de de suposición de parto, de exposición, ocultación y cambio de niño, y de otras usurpaciones. La figura de la *usurpación* del estado civil de una persona suponía fingirse ella misma para usar de sus derechos (usurpar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales). Como afirma Rodolfo Moreno (hijo), "es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de substituirse a otra real y existente"[3].

Posteriormente, el Proyecto de 1891 castigaba con pena de penitenciaría de seis meses a dos años al que por un acto cualquiera hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otra persona. La simplificación que se proponía al Código del doctor Tejedor respondía a la crítica formulada acerca de que todos aquellos ilícitos contra el estado civil prescribían la misma pena de prisión de uno a tres años. En los fundamentos del novel proyecto se advertía que todos los actos de alteración o supresión del estado civil no podían equipararse en gravedad. De tal forma, juzgaron que la regulación de la materia debía contener un precepto general que abarcara todos los casos comunes,

[3] MORENO, Rodolfo (hijo); *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo IV, ed. H.A. Tomáis, Bs.As., 1923, p. 347.

imponiendo penas más graves para los ilícitos de mayor entidad o de mayor número de derechos violados y por ofrecer mayor peligro en la conducta del agente.

Estas razones justificaban la redacción que transcribimos en el inicio del párrafo anterior, repetida en todos sus términos en el proyecto de 1906. El fin perseguido tras la fórmula genérica consistía en evitar dudas e incertidumbres, siendo capaz de captar todos los actos de cualquier naturaleza que produzcan por resultado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro[4]. También se legisló sobre la suposición de preñez o parto y la exposición u ocultación con algunas circunstancias agravantes pero subrayando que ambas figuran respondían a los mismos fines espurios que la perseguida en el ilícito genérico.

Fue Rodolfo Moreno (hijo) quien presentó a la Cámara de Diputados el proyecto de 1906 proponiendo que se le agregara al artículo 138 la frase "*con el propósito de causar perjuicio"*. Moreno pretendía evitar que se castigue al autor en aquellos casos en donde se supone el estado civil de una persona para beneficiarla sin perjudicar a nadie; es decir, un obrar sin propósito de delinquir. Para convencer a los parlamentarios citó como ejemplo las situaciones en donde no se tienen herederos y se adoptan expósitos. "Como entre nosotros no existe la adopción, se recurre algunas veces al expediente de simular la existencia del hijo"[5]. Estos serían casos –siguiendo al autor- en donde se supone el estado civil de una persona para beneficiarla sin propósito de perjudicar a nadie. Así fue como finalmente el artículo 138 que rigió hasta el año 1995 quedó redactado del siguiente modo: "*Se aplicará prisión de seis meses a dos años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro, con el propósito de causar perjuicio"*.

Se criticó fuertemente la incorporación del *propósito de causar perjuicio* como elemento subjetivo del tipo. Sebastián Soler advirtió serias contradicciones entre el art. 138 y el inciso 2º del art. 139 pues las injusticias que Moreno pretendió evitar a través del primero se cometían con la aplicación del segundo[6]. Recordemos el ejemplo brindado por este autor respecto a los hijos expósitos. Su noble propósito, no incriminado por el art. 138, pasaba a serlo por el inciso 2º del art. 139. Este delito –sin perjuicio del análisis que se hará más adelante- reprimía con prisión de uno a cuatro años *al que por medio de exposición, ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto,*

[4] Así fue declarado en la exposición de motivos del proyecto de 1906 (conf. MORENO (hijo), Rodolfo…, ob.cit., p. 348.
[5] MORENO (hijo), Rodolfo…, ob.cit., p. 349.
[6] SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, 4º edición, 11º reimpresión, ed. TEA, Bs.As., 2000, p. 393.

alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años. En esta descripción, la utilización de la frase *"o de otro acto cualquiera"* incorpora toda aquella modalidad por la cual se hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil del infante, junto con la exposición y la ocultación. De tal modo, lo que se pretendió evitar incorporando aquél elemento subjetivo del tipo, encontró su criminalidad en esta última figura que, se habrá visto, no incorporó en igual sentido el *propósito de causar perjuicio*.

La ley 24.410 del año 1995 reformó el art. 138, modificando la pena (ahora establecida entre 1 a 4 años) y eliminando el criticado *propósito de causar perjuicio*, retornando al tipo penal genérico del proyecto de 1891.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, lo cual no exige mayores precisiones.

Las acciones típicas de hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil debe ser sobre *otro*. Es decir, ese *otro* es un ajeno lo que implica que dichas acciones no son punibles cuando se efectúen sobre el propio estado civil salvo cuando los hechos impliquen falsificaciones documentales que sean comprendidas por los arts. 292 y siguientes del Código Penal[7]. De tal modo, tampoco será punible como autor de este delito el que participa en la alteración o supresión que otro realiza sobre su propio estado civil, "ni el que lo hace como autor pero instigado por aquel cuyo estado se altera, suprime o se hace incierto o con su expreso consentimiento cuando puede válidamente prestarlo"[8] pues en todos estos casos no se acciona sobre el estado civil de otro.

El sujeto pasivo, entonces, es el *otro*. Debe tratarse de una persona mayor a los 10 años de edad pues si es menor la conducta quedará abarcada por el art. 139 bis del Código Penal, a la luz de la reforma promovida por la ley 24.410.

[7] CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Derecho penal. Parte especial,* 7º edición, ed. Astrea, Bs.As., 2007, p. 288.
[8] Idem, p. 289.

Acciones Típicas.

Tres son las acciones referidas en el tipo bajo las cuales se puede lesionar el estado civil de una persona. Hacer incierto, alterar y suprimir.

Hacer incierto importa dificultar o hacer difícil la determinación o el conocimiento del verdadero estado civil de otro. La clásica situación se da en aquellos casos en donde se hace incierto el estado civil de una persona que todavía no está inscripta. Sin embargo, el sujeto pasivo puede o no tener una situación civil previamente establecida. De tal modo, se puede hacer incierto el estado civil de una persona que antes tenía uno cierto, pero no es forzoso –como afirma Soler- que el sujeto tuviese alguna situación civil previamente establecida[9].

De las tres acciones típicas, ésta es la más imprecisa. La reflexión se ve corroborada en el pensamiento de Juan P. Ramos, quien supo afirmar de manera implacable, que el término *incertidumbre* resulta confuso como modalidad de comisión del delito. No encuentra ejemplo apropiado que pueda lograr una diferenciación acabada y entendible ni tampoco, afirma, la doctrina ha logrado precisarlo ni a través de algún ejemplo que permita decir claramente qué es lo que hace incierto el estado civil de una persona[10].

La *alteración* supone asignar un estado civil distinto al que verdaderamente la persona posee. Se altera el estado civil cuando se hace aparecer a una persona como casado siendo soltero, habiéndose alterado la partida de matrimonio, o cuando aparece como nacido en el país siendo extranjero. Se actúa sobre los documentos destinados a la acreditación de tales extremos, eliminando o alterando sus datos (sobre la edad, sexo, cambiando una partida de nacimiento por otra, etc.)[11].

Por último, *suprimir* el estado civil equivale a la acción que coloca al sujeto en la imposibilidad de determinar o acreditar su estado civil sin asignarle otro distinto.

---

[9] Soler…, ob.cit., p. 395.
[10] RAMOS, Juan P.; *Curso de Derecho Penal*, 2º edición, Tomo V, ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As., 1943, p. 292.
[11] CREUS…, ob.cit., p. 288.

En todos los casos las acciones deben ser idóneas para subyugar el estado civil. Por tanto, no constituye delito la usurpación del estado civil de otro mediante la mera invocación de su identidad en tanto y en cuanto no signifique privarlo de ese estado o tornarlo incierto[12].

Al estudiar este delito habremos notado que nuestra concentración se inclina en forma preponderante sobre las tres acciones. Pero si repasamos su lectura, la figura comienza penando al que "*por un acto cualquiera…"*. Tal expresión nada aporta al delito y por eso es que nuestra atención se fija en el hacer incierto, alterar o suprimir. Coincidimos con Alfredo Molinario en que debería suprimirse para que el artículo quede más sencillo y mejor redactado y no se preste a confusiones innecesarias[13].

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso.

Recordemos que la ley 24.410 ha eliminado el *propósito de causar perjuicio*.

Consumación y Tentativa.

La acción se consuma cuando se ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil de otro. Sin embargo, resulta fundamental determinar bajo qué acción típica el agente ha obrado habida cuenta que el momento consumativo será bien distinto, por ejemplo, entre el *hacer incierto* y en la *alteración* del estado civil.

Se admite la tentativa. Creus y Buompadre brindan como ejemplo el caso de aquél que, para tratar de suprimir una partida, comienza a arrancarla del protocolo sin poder consumar su acción, al ser sorprendido por un empleado del Registro[14].

[12] CREUS…, ob.cit., p. 288.
[13] Conf. MOLINARIO, Alfredo J.; *Los Delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo I, ed. TEA, Bs.As., 1996, p. 531. "Repárese lo que se produciría si dijéramos `el que, por un acto cualquiera, matare a otro´; `el que, por un acto cualquiera, causare un daño en el cuerpo o en la salud´, y así sucesivamente. Sólo agregaríamos palabras y ninguna idea".
[14] CREUS…, ob.cit., p. 290.

Suposición de estado civil

Art. 139 inc. 1º : *"Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan"*

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Tal cual hemos visto con el artículo precedente, la ley 24.410 atravesó profundamente este capítulo del Código Penal, alterando la estructura típica del delito del cual pasamos ahora a ocuparnos.

En la redacción anterior se reprimía con prisión de uno a cuatro años "*a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito"*. Esta actividad se consideraba de mayor gravedad que la disposición genérica del art. 138 y, por ello, logró autonomía.

El proyecto Tejedor también castigaba los partos fingidos con prisión de un año, extendiendo igual imputación al médico o la partera que cooperaren en su ejecución. La nota que seguía al artículo resumía la importancia de penalizar esta modalidad: "*...introducir a alguno en una familia que le es extraña es introducir la perturbación y la ilegalidad en las relaciones de esta familia en todos sus grados, para todas las generaciones, en todos los casos de sucesión, tutelas y otros actos resultantes del parentesco. Este compendio de la influencia ejercida por el estado civil sobre la suerte de las personas y de los bienes hacen comprender bastante cuál es la gravedad de los fraudes cometidos en esta materia y justifica la severidad de las disposiciones de la ley"*[15]. La equiparación punitiva al médico o la partera aún tratándose de un caso de complicidad encontraba justificativo en el derecho de exigir un cumplimiento exacto y una verdad absoluta por parte de los facultativos y empleados públicos a quienes la ley encomienda actos relativos al estado civil de las personas[16].

Igual disposición fue repetida en el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García –art. 295-, y también en el Código de 1886 pero en este último caso fijando una pena privativa de la libertad de

[15] MORENO…, ob.cit., p. 352.
[16] MORENO…, ob.cit., p. 353.

uno a tres años. Tampoco hubo modificaciones estructurales en los proyectos de 1891 y 1906. Por tanto, puede afirmarse que este delito proviene del Proyecto de Carlos Tejedor y atravesó los tiempos hasta la modificación realizada por la ley 24.410, que aumentó la escala penal y eliminó toda la parte que se refería a la penalidad extensiva a los cooperadores (médicos y parteras).

El mayor rigor punitivo cuando se trata de menores de edad tiene que buscarse en el mayor daño que se produce sobre un niño inocente con mayor grado de vulnerabilidad, provocando un daño, quizás, irreparable.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Sujeto activo sólo podrá serlo la mujer que finge preñez o parto. Si quien finge es una persona distinta de la que se hace aparecer como madre podrá ser reprochada por el art. 139 inc. 2º del Código Penal o, eventualmente, con la pena del art. 139 bis del mismo Código[17].

El sujeto pasivo será toda persona que se vea afectada por la atribución al hijo supuesto de derechos que no le correspondan[18].

Acciones Típicas.

La conducta punible consiste en fingir preñez o parto atribuyendo a un niño el estado civil de hijo que no tiene, dentro o fuera del matrimonio. En el primer caso se simula la existencia de un embarazo, en el otro, la del nacimiento de un ser vivo producto de un embarazo existente pero

[17] CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E…., ob.cit., p. 293.
[18] GOMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Compañía Argentina de Editores, Bs.As., 1940, p. 298.

frustrado. Más allá de tales apreciaciones, lo importante es que en ambos casos se persigue atribuir la falsa filiación a otro niño[19].

Creus y Buompadre mencionan diversas versiones en las que se puede presentar este delito: "puede fingirse la preñez y el parto cuando no existió aquélla y presentarse un niño como su producto; puede fingirse el parto cuando realmente existió preñez que se interrumpió antes de llegar a aquél, presentando a un niño como nacido en el fingido parto; pueden haber existido realmente la preñez y el parto, presentándose a un niño con vida cuando el nacido de aquél lo había sido muerto, o a un niño distinto del que en verdad nació en el parto (p.ej., presentar un varón cuando se parió una niña), porque la ley no se refiere aquí al fingimiento del acto fisiológico del parto, exclusivamente, sino también al fingimiento de las circunstancias de ese parto con respecto a la persona que ha nacido en él…"[20].

No constituirá delito fingir preñez pues su sola ficción no dice nada[21]. Tampoco configura el tipo los casos en que la preñez y el parto son reales y el niño que se presenta es el nacido de éste aún cuando se finjan cuestiones relativas a ese nacimiento, como ser la fecha y lugar[22].

Se considera insuficiente que se finja preñez o que se haya parido un niño muerto[23]. Tampoco basta la inscripción en el Registro Civil de un niño imaginario. En el momento de la ejecución del delito debe haber un niño vivo –como opinan Creus y Buompadre-, que es el otro cuyo estado civil se altera. Los autores citados descartan la tipificación en la falsa inscripción de un niño inexistente derivado del fingimiento de la preñez y del parto, ni en la presentación de un muerto como nacido en esas condiciones de falsedad[24].

Tipo Subjetivo.

[19] SOLER…, ob.cit., p. 398.
[20] CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E…., ob.cit., p. 291.
[21] Tal es la opinión de Juan P. Ramos, pues "Mientras el hijo supuesto no nazca en un parto fingido, la mujer no puede inscribirlo en ninguna parte; no puede demostrar su existencia; de ningún modo puede hacer que le está dando derechos al hijo" (ob.cit., p. 295).
[22] CREUS…, ob.cit., p. 292.
[23] NUÑEZ, Ricardo C.; *Tratado de Derecho Penal*, 2º edición, 2º reimpresión, Tomo III, Volumen II, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p. 434.
[24] CREUS…, ob.cit., p. 292.

Se trata de un tipo doloso que persigue como resultado el otorgar a un niño que se presenta como hijo derechos que no le correspondan. Los derechos a los que la ley se refiere –no necesariamente de índole patrimonial pero sí pasibles de ser exigibles jurídicamente- son aquellos inherentes al estado civil fingido y que el sujeto activo no puede otorgar por sí misma por pertenecer su titularidad a terceros[25]. Si fueren disponibles para el agente, no se daría el delito.

De tal forma, cuando el agente finja preñez o parto con una finalidad distinta al móvil de dar al supuesto hijo derechos inherentes a un estado que se le cree o suponga, el hecho no encuadrará en este delito[26]. En síntesis, deben ser derechos inherentes al estado civil supuesto.

Resulta importante el análisis de Nuñez sobre el aspecto concursal. El atentado al estado civil se consuma con la presentación del niño teniendo en miras el ánimo de otorgarle derechos de un tercero. Ahora, si la mujer sigue más allá e intenta o logra hacer valer esos derechos, concurrirá con algún tipo defraudatorio[27].

Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la presentación del supuesto hijo como producto de las maniobras engañosas previas de preñez y parto. Algunos autores entienden que podría darse un caso de tentativa el mero fingimiento de la preñez o del parto sin la presentación de un niño vivo[28].

Supresión y Alteración de Identidad de Menores

inc. 2º: ***"Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare".***

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

La ley 24.410 estableció un nuevo tipo penal, agravado por cierto, que sustenta la punibilidad sobre la identidad del menor de 10 años.

[25] Creus y Buompadre refieren el caso del fingimiento de la mujer de haber quedado embarazada del cónyuge premuerto para otorgar al supuesto hijo derechos en la herencia de los suegros (ob.cit., p. 292).
[26] GOMEZ, Eusebio…, ob.cit., p.297.
[27] NUÑEZ, Ricardo…, ob.cit., p. 435.
[28] CREUS…, ob.cti., p. 293.

Antes de la reforma, este inciso reprimía al que por medio de exposición, ocultación u otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años. Claramente la nueva reforma se distancia del tipo penal superado.

Sin embargo, en el proyecto Tejedor era bien distinto a ambos. Se castigaba con pena de prisión de dos años al que expusiere u ocultare a un niño o le supusiere filiación para hacerle perder su estado de familia o los derechos que por él le corresponden. El tipo se reproduce en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García y en el Código Penal de 1886.

En ningún momento se especificó qué edad debía tener ese niño. Tan sólo se lo menciona como tal, dejando la situación a la prudente apreciación judicial, cuestión que pudo ser superada con las reformas posteriores.

Así fue como en el Proyecto de 1891 se repite aquella construcción pero se limita la edad de diez años. En la nota, se entendió que "las personas mayores de esta edad tienen más medios de protegerse y contra ellas el delito no será tan grave"[29]. Se comprendió que la *exposición* y la *ocultación* del menor revelaban mayor índice de peligrosidad del autor y por ello la pena era agravada. La exposición del menor significa depositarlo en lugar distinto de aquel en que debe encontrarse y de modo que no permita establecerse quién es o cuál es su situación de familia[30]. El ocultamiento se refiere al estado de familia que le es propio al menor de diez años y no a su existencia[31].

Como se ha dicho en las primeras líneas de este apartado, la ley 24.410 alteró profundamente el esquema típico de la figura, eliminando de la fórmula a la *exposición* y *ocultación* como modalidades pero incorporando *cualquier acto* idóneo para producir el resultado típico, con lo cual, se sintetizó el tipo haciéndolo menos descriptivo y más sintético. Incorpora como sujetos activos a quien retenga u oculte al menor y menciona como bien jurídico tutelado la identidad del menor, lo que puede advertirse como un matiz diferenciador. Sin embargo, el concepto que hemos dado sobre el estado civil de la persona como bien jurídico se identifica con la identidad de la persona. Por tanto, no debe ser interpretado como bienes jurídicos diversos.

Análisis de los Elementos del Tipo.

[29] MORENO…, ob.cit., p. 355.
[30] GOMEZ, Eusebio…, ob.cit., p. 299. El autor cita como ejemplo el caso en que un menor es colocado en un hospicio, ocultando su estado de hijo legítimo o natural reconocido.
[31] Idem, p. 300.

Características de los Sujetos.

Cualquiera puede ser sujeto activo de este delito ("*Se impondrá prisión… al que…"*).

El sujeto pasivo se refiere al menor de 10 años de edad pues si se supera el límite, la conducta podría quedar abarcada por el art. 138 del Código Penal.

Acciones Típicas.

El tipo se refiere a cualquier acto que hiciere incierto, altere o suprima la identidad del menor. El acto punible debe ser idóneo y recaer sobre la persona del menor o sobre los documentos que acreditan su identidad[32].

Sobre la conceptualización de las acciones típicas *hacer incierto, alterar o suprimir* habremos de remitirnos al desarrollo efectuado en el apartado "II.b" del comentario al artículo 138 del Código Penal.

Por último, la figura extiende la punibilidad al sujeto que *retuviere u ocultare* al menor. Tales acciones deben estar dirigidas a introducir incertidumbre, alteración o supresión de la identidad de aquél pues, si no tuviesen tal inspiración, aparecerían como acciones autónomas y, por tanto, abarcadas por el delito de sustracción de menores tipificado en el art. 146 del Código Penal[33].

Retener implica impedir que el menor se aparte del lugar en que se encuentra. Supone una privación de libertad con la finalidad de vulnerar su estado civil o identidad que pudo haber sido, o no, precedida por la sustracción de la víctima[34].

La *ocultación* impide que su existencia sea conocida por quienes pueden determinar su verdadera identidad. Consiste en impedir que se conozca su verdadera condición de modo de crear incertidumbre, suprimir o alterar su estado civil[35].

Tipo Subjetivo.

Se trata de un tipo penal doloso.

[32] CREUS…, ob.cti., p. 295.
[33] CREUS…, ob.cit., p. 295.
[34] FONTAN BALESTRA, Carlos…, ob.cit., p. 203.
[35] FONTAN BALESTRA, Carlos…, ob.cit., p. 203.

Consumación y Tentativa.

En el mismo sentido expuesto al momento de comentar el delito tipificado en el art. 138 del Cód. Pen., la acción se consuma cuando se ha logrado hacer incierto, alterar o suprimir el estado civil del menor de 10 años, y cuando se lo retiene u oculta con los fines delineados. También aquí es de vital importancia determinar bajo qué acción típica el agente ha obrado habida cuenta que el momento consumativo será diverso.

Promoción, Facilitación e Intermediación

Art 139 bis: ***"Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.***

"Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo".

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Esta figura penal llega de la mano de la ley 24.410 con la finalidad de combatir el tráfico de niños, más allá de que su tipicidad abarca a la totalidad de los delitos del Capítulo, reprimiendo a todas las personas que con su conducta, posibilitan, contribuyen, estimulan o incitan a la comisión estos delitos[36].

[36] LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A.; *Notas al Código Penal Argentino,* Tomo II, 2º edición, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p.295.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, teniendo en consideración que las agravantes de pena serán aplicables a los funcionarios públicos o profesionales de la salud, conforme lo indica el segundo párrafo de la norma.

Sujeto pasivo podrá ser cualquier persona que reúna las características de los delitos anteriores, tal como ya lo hemos visto.

Acciones Típicas.

La estructura se compone de dos formas de participación: facilitar o promover. Si bien la norma menciona la *intermediación* –generar el contacto o acercar a los sujetos activos-, se aprecia como un concepto novedoso en la terminología penal e innecesaria pues ella está comprendida en la facilitación[37]. El sujeto *facilita* cuando allana o remueve los obstáculos o cuando proporciona medios de cualquier naturaleza para que el o los autores asuman las acciones de los delitos de que se trata, o quien mediante omisiones de la actividad a la que está obligado, permite las respectivas acciones[38].

Con relación al término *promoción*, Creus y Buompadre entienden que la ley no se refiere a la difusión de medios para cometer los delitos sino a la organización de esos medios para que puedan ser cometidos. Se refieren a la instancia organizativa de los medios disponibles y a su cuidadosa selección y depuración, para luego sí, perfeccionarlos para su posterior entrega. Por su parte, para Carlos Fontan Balestra *promueve* quien hace nacer la idea de la supresión o suposición del estado civil o de la identidad, la mantiene o impulsa, procurando su realización[39].

El nudo del asunto tiene que ver con incorporar formas punibles de participación que bien podrían colisionar con la reglas de la participación criminal del Código Penal. De tal forma, lo cierto

[37] MOLINARIO…, ob.cit., p. 539.
[38] CREUS…, ob.cti., p. 296.
[39] FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal,* Tomo V, 4º edición, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 2007, p. 205.

es que los artículos que a ella se dedican ya comprenden las modalidades destacadas en el delito anotado. En rigor, la mayor pena que ahora se establece, a criterio de Molinario, tiene que ver con que se desvalora en mayor medida *promover* o *facilitar* que cometer el delito[40].

Por último, la estructura típica "*haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad"* resulta meramente aclaratoria sin utilidad alguna salvo para eliminar la posibilidad de que se concurse a este delito con los delitos de amenazas o abuso de autoridad[41].

El segundo párrafo estipula la punibilidad de los funcionarios públicos o profesionales de la salud que cometan alguna de las conductas previstas en este Capítulo, reprimiendo con pena de prisión de tres a diez años e inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena. Molinario considera injusta la escala penal por la calidad del sujeto activo. Y nos lo hace saber de este modo: "Si hay figuras penadas con 1 a 4 años de prisión, de 2 a 6 y de 3 a 10, como ocurre en este Capítulo, es notoriamente injusto que, en todos los casos, si el autor tiene ciertas características, la pena sea de 3 a 10 años. En primer lugar porque no varía si se trata de este último caso, aumenta aproximadamente un tercio en relación con el segundo, y aumenta entre el doble y el triple en cuanto al primero. ¿Por qué?".

La relación a todo *funcionario público* debe entenderse sólo con aquellos que desempeñen una función relacionada con el sistema de registro de datos que hacen al estado civil, a la documentación personal u otros que guarden similitudes a ese respecto[42].

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso. No importa cuáles son las motivaciones del agente, sea que fuere por lucro, por precio o promesa remuneratoria, o para causar perjuicio.

[40] MOLINARIO…, ob.cit., p. 539. El autor considera que el alto monto punitivo resulta un factor desequilibrante en el sistema general del Código Penal.
[41] MOLINARIO…, ob.cit., p. 539.
[42] MOLINARIO…, ob.cit., p. 539. El autor se inclina por los funcionarios que guarden tal vinculación con la materia pues "No tiene sentido agravar la pena del secretario del director de correos, del barrendero, del asesor de un ministro ni del Inspector General de Justicia, así como la de casi todos los funcionarios, porque si éste fuera el caso habría que tejer un esquema de agravantes para infinidad de delitos".

Consumación y tentativa.

El delito se consuma cuando el autor promueve, facilita o intermedia en el acometimiento de los delitos estipulados en este capítulo del Código Penal. De su estructura no parece admitirse la tentativa. Sin embargo, Laje Anaya y Gavier opinan que el delito se considera consumado cuando se producen los efectos típicos, esto es, "cuando se hace incierto, se altera, se supone o se suprime el estado civil de otro, en el momento en que se hace incierta, se altera, o se suprime la identidad de un menor de diez años, o cuando se lo retiene u oculta". Respecto a la tentativa, refieren que si bien no es posible en este delito específico, "sí es posible la intermediación en la tentativa de supresión, suposición o alteración del estado civil o la identidad"[43].

[43] LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A…, ob.cit., p. 296.

Incendios y Otros Estragos

Por **Sergio Torres y Mabel Castelnuovo**

Art. 186. - ***El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:***

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña, o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona".

Art. 187: ***"Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción."***

Art. 188: ***"Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.***

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservible materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida."

Art. 189: ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.***

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años."

Introducción

El Título VII del Libro II del Código Penal –antes denominado "Delitos contra la seguridad común"- agrupa una variedad de figuras cuyo bien jurídico protegido, o la razón de ser de las normas contenidas en él, no se refieren a un modo indirecto de protección por la afectación a la seguridad de cualquier otro bien jurídico tutelado, sino que adopta la idea de la seguridad como un fin en sí mismo. Tal como lo señala *Carlos Creus*[1] la ley 21.338 -como lo había hecho la ley 17.567- rubricaba el título "*Delitos contra la seguridad común*" para destacar la idea central, que el núcleo del delito consistía en la creación de un peligro común. La denominación actual mantiene esa misma idea aunque pudiera parecer un tanto ambigua por ser susceptible de ser confundida con la seguridad de las instituciones u organismos estatales.

La noción de *seguridad* desarrollada a lo largo de este Título, se asocia con el concepto de que tanto los bienes materiales, los inmateriales (como podría ser la salud) como así también las personas, el ganado, los bosques, los campos, mercaderías, archivos, entre otros, deben encontrarse exentos de soportar situaciones que pudieran ***ponerlos en peligro*** o ***amenazarlos en su integridad*** de alguna manera. Es por ello que la mayoría de las acciones típicas contenidas en las figuras de este Título se refieren a aquellas ***conductas idóneas de generar peligro*** o capaces de vulnerar la preservación que la ley penal tiende a proteger. Otras de esas figuras contemplan casos concretamente lesivos pero, en estos casos establecidos por la ley, la protección implica que su comisión pone en peligro o crea la posibilidad de peligro para ciertos bienes jurídicos distintos de los que concretamente pudieran ser lesionados.

Edgardo Donna[2] cita en su obra al tratadista *Adolfo Zerboglio*. Este autor - refiriéndose concretamente a los delitos contra la seguridad pública- expresa que éstas figuras delictivas abarcan un concepto jurídico asociado al sentido de ***salvación***, que deriva de un ***peligro que ha sido potencial,*** desde que la idea de incolumidad reclama para sí la idea de peligro. Pero el peligro, para estar abarcado por el bien jurídico que protegen estas normas debe ser siempre ***general.*** Esto genera entonces la necesaria distinción entre el peligro que afecta a alguna persona en particular, del peligro que afecta a la sociedad colectivamente considerada, incluidas tanto la tranquilidad y como la seguridad pública.

No se trata de un agravante de los delitos contra las personas individualmente consideradas, sino que son delitos que tienen ***entidad propia***. En efecto, estos delitos poseen la particularidad de la indeterminación de la afectación. *Eugenio Florian*[3] afirma que la base de este título sigue la idea de *Pessina* cuando afirmaba que el incendio, la inundación, la ruina, la explosión de una mina, la sumersión, el naufragio, la destrucción de puentes y calles, forman una categoría contra los intereses legítimos de la sociedad humana, más precisamente contra el derecho de todas las personas a ser

---

[1] Creus, Carlos *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
[2] DONNA Edgardo *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C*. Ed. Rubinzal Culzoni 1ª edición, Santa Fe, 2002.
[3] FLORIAN, Eugenio, *Dei delitli contra la incohimitá pubblica*, en Enciclopedia del Dirilto Pénale italiano, a cura di Enrico Pessina, Societá Editrice Libraría, 1909,volume ottavo, ps. 167 y ss. citado por Donna Edgardo. Op. cit.

inmunes a los desastres, y la circunstancia concreta de que se les confiera protección a su integridad, al crear condiciones de hecho que sean susceptibles de llegar a vulnerarla.

Francesco Carrara[4] por su parte, señala que el daño que deriva de la comisión de un delito cualquiera consiste en el temor de que el hecho se repita en daño propio, mientras que en los delitos de peligro común, el sentimiento de inseguridad proviene del mismo hecho. La posibilidad de que se cometa el mismo delito es mediata: nadie está concretamente amenazado de muerte o amenazado de ser desapoderado de algún bien de su propiedad. En cambio, cuando se comete un delito que pone en peligro a varias personas o cosas comunes, es indudable que el peligro es inmediato[5].

En el mismo sentido, *Jorge Buompadre*[6] expresa que el derecho penal es la herramienta a través de la cual se pretende garantizar la indemnidad de un bien jurídico, valiéndose de la creación de infracciones que tienden a proteger dichos bienes de manera concreta, determinada inmediata y singular. Pero en otros casos, la protección o la tutela penal, surge de la situación de los bienes jurídicos "en general" frente a acciones de riesgo que puedan afectarlos o colocarlos ante un peligro de lesión. En este último concepto se integran las figuras delictivas desarrolladas en este apartado.

Como se verá a continuación, en el mismo capítulo el código establece penas para delitos de resultado y penas para delitos de peligro. Y en este último supuesto, tanto figuras de de peligro concreto[7] como de peligro abstacto[8].

Capítulo I: Incendio y Otros Estragos.

El primer Capítulo de este Título desarrolla las figuras genéricas del estrago.

Los otros Capítulos abarcan formas menos genéricas del bien jurídico tutelado como la protección contra acciones que afectan los medios de transporte, la piratería y los delitos contra la salud.

El texto anterior del art. 186 reunía el incendio, la explosión y la inundación para definir en forma separada el estrago. Pero la nueva redacción los distingue uno del otro. Teniendo en cuenta la redacción actual, el estrago sería la forma genérica de denominación de esta clase de conductas, entre las que el incendio, la explosión, la sumersión, etc. resultan la especie. La figura anterior provenía del Proyecto de 1891, cuya fuente han sido el Código holandés el cual da como fuentes el Código holandés, y de código de 1887.[9]

Nuestro código ha adoptado el método de tratar este tipo de conductas, agrupadas en títulos en forma independiente al de otras figuras delictivas, otorgándoles –de ese modo- autonomía.

En el ámbito del derecho comparado podemos hallar ambas formas de tratamiento metodológico tanto el de aquellos países que reúnen las figuras en estudio bajo una denominación común –como en

---

[4] CARRARA, Francisco, *Programa de derecho criminal*, traducción de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 1972.
[5] FONTÁN BALESTRA, Carlos y MILLÁN, Alberto, *Las reformas al Código Penal. Ley 17.567*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
[6] BUOMPADRE, Jorge Eduardo *Tratado de Derecho Penal Parte Especial* Tomo 2, 3ra. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.
[7] Como el incendio, explosión o inundación.
[8] Como en el caso de la tenencia de arma de fuego
[9] SOLER, Sebastián *Derecho Penal Argentino* Tomo IV Editorial Tea, Buenos Aires, 1994.

nuestro país- pero también el de aquellas naciones que han considerado adecuado contemplar penas específicas como formas especiales de comisión distinguiéndolas de la figura básica, cuando el medio empleado se adecue a las formas de estrago. Como ejemplo de lo dicho podemos citar al Código Penal chileno, que desarrolla estos delitos en el capítulo 8 del Libro II, bajo el título "Del incendio y otros estragos"; el código de la República Bolivariana de Venezuela, en su título VII los agrupa en "los delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados"; el Código Penal uruguayo, también los reúne en el Título VI "Delitos contra la seguridad pública"; el Código Penal peruano en el Título XII trata los "delitos contra la seguridad pública", haciendo una división en "delitos de peligro común" de "delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos" y "delitos contra la salud pública". Por su parte, el Código español los ha reunido en el Título XVII que lleva el título "De los delitos contra la seguridad colectiva" y el código italiano los trata en el Título VI "De los delitos contra la incolumnidad pública". El Código Penal de Colombia, desarrolla estos delitos en el capítulo segundo del Título XII "Delitos contra la seguridad pública", bajo la denominación "Delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones", y el Código Penal brasilero en el Título VIII los agrupa bajo la denominación "Dos crimes contra a incolumidade pública", y a su vez los divide en un primer capítulo "Dos crimes de perigo comum", "Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos" y "Dos crimes contra a saúde pública".

El Código Penal para el Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, si bien agrupa delitos contra la seguridad común, las figuras se asocian a las de tenencia y portación de elementos aptos para agredir y a la asociación ilícita. Y si bien contempla los estragos dentro del desarrollo de su articulado, los trata como agravantes para el reproche penal de otros bienes jurídicos singulares como la vida o la propiedad.

La incorporación de estas figuras como delitos autónomos acarrea, en muchos casos, la necesidad de atender especialmente a la intención del autor del hecho a efectos de desentrañar y establecer cuál debe ser la calificación legal adecuada al caso concreto. En efecto, nuestro código reitera algunos verbos típicos a lo largo de su articulado lo cual pareciera dificultar la tarea del juzgador a la hora de establecer cuál es la figura penal que se ajustaría al caso particular. Por ello entendemos que el fin tenido en mira por el sujeto activo al tiempo de cometer el hecho, será determinante para la aplicación de una u otra figura. Veamos algunos ejemplos. El inciso 5° del artículo 80, prevé la imposición de una pena al que *matare* por un medio idóneo para crear un *peligro común*, mientras que el art. 186 también establece la aplicación de pena, pero a aquel que cause *incendio, explosión o inundación* de modo tal que como consecuencia de ello se verifique *la muerte* de alguna persona. El elemento subjetivo en uno y otro caso, difiere según la intención del autor hubiera sido simplemente la de dar muerte a una persona determinada, o bien, la de provocar un incendio, pero que, como consecuencia directa de esa intención se hubiera producido la muerte de *alguna* persona.

También el inciso 1° del art. 174 repite ciertos verbos típicos que fueron incluidos tanto en el art. 183 como en el inciso 2° del art. 186. En el primer caso, el artículo amenaza con la aplicación de la pena de prisión a aquel que para procurarse a sí mismo o a otro un provecho ilegal en perjuicio de un

asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa*, incendiare o destruyere* una cosa o una nave asegurada. Por su parte, el art. 183 menciona como uno de los verbos típicos constitutivos del delito de daño, el de *destruir*, del mismo modo que lo hace el art. 186 inc. 2° cuando establece que la reclusión o la prisión será de tres a diez años para aquel que causare *incendio* o *destrucción* de cereales, ganado, plantaciones, etc.

Por ello, no resulta apropiado brindar atención preferente al medio empleado, o al objeto sobre el cual recae la destrucción o a la existencia real de un peligro común. A los fines de una adecuada calificación legal del hecho, debe atenderse a la ideación del autor en el sentido de que debió dirigir su accionar al desencadenamiento de poderes destructivos capaces de producir un peligro concreto para la comunidad. Este punto de vista conduce, tal como lo señala Sebastián Soler, a una verdadera presunción del peligro derivada del solo hecho de haber facilitado o iniciado el curso de fuerzas naturales que el hombre no domina o, a lo menos, no pueden salirse de su control con consecuencias trágicas.

No obstante lo expuesto, y volviendo al tema relacionado específicamente con la metodología adoptada por nuestro código, más allá de la denominación contenida en el Título, la seguridad común no es el único bien jurídico que protegen estas normas. En efecto, se contempla un agravamiento de las penas contenidas en la figura básica cuando el hecho -además de poner en peligro a la generalidad de las personas o los bienes- ha manifestado un peligro o una lesión efectiva para cierta clase de bienes o se ha configurado peligro de muerte o fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

La técnica legislativa utilizada en la redacción de los delitos como los tratados en este capítulo, han ocasionado ciertas dificultades a la hora de establecer –en el caso concreto- la existencia de lesión efectiva al bien jurídico tutelado. Así como en los delitos de daño, la lesión al bien jurídico se comprueba por el perjuicio o disminución causada como consecuencia de la realización de acción típica, en los delitos de peligro, la consumación se satisface con la comprobación de la puesta en peligro o con la creación del peligro potencial para un bien. En tal sentido resulta suficiente que la conducta del sujeto activo esté dirigida a conformar una situación de peligro, o que su actividad sea lo suficientemente temeraria o arriesgada como para crear una situación peligrosa.[10]

Sobre este último punto Rodolfo Moreno[11]señaló que el peligro es la circunstancia característica del incendio, "…por ello se considera que el principal derecho atacado, no es la propiedad, y sobre todo la observación surge cuando ese derecho no se contraría en manera alguna. Tal ocurre cuando el incendiario quema objetos de su pertenencia. En estos casos no hay un ataque al dominio del otro, y puede existir delito si por ese hecho se produce un peligro personal para los demás o al mismo con relación a intereses materiales. El incendio produce además, alarma general por el peligro que se siente en su presencia y dadas las destrucciones que acarrea…".

En este orden de ideas, debe definirse qué es lo que debe entenderse por peligro y cuándo se conforma su producción. Peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso. No obstante ello, la ley distingue dos tipos de peligro según algún bien haya corrido algún peligro en forma concreta o que éste no haya sido el caso. Esta es la

[10] Al respecto, dice Liszt que "…el peligro es también un resultado, un estado sobrevenido en el mundo exterior, pero este resultado conserva su significado solamente por su relación a otro estado no deseado por nosotros, tenido en cuenta por nosotros, y que no ha ocurrido…"citado por Sebastián Soler, op. cit.
[11] MORENO, Rodolfo, "*El Código Penal y sus antecedentes"*, Tomo V, ed. H.A. Tommasi, Buenos Aires, 1923.

distinción que doctrinariamente se efectúa con relación a los delitos considerados de peligro abstracto y aquellos que son incluidos dentro de la definición de peligro concreto.

En el primer caso, para ser punible, la conducta típica ejercida por el sujeto activo debe estar ligada con una situación creada en concreto, y el fundamento del reproche penal es indiferente a la efectiva creación de una situación riesgosa. Es decir que el fundamento de la pena, descansa sobre el concepto de *situación creada*.

En los casos de las figuras contenidas en la redacción de los artículos 186, 187, 188 y 189, los hechos -para merecer juicio de reprochabilidad- requieren que algún bien o alguna persona, haya corrido –como mínimo- un efectivo peligro. Lo dicho cobra relevancia puesto que a pesar del medio empleado –por ejemplo el fuego- el delito no quedaría configurado si no se evidenciara la producción de un peligro común. Como señala Sebastián Soler, una cosa es el fuego, pero otra distinta es el incendio[12].

Art. 186. - ***El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:***

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña, o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

(Art. 186.: Texto original según ley 11.179, restablecido por leyes 20.509 y 23.077).

Tipo Objetivo. Acciones Típicas.

Las acciones típicas mencionadas por el artículo 186 son las de **causar** (generar, iniciar, producir) **incendio, explosión o inundación**.

[12] SOLER, Sebastián op. cit.

El ***incendio*** no está definido por el código. No obstante es pacífica la doctrina en cuanto a que no cualquier fuego debe ser considerado "incendio" en los términos contenidos en este delito, sino que, para conformar esta acción típica, la ignición debe estar asociada a la idea de peligro. El fuego para ser considerado una forma de estrago, debe tener una entidad tal que pueda generar peligro común para los bienes ajenos o las personas. Doctrinariamente se ha aceptado la noción de "fuego peligroso" para indicar la existencia de la fuerza del fuego que adquiere una entidad tal que escapa al control de aquel que lo generó. Edgardo Donna entiende que este tipo de delito estaría configurado aún en los casos en los que la cosa estaba destinada a arder, si como consecuencia de ello, se deriva un peligro común[13]. Sebastián Soler agrega además, que para entender configurado este delito, no es requisito la existencia de llamas, pues según su posición, la lenta combustión también debe considerarse incendio[14]. Carlos Fontán Balestra también concuerda con esta última posición señalando que cualquier tipo de combustión sin llamas es apta para configurar esta modalidad del delito.[15]

Eusebio Gómez en su Tratado de Derecho Penal afirmaba "…que no es fácil en concretar una fórmula la noción de incendio, pero podría decirse que existe cuando se causa por acción dolosa o culposa, un fuego de vastas proporciones, determinando un peligro común, el que es propio de todos los delitos contra la seguridad pública…".

En cuanto al segundo medio comisivo mencionado por la figura, está la ***explosión***, cuya definición tampoco reconoce grandes disidencias en la doctrina. La mayoría de los autores concuerdan en que aquella ocurre cuando se da la súbita, instantánea, irrefrenable y violenta liberación de energía cuyo origen puede obedecer a diferentes procesos que pueden ser químicos o mecánicos a causa de combustión, transformación o compresión. Núñez[16], por su parte, hace referencia a potencialidad expansiva incontrolada mencionando -además de los mecanismos antes señalados- los procesos de pura dilatación como por ejemplo[17] el fardo fuertemente comprimido que estalla por efecto de la humedad[18]. Carlos Creus[19] por su parte, entiende que como la ley no ofrece una enumeración circunstanciada de los objetos o materias que pueden producir explosión, es típicamente suficiente con que ella ocurra, cualquiera que fuere su fuente o mecánica: combustión (pólvora), compresión (vapor), percusión (nitroglicerina), transformación (mezcla de ácidos). Por lo tanto, no comparte la posición de cierta parte de la doctrina que distingue allí donde la ley no ofrece distinciones. Carlos Fontán Balestra señala que es suficiente que como consecuencia de la explosión, se produzca un peligro común para los bienes y que ese resultado haya podido ser previsto.

[13] DONNA, Edgardo, op. cit. pág. 39.
[14] SOLER, Sebastián, op. cit. pág. 575.
[15] FONTAN BALESTRA, Carlos *Tratado de Derecho Penal* Parte Especial Tomo VI 3ra. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003. En el mismo sentido se han expresado F. Carrara y Carmignani.
[16] NUÑEZ, Ricardo "*Manual de derecho penal"* Parte Especial, Lerner editores, Buenos Aires, 2009
[17] En contra Sebastián Soler que excluye los procesos de pura compresión como por ejemplo, el que puede producirse por el vapor de agua, o este citado por Ricardo Núñez.
[18] No concordaría con esta postura, Soler quien señala que Binding también lo excluye.
[19] CREUS, Carlos *"Derecho Penal Parte Especial"* Tomo 2 6ta. Edición, 1ra reimpresión editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

La ***inundación*** es concebida por Sebastián Soler como el desastre producido por el desencadenamiento del poder del agua, sea por el desvío de su curso natural, o por aumento repentino del caudal que naturalmente corre por el río o arroyo. La ley no enumera ni menciona los medios a través de los cuales puede llegarse al resultado requerido por la figura, razón por la cual el autor podrá valerse de cualquier medio y el delito quedará configurado siempre que se produzca el peligro común señalado en el inciso 1° de este artículo[20]. Carlos Creus señala que es la invasión de las aguas en terrenos que no constituyen sus causes o sus depósitos naturales. Por ello, entiende que hacer correr impetuosamente aguas por su lecho, no constituye inundación, aunque esa acción pueda ser considerada estrago[21] y Carlos Fontán Balestra entiende que el hecho de que las aguas no salgan de su cauce o receptáculo natural -aún cuando la masa acuática se desencadene impetuosamente o con violencia- no constituiría delito por no existir posibilidad de peligro común[22]. Soler señala que la existencia de un peligro común y de cierta magnitud de las consecuencias resultan indispensables puesto que, por el contrario, para el supuesto de no darse estos extremos podríamos encontrarnos en presencia del delito de daño o de usurpación.

En este mismo capítulo, pero en diferentes artículos, el código utiliza la palabra inundación para referirse, sea al medio comisivo (art. 187), sea al resultado obtenido (art. 188 primera parte), lo cual ha generado un amplio debate doctrinario tendiente a obtener una interpretación legal que no desnaturalice el sentido de la norma y que al mismo tiempo, resulte respetuoso al principio de legalidad.

En principio, el sentido de la definición de inundación, es el mismo que ya fuera tratado con anterioridad. Pero las interpretaciones efectuadas por los diversos autores señalan ciertos inconvenientes derivados de la técnica legislativa utilizada para concebir estas conductas delictivas. El artículo 187 expresa "Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, **inundación, de una mina** o cualquier otro medio poderoso de destrucción". La existencia de la coma luego de inundación y antes de la expresión "de una mina" sugiere que se trata de dos supuestos distintos, lo cual sería –en principio- un absurdo puesto que la misma escala penal está establecida tanto por este artículo 187 como en el anterior -el 186- que estamos analizando. Y resulta incorrecto y violatorio del principio de legalidad, interpretar que la coma es un error y que, por lo tanto lo punible es "la inundación de una mina". En tal caso, el juzgador estaría incorporando por vía de la interpretación, un elemento objetivo a una figura, tarea reservada únicamente al poder legislativo.

En el art. 188 se establece que "Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.".

Carlos Creus y Sebastián Soler entienden entonces que, la inundación que legisla el art. 187 del Código Penal es la que ha producido estrago en cuanto a la destrucción efectiva y grande de bienes mientras que la inundación establecida en el art. 186 es la meramente peligrosa. En este mismo sentido lo que marca la diferencia entre una y otra figura es el peligro concreto para la seguridad pública en el

[20] Donna menciona derribamiento de contenciones, construcción de barricadas que sean capaces de desviar el cauce y hasta bombeo mecánico.
[21] En contra, Sebastián Soler.
[22] En igual sentido Donna op. cit.

caso del art. 186, mientras que en el supuesto del art. 187, se establece concretamente a la inundación como una forma de estrago. Ésta –a diferencia de la anterior- es una figura de resultado, sin perjuicio de que pudiera afectarse el mismo bien jurídico[23].

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso, y la voluntad específica debe estar constituida por la ***intención de crear un peligro común***. En el caso particular del incendio, entonces, podría ser considerado autor una persona distinta a aquel que encendió el fuego, por ejemplo, aquel que lo avivó o lo alimentó con la intención de crear el peligro común. El dolo se sustenta en el conocimiento de la naturaleza y la aptitud destructiva del medio empleado y sobre la voluntad de emplearlo a pesar de ese conocimiento. En otros sistemas legislativos se exige la conciencia de crear un peligro puesto que califican al medio empleado –fuego, explosivo o inundación- como peligrosos en sí mismos, de manera que todos *saben* o *deben saber* que con su sola acción se desencadena un peligro.[24]

Consumación y Tentativa.

Por ser delitos de peligro concreto, son delitos de resultado, de comisión instantánea, y admiten la tentativa. Así, se consuma la acción cuando se produce el fuego peligroso, cuando ocurre la explosión o cuando se produce el desencadenamiento de la fuerza del agua. Algunos ejemplos de tentativa citados por la doctrina se vinculan con la intención del autor de utilizar cualquiera de esos medios para crear un peligro común, sin que pueda lograr su objetivo por causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo, quien comenzó el fuego en distintos bienes o áreas pero sea que por intervención de terceros o por efecto de la naturaleza, la propagación del fuego no se produce. Por otro lado, quedaría dentro del dolo requerido por la figura, el dolo eventual para aquel que sin tener la intención concreta de crear un peligro común, acepta tal posibilidad originando un foco ígneo del cual se deriva, posteriormente la creación de un peligro común.

Otro caso de tentativa estaría dado con la colocación de un artefacto explosivo que no llega a detonar por causas extrañas a la intención del autor que lo instaló.

Autoría y Participación.

En esta figura son plenamente aplicables los principios generales relativos a la autoría y la participación criminal por no requerir circunstancias especiales que deban necesariamente recaer en la persona del autor o autores, para tener por configurado el delito.

Estrago Rural

Tipo penal del inciso 2° del artículo 186.

[23] En este sentido ver Donna, Edgardo, op. cit.
[24] Soler, Sebastián op. cit. pág 580.

Será reprimido:

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña, o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

Como vimos hasta ahora, la característica particular de las figuras contenidas en este capítulo es el bien jurídico protegido que se enfoca en el peligro concreto corrido por cierta clase de bienes o el peligro corrido por las personas expuestas a las acciones típicas ejecutadas por el autor.

Sin embargo, esta regla de la consumación de la conducta por la comprobación de la creación del peligro, se encuentra exceptuada por la figura contenida en el inciso 2°.

En efecto, este inciso contiene una enumeración que califica la conducta del agente –aunque manteniendo la escala punitiva- habida cuenta de la calidad de los bienes afectados. Para que puedan aplicarse los supuestos contemplados en este inciso, el incendio o la destrucción debe recaer necesariamente sobre alguno de esos bienes. Entonces, a diferencia de las otras figuras que se desarrollan en este capítulo, se requiere –para considerar configurada la conducta- la producción de un daño efectivo en cierto tipo de bienes enumerados taxativamente por la ley. Por este motivo, no se trataría de una calificante de la figura básica, sino, más bien, de una figura autónoma. En efecto, este inciso no contempla supuestos comisivos de peligro, sino de daño causado (a través del incendio o la destrucción por cualquier medio) a determinados bienes de naturaleza agropecuaria o forestal.

Desde esta óptica, la figura también admitiría la tentativa, pero el tipo subjetivo exigiría una variable, esto es, la intención dañosa dirigida concretamente a esa clase de bienes que debería revelar el autor al comenzar la ejecución del hecho. Fontán Balestra y Millan, señalan que la existencia del inciso 2° reconocería su origen en una huelga que se produjo en la provincia de Santa Cruz y otras zonas rurales de la patagonia argentina entre los años 1920 y 1921, y aseguras que un más correcto tratamiento metodológico debió haber incluido dicha enumeración como otra forma de daño agravado. Molinario y Aguirre Obarrio no coinciden con que se trate de una simple figura de daño agravado, y que su sentido se vincula a la expresión recogida por el art. 187 al establecer “cualquier otro medio poderoso de destrucción” y para ellos, además del daño, siempre deberá existir peligro común, que es el bien

jurídicamente protegido en forma genérica por el Título[25]. Esta es la idea que comparte cierta para de la doctrina.[26]

Figuras Agravadas.

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

Las figuras agravadas están contempladas entre los incisos 3° y 5° del artículo 186 y si bien podría considerarse que éstas solamente se vinculan con la figura básica del inciso 1°, entendemos que para el caso de haberse cometido alguna acción cuya descripción encuentre adecuación típica en el inciso 2°, estas agravantes igualmente deberían operar para el supuesto de comprobarse alguna de las situaciones contempladas por cualquiera de los tres incisos posteriores.

Las acciones típicas, son las establecidas al comienzo del artículo: incendio, explosión o inundación y destrucción por cualquier otro medio.

La calificación del **inciso 3°,** establece que la conducta típica ejercida por el autor, debe hacer peligrar alguno de los bienes contenidos en la enumeración taxativa de la norma. Esos ***bienes*** -por sus características- son particularmente apreciados o valorados por la comunidad (un archivo público, una biblioteca, un museo) o bien conforman los medios para la defensa nacional a la vez que su daño genera un gran peligro o un peligro intensificado[27]: (arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería). El *arsenal* es el depósito o el almacén general de armas y otros efectos de guerra. El *astillero* es un establecimiento donde se construyen o se reparan buques; la *fábrica de pólvora o de pirotecnia militar* se refiere al lugar en el que se elaboran esos materiales; *pólvora* es la mezcla de ciertos componentes químicos que se utilizan para la confección de proyectiles y otros elementos de pirotecnia y que es inflamable y explota en contacto con llama o chispa[28].

El ***peligro de muerte para alguna persona*** considerado como agravante por el inciso 4to. en esta figura, implica la consideración de un peligro real y efectivo, y no solamente un peligro *posible*. A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas legislativos, no puede en este caso hablarse de peligro potencial, sino de un peligro concreto imputable como resultado preterintencional o culposo distinto al de la intención inicial del autor.

Gran parte de la doctrina comparte la opinión de que no resulta tarea fácil determinar en ciertos casos, cuándo una persona corrió en forma real y efectiva peligro de muerte, pero coincidimos con

[25] Edgardo Donna op. cit ,Tomo II C página 52.
[26] Creus es de la opinión de que si además existió peligro común para los bienes, esta figura queda desplazada por la del inciso 1° del artículo 186 del Código Penal.
[27] Soler, Sebastián op. cit. quien señala que no queda claro si la agravante se funda en la naturaleza del objeto o en el hecho de que se trata de una propiedad del Estado
[28] Fontán Balestra, op. cit.

Rodolfo Moreno que la apreciación del peligro es una cuestión de hecho que debe ser estimada en cada caso concreto por el juez. La culpa o la preterintencionalidad establecida por este inciso -al decir de Sebastián Soler- debe deducirse de la situación de hecho, pudiendo experimentar variaciones en casos extremos. Y cita como ejemplo la conducta de aquel que incendia una edificación que por sus características está normalmente destinado a ser habitado. El autor en ese caso, no podría válidamente despojarse de la responsabilidad por una calificación agravada con el argumento de ignorar que el sitio estuviera habitado, porque era razonable -desde el comienzo- suponer que en lugar se encontrara alguna persona. Por el contrario y para el hipotético caso en que el edificio estuviera vacío, el autor debería considerarse afortunado si, luego de provocar el incendio, no se hubiera comprobado situación de peligro efectivo[29].

Por otro lado, los autores consideran necesario –tanto en este supuesto como en el contemplado en el inciso 5°- hacer algún análisis de la relación causal entre la conducta típica y el peligro real y efectivo corrido por *alguna persona*. En efecto, debe considerarse y analizarse si el aporte causal de la víctima (por ejemplo un espectador que se aproxima al lugar donde ya está creada la situación de peligro) debería o no tener incidencia en la agravante contenida en el tipo.

Por lo demás, para la configuración de este delito, debió existir previamente una situación de peligro común, que es el bien jurídico protegido genéricamente por el título. Pero en cuanto a la operatividad de la agravante y el hecho de que para que se considere consumado el delito debe comprobarse el peligro real y efectivo corrido por alguna persona, la tentativa no parece posible

El último de los incisos de este artículo, agrava las penas para los casos en que, habiendo causado incendio, explosión, inundación o destrucción por cualquier medio, su conducta ***fuere la causa inmediata de la muerte de alguna persona***.

También en este caso, como fue tratado en el caso del inciso anterior, debe analizarse en el caso concreto, la relación de causalidad entre el hecho del autor y la consecuencia de la muerte. Soler sobre este punto entiende que con la expresión *causa inmediata* quedan excluidos dos tipos de casos: el del bombero o persona que trabaja en la extinción y el de quien habiéndose ya salvado, regrese para rescatar algo. En el caso del bombero no puede computarse como agravante porque éste es un riesgo que la ley supone y descuenta de modo necesario, pues es *forzoso* que alguien afronte siempre el riesgo del incendio inclusive con peligro y que esa es, en definitiva, la función del bombero. En el caso de aquel que luego de rescatado, regresa al sitio del incendio para tratar de salvar algo, entiende que se da el supuesto de una concausa voluntaria y libre que transforma el incendio en una causa *mediata* y no *coactiva*. Una situación coactiva sería la de aquel que, atrapado por las llamas decide precipitarse creyendo que así logrará salvarlo y como consecuencia de ello, muere. En este caso, sería plenamente aplicable la agravante[30].

Respecto de la inmediatez de la muerte como consecuencia de la acción típica, no se requiere que la víctima haya muerto quemado o como producto de la explosión o ahogado, sino que la asfixia por el humo, el desmoronamiento o el derrumbe que ocasionen el deceso también deben considerarse *causa*

[29] Refiere Sebastián Soler que –a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación- en otros países, la agravante se aplica por el hecho mismo de provocar un incendio en sitios destinados a habitación.
[30] SOLER, Sebastián op. cit. página 584.

inmediata. Y para la operatividad de la agravante es suficiente la producción de una sola muerte, sin que el hecho de que se produzcan varios decesos multiplique el delito[31].

En cuanto al aspecto subjetivo de esta agravante, también es aplicable la postura que fue desarrollada en el inciso anterior vinculada con el dolo de producir un peligro común pero culpa en la producción de la muerte de una persona. En este sentido, entendemos como lo hace la mayoría de la doctrina que existe una preterintencionalidad vinculada con el resultado muerte. Si la intención del autor hubiera sido directamente la de terminar con la vida de la víctima, sería más correcto considerar que su acción se encontraría subsumida en la figura del homicidio calificado previsto en el inciso 5° del artículo 80 del Código Penal. Por lo demás, cierta parte de la doctrina entiende suficiente el dolo eventual aunque en un fallo del Tribunal Nacional Oral en lo Criminal n° 7 rechazó la aplicación de la agravante del inciso 5° del art. 186 del Código Penal por entender que no se probó que el procesado vislumbrara la muerte de la víctima como una consecuencia necesaria de su acción.[32]

Estrago

Art. 187. – *"Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción."*

Esta figura ha sido criticada no sólo por su técnica legislativa sino también por algunos cambios introducidos en el texto que cambiaban por completo el sentido de la norma. A todo ello hemos hecho referencia al tratar el concepto de ***inundación*** al que nos remitimos.

El artículo 187 prevé la imposición de las mismas penas establecidas en el art. 186 a quien cause ***estrago por medio de***… y pasa a enumerar los medios a través de los cuales resulta punible la producción de un estrago.

El diccionario de la Real Academia Española define al *estrago* como el daño hecho en guerra, como una matanza de gente, o la destrucción de la campaña, del país o del ejército, como ruina, daño, asolamiento.

Desde el punto de vista jurídico se ha definido esta figura como el resultado dañoso que afecta colectivamente -con efectos extraordinariamente graves o complejos- cosas y personas amparadas por la ley produciendo conmoción pública[33]. De ese modo, el estrago tiene las siguientes características: la gravedad de los medios utilizados y por ello la fórmula incluye "cualquier otro medio poderoso" y la gran magnitud de las consecuencias destructivas que conllevan un gran peligro común para las personas y ciertos bienes. Esto último sumado a la inclusión de algunos medios comisivos y el agregado del adjetivo *poderoso*, es lo que ha forjado la distinción entre las figuras del art. 186 y 187.

---

[31] BUOMPADRE, Jorge op. cit.

[32] LL 2003-A-527. El TOC 7 condenó al autor del hecho por el delito de incendio calificado (art. 186 inc. 4° Código Penal) en concurso ideal con homicidio culposo –art. 84 del Código Penal- por haber producido la muerte de una persona como consecuencia del incendio que causó en un hotel de pasajeros.

[33] Manzini V. *Tratatto di Diritto Penale* Vol V Torino, 1947, citado por Fontán Balestra op. cit. página 258.

Uno medio de comisión de este delito se reitera. Por ello, nos remitimos -en lo pertinente- a lo desarrollado al tratar lo concerniente con relación a la inundación.

Por lo demás, *sumersión de una nave* implica el naufragio o hundimiento de un buque de transporte de pasajeros o mercaderías de modo tal que la estructura de aquella quede bajo las aguas en forma total, o de modo parcial pero hasta las cubiertas superiores. La ley no brinda enumeración alguna de los modos en los que puede ocurrir la sumersión, y por ello, mientras el resultado constituya hundimiento o naufragio el medio puede ser variado (choque contra las rocas, impacto con otra nave, etc.).

El *varamiento* implica producir la detención de la embarcación provocando el asentamiento de los planos inferiores o laterales del buque sobre el lecho natural o artificial del agua.

Doctrinariamente se ha concordado con que la nave debe tener capacidad suficiente para transportar un conjunto indeterminado de personas o de cosas y que para entender cometido el delito, deben sufrir peligro o daño[34]

También en este caso, debe atenderse a las notas comunes y diferenciales que presenta esta figura con la contenida en el art. 194, aún cuando la distinción esencial se encuentre en la necesaria creación de peligro común exigida en el caso del art. 186, y la expresa referencia a "*sin crear una situación de peligro común*" que incluye en su texto el ya mencionado art. 194. En efecto, en ambos casos se legisla sobre un medio de transporte por agua –como es la nave o buque- y la conducta típica es impedir o interrumpir el normal funcionamiento de este medio de transporte acuático, cuando tal resultado se logre, por ejemplo, por medio de varamiento. La valoración particular deberá enfocarse no sólo en la creación de un peligro común sino también en la intención tenida en mira por el autor del hecho[35].

Derrumbe de un edificio es la caída o la precipitación de una obra edilicia, sólida (de hierro, madera, concreto) construida por el hombre que tenga ciertas proporciones. El derrumbe puede ser parcial o total y como señala Sebastián Soler, lo esencial en este caso es la caída de cuerpos o partes cuya solidez inspira, por lo general, confianza. Esa misma confianza es la que genera las probabilidades de daño. Lo esencial aquí, es la producción de peligro común para las personas o destrucción de ciertos bienes. Parte de la doctrina entiende que el derrumbe de cualquier obra puede conformar la ejecución de este delito mientras que Núñez considera que debe tratarse de obras que estén destinadas a ser ocupadas como casas, templos o galpones[36].

Por su parte, Carlos Creus entiende que no es indispensable que el resultado se produzca inmediatamente respecto de la conducta del autor. Acepta que haya solución de continuidad, siempre que pueda acreditarse la relación de causalidad entre la acción del agente y el resultado.

El artículo contiene en su enumeración la palabra *minas*. Las minas –agregado como medio comisivo independiente luego de que la ley de Fe de Erratas incorporara antes de ella y luego la palabra inundación una coma (,)- son los artefactos explosivos que se hacen detonar bajo tierra o agua u otros elementos naturales o artificiales que los cubren. La idea del legislador al tiempo de incluir esta figura en el código, fue la de penar a aquellos que inundaran los corredores, pozos y túneles de las obras de

---

[34] En tal sentido ver Donna, op. cit,, pág. 71 Creus, op cit. pág. 13.
[35] Ver en este sentido Moreno, Rodolfo *El Código Penal y sus antecedentes* Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923.
[36] Núñez, op. cit. pág. 54.

extracción de productos minerales. Pero la introducción de la coma gramatical independiza –como dijimos- ambos medios comisivos. Salvo la hipótesis de la tentativa, la simple explosión de una mina sin daño efectivo y sin que implique peligro común podrá constituir eventualmente un delito contra la tranquilidad pública, pero no el de estrago.[37]

La expresión *cualquier otro medio poderoso de destrucción* al final de la norma incluye a cualquier medio capaz de producir una destrucción de excepcionales magnitudes que importe peligro común y que pueda afectar a un número indeterminado de personas y/o bienes.

Salvo aclaración expresa, las cuestiones vinculadas con el tipo subjetivo, la autoría y la participación tratadas al desarrollar en art. 186, son plenamente aplicables también a este caso.

Destrucción de ciertas Obras y Favorecimiento de Estrago

Art. 188. – ***"Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.***

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservible materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida."

La acción típica es la *destrucción* y/o la *inutilización*. La fórmula legislativa contenida en esta norma es levemente distinta a la que contenía la redacción del artículo anterior. Mientras en la norma derogada la acción típica quedaba configurada con la voluntad de dañar o inutilizar sumado al resultado peligroso preterintencional, tal como se encuentra redactada la norma en la actualidad, el asunto resulta más complejo pues lo punible es *destruir o inutilizar* con más la voluntad del agente de *hacer surgir el peligro* aún cuando ese resultado se le represente como una eventualidad[38]

En las figuras de los artículos desarrollados precedentemente, para que se configure el delito bastaba la creación del peligro común concreto e indeterminado. Pero en este supuesto, la ley reprime determinados daños cuando hacen surgir el peligro de que se produzca un hecho capaz de crear peligro común[39]. El peligro debe ser real. En este supuesto el legislador ha considerado amenazar con la aplicación de una pena a quienes por haber cometido determinados hechos puedan dar lugar a la amenaza probable y real de que se produzca un hecho peligroso para la seguridad común.

Destruir es provocar un daño o menoscabo en su materialidad o en su sustancia de modo tal que, en función de él no pueda decirse que la cosa existe tal como era antes de su producción. *Inutilizar* es tornar inútil una cosa conforme al fin específico para el cual fue destinada. La ley no hace distinciones en cuanto a si la obra sea pública o privada, por lo que se considera comprendido cualquier supuesto mientras el destino de la obra sea el señalado por la ley.

[37] Creus, Carlos op. cit. pag. 14.
[38] Creus op. cit. pág. 16; D'Alessio Andrés (Director) *Código Penal Comentado y anotado* Parte Especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
[39] Fontán Balestra op. cit. 261

Existe coincidencia en la doctrina que los diques u otras obras destinadas a la defensa común deben cumplir una función de seguridad *anterior* al desastre, y que este último, debe producirse o iniciarse con la producción de las acciones típicas en los diques o en las obras destinadas a la defensa (como por ejemplo obras de defensa contra desmoronamientos). Por ello, no quedarían abarcadas en la conducta típica otras obras destinadas a repeler o combatir un desastre ocurrido con anterioridad o que se hayan emplazado para prevenirlo (como por ejemplo las torres de observación de los bosques para prevención de incendios forestales) cuando su destrucción no es, en realidad, la causa original del desastre[40]. Tampoco quedan comprendidas las defensas naturales, es decir aquellas en las que no ha intervenido la obra humana.

Es un delito para el cual se requiere dolo directo e inclusive, dolo eventual y se consuma con el atentado dañoso y el surgimiento del peligro de desastre. La destrucción sin surgimiento de peligro no pasaría de considerar al hecho como delito de daño, y debido a que el surgimiento del peligro no conforma la estructura típica como finalidad del agente, la tentativa parece difícilmente posible.[41]

El ***segundo párrafo del artículo*** requiere que un desastre ya se haya producido o que por lo menos sea inminente su producción[42].

Las acciones típicas están conformadas por: la *sustracción* constituido por la acción de desapoderar o de quitar de la esfera de disponibilidad los objetos del alcance de quien deba utilizarlos para extinguir el incendio o la obra de defensa); la *ocultación* acción que se conforma con la actitud de esconder o colocar los elementos fuera de la vista de quien pudiera necesitarlos para que no pueda; *hacer inservibles* es destruir en todo o en parte los elementos, instrumentos o los objetos de modo tal que aquellos se tornen inútiles para el fin para el cual fueron creados.

Se trata también en este caso de un delito doloso que se consuma con el hecho mismo de ocultar, inutilizar o destruir, sin que se requiera que esa acción impida efectivamente el desastre[43] habida cuenta de elemento subjetivo *tratar de impedir* que contiene la redacción. Es suficiente el dolo eventual. Por lo dicho, la conducta típica puede darse desde la inminencia de la producción de un desastre, durante el desarrollo del desastre y hasta la desaparición del peligro.

Son aplicables al caso las disposiciones generales de la autoría y la participación.

Estrago Culposo

Art. 189. – ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.***

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años."

[40] Creus, op. cit. Fontán Balestra op. cit., Núñez op. cit.
[41] Ver en tal sentido Creus Carlos op. cit. pag 17.
[42] Ver Creus op. cit. pág. 20
[43] Ver en tal sentido Donna, op. cit. pág 86-87, Creus, pág 19

Se trata de la figura culposa de los delitos tratados hasta aquí y por ello todos los conceptos y el análisis efectuado en los artículos anteriores, es plenamente aplicable en este caso.

La conducta típica puede producirse tanto por acción como por omisión, y se prevé además, una agravante en función del resultado.

Las distintas formas de culpa enumeradas en la norma son la imprudencia, la negligencia, la impericia en el arte o profesión y la inobservancia de los reglamentos u ordenanzas. El código no se aparta de la fórmula utilizada en otras figuras para legislar los supuestos culposos por lo que cabe remitirse a ellos.

No obstante lo dicho, para que pueda atribuirse la responsabilidad penal al agente, el estrago debió haberse producido por la relación causal con su conducta culposa, debe ser un resultado decisivamente causado por ella.

Apéndice jurisprudencial

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

"**DOPAZO, Pablo F. y otro**" resuelta el 17/12/96 por la CCC, Sala **V** en causa n° 33.952

"El disvalor de la acción, es decir el actuar negligente, no determina por sí solo el reproche. Además, debe conectarse ello con la producción de un resultado dañoso, el cual debe ser previsible, teniendo en cuenta el incremento de la puesta en peligro previamente creada. Los enjuiciados, al tomar a su cargo la venta de artículos que, por sí solos crean cierto peligro, asumieron una posición de garante, calidad ésta que los obligaba a tener ciertos conocimientos especiales y a utilizarlos de manera que no se incremente el riesgo ya existente más allá de lo social o jurídicamente permitido. La existencia de esta especial posición obliga a quien la detenta, en caso de tomar conocimiento por cualquier medio de que no se están respetando los estándares de seguridad mínimos, a desplegar una actividad en el seno de su rol; y, en concreto, encargarse de restablecer la situación estandar, pues, su mera desviación, ya de por sí constituye una perturbación que como garante debe suprimir. No sólo estamos en presencia de una mera infracción administrativa, sino ante un verdadero accionar imprudente, el que, adunado a la tenencia considerable de mercadería de uso prohibido en condiciones no aptas, incrementó en forma notable el riesgo normal que el resultado lesivo se produzca, máxime si toda aquella -o cuanto menos una porción importante- se hallaba en exhibición en la vía pública un día de verano. Por ello resulta reprochable ese accionar, no sólo por haber sido objetivamente previsible ese resultado, sino también por el conocimiento que detentaban acerca de la ilegitimidad de su proceder y, pese a ello, no depuso su actitud"

DI PIETRO, F. 1/6/88, CCC Sala I en la causa n° 33.279 publicado en Boletín de Jurisprudencia Año 1988. Nro. 2. Abril -Mayo –Junio pág. 139.

"…1) Debe considerarse autor del delito de estrago culposo agravado por la muerte de personas, a quien sin estar debidamente capacitado para solucionar un problema de escape de gas, por ser únicamente plomero, sin contar con el asesoramiento de un gasista autorizado, produciéndose una explosión, siendo evidente la previsión del resultado, atribuyéndosele la reprochabilidad propia de la culpa consciente, cuyo desenlace dañoso se prevé como posible, pero se confía en que no se produzca.

2) El presente caso podría tratarse de una posible coautoría en delito culposo, por haber participado también un operario con su acción de soldar el caño, que produjo materialmente el desenlace culposo; pero como esa circunstancia no ha sido debidamente esclarecida y como no es admisible la autoría mediata en esta suerte de delito imprudente, conclúyese en que cada uno incurrió al hecho dañoso, en un propio concurso de causas culposas, siendo correcta la calidad de simple autor y no de coautor.

3) Hállase en cambio exento de responsabilidad penal el administrador del consorcio, pues no ejecutó acción desvaliosa alguna que en la debida conexión de causalidad, llevase el resultado desvalioso..."

LIU, Sung resuelta el 28/5/87 por la CCC Sala IV causa n° 32.698 publicado en Boletín de Jurisprudencia, Año 1987, Nro. 2, Abril-Mayo-Junio, página 566

"…1) La actividad del procesado, que adquirió una casa casi centenaria, diciendo arreglarla, para lo cual contrató dos obreros, comenzando la obra sin dirección técnica alguna, tan sólo dando aviso a la Municipalidad, organismo del que no esperó la correspondiente autorización o aprobación de trabajos, derrumbándose gran parte del edificio, resultando lesionado un albañil, configura los delitos de estrago culposo y lesiones culposas, en concurso ideal.

2) Los obreros que suscribieron con el encausado el convenio, debieron ser procesados, pues al llevar a cabo los trabajos incurrirían en una consciente violación del cuidado debido en esta clase de labores, coadyuvando materialmente a la posibilidad de generar el riesgo prohibido de que se tradujesen los resultados que luego se operaron; pero en atención a la etapa procesal, corresponde examinar la conducta del único enjuiciado.

3) El supuesto error del procesado basado en la condición de extranjero, no resulta excusable, porque si hubiese puesto un mínimo de diligencia habría podido interiorizarse de las normas vigentes en nuestro país, lo cual no hizo, o sea, que su error, si existió, fue vencible…"

E.R., C. y otros, resuelta el 26/3/85 por la CCC Sala II, causa n° 29.027 publicado en Boletín de Jurisprudencia Año 1985, n° 1 página 33.

"…Corresponde condenar a los procesados –ingenieros- por el delito de estrago culposo, agravado por el peligro de muerte para una persona, pues se puede dar probado que, ya sea por la antigüedad del edificio y su mal estado de conservación, por las vibraciones de las máquinas o por la excavación de una zanja de un metro de ancho y un metro y medio de profundidad, a todo lo largo y sobre la línea de edificación municipal del inmueble la que dejó a la vista su fundación, la omisión de apuntalamiento y submarcación constituyó la causa de la caída parcial de la finca…"

DI LEO, Mario resuelta el 22/4/82 por la CCC, Sala VI en causa n° 8165, publicado en Boletín de Jurisprudencia, Año 1982, Nro. 2, Marzo-Abril, página 53.

"…1) Debe responder por el delito de homicidio calificado por alevosía e incendio quien, en horas de la madrugada, luego de haber determinado que la familia damnificada se encontraba entregada al reposo, asperjó con una considerable cantidad de nafta el lugar donde se hallaban aquéllos, prendiendo enseguida el fuego con un fósforo, lo que ocasionó quemaduras a las cuatro víctimas, que más tarde fallecieron.

2) El homicidio es alevoso por cuanto el procesado obró con seguridad y falta de riesgo, acercándose sigilosamente al sitio del desmán, sacándose el calzado para evitar los ruidos y obrando recién después de comprobara el reposo de sus víctimas.

3) El homicidio también es calificado por el incendio ocasionado por el encausado, pues se trata de muertes sobrevenidas a raíz del empleo de un medio capaz de causar grandes estragos, como es el dar fuego a una vivienda con abundante cantidad de nafta, cuyos efectos ígneos nadie desconoce…".

LUBENFELD, Mario M. resuelta el 25/9/81 por la CCC Sala II en causa n° 25.548 publicado en el Boletín de Jurisprudencia, Año 1981, Entrega 10, pág. 218

"…No obstante hallarse acreditado el derrumbe y que de no haberse realizado los trabajos dirigidos por el acusado, las fincas no se hubieran derrumbado, no puede afirmarse que aquél procediera de manera imprudente o negligente, por cuanto si bien el origen del episodio no está totalmente esclarecido puede ser atribuido a la acumulación de agua derivada de la rotura del caño reparado por una empresa, a la existencia de algún antiguo pozo ciego, o bien a las dos causas.

Aceptado que el alud tuvo real ocurrencia, se interpreta que se presenta como accidental, inusitado y extraordinario, por lo cual no puede ser cargado a la responsabilidad del procesado, pues ello significaría exigirle mucho más de lo admitido y aconsejado por las normas comunes de cautela relativas a su actividad profesional, tanto más cuando no está debidamente acreditado que haya tenido conocimiento previo de aquello y la pérdida del caño contiguo a la obra había sido reparada por personal idóneo contratado por los propios interesados…".

CORTESE, María resuelta el 7/8/81 por la CCC Sala VI en causa n° 7.191 publicado en Boletín de Jurisprudencia, Año 1981,Entrega 09, pág. 195

"…Por cuanto el desmoronamiento de la pared de una obra en construcción era previsible para la arquitecta, debe ser responsabilizada de los delitos de homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas, destacándose las conclusiones de la peritación al señalar que el hecho se posibilitó por la excesiva y antirreglamentaria profundidad de la canaleta que dejó al muro sometido a tensiones inadmisibles de tracción, calificando de "grosera" la apertura de la canaleta en la vetusta medianería. En consecuencia, la caída de la parte superior de la pared se produjo por impericia o negligencia y el empleo de una mínima dosis de atención y cuidado habría llevado a la responsable de la construcción a rebajar prudentemente la altura del mural, alejando las probabilidades de un desmoronamiento…".

SANCHEZ BRITO, Sobeyda y otros resuelta el 3/11/08 en causa n° 36.055 CCC Sala VI

Hechos: La defensa apeló el procesamiento de las nombradas en orden al delito de estrago culposo. Éstas en su calidad de encargada y propietaria del lugar no adoptaron las decisiones necesarias para efectuar los arreglos pertinentes. El incendio se produjo como consecuencia del calentamiento en los conductores pertenecientes a la instalación eléctrica en el departamento en cuestión, lo que fue informado al efectuarse una revisión técnica en el lugar.

Fallo: "(...) compartimos la valoración efectuada por el *a quo* ..., por resultar adecuada a las reglas de la sana crítica y a las constancias existentes en la causa, ya que cada una de ellas ha cumplido un rol en la comisión del delito que aquí se les endilga, ... las imputadas son responsables del incendio producido y quienes estaban en condiciones de adoptar las decisiones necesarias para efectuar los arreglos pertinentes en su calidad de encargadas y propietaria del inmueble, cuyo incendio se produjo como consecuencia del calentamiento en los conductores pertenecientes a la instalación eléctrica de un sauna que funcionaba en el departamento en cuestión, los cuales se desplazaban en forma aérea por el mismo (...) aspecto éste que fuera debidamente informado por (...) al efectuar una revisión técnica en el lugar. (...) el Tribunal RESUELVE: Confirmar (...)".

En este fallo se citaron:: CCC, Sala VI, c. 35.454 "**Hidalgo, Fernando Osvaldo**", resuelta el 15/09/2008; CSJN Fallo "**Matías Eugenio Casal**", resuelta el 20/09/2005 y Alberto Bovino "*Principios políticos del procedimiento penal*", p. 93 y ss., Ed. Estudios del Puerto, año 2005.

MOOJEN EPPERLEIN., Marcelo resuelta el 16/04/10 por CCC Sala VII en causa 38.294

Jueces: Divito (en disidencia), Cicciaro, Pociello Argerich.

Hechos: se investiga el incendio producido en una empresa el 7 de agosto de 2005, ocasión en la que perdieron la vida dos agentes de la Policía Federal Argentina

Fallo: "(…) El señor juez **Mauro A. Divito** dijo: En el informe elaborado por la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina se determinó que el origen del foco ígneo -identificado en el ala izquierda del piso 6° del inmueble- es concordante con el sector en el que se observaron "cableados de alimentación energética, los cuales se disponían en forma aérea por sobre el zócalo del piso".

De la inspección de esa instalación se estableció que "carecían de su respectiva cobertura plástica aislante, presentando incluso en partes, una coloración pardo rojiza. Asimismo y de la observación minuciosa, pudo comprobarse que éstos se presentaban rígidos y quebradizos al tacto, en contraposición a la flexibilidad común que deberían tener de acuerdo a su material constitutivo. Además se constató que algunos contaban en sus extremos con protuberancias esferoides; siendo este tipo de signos, característicos de contingencias eléctricas productos de cableados sometidos a la tensión".

En la comprobación de la disposición general de todos los cableados de alimentación eléctrica, se determinó que se disponían en forma aérea por encima de un zócalo a través de un contenedor plástico comúnmente llamado "cable canal", y que presentaban un acondicionamiento no reglamentario, contando incluso con empalmes entre diferentes tipos de cables.

De otro lado, "En cuanto a las conexiones y derivaciones de la instalación pudo visualizarse que ni bien salía uno de los cables del tablero alimentaba un prolongador múltiple de los que se conocen como “zapatilla” en el que a su vez se conectaban con las máquinas de café, expendedora de agua y golosinas", y que tal sistema es antirreglamentario tanto en sus conductores como en sus fichas de conexión (…).

Tal descripción de la disposición eléctrica -que, según se estima, habría generado el evento ígneo- en la empresa (…) no alcanza para fundamentar -sin más- la responsabilidad de los imputados (…) y (…), presidente y vicepresidente de la compañía.

En efecto, el primero de ellos -(…)- ha declarado que residía en la República Federativa del Brasil y concurría a la Argentina únicamente dos veces por año (…), extremo que no ha sido desvirtuado -por el contrario, se compadece con las constancias aportadas (…) y que desdibuja la posibilidad de atribuirle las presuntas irregularidades que presentaba el tendido eléctrico de la oficina, máxime si se recuerda que allí los cables respectivos corrían por el interior de un "cable canal", es decir, que no podían ser apreciados a simple vista.

Tampoco resulta factible -de momento- sostener que (…), quien desempeñaba la función de presidente en ausencia de aquél, incurrió en una violación de sus deberes de cuidado en relación con el modo en que fue practicada la instalación, ya que parece razonable interpretar no sólo que esa tarea específica no fue cumplida materialmente por él, sino también que el control y la eventual revisión de los aspectos atinentes a su correcta o incorrecta realización, en principio no se encontraban a su cargo, máxime si se recuerda que -como se apuntó en el párrafo anterior- la calidad antirreglamentaria de aquélla no era ostensible.

Adviértase en esa dirección -y a mayor abundamiento- que incluso (…), único empleado de la empresa que se encontraba allí el día del hecho, refirió que trabajaba desde hacía 4 meses en el lugar y que nunca había visto a (…) con anterioridad (…).

Por ello, en definitiva habré de postular la revocación del decisorio recurrido, debiendo estarse a los autos de falta de mérito documentados (…), a fin de que se profundice la investigación en el sentido señalado oportunamente por el señor juez a quo en dichas resoluciones.

El señor juez **Juan Esteban Cicciaro** dijo: Más allá del planteo de la defensa en torno a las causas que habrían originado el incendio, basado en el informe elaborado por el ingeniero (…) a instancias de esa parte (…), lo cierto es que mediante el estudio practicado por la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina se determinó que el origen del foco ígneo guarda relación con una contingencia eléctrica suscitada en los conductores eléctricos de alimentación energética de la oficina (…).

Recuérdese que inspeccionado el lugar el mismo día de la ocurrencia del evento, en el informe se asentó que se había establecido "la identificación de la zona de origen del evento ígneo (ala izquierda del 6° piso)"; que ello "es concordante con el sector en el cual se observaron cableados de alimentación energética, los cuales se disponían en forma aérea por sobre el zócalo del piso. De la inspección de los mismos surge que obviamente estos carecían de su respectiva cobertura plástica aislante, presentando incluso en partes, una coloración pardo rojiza.

Asimismo y de la observación minuciosa, pudo comprobarse que éstos se presentaban rígidos y quebradizos al tacto, en contraposición a la flexibilidad común que deberían tener de acuerdo a su material constitutivo. Además se constató que algunos contaban en sus extremos con protuberancias esferoides; siendo este tipo de signos, característicos de contingencias eléctricas productos de cableados sometidos a la tensión".

Además, se verificó que todos los cableados de alimentación energética se disponían en forma aérea por encima de un zócalo a través de un contenedor plástico comúnmente llamado "cable canal", y que presentaban un acondicionamiento no reglamentario, contando incluso con empalmes entre diferentes tipos de cables. Asimismo, se estableció que "ni bien salía uno de los cables del tablero alimentaba un prolongador múltiple de los conocidos como “zapatilla” en el que a su vez se conectaban con las máquinas de café, expendedora de agua y golosinas", y que tal sistema es antirreglamentario tanto en sus conductores como en sus fichas de conexión.

En cuanto al cuestionamiento que la defensa formulara de dicho estudio, elaborado por la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina, cabe señalar que no se trató de una pericia en los términos del art. 258 del Código Procesal Penal sino de un informe técnico (art. 184, inc. 4° del mismo cuerpo normativo) y que, por tanto, las formalidades exigidas para los peritajes no se aplican en el supuesto analizado.

Las condiciones edilicias tras el siniestro motivaron que, por orden del señor fiscal, se mantuviera la inhabilitación del edificio hasta tanto se produjeran los informes de la División Siniestros (…), en tanto que el estado en que se encontraron los elementos alcanzados por el foco ígneo en la ocasión, tornaba necesario practicar las indagaciones del caso del modo en que se hizo.

Ya a fs. 60 el señor fiscal solicitó la colaboración de la Dirección de Guardia y Auxilio del Gobierno de la Ciudad para inspeccionar el lugar, concurriendo en el día un arquitecto de ese organismo, quien señaló que los pisos quinto, sexto y séptimo debían ser clausurados, pues era necesario reestablecer las condiciones de estabilidad y estructura del sector afectado (…).

De otro lado, el señor juez *a quo*, ante diversos pedidos de ingreso formulados por los representantes de algunas de las firmas comerciales que desarrollaban allí sus actividades, los autorizó mas bajo la supervisación de la Superintendencia de Bomberos, previo a que esa dependencia se expidiese en torno a que no hubiera peligro (…) y extremando las medidas para preservar la integridad física de las personas (…).

El levantamiento de la clausura se produjo, recién, el 18 de agosto de 2005 (…), circunstancias estas que muestran claramente la necesidad de practicar el informe de la manera en fue realizado.

A mayor abundamiento, particularmente a propósito del agravio referido a la ausencia de notificación a la defensa al tiempo de la realización del informe, sin perjuicio de que ya se analizó la inaplicabilidad del art. 258 del ceremonial al caso, cabe recordar que (…) y (…) adquirieron la calidad de imputados con motivo de los resultados a los que se arribaron, pues hasta el momento el sumario tramitaba por ante la fiscalía por aplicación de los dispuesto en el art. 196 bis del Código Procesal Penal.

Por lo demás, más allá de que fuera efectuado por una división de la fuerza policial en la que cumplían servicio ambas víctimas, no se advierte en su elaboración tendencia alguna a favor de una postura incriminante, a poco de observar que el informe aludido cuenta con una descripción pormenorizada del lugar -acompañada por vistas fotográficas- y sus pertinentes conclusiones.

En cuanto a las objeciones de la defensa en derredor de la circunstancia de no haberse advertido la deficiente instalación eléctrica al tiempo de la habilitación del local, o de la contratación de un seguro para cubrir futuros y eventuales daños en el lugar, tales extremos no se advierten dirimentes para la solución del caso, pues desde la habilitación hasta la ocurrencia del incendio transcurrieron seis meses, durante los cuales bien pudo haberse llevado a cabo dicha instalación, en tanto respecto del seguro, no debe olvidarse que no es requisito sine qua non que los representantes de la compañía aseguradora efectúen una inspección del lugar, pues diversas firmas del rubro ofrecen contrataciones por vía telefónica y que, por lo demás, desde la contratación del seguro pudieron haberse modificado las características del lugar, tal como se afirmó anteriormente.

La condición de presidente de (…) de (…), desde el 14 de junio de 2005, y de presidente en ejercicio de (…) entre los días 11 de julio y 31 de diciembre de 2005, permite formular el reproche en el evento, pues en esas calidades es posible afirmar que habrían violado los deberes a su cargo, toda vez que la firma que presidían contaba con la deficiente y notoria instalación eléctrica que provocó el incendio, con peligro para las personas que allí se encontraban.

El modo en que se había llevado a cabo la instalación eléctrica, en una oficina que, por el servicio que ofrecía, demandaba una gran cantidad de terminales eléctricas, conduce a sostener que no podía pasar inadvertido por los máximos responsables de la firma.

Ahora bien, respecto de la calificación legal, también cuestionada por el recurrente, aun cuando se comparta la afirmación referida a que los fallecimientos de los agentes (…) y (…) escapan a la segunda hipótesis del segundo párrafo del art. 189 del Código Penal, pues "es forzoso que alguien afronte siempre el riesgo de incendio, inclusive con peligro: para eso están los bomberos", en tanto en caso contrario, todo incendio estaría agravado, al menos, en esos términos (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1994, t.. IV, p. 584), lo cierto es que el evento colocó en situación de peligro concreto a (…), empleado de la firma (…) que se encontraba en el lugar al tiempo del evento, de manera que se mantendrá la asignación jurídica escogida en la instancia anterior, sin perjuicio de la que en definitiva pudiere corresponder.

En torno al monto del embargo, toda vez que ese rubro debe satisfacer, en su caso, los eventuales gastos del proceso –entre los que se incluyen las costas y los honorarios de los abogados particulares intervinientes- y aquéllos derivados de una probable indemnización civil, la suma discernida luce ajustada a derecho, de considerar el daño que se verificó en el inmueble alcanzado por las llamas.

En consecuencia, voto para que se confirme el auto puesto en crisis.

El señor juez **Rodolfo Pociello Aregrich** dijo: (…), me encuentro en condiciones de expedirme. El cuadro probatorio reunido hasta el momento me lleva a adherir al voto del Dr. Cicciaro, pues entiendo que, con la provisoriedad propia de esta etapa, se han alcanzado los extremos contemplados por el art. 306 del Código Procesal Penal.

(…), sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva pudiere corresponder, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR el auto documentado (...), en cuanto fuera materia de recurso".

PALIZA, Mariela Judith resuelta el 28/04/11 por CCC, Sala I en causa n° 40. 204

Fallo: "(…) se decretó su procesamiento en orden al delito de estrago doloso, dos hechos, que concurren realmente entre sí (arts. 45, 55 y 186 inc. 1 del CP) (…). (…) se deben destacar los dichos del preventor (…), quien (…) afirmó que al llegar al playón del supermercado, un hombre (…) le gritó que detuviera a (…), porque había originado un incendio. Así lo hizo, previo una mínima resistencia, momento en que se le secuestraron elementos que bien podrían ser utilizados para dar inicio a un foco ígneo (…) a partir de lo manifestado por el vigilador (…) se pudo establecer que la imputada habría tenido intervención en un hecho similar, ocurrido unos pocos días (…), pues al verla el día de la detención, la reconoció como a la mujer que había seguido por resultarle sospechosa el día en que se constató el primer foco ígneo. Se suman los dichos de un ocasional concurrente, (…), cuando afirmó que, mientras estacionaba su auto en la playa del supermercado, observó a una mujer mientras salía del sector de los baños, portando un bolso plástico blanco, y se dirigía -muy apresurada- hacia el portón de salida vehicular, cuando al escuchar las sirenas de patrulleros cambió rápidamente de rumbo hacia unas escaleras, donde fue detenida. Por otro lado, el cabo primero (…) indicó que el personal de

bomberos que intervino en el lugar del hecho informó que el incendio se habría originado "con participación de un elemento con capacidad de llama libre, llámese encendedor". Y tras ello, se procedió al secuestro de un aerosol "Blem", que se encontraba
vacío (estallado), un envase de alcohol etílico, dos trapos de piso de color blanco, y un paño amarillo (…) el tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la decisión obrante a fs. (…), en cuanto fuera materia de recurso (art. 455 del CPPN). (…)".

MARTINEZ, Gustavo y otro resuelta el 2/11/11 por la Sala IV de la CCC en causa n! 1.360.

Fallo: "(…) Como parte del resultado de la investigación emprendida, obra primordialmente un informe de la División Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos donde se ha descartado que el origen de la ignición haya sido de consecuencia fortuita, tal como alguna contingencia eléctrica, por cuanto fueron constatados en el lugar del estrago tres procesos de combustión independientes "que guardarían relación con la participación de algún agente ígneo, capaz de arder a llama libre (fósforos, encendedor, o bien mechas de papel previamente encendidas con estos elementos), el cual transmitiera su potencial térmico a los elementos involucrados en los procesos combustivos descriptos, no descartando la posible participación en el evento de algún tipo de sustancia combustible líquida acelerante de la combustión" (ver fs. …).

Debe asumirse entonces que el fuego fue iniciado en forma intencional y organizada, dadas las características que se han reseñado en la experticia. Dicho trabajo técnico, unido a las imágenes obtenidas por la División de Fotografía Policial que obran a fs. (…), como las que integran la exposición pericial a fs. (…), dan por sentada la materialidad del hecho e ilustran acerca de la dimensión irrefrenable de la acción flamígera, la cual generó, sin dudas, un peligro concreto y común para los bienes y las personas que ese día se encontraban en el edificio incluso en número inhabitual debido al acto de presentación de un libro y una reunión plenaria del gremio, sin dejar de señalar, aunque no incidan para su tener por concretada su consumación, los sensibles daños que también fueran su consecuencia material. Sentado ello, y establecido que el incendio fue iniciado deliberadamente, corresponde encarar ahora el análisis de la responsabilidad que pudo corresponder a las personas que han sido sindicadas como agentes del siniestro.

1. Situación procesal de (…): De adverso a la crítica sostenida por su defensa, en el sentido de que las pruebas reunidas no conmueven el descargo brindado por su asistido, pues se denotan contraposiciones entre los relatos de los testigos con el que atañe a su pupilo que atribuye a la situación caótica reinante al momento del suceso, observamos que existen sin embargo ciertos aspectos coincidentes en los distintos testimonios colectados a lo largo de la investigación que desbaratan la versión que se intentara hacer prevalecer.

También la línea del descargo se ha dirigido a señalar su actitud solidaria tratando de socorrer a las eventuales víctimas y el compromiso de su salud como resultado de inhalación de monóxido de carbono que obligara a su asistencia en un hospital municipal (que por otra parte, de

acuerdo con lo dictaminado por los señores Médicos Forenses a fs. (…), se trataría de una intoxicación de características leves), pero ello, igualmente y como veremos, no influye cabalmente para desligarlo, así como tampoco la presunta orfandad probatoria que sustenta especialmente su asistencia técnica en el sentido de que ha sido vinculado forzadamente con el suceso investigado. Así, los distintos testimonios obtenidos permiten reconstruir la secuencia previa al evento e involucrar, al menos con el grado provisorio requerido en esta etapa, a (…) como el o uno de los causantes del desastre.-

Cabe recordar que el nombrado, al expedirse oportunamente en los términos del art. 294 del código ritual (fs. ...), explicó que luego de abandonar el predio y previo al acontecimiento, se dirigió hacia la esquina a fin de encontrarse con (…) –ambos empleados de la entidad damnificada- con el objeto de recuperar una mochila que le había prestado. Agregó que mientras se encontraban en tal sitio se enteró del incendio por el humo que salía por las ventanas del segundo piso, decidiendo ambos regresar al lugar para cooperar con el rescate de quienes se encontraban en su interior. Allí tomaron conocimiento de que su coimputado (…) continuaba en el lugar afectado, por lo que junto a (…) convinieron en tomar unos matafuegos y ascender por las escaleras en procura de aquél, pero tuvieron que desistir de su intento porque el humo y la confusión existente se los impidió.

Por último, manifestó haber sido atendido en un nosocomio junto a las personas afectadas por la inhalación de los gases de la combustión, circunstancia corroborada en la copia del pertinente informe obrante en el Libro del Departamento de Urgencia del Hospital (…) con la que los médicos forenses determinaron la inhalación de monóxido de carbono por el prevenido. Si bien de allí se desprende que sólo sufrió consecuencias leves, no puede tomarse ello como un elemento relevante para estimarlo ajeno al hecho.

Así y sin perjuicio de que dicha versión encontraría respaldo en la declaración de (…) -quien manifestó haber visto a los nombrados con intenciones de subir al segundo piso, pero no pudo precisar si lo lograron (fs. …)- no puede soslayarse que ha sido el mismo (…) quien con su prevaleciente testimonio (fs. …) ha diluido en forma concluyente la coartada de su compañero.

En efecto, de manera clara y precisa, el testigo explicó que el día del hecho se retiró más temprano de su lugar de labor y luego se enteró, por alerta de terceros, que se había desatado un incendio en la sede sindical impulsándolo a retornar para prestar su ayuda. Dijo haber tomado un matafuegos para dicho fin y ascendido por las escaleras hasta el primer piso junto, pero que lo hizo con otra persona de nombre "(…)". Respecto a (…), negó que éste le hubiera prestado una mochila y días después supo que había perdido un objeto de esas características, refiriendo haberlo visto al momento del incendio ubicado en la vereda del edificio, lo cual dista de cuanto expresara el acriminado (ver fs. …).

El ya aludido "(…)" (individualizado como …), se expidió a fs. (…) en similares términos que su colega (…), alegando también haber visto a (…) en la calle, mas una vez sofocado el incendio.

Sentado ello, resta señalar que las versiones de (…) fueron coincidentes, con algunas variantes que no desmerecen su conclusión convergente, en haber señalado al aquí imputado como a la última persona en retirarse del sector donde se iniciara la ignición (fs. …). Tales dichos además

encuentran respaldo en los registros fílmicos concernientes a las cámaras de seguridad instaladas en el predio y en la inmediatez con que se aquella se originara en un sector del contrafrente en el segundo piso, lugar donde se halla la oficina que ocupaba (…). Como lo hemos anticipado, tales elementos, sumados a aquellos correctamente valorados por el magistrado instructor, permiten homologar el auto en crisis en relación a (…).

En tal sentido, no se han receptado las réplicas a las preguntas que en la audiencia se le dirigieran a la querella, en cuanto insistiera desvincular a (…) -por tratarse de un simple empleado-y sostener la sospecha respecto de (…) -quien reviste la calidad de "Secretario de Acción Política" adjudicándole a éste un posible móvil centrado en disputas internas de la entidad. Por las características de la actividad desarrollada en un sindicato, es conocido que generalmente se conforman divergentes líneas políticas, lo que nos motiva a decidir con la mayor prudencia para que estas cuestiones ajenas a lo jurídico no contribuyan a contaminar la objetividad para elucidar el suceso investigado y delimitar a sus responsables.

Por tales razones estamos convencidos, al menos con los alcances que el auto de mérito cuestionado exige para su procedencia, que el imputado (…) no ha sido ajeno a la causación del estrago materia de investigación y que, por ende, su afectación al proceso debe continuar vigente en dirección a la siguiente etapa de debate, donde con mayor amplitud y por su inmediatez, podrá elucidarse con mayor certeza lo acontecido.

2. Situación procesal de (…): Este caso difiere en aspectos sustanciales con el que atañe al coimputado (…). En tal sentido, las críticas dirigidas a la solución que brindara el magistrado instructor no han alcanzado a desvirtuar su procedencia. De tal modo, las constancias del sumario a este respecto solo posibilitan la verificación de la presencia de (…), como ocurriera con otras personas ligadas laboralmente al gremio, en el lugar del estrago el día y hora en que éste aconteciera. Por el contrario, nada han aportado en cuanto a la vinculación que pueda haber tenido en su producción, salvo una mera conjetura con la que se pretende ligarlo solo por la circunstancia de encontrarse en dicha oportunidad en su oficina -por otra parte alejada del foco ígneo- lo que no basta para atribuirle cualquier tipo de responsabilidad en el suceso. En principio, no puede soslayarse el riesgo cierto que corrió el encausado, quien debió ser rescatado del edificio por los bomberos, así como tampoco el informe adunado al sumario y aludido al tratar la situación de (…), el que da cuenta de su inmediata atención en un nosocomio público (fotocopia del folio … correspondiente al "Libro de Clínica Médica del Departamento de Urgencia - Hospital …" que obra a fs. …) donde se determinó que poseía una concentración de "carboxihemoglobina 11,5" para ser derivado luego al "Instituto (…)" a raíz de esa inhalación tóxica.

Es entonces que no puede admitirse, bajo el prisma de la lógica, que el propio afectado se haya colocado en una clara situación de peligro e igualmente permanecer en forma voluntaria en el piso amenazado por el fuego, con el objeto de establecer una coartada que le permitiera eludir su responsabilidad. A ello debe adosarse que el plano glosado a fs. (…) ilustra acerca de la distribución física de las distintas oficinas que allí funcionaban y la distancia entre la ocupada por (…) con aquella donde tuvo origen el incendio, ubicación que por otra parte le impedía salir del lugar a no ser

por el medio de salvataje que se instrumentara, pues para el supuesto de que hubiera intentado descender por las escaleras debía necesariamente atravesar el sector principal del foco ígneo, con grave riesgo para su integridad física e incluso su propia vida.

Por último, al ser preguntada por el tribunal en la audiencia celebrada con motivo de este recurso, la querella aludió a un móvil que podría haberlo impulsado a la acción que intenta reprocharle y que radicaría en pleito surgido por internas entre el sector "(…)" al que responde el acusador particular y la "(…)" a la cual pertenece el imputado. En este orden, estimamos que la imputación debe ser analizada, como ya lo dijimos, con la prudencia que esta circunstancia aconseja, máxime cuando las testigos (…) -ambas empleadas del sindicato en cuestión- afirmaron desconocer tal divergencia.-

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR el punto (…) del auto de fs. (…) en cuanto allí se decreta el procesamiento de (…), de las demás condiciones personales obrantes en el expediente, por considerárselo, prima facie, coautor penalmente responsable del delito de incendio (arts. 45, 54, y 186, inciso 1°, del Código Penal), (…). II. CONFIRMAR el punto (…) del mismo pronunciamiento, en cuanto allí se sobresee a (…) por aplicación de lo dispuesto en el artículo 336, inciso 4°, del Código Procesal Penal de la Nación, dejándose expresa constancia de que la formación de este sumario no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado, sin costas. (…)".

BALDERMAN, Javier H. y otro resuelta el 10/02/12 en causa n° 803 por la Salal V de la CCC.

Hechos: Apeló la defensa el procesamiento por estrago culposo.

Se agravió por la errónea valoración de la prueba, la atipicidad de la conducta y la violación a la prohibición de persecución penal múltiple.

Se investiga el derrumbe de la pared medianera de una finca por no haberse adoptado las medidas de seguridad y previsión necesarias. Se atribuye el resultado del siniestro al inculpado, por ser el director técnico de la empresa contratista que se encontraba a cargo de dicha construcción y ser encargado del proyecto, dirección, construcción, cálculo y ejecución estructural.

Fallo: "(…) entendemos que los argumentos de la jueza de grado son precisos al abordar esa cuestión, por cuanto los motivos mediante los cuales el imputado pretende desligar su responsabilidad son factores que necesariamente debieron tenerse en cuenta a la hora de planificar las excavaciones y seleccionar los medios adecuados al entorno en donde pretendía construirse (…) el informe de la División Siniestros del Departamento Técnico Investigativo de la Superintendencia Federal de Bomberos resulta contundente al señalar la inexistencia del apuntalamiento necesario para asegurar la sustentabilidad de la excavación (fs. ...). Las críticas que la asistencia técnica (…) no logran cuestionar o rebatir el rol fundamental que tales soportes poseen en la producción del accidente.

(…) los informes de fs. (…), las constancias de fs. (…) y las declaraciones de los habitantes de los departamentos (…) han sido correctamente merituados por la magistrada de la instancia anterior para explicar de qué modo se constató que la excavación del pozo efectuado en la finca de (…) afectó el lateral del terreno ubicado al lado (a la altura 5237) por no poseer el correspondiente soporte (apuntalamiento). (…) la decisión cuestionada cita detalladamente las normas infringidas por el imputado, a través de un accionar imperito, conforme a la calidad que revestía: artículos 5.2.2.2, 5.2.2.3 y 5.2.2.6 del Código de Edificación de la C.A.B.A. y puntos 1, 3, 4, 5.1 y 5.2 del Capítulo 9 del Manual del Ejercicio Profesional del Arquitecto.

Por otro lado, (…) la figura de estrago está unida al concepto de daño, pues no hay estrago sin daño; pero además, éste debe ser efectivamente concretado e implicar una situación de peligro común.

Es difícil cuantificar al daño para que resulte "considerable" y así determinar si se da la acción típica que requiere el art. 187 del C.P. Sin embargo, debemos analizar la modalidad en que se produce; en la especie, nos hallamos frente al "derrumbe de edificio".

En tal sentido, "existe unanimidad en afirmar que el derrumbe de un edificio puede ser total o meramente parcial. En este último caso bastará con que se den las notas típicas del estrago, como ser, el peligro común y el daño en los términos que se viene explicando. Por ejemplo, podrá encuadrar en este delito el derrumbe de parte de un piso; no lo será, en cambio, el simple desprendimiento de los ladrillos de una cornisa o la caída de un cielorraso de yeso muy liviano" (1). (…) consideramos que el derrumbe de la pared medianera de la construcción sita en (…), que comprende el pasillo y varias paredes de diferentes departamentos de la misma edificación puede ser considerado como un daño considerable que puso en riesgo la vida de sus habitantes y por consiguiente, subsumible en la figura analizada. (…) en cuanto al planteo de *ne bis in idem* efectuado por la defensa, es dable destacar que el art. 2 de la ley 1217, de procedimiento de faltas local establece que "Toda falta da lugar a una acción pública que puede ser promovida de oficio por la simple denuncia verbal o escrita ante autoridad competente", en tanto el art. 13 del mismo cuerpo legal prescribe: "La Unidad Administrativa de Control de Faltas actúa como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento de las faltas por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". (…) la garantía alegada no podrá vulnerarse por la imposición de sanciones administrativas y penales por el mismo hecho, en razón de tratarse de cuestiones de diferente índole. Para que pueda afirmarse la identidad de causa o de la pretensión punitiva (*eadem causa pretendi*), debe analizarse la jurisdicción de los jueces, en sentido de que ambos deben examinar el hecho imputado con idénticos poderes jurídico-penales (competencia material), extremo que no se verifica en la especie, en donde se observa una sanción meramente administrativa por la comprobación de una falta (ver fs. …) (…) el tribunal resuelve: Confirmar el auto de fs. (…)".

(1) Juan Carlos Palacios, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, tomo 8, pág. 82.

MERILES, Federico Enrique resuelta el 4/05/11 en causa n° 458 por la Sala IV de la CCC

Hechos: Apela la defensa el procesamiento del imputado a quien se le reprocha haber manipulado una caja de electricidad de la empresa prestataria cuando le estaba prohibido hacerlo provocando una explosión que le produjo lesiones a la víctima.

Fallo: "(…) Lo expuesto, sumado a que el certificado que en copia obra a fs. (…) da cuenta de la existencia de tensión con conexión a Toma I, en el eje medianero izquierdo alimentando al predio vecino, permite tener por configurados los extremos típicos de la figura que se le atribuye a (…) y homologar la decisión puesta en crisis.

No es posible compartir la hipótesis de la defensa en el sentido de que la "caja de acometida" que fuera manipulada debía carecer de tensión según el certificado extendido por la empresa de energía eléctrica cuya copia obra agregada a fs. (…). La condición de electricista de (…) lleva a descartar que el imputado haya actuado en tal creencia pues no estando aquélla vacía, sino por el contrario, teniendo todos sus elementos y cables propios de su función (ver fotografías acompañadas por la representante de la empresa "(…)" en el expediente laboral cuyas copias corren por cuerda), la versión resulta inaceptable. Por
otro lado, según su descargo de fs. (…), los trabajos encomendados consistían en la colocación una caja de luz, tarea que necesariamente debe realizarse en un lugar distinto al sector cuya manipulación le estaba vedada y que de ningún modo requería el acceso a la caja que explotara por su imprudente manejo. No es labor de una persona ajena a la empresa y carente de matrícula sustituir la "caja de acometida" como pretende hacer valer la defensa. En cuanto a la apelación del punto (…) de la decisión impugnada, toda vez que los agravios no fueron sostenidos en la audiencia oral, corresponde tener a la parte por desistida de dicho recurso. Por ello, el tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR el punto (…) del auto decisorio obrante a fs. (…), en todo cuanto fuera materia de recurso. (…)".

Nota: en el caso, la calificación legal aplicada al caso fue la de lesiones culposas graves.

Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

ROMERO, Osvaldo M. s/desestimación de delito resuelta el 20/06/02 en causa n° 33984 Sala I, CCCF

El delito de estragos requiere la verificación, para la etapa del sumario, por lo menos en grado de probabilidad, de la vía causal exigida por la norma contenida en el art. 189 del Código Penal. Es decir "...la imprudencia o negligencia del autor debes ser la causa del desastre. Sucede esto si el acto

culpable del autor ha sido decisivo para que se produjera el desastre, porque mediando entre el hecho culposo del autor y el desastre producido, una relación de consecuencia, ella no ha sido dominada por otra vía causal independiente del acto de culpa..." (Conf. Núñez, Ricardo. "*Tratado de Derecho Penal*" Lerner, Tomo V. Vol. I, página 61).

Esto es aplicable no sólo al desastre sino también al peligro común, lo que sería suficiente, por otra parte, para configurar el delito. Asimismo en el injusto de resultado, en relación a la producción, causación y previsibilidad del resultado, la acción y aquel se hallan estrechamente unidos y deben ser entendidos como una unidad. "El resultado debe asimismo haber sido producido causalmente por la acción del autor... El primer requisito de la imputación objetiva del resultado es el nexo causal, cuya constatación ha de hacerse conforme a las reglas generales de la teoría de la condición (*conditio sine qua non*)... en la imprudencia no basta con que la acción contraria al cuidado constituya una causa del resultado... el resultado sólo le puede ser imputado objetivamente al autor cuando tuvo precisamente su presupuesto específico en la infracción del deber de cuidado..." El nexo antijurídico así requerido debe ser negado cuando el autor ha causado el resultado típico por su comportamiento contrario al cuidado, pero el resultado se hubiera producido igual con un comportamiento cuidadoso (conf. Jeschek, Hans Heinrich. "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*". Ed. Comares Granada, páginas 530/531).

Así, debe destacarse sin más, la atribución de delito, sin perjuicio de la responsabilidad civil, si el resultado se produjo por la concurrencia de un conjunto de causas que contribuyeron a provocarlo, ajenas al dominio de quienes resultan imputados, tales como la extraordinaria intensidad de las lluvias durante el período de uno y determinado mes calendario, lo que hacía a su imprevisibilidad, así como las altas mareas que afectaron la cuenca hídrica. Entonces, si bien la existencia de terraplenes agravaron la situación detallada, no puede asignársele a su construcción naturaleza de *condictio sine qua non* del resultado dañoso."

"NONINO, Miguel s/inf. artículo 196 C.P." Causa nro. 28.754 resuelta el 18/11/97 por la Sala I C.C.C. Fed.

"Este Tribunal en anterior composición ha sostenido que "la colisión entre un convoy ferroviario y un automotor, bien que constituye un mero accidente, adquiere tipicidad porque la ley argentina no alude a un estrago, ni como la italiana, a un desastre. Ni siquiera exige que el suceso tenga determinada magnitud", y que "aquel evento constituye accidente en los términos del artículo 191, inc. 2do, del Código Penal.".

(se ha citado Sala I, "**Especheco, Carlos Reinoso s/estrago culposo**", causa nro. 22524, reg. nro. 261 bis, resuelta el 20.6.91 y "**Tato, Saludino"**, causa nro. 4542, resuelta el 22.10.86).

COMPETENCIA: **N.N. sobre intimidación pública y daño**" resuelta el 9/06/85 por la Sala II de la CCCF, publicado en Boletín de Jurisprudencia del año 1984 n° 3 SEP/OCT/NOV, página 424

"La Corte Suprema ha sostenido a través de reiterada doctrina y con sustento en las disposiciones de la ley 13.940, que son de naturaleza federal, los delitos de estrago o intimidación pública cometidos por el empleo de los materiales a los que se refiere dicha norma en la segunda categoría contemplada en su art. 3o. la que no obstante haber sido derogada mantiene total indentidad con el art. 3o. de la ley vigente (20.429) que ha sido dictada en sustitución de la primera. En consecuencia el referido criterio mantiene plena virtualidad en cuanto a la naturaleza federal de la causa que se instruye para esclarecer el suceso.

NOTA: Se citaron Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 243:549; 249:688; 262:59; 281:285; 290:224.

Noya, José publicado en Boletín de Jurisprudencia del Año 1987 N° 3. SEP/OCT/NOV/ DIC página 32, Sala I de la C.C.C. Fed.

"Cuando a consecuencia de un obrar culposo se produce un estrago por un medio poderoso de destrucción –explosión- verificándose daños de grandes proporciones y generando un peligro común e indeterminado a bienes materiales y a personas, la figura a aplicar no es la del art. 196 sino la del art. 189 del Código Penal. La circunstancia de que la barcaza se encontrara amarrada en puerto, sin siquiera estar dispuesta a zarpar o ser puesta en servicio, aconseja desechar la figura del naufragio y/o del varamiento, puesto que éstas parecen referirse, a supuestos en los que los medios de transporte se encuentran en curso de navegación."

Nota: Se citó Gómez, Eusebio "*Tratado de Derecho Penal*" Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1941, T.V., pág. 63; Laje Anaya, Justo "*Comentarios al Código Penal - Parte Especial*" Volumen III. Ed. Depalma 1981, págs. 315 y 319. Cavallero, Ricardo Juan "Un caso de accidente culposo: El delito de naufragio, *Revista de la Ley* año 1976 A pág. 441. En igual sentido Francisco Carrara "*Programa de Derecho Criminal*": Parte Especial, Librería Ed. Temis Ltda., Bogotá, 1966, vol. IV, pág. 224.

López, Juan publicado en el Boletín de Jurisprudencia del año 1992, página 140
C.C.C. Fed., Sala Ia.

"No toda infracción a los reglamentos configura tipicidad culposa tal y como lo sostienen coincidentemente doctrina y jurisprudencia. Pero para determinar si la conducta del sujeto superó el riesgo permitido habrá de recurrirse al criterio arquetípico del debido cuidado exigible que tanto en las

actividades reglamentadas como en las que no lo están será el parangón con las que en las mismas circunstancias hubiese hecho un hombre inteligente y cuidadoso. En los tipos culposos se pone en conexión concreta de la acción final, con una conducta modelo o rectora, que está orientada a evitar consecuencias indeseables socialmente; cuando la ejecución de la acción coincide con esta conducta rectora significa que es adecuada
al cuidado y con ello al derecho -aunque haya ocasionado un resultado indeseable socialmente- pero cuando la ejecución concreta se desvía de la conducta modelo, no es adecuada a las cosas, al cuidado y con ello -salvo causales de justificación- resulta antijurídica.
Nota: Se citó Malamud Goti "El Delito Imprudente", Ed. Astrea, 1972, pág. 87 ctes., Bacigalupo "Manual...", pág. 214 y ss. Zaffaroni "Tratado de Derecho Penal, Parte General", pág. 362, III:396 y ss.

Sidicaro, Luis Carlos y otros publicado en el Boletín de Jurisprudencia del año 1992, página 175, fallo de la Sala I de la C.C.C. Fed.

"Probada la posesión de bidones conteniendo material inflamable –acetona- por parte de quien planificó el incendio, ésta constituye la etapa inicial para la particular concreción del estrago por el que se lo juzga. Por ello, esta tenencia constituye una unidad de acción orientada a un mismo fin, cual era la causación del incendio"

Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de San Martín

Incidentes de Apelación de: Salvador Vera restelto el 4/11/08 en causa n° 1107/08, Sala I, Sec. Penal n° 1 registro 7665.

"En orden a la significación jurídica, con la cual el juzgado de grado circunscribió típicamente el único episodio que consideró que había que juzgar, se acuerda que el hecho debe quedar subsumido en orden al delito de incendio, con peligro común para los bienes, en los términos del art. 186 inc.1° del Código Penal.

Tal es así, en tanto la acción típica consiste en encender el fuego que origina el peligro común, lo que en nuestro derecho se conoce como "fuego peligroso". Este es el incendio previsto en la norma citada y se caracteriza por su "expandibilidad", a causa de que es incontrolable, aunque pueda ser dominado por la acción del hombre, mediante tareas de apagamiento y/o acontecimientos de la naturaleza. Según Creus, no basta cualquier expandibilidad del fuego, esta se da en cuanto a su posibilidad de extensión hacia otros bienes que deben ser indeterminados (1). En el caso, las características del estrago, encuadran en las precisiones señaladas, a partir de las consecuencias que se informaron en el legajo, por la ampliación de los focos ígneos, y su transcendencia relacionada

con el normal desarrollo del tránsito automotor, la navegabilidad y el consecuente impacto ambiental, en lo que hace a la calidad del aire.

Respecto del tipo subjetivo, si bien la modalidad de quema de pastizales es una costumbre de antigua data a los efectos de renovar la pastura, de acuerdo a los testimonios señalados, tal actividad no puede llevarse a cabo en épocas de sequía, extremo conocido por los lugareños. De tal forma, la práctica aludida implicó que los justiciables obraran de manera indiferente frente a la eventualidad del resultado. Ello, significa que llevaron a cabo la acción con dolo eventual (2). Sobre el punto, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que es posible el dolo eventual en orden al tipo penal implicado (3).

Luego, no corresponde calificar el suceso en orden al delito de daño, habida cuenta que aquél ilícito conlleva una mayor carga punitiva, lo que coloca a la figura del art. 183 del Código Penal, dentro de las reglas del concurso aparente de delitos, cuyo desplazamiento opera por razones de subsidiaridad expresa. Por lo demás, tampoco es acertado subsumir el suceso en las previsiones del art. 55 de la ley 24051, toda vez que no media en autos experticia alguna que demuestre la producción de contaminación ambiental, en los términos de la mencionada norma. Es más, los estudios efectuados el 16 de abril pasado, por parte de autoridades específicas de la Provincia de Buenos Aires, concluyeron: "De todo lo medido se informa que no se han cuantificado concentraciones de sustancias tóxicas que pongan en riesgo la salud de la población y los estratos ambientales" Notas: se citaron (1) Código Penal Comentado y Anotado, Andrés José D'Alessio, Parte Especial, La Ley, pág.582; (2) Derecho Penal, La Ley. El Delito. El proceso y la pena, Ed. Hammurabi, Esteban Righi y Alberto A. Fernandez, pág. 176; (3) Código Penal Comentado y Anotado, Andrés José D'Alessio, Parte Especial, La Ley, pág. 58.

“**Skrobacki Alan Darío y Martínez Víctor Damián s/inf. art. 189, inc. 1° y 191,in c. 1° del CP**” en causa 1046/11 (registro 6045) Sala II, Sec 2 CFSM.

“La prueba adquirida en autos impone homologar la decisión apelada. Porque en grado de probabilidad positiva, se encuentra verificado respecto de los causantes el estado de sospecha criminal que establece el artículo 306 del CPPN, en orden a los delitos que tipifican los artículos 186, inc. 1° y 191, inc. 1° del Código Penal , o la calificación legal definitiva que corresponda.

a) Situación procesal de Alan Dario Skrobacki

Primero. El nombrado fue detenido el 2 de mayo del corriente en el lugar de los hechos [próximo a la Estación Liniers del Ferrocarril General Sarmiento, sector de la Provincia de Buenos Aires] y poseía dentro de una mochila, entre otros elementos, un buzo naranja con letras negras e inscripción “Total 90, Niké” y un encendedor”. Asimismo, se verificó que al momento de la aprehensión el causante vestía zapatillas negras, pantalón de gimnasia y remera negra. Esta diligencia se instrumentó en presencia de los testigos del acto.

Segundo. Los agentes policiales que intervinieron en el asunto expusieron en los siguientes términos. El inspector Federico Piñeyro dijo que al llegar a la estación se le acercó una persona que le señaló a un “masculino con zapatillas negras, pantalón de gimnasia negro y remera negra y portaba en su espalda una mochila celeste y gris, que estaba a escasos metros del lugar, como uno de los autores que incendiara el tren que estaba detenido a doscientos metros de la General Paz, lado provincia”.

El cabo 1° Adrián Gómez señaló “que el 2 de mayo del corriente lo desplazan a la estación Liniers del Ferrocarril Sarmiento. Los pasajeros de la formación n° 8 comienzan a descender; ve a gran cantidad de personas que arrojaban piedras sobre el primer coche cabeza. En un momento observó una persona de sexo masculino que poseía una mochila, celeste, gris y negra, con buzo de color naranja, el que da inicio a un principio de foco ígneo, en la cabina del conductor para luego descender de la misma. Luego de varios minutos los pasajeros se movilizan hacia otra formación, comienzan a arrojarle piedras, destrozando los vidrios de las ventanas hasta que en un momento la prenden fuego. Lo modula el inspector Piñeyro y le dice que tenía a una persona detenida y una vez en la brigada observó que el detenido, tenía en su mochila un buzo naranja y lo reconoce como quien inició el foco ígneo”.

Por su lado, el testigo R.J.E.S. puntualizó que tomó el tren en Moreno con dirección a Once “iba en el primer vagón, donde por delante va el maquinista. Alrededor de las nueve la gente comenzó a descender, en tanto que otros golpeaban la puerta del maquinista, insultándolo, habiendo un grupo de jóvenes violentos, todos agresivos que violentaron la puerta del maquinista y comenzaron a romper el recinto del maquinista y el vagón. Los que iban descendiendo arrojaban piedras a la formación, a la vez que unos sujetos comenzaron a prender fuego las sillas del maquinista. Ante ello descendió del tren quedándose a un costado, pudiendo ver como todos apedreaban al tren, a la vez que un masculino joven entre 19 a 22 años, cutis blanco, cabello oscuro, con claritos rubios en el flequillo y parte trasera, sin barba ni bigotes, vestido con un buzo de color naranja, con capucha y pantalón deportivo oscuro, el que se hallaba rezagado en bajar, escuchando que otras personas le decían *prendelo fuego, hay que prender fuego el tren*. Ante ello comenzó a filmar desde su celular, pudiendo registrar cuando el sujeto mayor de entre 22 a 30 años, morocho, cabellos cortos, con camisa blanca, campera y pantalón negro, este sujeto le pasó al otro masculino el de buzo naranja un desodorante de aerosol y con esto se mete dentro de la cabina y comienza a prender fuego los asientos”. Agregamos un detalle. El oficial Piñeyro subrayó que al momento de la detención “el prevenido en forma espontánea y en presencia de los testigos dijo que él había prendido fuego el tren” (fs. 4/5); y esta referencia es avalada por el testigo José Javier Freddi al señalar que “exhibida la presentación de fojas 6/8 manifiesta que la ratifica en todo su contenido, reconoce como suyas las firmas y que tal como se desprende del acta el imputado manifestó espontáneamente haber prendido fuego una de las formaciones y que las fotografías [obtenidas de Skrobacki, tras su aprehensión] efectivamente se trata de la persona detenida y que señaló haber prendido fuego uno de los vagones” .

Tercero. Los testigos brindaron plena razón de sus dichos, sin que se advierta ninguna circunstancia que desmerezca su contenido y este aporte probatorio engarza con las siguientes evidencias. Alan Darío Skrobacki tiene 23 años, al momento de los hechos detentaba el buzo de color naranja –con la inscripción “90” sobre el pecho- antes aludido y entre sus características fisonómicas

exhibe las particularidades que subrayó el testigo R J E S [cabello oscuro, con claritos rubios en el flequillo y parte trasera; v. fotografía de fs. 12/17 y 286].

Además, el justiciable detentaba un elemento [encendedor] idóneo para iniciar un proceso ígneo e, inclusive, su intervención en los hechos criminales también aparece documentado en la filmación afectada al legajo. Puntualmente, se observa al encausado ingresar al coche ferroviario y desplegar maniobra para provocar el incendio de la unidad, que inmediatamente tomó fuego. En resumen, las evidencias de mención ilustran sobre circunstancias de modo, tiempo y lugar que conducen a Alan Darío Skrobacki, con participación en los hechos atribuidos; de esta forma queda aplanada la posición de la defensa técnica.

Finalmente, ante este edificio probatorio de factura cargosa no hay contraprueba ni descargos que atender (v. indag.).

b) Situación procesal de Victor Damián Martínez. El causante fue detenido el 5 de mayo de 2011 en el hall central de la estación Once del ferrocarril y en la ocasión vestía una campera deportiva color negra con tres tiras blancas en ambas mangas, remera negra con vivos rojo y blanco, pantalón de gimnasia negro con tres rayas blancas, pañuelo para cuello blanco y negro y zapatillas blancas. En su poder fueron comisados, entre otros elementos, un pañuelo de cuello negro y rosa, un encendedor y un desodorante. Sobre el punto, los siguientes testimonios. El inspector Federico Piñeyro dijo "que observó a varios masculinos en el lugar de los hechos los cuales fueron seguidos por quien declara y el cabo 1° Gómez hasta proximidades de la estación Liniers, donde fueron perdidos de vista. Pudiéndose recordar que uno de ellos era de contextura física robusta, de una estatura aproximada de 1,80, pudiéndose visualizar que poseía un ojo de color celeste y el restante desviado de otro color, siendo también que vestía un pantalón y campera deportiva color negra, similar al equipo de River Plate, gorrita de color blanca deportiva con vivos negros, un pañuelo de cuello de color blanco y negro y colgando un bolso tipo morral de color oscuro".

El cabo 1° Adrián Gómez manifestó que el día de los hechos "en el apedreó e incendio intervinieron varios masculinos, fueron seguidos por la policía hasta las proximidades de la estación Liniers, en dónde fueron perdidos. Uno de ellos, robusto de 1,80 metros con un ojo celeste y el restante desviado de otro color, vestía un pantalón y campera deportiva color negra [similar al equipo de River], gorrita blanca deportiva con vivos negros, un pañuelo blanco y negro en el cuello y zapatillas blancas. En la fecha [5-5-11] este masculino es observado por quien declara en el hall central de la estación Once, vestido con la misma descripción detallada".

Este aporte probatorio, en líneas generales, coincide con los documentos fotográficos que ilustran sobre las características subrayadas por el funcionario policial.

Sumamos, que la prueba anotada guarda directa conexión con las siguientes evidencias. El causante aparecería en la filmación aportada, junto a terceras personas [entre ellos Alan Darío Skrobacki], sobre las vías y pegado a la formación ferroviaria, cuando se iniciaban y mientras se ejecutaban con la participación de ese grupo de individuos los hechos materia de pesquisa [v. fs. 214 y 533]. Por otra parte, Víctor Damián Martínez tenía al ser aprehendido un encendedor y un frasco de alcohol; elementos idóneos para iniciar un incendio.

Hasta aquí y con base en las reglas de la sana crítica las evidencias descriptas son útiles para formar convicción judicial (arg. art. 206, 239, 241, 306 y 398 del CPPN); y, estos elementos de juicio comprometen en grado de probabilidad criminal a Víctor Damián Martínez. No hay contraprueba que enerve la imputación, ni descargos que atender (fs. 129/131).

Por lo tanto, el alegato defensista de fojas 205 y 276/v. es improcedente.

Finalmente, se destaca que en el día de la fecha el Tribunal dispuso confirmar las resoluciones que denegaron las excarcelaciones promovidas a favor Alan Darío Skrobacki y de Víctor Damián Martínez (v. incidencias n° 5864 y n° 5867). Tales argumentos importan entonces la convalidación de las prisiones preventivas dictadas en autos. Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve :Confirmar la decisión apelada que dispuso el procesamiento y la prisión preventiva de Alan Darío Skrobacki y Víctor Damián Martínez, en orden a los delitos que tipifican los artículos 186, inc. 1° y 191, inc. 1° del Código Penal, o la calificación legal definitiva que corresponda.

Nota 1: En el caso se dispuso el procesamiento y la prisión preventiva de los imputados, en orden a los delitos que tipifican los artículos 186, inc. 1° y 191, inc. 1° del Código Penal. El agravio central de la defensa oficial radicó en que no se encontraría acreditada la participación de sus pupilos en el hecho sometido a pesquisa.

Nota 2: En la fecha de la presente resolución la sala rechazo los pedidos de excarcelación de los prevenidos mediante las resoluciones con número de registro 6046 y 6047 de la Sec. Penal 2 que tras el pertinente análisis de antecedentes que llevaron a concluir en la existencia de riesgo de entorpecimiento o elusión del accionar judicial contrario a al libertad pretendida.

Cámara Nacional de Casación Penal

López, Juan Carlos y otros s/ recurso de casación, resuelta el 15 de agosto de 2007 por la Sala III de la CNCP, en causa 7052.

Situación de Juan Carlos López a) la imputación: haber incumplido con los deberes que por su condición de Secretario de Justicia y Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -conforme designación de fecha 10 de diciembre de 2003 (Decreto 2708/03)- estaban a su cargo."

"Estos, entre otras, le imponían: planificar estrategias y políticas metropolitanas concernientes a un Sistema Integral de Seguridad de acuerdo a la Constitución y Leyes concordantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en concordancia con las establecidas en el ámbito nacional; aplicar las normas que rigen la prestación del servicio de vigilancia, custodia, o seguridad privada; supervisar el registro de seguridad privada, planificar políticas de seguridad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires coordinando su ejecución con las Fuerzas de Seguridad Autónoma que actúen en la Jurisdicción; coordinar y ejecutar las acciones que requieran el apoyo de la Fuerza Pública en el ejercicio del poder de policía propio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; establecer sistemas de asistencia a la comunidad ante situaciones de emergencia social, catástrofe y siniestros en el marco de lo dispuesto por el Plan Maestro Metropolitano de Defensa Civil; ejercer en forma integral el poder de

policía en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; desarrollar y planificar las acciones y medidas de seguridad y control en ocasión del desarrollo de espectáculos en estadios -de acuerdo al Decreto 2720 Anexo II/4-, derivándose de tales objetivos la obligación de controlar en forma adecuada el funcionamiento en regla de los locales de baile clase ‘C’ entre los que se encontraba ‘República Cromañon’ sito en la calle Bartolomé Mitre 3060/66/70/72 de esta ciudad.”.

“Ello, dado que era pública y notoria la cantidad y variedad de infracciones en que el mismo se encontraba inmerso. En efecto, no adoptó las medidas propias a las funciones inherentes al área a su cargo en cuanto al debido y eficaz control de tales locales, ello sin perjuicio de los diversos informes que fueron dirigidos a los distintos organismos que funcionaban en la órbita de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana a partir de los cuales se alertaba sobre el elevado porcentaje de locales que incumplían con la Ordenanza Municipal nro. 50.250.”.

“En el contexto de las alertas operadas, el imputado necesariamente estaba al tanto de la ilicitud en la que se hallaban los locales bailables en general (incluido ‘República Cromañon’), los cuales en su mayoría no eran controlados debidamente y estaban en infracción (especialmente ‘República Cromañon)”

“Así, el sistema instaurado a nivel de la Subsecretaría de Control Comunal dependiente de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana en cuanto a la actuación a instancia de parte y la ausencia de controles eficaces y racionales permitieron que el local ‘República Cromañon’ continuara su funcionamiento en forma harto irregular”.

“En efecto, se constató que el día 24 de noviembre de 2004 se operó el vencimiento del certificado de bomberos habilitante otorgado conforme los artículos 10.2.3 y 10.2.20 del Código de Habilitaciones y Verificaciones (Ordenanza municipal 50.250), a la vez que se desarrollaba una actividad distinta respecto de la cual se le otorgara la respectiva habilitación, la puerta alternativa de emergencia se encontraba cerrada con candado y alambre, verificándose asimismo el ingreso de al menos 2.811 personas, pese a que fuera habilitado para sólo 1.031, además de una importante cantidad de contravenciones que, sumadas a aquellas infracciones, debieron motivar su inmediata inspección y/o clausura”.

“En igual sentido, ha violado los deberes a su cargo no aplicando la legislación vigente en cuanto a las obligaciones impuestas por la ley 118 y modificatorias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que regulan la prestación del servicio de vigilancia, custodia y seguridad de personas”.

“Específicamente, dicha norma impone a la autoridad de aplicación, entre otras, las siguientes obligaciones: Habilitar con carácter previo y por un máximo de cinco años a las personas físicas y jurídicas que desarrollen la actividad regulada en dicha ley; crear y mantener actualizado un Registro de Prestadores de Servicio de Seguridad privada habilitados en el que deberán constar los objetivos protegidos; crear y mantener actualizado un Registro del personal de cada persona física y jurídica, llevar un registro de sanciones y controlar y velar por el cumplimiento de la ley”.

“Así, con fecha 24 de abril de 2003 el Director General de Servicios de Seguridad Privada de la Subsecretaría de Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires intimó a Omar Emir Chabán (en relación al inmueble sito en la calle Estados Unidos 1238 PB de esta ciudad) y a Lagarto SA

(respecto del local ubicado en Bartolomé Mitre 3060 de este medio) a que en un plazo no superior a las 72 horas se completara el formulario respectivo en relación al cumplimiento de la ley 118, habiendo informado únicamente el Sr. Raúl Lorenzo, responsable del establecimiento 'MaxiDisco' sito en Bartolomé Mitre 3060 de esta ciudad que no poseía personal contratado prestador de Servicios de Seguridad Privada.".

"Sobre este punto es de destacar que, de acuerdo a la última inspección realizada en el local de mención con fecha 29 de marzo de 2003, se informó que el local contaba con personal de seguridad. A ese respecto, no se efectuó medida alguna que permitiera llevar a cabo un diligente contralor y seguimiento en relación al acatamiento de dicha normativa, todo lo cual pudo haber implicado la clausura de 'República Cromañon' habida cuenta lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 1764 de fecha 7 de octubre que modifica el Decreto 1133, toda vez que se encuentra 'prima facie acreditado que el día 30 de diciembre de 2004 se prestaron servicios de seguridad privada ilegal en dicho local".

"También en este sentido, Juan Carlos López fue debidamente alertado sobre un generalizado incumplimiento de la ley 118; requiréndosele la realización de inspecciones y la aplicación de las respectivas sanciones. En este contexto, nunca impartió directivas concretas a sus subordinados a fin de que revirtieran ese cuadro."

Fundamentos de la Cámara Nacional de Casación: Dependía de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la Subsecretaría de Control Comunal -a cargo de Fabiana Fiszbin-, y de ésta la Unidad Polivalente de Inspecciones, y luego la Dirección General de Fiscalización y Control.

La hipótesis de investigación, sostiene que los referidos organismos de contralor funcionaban con importantísimas deficiencias, consistentes en la ausencia de políticas adecuadas y falta de previsión y programación, falencias estas que impedían al ente fiscalizador, realizar controles y seguimientos oportunos.

(…) las responsabilidades inherentes al cargo que ostentaba López, lo facultaban para delegar en sus subalternos la ejecución de las políticas públicas vinculadas con su área de injerencia, mas ello de manera alguna lo relevaba de realizar un ulterior seguimiento acerca del correcto desempeño de sus dependientes. En este orden, señala Juan Carlos Cassagne, que la relación jerárquica impone al superior la facultad de "vigilar y controlar la actividad de los órganos inferiores a través de diversos actos (ej: pedidos de informes, rendición de cuentas, inventarios, investigaciones, etc.)" En similar orden de ideas, expresa otro reconocido autor que aborda el derecho administrativo, que “”La jerarquía se expresa a través del 'poder de mando' o 'poder jerárquico', que prácticamente y en términos generales, se concreta en lo siguiente: 1° Posibilidad de que el superior jerárquico dirija e impulse la acción del inferior, dando las 'ordenes pertinentes. Esta potestad de dar 'órdenes' generalmente no surge en forma expresa del ordenamiento positivo, pero es una consecuencia implícita del poder jerárquico. 2° Posibilidad de dictar normas de carácter interno, de organización o de actuación, tales como instrucciones, circulares, etc.. 3° Posibilidad para el superior de nombrar a los integrantes de los órganos inferiores, así como formalizar los contratos en la rama concreta de su competencia. 4° Posibilidad de avocación de las facultades de competencia (...) 5° Facultad de vigilancia, de control o de fiscalización por parte del superior, de oficio

o a pedido de parte, sobre actos o sobre personas. 6° Facultad de resolver los conflictos o cuestiones de competencia que se produzcan entre órganos inferiores (…) son los funcionarios elegidos por el pueblo, quienes reciben -directamente de éste- todas las prerrogativas inherentes al área en el que habrán de desempeñarse. Lógicamente, resultaría materialmente imposible que unos pocos funcionarios conocieran en todas y cada una de las cuestiones que deben ser atendidas por el gobierno, máxime cuando como ocurre en las sociedades modernas, la estructura gubernamental debe resolver un sinnúmero de asuntos, algunos de ellos de extrema complejidad, y que requieren el concurso de personal idóneo en determinadas materias. En ese marco, la desconcentración resulta inevitable, quedando en cabeza del superior, el deber de dictar los lineamientos generales de las políticas públicas que deberán ser ejecutadas por los responsables de los distintos sectores (…) dicha desconcentración de funciones no conlleva una absoluta desvinculación por parte del superior de las actividades de sus subalternos, dado que -como se ha dicho- conserva la potestad de ejercer el debido contralor sobre el regular cumplimiento de sus directivas y de las funciones específicas de los distintos organismos que de él dependan.

El punto a resolver, entonces se vincula a si en el caso, se encontraban dados los presupuestos para que López ejerciera en forma directa las referidas potestades de contralor o si -por el contrario- tenía aún suficientes y razonables motivos para pensar que la labor que venían desarrollando los funcionarios de su área atendía debidamente las normas legales que debían ejecutar (…) a esta altura de la pesquisa- (…) Juan Carlos López llegó a conocer el palmario apartamiento de las obligaciones legales de fiscalización que presentaban los organismos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que de él dependían, y cuya función principal era -precisamente- el ejercicio del poder de policía. La desorganización reinante en la Unidad Polivalente de Inspectores, es un dato que se deriva de los testimonios de quienes allí prestaban servicios… El ineficiente uso de los recursos con los que se contaba para el ejercicio del poder de policía, se encuentra también corroborado por una circunstancia que resulta de público y notorio conocimiento, y que se refiere a la gran cantidad de inspecciones -muchas de ellas, derivadas en clausuras y otras sanciones- que se sucedieron en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires luego de la tragedia que se investiga en la presente causa. No caben dudas que los recursos humanos y materiales con los que se contaba inmediatamente después de tales sucesos eran sustancialmente similares a los que se encontraban disponibles antes de ellos; no obstante lo cual los resultados obtenidos antes y después son absolutamente disímiles (…) lo hasta aquí relevado permite aseverar que al menos algunas de las áreas que se encontraban bajo la órbita de Juan Carlos López, en su carácter de Secretario de Justicia y Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, funcionaban de un modo irregular y deficitario. 3.- A la referida situación de anormal funcionamiento de la Subsecretaría de Control Comunal y de la Dirección General de Fiscalización y Control (y antes de ella, la Unidad Polivalente de Inspecciones), se suma que puede apreciarse la concurrencia de ciertos indicadores que -con anterioridad a la tragedia investigada en autos- ponían en evidencia tal circunstancia (…) mediante actuación 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, llevada adelante por el señor Defensor Adjunto, doctor Atilio Alimena, se determinó un altísimo nivel de incumplimiento de las normas vigentes relativas a locales bailables -en particular, de la Ordenanza Municipal 50.250-, extremo que condujo a la afirmación que dicha situación “pone en peligro la vida de

más de 400.000 personas por fin de semana, especialmente los jóvenes”. El referido informe fue girado a las autoridades del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y advertimos también que fue publicado luego en uno de los diarios de mayor circulación nacional (…) pedido de informes que formulara el Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires, que por resolución de fecha 30 de septiembre de 2004 envió al Poder Ejecutivo una requisitoria sobre una serie de cuestiones vinculadas a la seguridad en los locales de baile. Y (…) la Actuación 2022 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires -de fecha 8 de mayo de 2003- se refirió a la misma problemática. (…) Entre las deficiencias que se resaltaron, se apuntó que el 75 % de los locales se encontraban sin inspeccionar, y que en el 80 % de las ocasiones en las que se formulaban intimaciones, luego no se realizaba la correspondiente inspección para verificar si se había cumplido con lo exigido o si el lugar continuaba en infracción. Como se aprecia de todo lo relevado, el funcionamiento de los órganos de contralor que actuaban bajo la órbita de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana era -cuanto menos- deficiente en orden a la consecución de los objetivos que obviamente orientaban su labor, habiéndose puesto de manifiesto tal circunstancia mediante diversos sucesos que alertaban de la situación. 4.- (…) con anterioridad a la época de la tragedia que se investiga en la presente causa- existían elementos de juicio objetivos que demostraban la necesidad de efectuar cambios en el funcionamiento de las unidades de fiscalización del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. (…) el nivel de responsabilidades que ostentaba López, lo aleja de los casos concretos, ubicándolo en un escalón superior, referido a la formulación y ejecución de políticas públicas, el consecuente contralor de que éstas se lleven a cabo adecuadamente, y que tales políticas logren satisfacer los fines que se tuvieron en miras al implementarlas, de manera tal que de no ser así, pueda trazarse otro curso de acción más eficaz.

5.- En cuanto a la primera de las cuestiones -vinculada al necesario contralor del correcto funcionamiento de los entes de fiscalización- habremos de considerar como dato relevante la sucesión de cambios en cuanto a las estructuras administrativas y funcionales que se habían efectuado -en un lapso relativamente breve de tiempo- en los organismos de contralor que dependían de López. (…) Este (…) repaso de los organismos de contralor cuyo deficiente funcionamiento se ha destacado anteriormente (…) pone en evidencia un dato que no resulta menor, vinculado a la previsibilidad que los mismos no cumplieran adecuadamente su cometido que se derivaba de la circunstancia de haber sido recientemente creados.

Esta cuestión no ha sido debidamente atendida por el *a quo*, pues si bien se hizo referencia a las dificultades originadas en la ausencia de entrenamiento previo de los funcionarios del área y de circuitos administrativos eficientes, no se analizó -en cambio- que toda estructura novedosa posiblemente presente problemas de funcionamiento vinculados a dicha particularidad -su modernidad-, lo que a su vez genera la necesidad de que los funcionarios responsables realicen los seguimientos necesarios que les posibiliten efectuar en tiempo oportuno los ajustes funcionales que para la adecuada continuidad de las tareas asignadas pudieran corresponder. Y tal como vienen dadas las cosas, no parece que López hubiera prestado debida atención a esta obligación derivada del alto cargo que ostentaba en la estructura jerárquica en cuestión.

(…) una de las obligaciones primordiales que pesaban sobre López era la de controlar la labor de sus dependientes, asegurándose que las distintas reparticiones que se encontraban bajo su poder jerárquico cumplieran con los objetivos asignados. Ello, nos conduce a memorar que “la confianza permitida decae, además, cuando es función de un participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros (...) En tales supuestos, se garantiza de modo plural que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas” (conf. Günter Jacobs, “Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 255).

En similar sentido, afirma Claus Roxín que “el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes (...) poseen especiales deberes de vigilancia (...) u otras misiones de control. A quién alcanzan estos deberes especiales derogatorios del principio de confianza y hasta dónde llegan los mismos se debe examinar con mayor precisión aún para las concretas formas de división de trabajo; la directriz debe ser que incluso al más competente de los que colaboran sólo se le pueden imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal de trabajo” (“Derecho Penal, parte general, fundamentos de la estructura de la teoría del delito”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 1006). 6.- (…) tampoco aparece suficientemente descartado que López hubiera tomado conocimiento directo de las “alertas” que releváramos en el apartado 3.-, siendo que lo contrario (esto es, que hubiera sido debidamente informado sobre el particular) encuentra en principio sustento en las pruebas que hasta el momento ofrece el sumario. (…) En otra línea de ideas, resulta cuanto menos merecedora de mayores indagaciones, la cuestión relativa al curso administrativo que siguió la (…)requisitoria formulada por la Defensoría del Pueblo. En ese sentido, entendemos que tan ilógico como suponer que López no tomó conocimiento -luego de su publicación en el diario “Clarín”- del informe elaborado por la Defensoría del Pueblo, lo es pensar que ante esa información, no requirió las precisiones del caso a los funcionarios a cargo de las áreas respectivas. (…) no puede descartarse -en el estado en que se encuentra la investigación- que efectivamente López hubiera tomado contacto con el informe elaborado por la Defensoría del Pueblo, relativo al descontrol que existía en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, en lo que a seguridad en los locales bailables se refiere. A ello habrá de añadirse, que (…) López se reunió con el doctor Gustavo Tirso Lesbergueris -también Defensor del Pueblo Adjunto- quien le hizo saber los altos niveles de infracción a la referida normativa que se registraban y la necesidad de incrementar las inspecciones (conf. fs. 10.355/356 vta.). Sin embargo, tampoco en este aspecto se adoptó medida alguna tendiente a corregir la situación. Muy por el contrario (…) terminó en manos de un funcionario que lejos de interpretarlo como un llamado de atención acerca del estado de la situación, entendió que se trataba de un halago por la colaboración que había prestado con la Defensoría del Pueblo para la producción del referido informe (conf. declaración indagatoria de Enrique Carlos Carelli, fs. 30.653/683).

Por último, también advertimos que la deficitaria actuación de la Unidad Polivalente de Inspecciones, fue puesta de manifiesto al propio López por la contadora Adriana Mabel Rudnitzky (…) De este modo, apreciamos posible afirmar que también a partir de esta fuente de información, López tomó conocimiento sobre la inconveniencia de confiar en sus funcionarios de menor jerarquía con

relación a que pudieran estar cumpliendo adecuadamente con sus funciones, extremo que debió motivarlo a avocarse en forma personal a la resolución de los problemas que se le planteaban.

Lo apuntado en el presente acápite en orden al presunto conocimiento -por parte de López- del evidente quebrantamiento por parte de los funcionarios a cargo de la Subsecretaría de Control Comunal, la Dirección General de Fiscalización y Control y la Unidad Polivalente de Inspecciones de los deberes a su cargo, permite incorporar otro elemento de juicio que conduce a descartar la aplicación del principio de confianza. En tal sentido, la doctrina es conteste al afirmar que dicho principio sólo rige mientras quien tuviera derecho a confiar que los restantes componentes de una estructura en la que prima la división de tareas se comportarán de un modo normativamente correcto, no tenga motivos para pensar en que el tercero de que se trata habrá de apartarse de sus obligaciones. En supuestos en los que palmariamente surja que las expectativas normativas han sido defraudadas, no podrá aplicarse el principio de confianza, pues no queda ya nada en que confiar. Es decir, en tales condiciones resultaría inadmisible que López pudiera invocar que confiaba en que sus subordinados cumplirían cabalmente con sus funciones, cuando ante sus ojos se presentaban las evidencias que le indicaban precisamente lo contrario. 7.- (…) no se aprecia que el Secretario López hubiera adoptado medidas adecuadas para revertir las fallas operativas que se registraban en los organismos que de él dependían orgánicamente. (…) si ante la constatación que los niveles de incumplimiento rebasan -y por mucho- los límites que resultarían en principio predecibles y tolerables, no puede luego pretender remediarse tal situación, confiando que la mera intimación a los presuntos infractores para que aporten la documentación habilitante, habría de surtir efectos en orden a evitar que situaciones como las comprobadas se mantengan en el tiempo, o se reiteren a futuro.

(…) no existe en autos el estado de certeza negativa que se requiere para el dictado del temperamento desincriminatorio cuestionado. (…) se encuentra *prima facie* acreditado que pese a tener conocimiento de la situación de descontrol que existía en el ámbito de la Subsecretaría de Control Comunal, Juan Carlos López no adoptó los recaudos necesarios y pertinentes para lograr que la referida área cumpliera adecuadamente sus funciones, específicamente las que se referían a las labores de inspección que debían llevarse a cabo por intermedio de la Dirección General de Fiscalización y Control.

Nota: se citaron Juan Carlos Cassagne "Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 233) y Miguel Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", cuarta edición, T. I, Buenos Aires, 1990, pág. 593.

Chabán, Omar Emir y otros s/recurso de casación resuelta el 20/04/11 en el marco de la causa n° : 11684 por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal.

La subsunción de los comportamientos de los acusados, dueño del establecimiento y coorganizador del recital, manager de la banda y personal policial responsable, en el delito de incendio (este último en calidad de partícipe), aplicando las reglas de imputación de la llamada "comisión

por omisión", no comportó, una violación al principio de legalidad en materia penal, en tanto se efectuó dentro de una razonable interpretación de la norma aplicada y, por ende, resulta constitucionalmente válida; pues la seguridad pública como bien tutelado por el delito de incendio, se puede ver afectada por acciones dotadas de potencialidad dañosa idóneas para generar ese peligro común para bienes o personas, pero también puede serlo mediante omisiones, cuando quien tiene el control de la situación en concreto, omite desplegar las acciones necesarias para evitar que el peligro típico se produzca y nadie racionalmente podrá negar que la seguridad de los espectadores de un evento masivo puede verse en peligro tanto si una persona desata un incendio por mano propia, como asimismo si una vez generadas las condiciones de su inminente producción, aquellos que tienen el deber de actuar y además detentan el dominio o control sobre esa situación, omiten evitarlo. En cualquiera de los casos, el bien jurídico tutelado, esto es, la seguridad pública, es decir, la seguridad de los bienes o personas, se ve afectado de la misma manera, razón por la cual, no pueden quedar dudas que el delito de incendio, concretamente, admite su realización tanto por acción como en comisión por omisión. Alcanza con que el autor se represente el peligro común que puede generar un incendio en un lugar cerrado hacia las personas y bienes que allí se encuentran. Si así lo hace y sigue

actuando, habrá dolo de peligro; con ello basta para dar por satisfecho el tipo de incendio, porque el elemento volitivo está comprendido en esa actuación. Entendido así, el resultado lesivo, es decir, las muertes y en su caso las lesiones, no forman parte del tipo básico y por ello no deben estar comprendidas en el dolo de peligro, dado que como resultado se imputarán, en todo caso, a título culposo. Para afirmar el dolo de peligro basta con que el sujeto decida seguir actuando, pese a la presentación del peligro concreto, sin que ello signifique que se prescinda del elemento volitivo, sino tan sólo que su mínimo exigible viene implícito a tal representación. El incendio agravado por resultado muerte, constituye un delito preterintencional o, mejor dicho, cualificado por el resultado, donde la consecuencia lesiva más gravosa no debe estar comprendida en el dolo del autor, en tanto se atribuye de manera culposa. Sobre esta clase de figuras complejas, determinadas acciones que ya de por sí resultan punibles, se conminan con una pena sustancialmente superior al hecho básico a causa de la especial peligrosidad que les es inherente, cuando el peligro típico conectado con el hecho se materializa en un resultado lesivo. Esta necesaria referencia a la estructura típica del delito de incendio y su agravante, es la que permite establecer concretamente cuál es el alcance del tipo subjetivo del ilícito y, por tanto, cuando podemos afirmar que el autor obró dolosamente, el dolo, deberá estar referido al tipo básico y no deberá comprender la consecuencia calificante, esto es, el resultado muerte, el cual, se imputa a la imprudencia del autor. No es posible invocar la prohibición de regreso respecto de los responsables de haber tirado una bengala en el interior de un establecimiento cerrado donde se desarrollaba un recital, pues resulta claro que desconocían los factores de peligro que fueran individualizados en la situación típica que es objeto de reproche, a excepción del exceso de concurrentes que, era una cuestión evidente; ello así en tanto desconocían la situación de las puertas de salida -clausuradas con una cadena y candado-, también la naturaleza y alta combustividad del material con que se recubría el techo, al no tener conocimiento del contexto de la situación, existía en

él o ellos un error de tipo en cuanto a la producción del peligro razón por la cual no eran libres en el sentido de acción libre y voluntaria orientada a la producción del resultado "peligro" "el incendio", necesario para afirmar su comportamiento doloso. *Situación del grupo Callejeros* Puede afirmarse que organiza quien dispone cómo ha de realizarse una cosa y, a su vez, prepara o aporta todo lo necesario para ella. las cuestiones necesarias para llevar adelante la serie de recitales pactados en "República Cromañón" para el mes de diciembre de 2004 por la banda "Callejeros", eran adoptadas de manera democrática por sus integrantes mediante votación, lo que significa que todos, sin excepción, a través de su libre voluntad, generaron la decisión final que permitió unificar el criterio acerca de cómo iban a ser esos recitales, pues exigían condiciones vinculadas a las luces, el sonido, el escenario y a la contratación de un grupo de personas que hasta vestía una remera con la inscripción "Callejeros Control" para cuidar los camarines y verificar el corte de tickets que ellos mismos imprimían. Ello equivale a decir que asumieron la posición de garantía desde el punto de vista formal y, además, intervinieron activamente en la creación de la fuente de peligro pues estuvieron encargados de ciertos aspectos del show y que colaboraron a generar las condiciones riesgosas para que se produjera la tragedia.

Cámara Federal de Río Cuarto

"**CORNEJO TORINO, Jorge Antonio y GATTO, Marcelo Diego p.ss.aa. ESTRAGO EN F.M.R.T**. (Expte. 42-C-06 - 48/2007) dictado por la Sala A el 17 de noviembre de 2008.

Hechos e imputaciones: se ordenó el procesamiento sin prisión preventiva en contra de Carlos Saúl Menem, Heriberto Jorge José Gerardo Baeza González y Norberto Osvaldo Emanuel, en orden al delito de Estrago doloso agravado por la muerte de personas, en grado de coautoría (arts. 186, inciso 5, y 45 del Código Penal y art. 306 del Código Procesal Penal de la Nación). "… se atribuye a los imputados de mención haber provocado, el día 03 de noviembre de 1995, aproximadamente hacia las 08:55 horas, por intermedio de persona o personas cuya identidad a la fecha aún se desconoce, de manera intencional, programada y organizada, el incendio de un tambor de 200 litros de capacidad que, presuntamente, habría contenido en su interior mazarota de trotyl o trotyl de descarga. Dicho tambor se hallaba depositado en un tinglado existente en la Planta de Carga de la Fábrica Militar de Río III (Pcia. de Córdoba), próximo al edificio 1-2, recipiente que, al incendiarse, habría transmitido el fuego al resto de tambores similares existentes en el lugar y, tras una rápida propagación (de pocos minutos), tuvo como efecto dos explosiones simultáneas ocurridas en el mismo tinglado, presuntamente en un cierto y determinado direccionamiento de la onda expansiva. Asimismo, luego de transcurridos unos minutos de ese primer estallido y con idéntica modalidad (intencional, programada y organizada), se les atribuye a los mismos imputados haber provocado, por intermedio de persona o personas cuya identidad a la fecha aún se desconoce, otra explosión de mayor magnitud que las anteriores en los Depósitos de Expedición y Suministro situados hacia el sector sur de la Planta de Carga, en cuyo interior se hallaba una gran

cantidad de explosivos, municiones y proyectiles. Esta detonación habría generado —por simpatía— una importante onda expansiva que dispersó centenares de proyectiles y esquirlas sobre la población y viviendas adyacentes de la localidad de Río III, con una violencia extraordinaria, afectando con mayor gravedad al Barrio Las Violetas, como así también a otros ubicados en las inmediaciones de la Fábrica Militar de Río III, establecimiento dependiente por entonces de la

Dirección General de Fabricaciones Militares como entidad pública estatal descentralizada del Estado Nacional. Atento a las hipótesis planteadas en la instrucción, dicho accionar habría tenido como móvil delictuoso el presunto objeto de ocultar un significativo faltante de proyectiles, municiones y/o explosivos que debían haber estado depositados en dicha planta.

Conforme a la diferencia que resulta de contrastar la pericia contable efectuada en autos (que, en base al último balance realizado el día 31.10.1995, ascendía a las 72.405 piezas de artillería, entre proyectiles, y/o cartuchos y/o tiros completos) con la documentación aportada por las autoridades a cargo entonces de la fábrica (en cuyos registros constaban 58.422 unidades, 49.948 proyectiles y 8.474 cartuchos), ello evidenciaría una grave irregularidad y/o imprecisión contable deliberada dentro de la F.M.R.T. y la D.G.F.M. Surge así un faltante aproximado a las 35.576 unidades, entre el monto total peritado y lo recuperado posteriormente por el personal de seguridad actuante después el suceso ocurrido el 3.11.1995, así como de piezas de artillería en un número aún no determinado, circunstancia a la que se le ha atribuido potencialmente una posible vinculación con el tráfico de armas y proyectiles que se investiga en el marco de la causa caratulada “SARLENGA, Luis Eutaquio y otros p.ss.aa. Contrabando” (Expte. N° 8.830/95), con trámite ante la Justicia Nacional en lo Penal Económico de Capital Federal. En cuanto a las gravísimas consecuencias derivadas de estos hechos, no está de más recordar que costó la vida, de manera directa y/o indirecta, a siete personas, a saber: Aldo Vicente Aguirre, Leonardo Mario Solleveld, Romina Marcela Susana Torres, Laura Andrea Muñoz y Hoder Francisco Dalmasso el mismo día 3 de noviembre de 1995, mientras que José Andrés Varela y Elena Sofía Ribas de Quiroga fallecieron los días 4 y 7 del mismo mes y año, respectivamente, así como también deben contarse numerosas lesiones físicas y psíquicas de diversa consideración a un número no determinado de personas, sumadas a los cuantiosos daños materiales a la población de la ciudad de Río Tercero, que hasta la actualidad no han sido determinados con exactitud.

La Cámara Federal de Rio Cuarto que intervino por aplelación, confirmó por unanimindad “*… la resolución apelada en cuanto dispone el procesamiento sin prisión preventiva de Norberto Osvaldo Emanuel, ya filiado en autos, en orden al delito de estrago doloso agravado por muerte de personas, en carácter de coautor (arts. 186, inciso 5, y 45 del C.P. y 306 del C.P.P.N.)…”.*



Asociación Ilícita

por Ricardo R. Maidana*

Art. 210: ***"Será reprimido con prisión o reclusión de tres (3) a diez (10) años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembros de esa asociación.***

Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco (5) años de prisión o reclusión".

Art. 210 bis. ***"Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a veinte (20) años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna dos de las siguientes características;***

a) ***Estar integrada por diez o más individuos;***
b) Poseer una organización militar o de tipo militar,
c) Tener estructura celular;
d) ***Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;***
e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
f) ***Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;***
g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos".

Introducción

Aunque el texto actual del tipo de asociación ilícita (art. 210 CP) se corresponde con la formulación original de 1921 y la forma agravada (art. 201 bis CP) se ha mantenido incólume desde su sanción en 1984[1], persisten al día de hoy numerosas dificultades para delimitar su ámbito de protección, verificar la concurrencia de los requisitos típicos que habilitan su aplicación y determinar la forma en que estas figuras concurren con los delitos cometidos por la asociación. Estas imprecisiones han permitido que la figura sea utilizada en forma abusiva y ha llevado a algunos a afirmar que se trata de "*un saco roto donde van a parar casos que no superan la mera complicidad*

[1]*Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral). Juez del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. Profesor Titular de las Universidades de Lomas de Zamora y Católica de La Plata. Consejero Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. El autor desea agradecer a Agustín G. Cavana por su colaboración en este trabajo.
Ley 23.077, sancionada 9 de agosto de 1984, publicada en el Boletín Oficial el 27 de agosto de 1984.

en uno o varios hechos[2]" o de un recurso frecuentemente empleado para obstaculizar excarcelaciones que, de otra forma, serían procedentes.

A su vez, la figura ha sido objeto de distintas objeciones constitucionales vinculadas a su vaguedad, la indeterminación del bien jurídico cuya lesión penaliza y la afectación del principio de reserva que surge del art. 19 de la Constitución Nacional por tratarse de una anticipación punitiva, que no requiere de acciones lesivas en perjuicio de terceros. Zaffaroni, Alagia y Slokar, por caso, afirman que se trata de un tipo de constitucionalidad harto dudosa por constituir una ampliación del ámbito de la prohibición que "no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad[3]".

Otros autores, sin embargo, han propuesto enfoques alternativos y favorables a su constitucionalidad, a la vez que han fijado parámetros interpretativos destinados a resolver las tensiones mencionadas y encuadrar su aplicación al marco del Estado de Derecho. Y este ha sido también el camino elegido por la inmensa mayoría de los tribunales superiores de la Nación y la provincia de Buenos Aires, que han recogido algunos de estos aportes. Muchos de estos debates, además, no son patrimonio exclusivo de nuestro ordenamiento, sino que se han generado allí donde existen formulaciones similares y motivado extensas investigaciones y pronunciamientos de sus organismos superiores. Un desarrollo exhaustivo de estas problemáticas, por ello, excedería el alcance de este trabajo, por lo que mi objetivo es dar cuenta de algunas de las discusiones que han existido, y existen, sobre el tema.

Bien jurídico Protegido

Una primera cuestión problemática ha sido la vinculada al bien jurídico cuya lesión se castiga. El delito de asociación ilícita fue incluido en el título de "Delitos contra el orden público" en el Código Penal de 1921 y esta denominación fue reemplazada transitoriamente por la de "Delitos contra la tranquilidad pública" durante la vigencia de la ley 21.338, luego derogada por la 23.077. Esta sucesión de denominaciones ha disparado consideraciones diversas acerca de qué tipo de lesión

---

[2] Cantaro, Alejandro S., Artículos 210 y 210 bis, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 340.

[3] Zaffaroni, Eugenio R., Alagia Alejandro y Slokar A., Derecho Penal. Parte General, Ediar, 2002, Buenos Aires, p. 811.

debe concretarse para que se materialice el injusto[4]. Algunos atribuyen a su imprecisión y vaguedad la bajísima cantidad de condenas registradas[5], pero esto bien podría deberse a otras cuestiones como las reglas procesales vigentes o la orientación imperante de la política criminal articulada en las distintas jurisdicciones.

Según la Exposición de Motivos de 1891, "orden público" es sinónimo de "orden social", pero varios autores han señalado que esto podría generar una confusión entre estas infracciones y los delitos contra la seguridad pública y defendido la opción adoptada por la ley 21.338. Al respecto decía Soler que pocos temas han provocado mayor confusión y vaguedad de opiniones que tratar de fijar el concepto de orden público y que la más grave consecuencia de la imprecisión del título ha sido la confusión entre este grupo de figuras y los delitos contra la seguridad común[6].

Para Soler, al hablar de orden público, nuestra ley penal quiere decir tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil[7]. El objetivo no es la protección directa de bienes jurídicos primarios, como la seguridad, sino de formas de protección mediatas de aquello[8]. Es decir que no se trata de defender la seguridad social misma, sino más bien la opinión de esa seguridad, que constituye un factor más de refuerzo de aquélla[9]. No se trata de la protección directa de bienes jurídicos primarios, como la seguridad, sino de formas de protección mediatas de aquéllos[10] .

Fontán Balestra, por su parte, entendía que todas las figuras contenidas en el título aparecen claramente dirigidas hacia la protección del sentimiento de la tranquilidad o la paz pública y tutelan la tranquilidad pública, que resulta de la confianza general en el mantenimiento de la paz social[11]. Emplear la expresión "tranquilidad pública" tiene, para él, la virtud de eludir la ambigüedad que tiene la fórmula orden público, a la par que señala la verdadera naturaleza del bien jurídico lesionado por estos delitos[12]. Millán dice que las incriminaciones de este título significan una tercera barrera protectora de las personas y los bienes; la primera constituida por los delitos de daño efectivo, la

[4] Cantaro, cit., p. 290.
[5] Íd., p. 291. De acuerdo a las estadísticas correspondientes al Poder Judicial de la Nación, los tribunales en lo criminal dictaron sólo 1 condena en el año 2010.
[6] Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pp.696 y ss.
[7] Ibíd.
[8] Ibíd.
[9] Ibíd.
[10] Ibíd.
[11] Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. VI, Lexis Nexis, 2003, p. 133.
[12] Ibíd.

segunda por los de peligro para la seguridad; y que los hechos aquí descriptos se refieren al sentimiento de la tranquilidad y, por excepción, a ella misma, desde el punto de vista objetivo[13].

Y de manera similar, Eusebio Gómez afirma que se trata de delitos de *alarma colectiva*, así como se dice de los delitos contra la seguridad pública que son delitos de peligro común[14] y Rodríguez Devesa sostiene que debe evitarse caer en interpretaciones excesivamente amplias de orden público, porque entonces todo el derecho penal es materia de orden público, y que delitos contra el orden público, en sentido riguroso, son únicamente aquellos en los que la alteración usada como medio para la consecución de otros fines, tiene mayor relieve que éstos, o si se prefiere, utilizando la terminología de Carrara, aquellos en que la conmoción de los ánimos es un verdadero *daño inmediato* que absorbe por su importancia política el que se quisiera causar a un determinado individuo o familia[15]".

Esta parece haber sido, también, la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en *Stancanelli*[16], señaló que la asociación ilícita debe reunir la virtualidad suficiente como para lesionar el bien público, lo que podría no darse en todos los casos dado que si bien todo delito perturba la tranquilidad y seguridad pública de manera mediata, sólo algunos la afectan de forma directa y hacen entrar en crisis la expectativa de vivir en un atmósfera de paz social que posee la ciudadanía. Para la Corte, entonces, la criminalidad de este tipo de conducta reside esencialmente en la repercusión que tiene en el "espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública" y no en la lesión efectiva de cosas o personas.

Ziffer, por otro lado, y aunque comparte que la idea queda mejor expresada al hablar de "tranquilidad", entiende que la perspectiva subjetivizante que se desprende de las formulaciones anteriores no parece correcta[17]. Esto porque la represión de las asociaciones ilícitas es independiente de las sensaciones sociales, la percepción social de los hechos es puramente aleatoria y nada dice acerca de la tipicidad concreta y, mucho menos, de la legitimidad de su sanción[18].

Resumiendo, más allá de algunos matices y las ventajas que algunas de las interpretaciones pueden presentar por sobre otras, ninguna de las posturas en pugna ofrece una solución concluyente,

[13] Citado por Fontán Balestra, cit., p. 133.
[14] Goméz Eusebio, Tratado de Derecho Penal, t. V, Buenos Aires, Ediar, 1939, p. 194.
[15] Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal español. Parte General, 2ª ed., p. 650, citado por Fontán Balestra, cit.
[16] CSJN, S. 471. XXXVII. RECURSO DE HECHO, Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad -causa n° 798/95-.
[17] Ziffer, Patricia, El delito de asociación ilícita, Ad-hoc, 2005, p. 36.
[18] Ibíd.

ni neutraliza por completo los problemas de vaguedad e indefinición del bien jurídico. Parece ser, de todas formas, que existe un entendimiento común acerca de sus notas distintivas que no siempre, sin embargo, han tenido el potencial limitador que, estimo, algunos de los autores pretendían atribuirles.

REGULACIÓN EN EL C.P.

Como vimos, la figura se encuentra actualmente contenido en el título de "Delitos contra el orden público" en el art. 210 CP que reprime con prisión o reclusión de entre 3 a 10 años al "que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación" y dispone en su segundo párrafo que "para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión". De acuerdo a la doctrina mayoritaria[19], sus elementos específicos son:

a) tomar parte en una asociación;

b) propósito colectivo de delinquir;

c) número mínimo de participantes.

Una primera lectura sugiere, entonces, que las exigencias del tipo se ven abastecidas con la resolución asociativa adoptada por tres o más sujetos con criterio de estabilidad de grupo y pertenencia de aquellos al mismo, estructurándose mínimamente como una organización con un designio particular. Pero, como veremos a continuación, es necesario precisar el alcance de algunos de estos elementos a la luz del principio de acto para tornarlo compatible con nuestro ordenamiento constitucional.

. LA ACCIÓN TÍPICA

En primer lugar, vemos que la figura requiere que el sujeto activo tome parte de una asociación criminal. Pero han existido algunas controversias acerca de que alcance cabe conceder a esta expresión. Soler, expresando la posición mayoritaria, entendía que:

[19] Cfr. SOLER, cit., p. 603, FONTÁN BALESTRA, cit., p. 468, CORNEJO, "Asociación ilícita y delitos contra el orden público", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 39 y ss, DONNA, Edgardo A., Derecho Penal. Parte especial, t. II-C. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 306 y ss, y ZIFFER, cit., pp. 67 y ss.

"no se trata de castigar la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos. **El delito consiste en tomar parte en una asociación.** Para que pueda hablarse de asociación es necesario cierto elemento de *permanencia*, para lo cual habrá de atenderse en cada caso a la naturaleza de los planes de la asociación (…) Aun cuando no es del caso pedir que una asociación para cometer delitos revista formas especiales de organización, requiere, sin duda, un mínimo de organización o cohesión entre los miembros del grupo. No es preciso, sin embargo, que esa asociación se forme por el trato personal y directo de los asociados. **Basta que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas[20]"**.

Donna, en idéntico sentido, sostiene que el delito se consuma con el solo hecho de formar parte de la asociación, y que esto surge de la propia ley cuando dice: "por el solo hecho de ser miembro de la asociación[21]". Núñez opina que la unión de individuos para llevar a cabo la finalidad mencionada ya es suficiente, por la potencialidad criminal que le es inherente, para reprimir el hecho[22]. Creus dice que la conducta típica es "tomar parte en la asociación" y requiere que ésta se forme mediante acuerdo o pacto, explícito o implícito, de sus componentes y con el objetivo de cometer delitos[23]. Y D'Alessio entiende que tomar parte es participar, ser miembro de la asociación, pertenecer a ella, y que se incurre en el delito por el solo hecho de formar parte, sin que sea necesario que ésta ejecute los delitos que formaban parte del acuerdo criminoso[24].

Ziffer, en cambio, señala que esta interpretación amplía excesivamente los límites del tipo. Afirmar que quién adhiere a los fines de la organización resulta punible, nos dice, es penar una mera tendencia interna que convertiría a la prohibición en un mero derecho penal de ánimo[25]. Por ello, para que la figura sea legítima es necesario exigir que el carácter de miembro se haya exteriorizado en un aporte concreto dirigido a fomentar una finalidad delictiva concreta[26]. "Tomar parte", para la autora, significa participar o colaborar de alguna forma con las actividades de la asociación, no basta con ser miembro[27]. Y Cantaro va un poco más allá al afirmar que "siempre tomar parte importa

[20] Soler, cit., pp. 711/2. Esta ha sido también la posición adoptada por la Sala II del TCPBA, ver, causa 26.783, D.R.S, rta. 7 de octubre de 2008.
[21] Donna, cit., p. 312.
[22] Núñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", t. V, vol. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1992, p. 188.
[23] Creus, cit., p. 109.
[24] D'Alessio, Andrés José, Código Penal comentado, disponible en laleyonline.com.
[25] Ziffer, cit., p. 68.
[26] Ibíd.
[27] Íd., p. 69.

realizar alguno de los delitos del pactum sceleris, como autor o cómo partícipe[28]".

Esta discusión no sólo resulta de suma importancia para compatibilizar la figura con el principio de derecho penal de acto sino que, para algunos, también afecta la forma en que el delito de asociación ilícita concurre con los cometidos por ella. Estos dos problemas serán reseñados más adelante, pero cabe resaltar aquí las dificultades que existen para fijar con precisión un piso de actividad que nos permita identificar la acción típica. Entiendo que ser consecuentes con la tesis más amplia, donde alcanza con el mero acuerdo, incluso tácito, nos lleva a comprometernos con algunas decisiones difíciles de aceptar o, directamente, reñidas con los principios mencionados.

La solución directamente opuesta, sin embargo, tampoco parece convincente. Si "tomar parte" de la asociación es participar de algunos de los delitos que conforman su objeto, la pertenencia sólo sería punible en tanto exista principio de ejecución de alguna de las otras figuras. Esto vaciaría de contenido la figura, que quedaría reducida casi a una agravante, y frustraría en buena medida, los fines de política criminal tenidos en vista por el legislador que, precisamente, apuntó a evitar estos delitos antes de que se produzcan.

El atractivo de la tesis de Ziffer es que se ubica entre estos dos extremos y resalta el valor de aquellos aportes que, si bien no constituyen por sí mismos acciones típicas, contribuyen a una finalidad delictiva. En esta línea, entiendo que es en la faz organizativa de la asociación donde debemos buscar el mínimo de actividad relevante. La unión es el punto de partida, pero no agota el contenido del injusto, todavía queda cierto camino por recorrer para que estemos en presencia de una asociación ilícita. El mínimo de cohesión que se exige, por ejemplo, puede no concurrir inmediatamente.

Características de la asociación

Afortunadamente, la cuestión de las características que, en función del art. 210 CP, debe poseer la asociación es más pacífica, aunque no está exenta de dificultades. Siguiendo a Ziffer[29], los requisitos que debe cumplir son los siguientes:

1) acuerdo entre varios para el logro de un fin;

---

[28] Cantaro, cit. p. 345.
[29] Ziffer, cit., p. 73.

2) existencia de una estructura para la toma de decisiones aceptada por los miembros;

3) la actuación coordinada entre ellos, con un aporte personal de cada miembro y

4) la permanencia del acuerdo.

Este acuerdo o pacto, por supuesto, no requiere de formalidad alguna y hasta puede ser tácito, pero sí debe existir, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes[30]. Ellos se deben haber comprometido a cometer los hechos de forma comunitaria, y no por cuenta propia[31]. Esto, sin perjuicio de que no es necesario que exista trato personal entre los miembros[32]. Asimismo, se requiere que exista un mínimo de cohesión interna dentro del grupo y que aún cuándo no haya subordinación, se cuente con ciertas reglas que permitan formar la "voluntad social"[33]. Donna, por ejemplo, es más enfático al respecto y considera que debe haber una "fuerte organización interna", que imponga a los miembros deberes hacia la asociación, y que cada uno de ellos debe cumplir un rol o función[34].

Respecto a la permanencia, ya señalaba Soler, que se trata de un concepto relativo por lo que debe atenderse en cada caso a la naturaleza de los planes de la asociación[35]. Y apunta Creus, que no se trata de una mera cuestión de tiempo, dado que la pluralidad delictiva, no se puede conseguir sin actividad continuada que, como tal, puede estar determinada en cada caso por la tarea que se haya propuesto[36]. Romero Villanueva y Gonzáles Correa, añaden que el dato de permanencia que caracteriza a esta figura, se da en la indeterminación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la actividad propuesta y la actitud de constante disposición de sus afiliados para colaborar en los hechos, se traten estos de una misma o diversa naturaleza[37].

Según la CSJN, es esta disposición de voluntad de sus integrantes que mantiene viva la amenaza de lesión de bienes jurídicos, sin que deba renovarse el acuerdo entre los miembros, lo que distingue a la asociación ilícita del mero acuerdo criminal, de naturaleza esencialmente transitoria[38].

[30] Íd., p. 72.
[31] Íd., p. 73.
[32] Íd., p. 72.
[33] Íd, p. 73. En el mismo sentido, Creus, cit., p. 110.
[34] Donna , cit., p. 301.
[35] Soler, cit., p. 712.
[36] Creus, cit., p. 110.
[37] Romero Villanueva, Horacio y González Correa, Tristán, Una mirada actual sobre el delito de asociación ilícita, JA 2003-II-773.
[38] CSJN, cit.

Y a su vez, es una de las razones habitualmente empleadas para justificar su tratamiento diferenciado como delito autónomo. Como señala Ziffer, para algunos autores la "dinámica grupal" es considerada como la fuente de peligro característica de la figura[39].

El número mínimo de integrantes

Nuestra legislación, a su vez, exige que la asociación esté compuesta por un mínimo de 3 integrantes, recogiendo la opinión corriente incluso en aquellos países que no fijan una cantidad determinada[40]. La controversia sobre este punto se ha centrado en los requerimientos que deben cumplir los integrantes, para tener por configurada la asociación. Esto es si hace falta su imputabilidad, su culpabilidad, su punibilidad y/o una condena que declare la concurrencia de estos requisitos[41].

La mayoría de la doctrina se ha expedido en el sentido de que es necesario que el mínimo esté integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal[42]. Esto no sólo porque los menores e inimputables son juzgados como incapaces de celebrar un acuerdo, sino porque los miembros de la asociación deben tener capacidad de influir sobre el grupo en forma reprochable[43]. Aunque Núñez en forma aislada, sostiene que la criminalidad del pacto no reside en la punibilidad de sus autores, sino en el peligro que éste implica en sí mismo[44].

Por otro lado, se entiende comúnmente que no es necesaria la presencia simultánea de tres imputados en el proceso o que todos ellos resulten punibles. Puede, en efecto, haberse operado la prescripción para algún partícipe; pero esto no constituye un obstáculo para la condena del resto de los integrantes[45]. También se entiende que no es preciso que se logre la condena de los tres. Así, por ejemplo, la sala V de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional tiene dicho que si bien resulta indispensable que la acción esté dirigida cuanto menos contra tres sujetos activos, cabe la posibilidad de su evasión o que se hubiera operado la prescripción a favor de uno de ellos y, por ello,

[39] Ziffer, cit. p. 73.
[40] Ziffer, cit., p. 75.
[41] Ibíd.
[42] Cfr. Soler, cit., p. 712, Creus, cit., p. 111. Ver también TCPBA, Sala I, causa 15.012, CH., G. M. s/ recurso de casación, rta. 21 de septiembre de 2010, voto del Dr. Piombo.
[43] Ziffer, Artículos 210 y 210 bis, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R, cit., p. 392.
[44] Núñez, cit., p. 184.
[45] Soler, cit., 713.

la imposibilidad de dictar condena contra uno de los integrantes no impide la sanción de los restantes[46]".

Ésta afirmación, sin embargo, es problematizada por Ziffer que, con razón, entiende que la ausencia de uno de ellos en el proceso genera que la eventual condena se asiente en terreno "pantanoso"[47]. La tesis más permisiva, sin dudas, brinda una respuesta tranquilizadora a los efectos de la aplicación de la ley penal que se vería seriamente comprometida si la suerte de los tres imputados estuviera indisolublemente ligada. Pero, ¿qué sucedería, por ejemplo, si con posterioridad a la condena de uno de ellos resulta absuelto? Para tener por configurada una asociación ilícita, debemos acreditar la existencia de un vínculo relativamente estable y cierto nivel de organización entre los partícipes, y las dificultades que supone juzgar individualmente a los responsables para esta finalidad, son fáciles de advertir.

El acuerdo para delinquir

Como explica Soler, este extremo de la figura plantea cuestiones en relación a: la finalidad delictiva requerida, la pluralidad de delitos planeados y la indeterminación de los delitos[48]. Sobre el primero de estos puntos, existe consenso sobre que no resulta necesario que la asociación se constituya inicialmente como criminal[49], siempre que la nueva sociedad tenga como objeto principal la comisión de delitos[50]. Y acerca de que la finalidad debe ser la de cometer delitos dolosos, cualquiera sean estos, y sin perjuicio de que esto no constituya su objeto último, que incluso puede ser lícito (enriquecerse, adquirir poder, etc.)

Esta última afirmación, no obstante, podría ser revisada a la luz de lo afirmado por la CSJN en *Stancanelli*. Allí, la Corte puso en duda, precisamente, que cualquier asociación ilícita tenga la entidad suficiente para lesionar el bien jurídico lesionado. Imaginemos, por ejemplo, el caso de un grupo de tres integrantes que se asocien con el propósito de dañar cubiertas de autos en una zona apartada y beneficiarse mediante la oferta de sus servicios para repararlas. Suponiendo que el resto de los requisitos se encuentran abastecidos, ¿podríamos hablar de perturbación del orden público? En definitiva, trazar una línea definitoria con precisión no resulta posible, pero parece claro que habría,

[46] CNcrim, Sala V, Bagala, Roberto y otros, rta. 11 de agosto de 1989, LL, 2000-B-181.
[47] Ziffer, El delito…, cit., p. 78.
[48] Soler, cit., p. 713.
[49] Cfr. Soler, cit., p. 713, Creus, cit., p. 110, Ziffer, El delito…, cit., p. 81.
[50] Ziffer, El delito…, cit., p. 81.

al menos, que matizar esta lectura.

Al tratarse de un fin colectivo, además, es aceptado que el conocimiento de esa finalidad por parte de cada partícipe, se rige por los principios generales de la culpabilidad. También se destaca que la asociación debe estar dirigida a la comisión de "delitos indeterminados" y que exista "pluralidad de planes delictivos". Esto ha generado algunas discusiones en torno a la delimitación entre el ámbito de aplicación de la figura y de las reglas generales de participación. Moreno, por un lado, sostiene que la existencia de planes determinados excluye su aplicación[51], mientras que el resto parece centrar el eje en la vocación de permanencia de la asociación[52].

Tipo subjetivo

Las características del delito llevan a varios a afirmar que sólo puede concebírselo como un delito doloso, que admitiría únicamente dolo directo[53] y que requiere el conocimiento de la totalidad típica: el acuerdo fundacional, los objetivos de la asociación y sus notas estructurales (por ej. número mínimo de integrantes, aunque no sea necesario conocer su identidad). Y que el elemento volitivo, se conforma con la voluntad de sus miembros de permanecer ligados por el pacto.

Aunque Buompadre, por su parte, afirma que la finalidad delictiva es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, en la modalidad de delito incompleto de dos actos[54], es decir que la conducta típica es el medio para la realización de una segunda acción del autor[55]. Un ejemplo de este tipo de figuras podría ser el art. 80 inc. 7 CP que reprime con prisión perpetua al que matare a otro para preparar, facilitar u ocultar otro delito o para asegurar su resultado o procura la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. La asociación ilícita en su concepción, entonces, sería empleada como un medio por el autor, para cometer otros delitos.

Pero esta caracterización es discutida por quienes afirman que la expresión "destinada a…" es empleada en otras figuras del CP (art. 256 bis CP) con el único objeto de adjetivar y qué se trata de una cualidad de la asociación misma que no necesariamente debe ser abarcada por el dolo[56]. En efecto, dada la forma en que está construido el tipo de asociación ilícita es dudoso que la expresión

[51] Citado por Soler, cit., p. 716.
[52] Así Soler, cit., p. 716, Ziffer, El delito…, p. 81 y Creus, cit., p. 110.
[53] Cantaro, cit., p. 353.
[54] Buompadre, Jorge E., "Derecho penal. Parte especial", t. II, Ed. Mave, Corrientes, 2000, p. 374.
[55] Zaffaroni-Alagia-Slokar, cit., p. 544.
[56] D'Alessio, cit.

“destinada a cometer delitos” pueda ser interpretada como una intención que exceda el puro querer la realización del tipo objetivo, o un particular estado de ánimo puesto de manifiesto en el modo de obtención de esta realización[57]. Los delitos a ser cometidos por la asociación ilícita son indeterminados y sus integrantes pueden, o no, tener en mente alguna acción concreta al momento de constituirla.

JEFES Y ORGANIZADORES

El art. 210 CP prevé una escala agravada de entre 5 y 10 años de prisión para los jefes y organizadores de la asociación. Para Mikkelsen-Loth esto resalta la peligrosidad del principal que, a diferencia de los cuadros inferiores, no es fácilmente sustituible[58]. Y Ziffer añade que la aparición de la figura del “jefe de banda” en América Latina, surgió como respuesta a la intranquilidad de que se estuviera gestando una organización delictiva con estructura cuasi militar[59]. Para Núñez los jefes son los que comandan la asociación cualquiera sea su jerarquía y el modo de su participación en el ejercicio del mando, mientras que organizadores son quienes participaron de las tareas de establecimiento u ordenamiento de la asociación[60]. En general, existe consenso en que los organizadores, a su vez, deben haber formado parte de la asociación para que se les aplique la figura[61] y en que la jefatura ocasional en un determinado hecho, no resulta suficiente[62].

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las características propias de la figura que, como vimos, exige la pluralidad de intervinientes, y describe la acción típica como “tomar parte” de la asociación hace que la conducta de sus integrantes queden asimiladas, de manera que la distinción entre autores y partícipes desaparece o se torne, al menos, muy difusa[63]. Esto sumado a la intromisión que la figura supone en el ámbito de los actos preparatorios, que también nos habla en contra de la aplicación de las reglas generales[64]. Ziffer,

[57] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR , cit., p. 542
[58] MIKKELSEN-LOTH, Jorge F., "El delito de asociación ilícita", La Ley, 1996-D, 1475, p. 1483.
[59] ZIFFER, Arts. 210…, cit., p. 401.
[60] Ibíd.
[61] CREUS, cit. 114, NUÑEZ, Op. cit., p. 190 y RUBIO, Zulma, El delito de asociación ilícita, Librería Editora Platense SRL, Buenos Aires, 1981 , p. 18.
[62] CREUS, cit., p. 114.
[63] Íd., p. 400.
[64] Ibíd. Así también, FIERRO…, pp. 33 y ss

sin embargo, entiende que en supuestos de colaboradores habituales que realizan aportes no esenciales, el fundamento de la punición equivalente decae y debería aplicarse la escala diferenciada, dado que el compromiso con la asociación es mucho menor[65]. En sentido similar, Creus y D'Alessio afirman que en principio no parece posible hablar de complicidad, a excepción de cuándo la ayuda se presta a la asociación misma[66]. Mientras que admiten la participación en forma de coautoría e instigación, esto porque el instigador no quiere intervenir en el delito, sino que otros participen en él[67].

Consumación y tentativa

Según la doctrina dominante la asociación ilícita es un delito permanente, que se configura con el acuerdo de voluntades entre sus miembros, sin que incida a estos fines la efectiva comisión, o el principio de ejecución al menos, de los delitos que sean objeto de la misma, que de concretarse concurrirán materialmente con la figura del art. 210 CP y se prolonga hasta el momento en que la asociación concluye como tal, por la razón que sea[68]. Así Soler, por ejemplo, explica que la circunstancia de que alguno de los delitos planeados haya sido ejecutado no resta aplicabilidad al art. 210, siempre que existan los elementos requeridos para este delito, y que esto incluso puede constituir prueba de la preexistencia de la asociación[69]. Y D'Alessio recuerda un pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Casación Penal que sostiene que la asociación ilícita es uno de los delitos que, en nuestra legislación, se consuma con un acto de preparación y no de ejecución efectiva[70]. Contra esta interpretación, se alzan quiénes, como vimos, entienden que el delito requiere de algo más que el simple acuerdo entre las partes para configurarse.

Muchos afirman, además, que siendo una figura que trae una anticipación de la punición no admite tentativa[71]. El hecho, sin embargo, es que, como señala Ziffer, desde un punto de vista puramente conceptual, no existe ningún impedimento para construir casos de tentativas acabadas cuya impunidad no resulta evidente[72]. Los ejemplos que propone son el de dos personas que

---

[65] Ibíd.
[66] Creus, cit., p. 112.
[67] Ibíd.
[68] Cfr. D'Alessio, cit. Así también TCPBA, Sala II, causa 20.532, G. J. Q. s/Recurso de casación, rta. 17 de julio de 2008 y sala III, causa 34.857, A.,P s/Recurso de Casación, rta. 11 de mayo de 2010.
[69] Soler, cit., p. 717.
[70] CNCasación Penal, sala I., "Navarro, Gerónimo Rosa s/recurso de casación", c. 1650 de fecha 1998/03/26.
[71] Así D'Alessio, cit. y Creus, cit., p. 113, entre otros.
[72] Ziffer, El delito…, cit., p. 159.

celebran un acuerdo de voluntades y perfeccionan su aporte a la asociación, sin llegar a anexar un tercer miembro y el de la asociación ilícita integrada por un inimputable.

LA DISCUSIÓN SOBRE EL CONCURSO CON LOS DELITOS COMETIDOS POR LA ASOCIACIÓN

La cuestión fue discutida por los jueces de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires en el plenario *Casanova*[73], donde la mayoría resolvió que el delito de asociación ilícita no es absorbido por el de robo en banda (art. 167 inc. 2), sino que ambos concurren y por tratarse de un concurso real, resulta de aplicación la norma contenida en el art. 55 CP. Es relevante destacar, además, que este fallo fue dictado durante la vigencia del plenario *Mouzo* que como veremos a continuación sostuvo que "banda" y "asociación ilícita" son una misma cosa.

El voto de la mayoría en este sentido fue liderado por el juez Santa Coloma que afirmó, básicamente, que la actividad desplegada por la asociación ilícita al cometer los delitos de robo y daño, constituía una decisión independiente de la originaria infracción al art. 210 CP y que por ello resultaba aplicable la doctrina y jurisprudencia unánime que determina que los sujetos que integran la asociación y luego cometen un delito determinado, son pasibles de dos sanciones penales en concurso material. Mientras que, en soledad y sentido contrario, Beruti sostuvo que había una violación al principio ne bis in idem dado que se valoraban como dos hechos lo que en realidad constituía dos instancias distintas de un mismo iter criminis.

Esta solución también fue avalada por la doctrina que, según Ziffer, ha brindado escaso tratamiento al tema[74]. Esto se debe, en su opinión, a la resistencia a aceptar la posibilidad de concurso ideal entre delitos instantáneos y permanentes[75]. En la doctrina alemana, sin embargo y cómo destaca la autora, la cuestión se ha saldado en sentido inverso y predomina la tesis del concurso ideal. Esto básicamente porque se entiende que la intervención en los delitos de la asociación ilícita es siempre participación como miembro, es decir que lo actuado dentro de ellos es a la vez un aporte como coautor o partícipe[76].

Entre nosotros, Ziffer y Cantaro afirman que la tesis que defiende la existencia de un concurso real secciona artificialmente una unidad de conducta, dado que si el modo de tomar parte

[73] Rto. 24 de noviembre de 1953.
[74] Ziffer, El delito…, cit., p. 113.
[75] Íd., p. 114.
[76] Íd., p. 117.

de la asociación es mediante la comisión de uno de los delitos que ésta se promete cometer, no se puede sostenerla sociedad criminal importe un estado anterior e independiente de estos[77]. Esta solución, no obstante y cómo reconoce Ziffer, trae aparejados algunos problemas teóricos difíciles de resolver en los planos material y procesal debido al doble carácter de delito permanente y de organización que posee la asociación ilícita[78].

El primero de ellos es la dificultad que supone evitar que el delito permanente común a los delitos instantáneos sea valorado más de una vez (efecto enlace)[79]. Así si varios delitos se consideran en unidad de acción con uno determinado, se considera que la unidad también existe entre estos diversos delitos, gracias al enlace que produce este delito[80]. Entonces, si en el marco de una asociación ilícita se cometen dos homicidios, estos concurrirían idealmente entre sí y con el delito de asociación ilícita. Esto provoca un claro problema al momento de determinar la escala penal aplicable, lo que ha llevado a distintos juristas a afirmar que el delito permanente pierde su aptitud para enlazar aquellos delitos de mayor contenido injusto[81]. Esta solución, sin embargo, es criticada, acertadamente a mi juicio, por Zaffaroni que señala que no se explica ni aparece clara la razón para aceptar el concurso ideal cuando el tipo de gancho sea más grave y rechazarlo cuando sea más leve[82].

Si consideramos, en cambio, que existe un concurso real entre los delitos cometidos por los miembros de la organización también tenemos un problema dado que, siguiendo con nuestro ejemplo, los homicidios deberían concurrir idealmente con la asociación ilícita y materialmente entre sí, lo que llevaría a valorar dos veces la participación en la asociación ilícita[83]. Ante este atolladero, Jakobs propone como solución alternativa establecer, en primer término, una pena para los delitos posteriores aplicando las reglas del concurso real, sin tener en cuenta la unidad de acción, que luego debe hacerse concurrir idealmente con el delito común (la asociación ilícita)[84].

En el plano procesal, por otro lado, la dificultad tiene que ver con el alcance que cabe reconocer a la cosa juzgada y se verifica cualquiera sea la tesis que adoptemos en materia concursal. Recordemos aquí que el delito permanente o continuo, todos los actos con que se prolonga el estado consumativo deben ser considerados como una unidad de conducta[85]. Y que la condena firme por

[77] CANTARO, cit., p. 351.
[78] Íd., p. 125.
[79] ZIFFER, Art. 210…, cit., p. 398.
[80] ZIFFER, El delito…, cit., p. 121.
[81] Íd., pp. 121 y sgtes.
[82] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, cit., p. 867.
[83] Ibídem.
[84] Íd., p. 124.
[85] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, cit., p. 859.

uno de estos delitos comprende todos los comportamientos que suceden hasta su notificación y que están relacionados con el mismo hecho punible, sin importar si el tribunal los conoció, los tomó en cuenta o si fueron objeto del debate[86]. El juzgamiento del delito precluye, en consecuencia, la posibilidad de persecución penal ulterior de los hechos delictivos protagonizados por los integrantes de la asociación con anterioridad a este acto[87].

La asociación y la agravante en banda

La pluralidad de sujetos activos es reconocida como una agravante genérica en los términos de los arts. 40 y 41 CP y como una circunstancia calificante de numerosos tipos penales[88]. Las expresiones empleadas para referirse a esta circunstancia, sin embargo, varían de caso a caso y en algunas figuras el legislador ha optado por emplear la expresión "banda[89]". Esto generó una encendida polémica acerca de las diferencias y/o semejanzas que existen entre este tipo de organización delictiva y la asociación ilícita del art. 210 bis CP. Sólo en el ámbito de la justicia nacional, el tema ha motivado de tres fallos plenarios de la Cámara en lo Criminal y Correccional (*Mouzo*[90], *Coronel*[91] y *Quiroz*[92]) que reseñare brevemente a continuación, a fin de presentar algunas de las posiciones que se han adoptado en torno al tema.

En el primero de ellos, Mouzo, se estableció que para tener por configurada la calificante por su comisión en "banda" para los delitos de robo y daño, ésta debía reunir las características de la asociación ilícita. El juez Ure, que fue quién propuso dicha solución en primer lugar, argumentó que dicha interpretación se encontraba avalada por los antecedentes históricos, dado que el proyecto de 1891, y más tarde los de 1906 y 1907, establecía con claridad en su art. 109 que por banda debía entenderse "la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados". También resaltó que la definición de "banda" que traía el proyecto de 1917 en su art. 78, fue suprimida en el Senado donde se entendió que el significado del término figuraba con toda precisión en el art. 210. Y por último, recordó que en la exposición de motivos del proyecto de 1906, se afirmó que se hacía de las bandas un delito en la parte especial del código, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones que castigaban a las asociaciones ilícitas por el solo hecho de su organización.

---

[86] Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, T. I, Ed. Del puerto S.R.L, 2004, 2da edición, 3era reimpresión, p. 618.
[87] Cafferata Nores, José I., Asociación ilícita y non bis in idem, LA LEY 1999-B , 300 .
[88] Ver por ejemplo arts. 145 bis inc. 2, 145 ter inc. 3 y 233 CP.
[89] Ver arts. 166 inc. 2, 167 inc. 2, 184 inc. 4 y 303 CP.
[90] Rto. 28 de julio de 1944.
[91] Rto. 07 de junio de 1963.
[92] Rta. 04 de septiembre de 1989.

Ure destacó, además, que no sólo los antecedentes hablaban a favor de esta solución, sino también los criterios sistemático y lógico de interpretación, dado que la conjunción disyuntiva (asociación o banda) que contiene el artículo 210 CP señala la perfecta equivalencia de ambas designaciones. Y remarcó que dicha opinión era coincidente con la mayoría de la doctrina nacional y fue seguida en los proyectos nacionales de 1937 y 1941. Mientras que, en defensa de la solución opuesta, el juez Pessagno remarcó que la posición de la mayoría llevaba a la incongruencia de prever la asociación ilícita como calificante de los delitos de robo y daño y delito autónomo a la vez. Esto, a su juicio, constituía una grave falla técnica y generaba una situación única y violatoria de las reglas del concurso, dado que ningún otro delito no es computado como hecho para serlo como agravante.

La doctrina sentada en *Mouzo*, fue revertida en *Coronel* donde se dijo que a los fines de la aplicación de las agravantes previstas en los arts. 166 inc. 2, 167 inc. 2 y 184 inc. 4 CP, era suficiente que tres personas hubieran tomado participación en el hecho sin necesidad de que éstas conformen una asociación ilícita. En esta oportunidad, el propio Ure revirtió su posición y expresó su acuerdo con el voto del juez Cabral que retomó los argumentos de Pessagno para explicar que, tras la supresión en el Senado de la explicación que contenía el art. 78 y que por cierto la diferenciaba de la asociación ilícita, el concepto de "banda" no se encontraba definido en el Código Penal.

Y añadió que la agravante por comisión en banda tenía una larga tradición histórica que resaltaba el mayor peligro que para los bienes jurídicas entraña la participación conjunta, existiera o no asociación ilícita. Finalmente, la discusión se reeditó en *Quiroz*, donde con Zaffaroni y Argibay votando por la minoría, se clarificó que a los fines del art. 167 inc. 2 CP era suficiente que tres o más personas hayan tornado parte en la ejecución del hecho, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de la que describe el artículo 210.

Esta postura es la actualmente defendida por la mayoría de la Cámara Nacional de Casación Penal[93] y del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires[94] que, en reiteradas oportunidades han afirmado que banda y asociación ilícita no son sinónimos para la ley, siendo asociación y banda el género y asociación ilícita la especie, es decir una especial clase de banda

[93] CNCP, Sala I, causa 13.260, reg. 16.600.1, Acosta Andrada, Julio C. s/recurso de casación,rta. 20 de septiembre de 2010, Sala III, causa 206, reg. 118, "Esponda, José s/Recurso de Casación" entre muchos otros, Sala IV, causa 9885, registro n° 13861.4, , "Schenone, Carlos Abel s/recurso de casación".

[94] TCPBA, Sala II, R. C. s/Recurso de Casación, rta. 20 de noviembre de 2001, Q. G. s/Recurso de Casación, rta. 17 de julio de 2008, Sala I, F.J s/Recurso de Casación, 15 de abril de 2010., Sala III causa 18.318, A., M. s/Recurso de casación,rta. 17 de abril de 2008, causa 28.111, L., M. s/Recurso de casación,rta. 3 de febrero de 2009, causa 29.657, P.,B. s/Recurso de casación, rta. 1 de diciembre de 2009.

destinada a cometer no uno solo, sino varios delitos. Y que no se requiere, a los efectos de la adecuación típica de la conducta atribuida al imputado en el art. 167 inc. 2 CP, que concurran los elementos que integran el tipo penal de asociación ilícita en los términos del art. 210 CP.

La pregunta que deja abierta la interpretación dominante, sin embargo, es si los integrantes de la banda deben intervenir en el hecho como coautores, o es suficiente con que lo hagan como partícipes necesarios, o aún como cómplices. Esta cuestión, en general, ha sido contestada en el primero de los sentidos por la doctrina[95].

Particularidades del art. 210 bis

El art. 210 bis CP prevé entre 5 y 20 años de prisión o reclusión para el "que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

a) Estar integrada por diez o más individuos;

b) Poseer una organización militar o de tipo militar;

c) Tener estructura celular;

d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;

e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;

g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;

h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos".

[95] Ziffer, El delito…, cit., p 107 y Bacigalupo, Enrique, Notas sobre la banda y la distinción entre auxiliador necesario y la participación necesaria, LL, 128-1311.

La primera particularidad de esta figura tiene que ver con los sujetos activos (y en consecuencia con las acciones típicas) que no sólo son quiénes “toman parte”, sino también los que cooperan o ayudan a la formación o el mantenimiento de un determinado tipo de asociación ilícita. Esta formulación es interpretada por la doctrina como una extensión de la responsabilidad hacia quienes ayudan o cooperan sin tomar parte de la asociación[96] y equipara el disvalor de las acciones llevadas adelante por quiénes podrían ser considerados autores con las de los cómplices, que quedan sujetas a la misma escala penal. Creus recuerda que, al referirse a la cooperación o ayuda, el mensaje de elevación del proyecto del Poder Ejecutivo explicaba que la ampliación de la acción típica del art. 210 CP, se había considerado necesaria porque las normas de la participación se refieren a una cooperación a la acción principal (tomar parte de la asociación) y no una promoción del objeto de esa acción[97].

La segunda diferencia, y quizá la más importante, es la exigencia de que “la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”. La fórmula empleada ha generado una discusión acerca de cuáles son las acciones que deben provocar esta puesta en peligro: las constitutivas de la asociación o las llevadas adelante por ella. Creus, D’Alessio y Donna[98] se inclinan por la segunda opción, aunque el primero de ellos refiere que esta no fue la intención de los autores del mensaje que acompaño el proyecto que plantearon como posible exigencia de la punibilidad agravada el cuádruple encuadramiento típico (en los tipos de asociación ilícita simple, de los delitos básicos que la asociación se hubiese propuesto cometer, en la agravante de esos delitos por poner en peligro la Constitución y en la misma agravante de la asociación ilícita) y parecen requerir con ello que la asociación haya cometido algún delito[99].

Esto ha generado una discusión acerca de cuáles deben ser los propósitos de la asociación, y si ella debe estar dirigida a la comisión de delitos de índole política. Así, Cornejo entiende que se trata de una asociación totalmente distinta de la prevista en el art. 210 CP y que ineludiblemente debe tener un propósito político[100]. Y, en el mismo sentido, Fontán Balestra opina que su formación debe haber estado inspirada por móviles que tiendan a subvertir el orden constitucional[101]. Mientras que otros, consideran que lo dirimente es la creación del peligro y que podría suceder que éste sea

[96] DONNA , cit., p., 325.
[97] CREUS, cit., p. 115.
[98] CREUS, cit., p. 116, D’Alessio, cit., DONNA , cit., p. 326.
[99] CREUS, cit., 116.
[100] CORNEJO, cit., p. 89.
[101] FONTÁN BALESTRA, cit., citada por CORNEJO, cit., p. 88.

provocado por una asociación que no haya sido constituida con esta finalidad[102]. La doctrina también coincide en que el peligro debe ser concreto y afectar la vigencia de la Constitución Nacional[103].

Es interesante resaltar también que, como explica Creus, la propuesta original del Poder Ejecutivo hablaba de contribuir "efectiva y deliberadamente" a poner en peligro con el fin de excluir la posibilidad de que el delito sea cometido con dolo eventual, pero esta referencia fue eliminada en el Congreso[104]. Generalmente, se afirma que el peligro debe ser, al menos, tenido en cuenta por el autor[105] o abarcado por el dolo[106]. A esta característica general deben sumarse, además, al menos dos de las enumeradas en los distintos incisos. Algunas de ellas no presentan aspectos conflictivos (incs. e, f y h) o nos remiten a discusiones abordadas al tratar la figura básica (inc. a), mientras que otras requieren algunas precisiones adicionales. Veamos.

El inciso b) prevé que la organización tenga una organización militar o de tipo militar. Creus explica que esta referencia es conocida en nuestra legislación penal, que la ley 21.338 la tomó de la ley 17.567, y que debe interpretarse que la organización, los grados y el contenido de las facultades de los integrantes de la asociación deben asimilarse a la de las fuerzas armadas[107]. Otros de las características contempladas es que la asociación tenga estructura celular (inc. c). Por esto se entiende que la organización debe estar conformada por grupos separados, cuyos integrantes pueden o no conocerse entre sí, que bajo una dirección común contribuyen a los fines de la asociación[108]. Otros afirman que los integrantes de las distintas células no deben conocerse entre sí porque, precisamente, el anonimato es lo que potencia su capacidad operativa e impide o dificulta la identificación de sus integrantes[109]. Creus añade que esta circunstancia debe ser conocida por el sujeto activo, que de lo contrario y de no concurrir otras de las agravantes podría quedar comprendido en el tipo básico[110].

El inciso d) establece que la asociación debe disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo[111]. Según parte de la doctrina la organización debe tener los elementos en forma concreta y estos deben formar parte del acervo del grupo, no siendo suficiente que pertenezcan a

---

102 Creus, cit., p. 116, D'Alessio, cit., Donna, cit., p. 326.
103 Creus, cit., p. 117, Donna, cit., p. 326, D'Alessio, cit.
104 Creus, cit., p. 120.
105 Ibíd.
106 D'Alessio, cit.
107 Creus, cit., p. 118.
108 Así Donna, cit., p. 328 y Creus, cit., p. 118.
109 Cfr. D'Alessio, cit. y Buompadre, cit., p. 380.
110 Creus, cit., p. 118.
111 Ver ley 20.429 y sus decretos reglamentarios.

algunos de los miembros[112]. El inciso e), por su parte, exige que la organización tenga actividad en más de una jurisdicción (provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Y, finalmente, el inciso g) requiere de la existencia de una relación o apoyo por parte de otras organizaciones, lo que puede conllevar intercambio de información o aportes de cualquier tipo, que debe ser fácilmente detectable[113].

Objeciones constitucionales

Como anticipamos, la constitucionalidad de la figura ha sido puesta en duda en numerosas oportunidades. Las principales objeciones han estado vinculadas, fundamentalmente, a la tensión que existe entre su formulación histórica y los principios contenidos en los artículos 18 y 19 CN. Pero también se ha señalado que restringe el derecho de asociación, al interferir con el desarrollo de la autonomía de los ciudadanos al relacionarse entre sí[114]. Como hemos visto en los apartados precedentes, además, éstas tensiones se han visto profundizadas, por la interpretación que operadores judiciales y juristas han hecho de la norma.

Asociación ilícita y principio de legalidad

Como explican Zaffaroni, Alagia y Slokar, la inevitable vaguedad del lenguaje impide que contemos con normas totalmente precisas, pero ello no debe llevarnos a despreciar el principio de legalidad[115]. Más bien al contrario, esto requiere que exijamos al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra, conforme el principio de máxima taxatividad legal[116]. Este mandato se remonta al origen más remoto de nuestra legislación positiva y aunque es requisito de toda materia jurídica, alcanza su más alto grado en la legislación penal del Estado de derecho[117].

Ferrajoli también distingue entre el principio de mera legalidad, que permite que sólo sean calificados como delitos aquellos comportamientos seleccionados por el legislador y contemplados

[112] Nuñez, cit., p. 191.
[113] Cfr. Donna, cit., 329 y D'Alessio, cit.
[114] Ziffer, El delito…, cit., p. 47.
[115] Zaffaroni-Alagia-Slokar, cit., p. 116.
[116] Ibíd.
[117] Zaffaroni, El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente, LLey, 10 de mayo de 2010.

por una ley en sentido formal, y el principio de estricta legalidad, que es lo que nos ocupa aquí y que prescribe a éste la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales, sin la cual los magistrados no estarían en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva[118].

Desde esta perspectiva, se ha criticado la indeterminación de algunos de los elementos de la figura en estudio que, como he reseñado, han dado lugar a numerosas polémicas. Como señala Cantaro[119], se destacan sus ribetes difusos y las dificultades que existen para determinar el bien jurídico y la considerable mengua que esto implica para su rol limitador. Y frente a esta situación, se plantean dos alternativas para el juzgador: declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa[120].

La primera de estas opciones, sin embargo, se ve relegada por la tradicional jurisprudencia de la CSJN que establece que el análisis de validez constitucional es una de las más delicadas funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia y debe estimársela como última ratio del orden jurídico, de manera que se agoten todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir su inconstitucionalidad[121]. Por lo que, en principio, debe aplicarse el principio de máxima taxatividad, salvo que esto resulte demasiado artificioso, lo que sucede cuando carece de todo punto de apoyo legal o cuando la ley contiene una irracionalidad irreductible[122].

Como hemos visto, la figura evidentemente presenta algunos aspectos problemáticos desde esta perspectiva. Pero también es cierto que no puede afirmarse de plano que contenga una irracionalidad irreductible y que sus contornos se han ido definiendo en gran medida a partir de los distintos pronunciamientos jurisdiccionales que se sucedieron y que han evitado caer en la declaración de inconstitucionalidad. Se trata, en definitiva, de una objeción que puede considerarse superada, pero que, no obstante, debería ser tenida en cuenta a fin de orientar su interpretación.

La discusión sobre delitos de peligro abstracto. Asociación ilícita y derecho penal de acto

[118] Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, p. 35.
[119] Cit., p. 340.
[120] Zaffaroni-Alagia-Slokar, cit., p. 117.
[121] Cfr. Fallos: 260:153.
[122] Zaffaroni-Alagia-Slokar, cit., p. 117.

La segunda, y quizá más interesante, de las objeciones planteadas se vincula a la tradicional discusión sobre la extensión del principio de reserva y su impacto sobre los delitos de peligro abstracto y las anticipaciones punitivas. Pero antes de adentrarnos en esta discusión, y a fin de advertir las especiales preguntas que cada uno de ellos plantea, es necesario dar cuenta de los distintos ensayos que han existido para abordar el contenido de injusto de los delitos de organización.

Según Canció Meliá, en la bibliografía han existido fundamentalmente tres teorías. La primera de ellas, minoritaria, piensa a la asociación ilícita como un ejercicio abusivo del derecho de asociación[123]. Una segunda afirma que se trata de una anticipación de la punibilidad justificada por la especial peligrosidad de este tipo de organizaciones. Y la tercera, probablemente mayoritaria en la doctrina alemana y española, habla de un ataque a determinados bienes jurídicos colectivos tales como: "orden público"; "seguridad interior"; "paz jurídica", etc[124]. Entre nosotros, presumiblemente por la forma en que se encuentra regulada la figura y su ubicación en el Código, la discusión ha estado centrada en estas dos últimas posiciones, predominantemente en la tercera, e incluso parte de la doctrina parece haber recurrido a consideraciones de ambos órdenes.

Soler, por ejemplo, decía que muchas de las figuras contenidas en el título de delitos contra el orden público eran actos preparatorios de otros delitos, que serían impunes por su equivocidad, pero que constituían una especie de tipos complementarios que formaban una segunda coraza defensiva y exterior para ciertos bienes jurídicos[125]. E identificaba dos fundamentos para este modo de proceder de la ley: la extraordinaria importancia del bien jurídico protegido que puede hacer necesario castigar no sólo el daño sino también el peligro de ese daño y razones basadas en la experiencia que aconsejan la punición de ciertas acciones, ya por su repetición, ya por su genérica peligrosidad[126].

Esta duailidad, presente también en desarrollos de otro autores, es resaltada por Ziffer que explica que si bien el delito de asociación ilícita puede ser caracterizado como una anticipación de la punición o delito de "amenaza", debe tenerse en cuenta que es reprimido en forma autónoma[127]. Esto, de hecho, es lo que excluye la aplicación del principio de consunción en los casos donde algunos de los delitos protagonizados por la organización que tengan principio de ejecución. Y de ello, deberíamos concluir que no se trata sólo de preparación, sino que hay algo más allí (estabilidad,

[123] Canció Melia, Manuel, El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, iustel.com, RGDP, Nº 8, noviembre 2007, p. 9.
[124] Así, por ejemplo, Soler, cit., p. 698.
[125] Ibíd.
[126] Ibíd.
[127] Ziffer, Arts. 210…, cit., p. 383.

pacto, pluralidad de planes delictivos, etc.)[128].

Estas teorías, a su vez, han sido objeto de distintas críticas. La doctrina de la anticipación ha sido criticada por reducir la perspectiva de análisis exclusivamente al aspecto del adelantamiento de la criminalización, sin identificar el bien jurídico específico tutelado por este tipo de delitos[129]. Y también por darle predominio a aquello que puede ocurrir frente a aquello que ya ha sucedido y hacer foco la fuente del peligro[130]. La penalización, según esta teoría, opera como un mecanismo de defensa contra una amenaza potencial para el orden social establecido y legalmente protegido[131] que, sin embargo, podría llegar a no concretarse por razones de distinta índole. Y esto requiere de una fundamentación adicional que determine, cuándo se puede responder, desviándonos de las reglas generales, por el peligro de un comportamiento *futuro,* propio o ajeno, y, en segundo lugar, cómo se ha de limitar esta responsabilidad para que no contravenga el principio del hecho[132].

Mientras que la teoría de los bienes jurídicos colectivos ha sido atacada por la vaguedad de las descripciones utilizadas para caracterizar el objeto de protección[133]. Los argumentos que con más frecuencia se emplean para justificar estas figuras, que se apoyan en definiciones normativas y abstractas de daño[134], son de orden preventivo-policiales y, de manera menos visible, se invoca también la protección de bienes jurídicos[135]. Ninguno de ellos, no obstante, parece decisivo. Maximizar la disuasión e impedir la lesión de bienes es un objeto legítimo, pero que no alcanza para validar cualquier incursión en la intimidad. Y optar por la segunda opción, nos acerca peligrosamente a las expresiones más refinadas del derecho penal de autor, que en la forma de derecho penal de riesgo, aumenta la relevancia de los elementos subjetivos y normativos de los tipos penales, con la intención de controlar no sólo la conducta, sino la lealtad del sujeto al ordenamiento[136].

En respuesta a estas críticas, Jakobs ha planteado una tercera propuesta que parte de la base de que si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, es posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico[137]. Esto se consigue fragmentando el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales, a cuya

[128] Ibíd.
[129] CANCIÓ MELIA, cit., p.15.
[130] Ibíd.
[131] Cfr. CREUS, cit., p. 108, entre otros.
[132] JAKOBS Günther, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 310.
[133] Íd., p. 18.
[134] ZIFFER, El delito…, cit., p. 43.
[135] JAKOBS, cit., p. 294.
[136] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, cit., p. 67.
[137] JAKOBS, cit., p. 313.

reunión completa se renuncia, y definiendo el injusto a partir de algunos fragmentos o, incluso, por uno de ellos[138]. Al cometer un delito de injusto meramente parcial, entonces, no se infringen las normas principales, sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las primeras[139].

Y garantizar las condiciones de vigencia supone, entre otras cosas, impedir el menoscabo de la confianza en ella por parte de los afectados[140]. El disvalor de estos casos no consiste en una arrogación por parte del autor de la configuración de la relación entre la víctima y el bien jurídico, sino la lesión que provoca en la configuración de la base cognitiva de la vigencia de la norma, debilitando la confianza del resto de la ciudadanía en ella[141]. Para Jakobs, quién participa de una asociación ilícita, entonces, debilita la expectativa de seguridad de la ciudadanía, su confianza en las normas como mecanismo de administración del riesgo.

En definitiva, todas las posturas reseñadas presentan puntos de contacto y dan cuenta de una extensión del ámbito de lo prohibido que, en nuestro medio, ha reeditado las discusiones vinculadas al alcance del art. 19 CN, donde confluyen los principios de exteriorización y el de carácter público o lesivos de las decisiones de voluntad que permiten afirmar el amparo normativo constitucional de toda decisión de voluntad no exteriorizada y de todas aquellas, que pese a cumplir dicha exigencia, no reúnan además el carácter público o socialmente lesivo requerido por la norma fundamental[142].

Lo determinante entonces no parece ser a cuál de ellas se adscriba, sino más bien el alcance que se otorga a la legitimación de la punición que proponen. La labor interpretativa, por ello, debería llevarse adelante procurando contraponer la concepción del autor como enemigo del bien jurídico, que se encuentra al acecho en algunas de ellas, a la idea del autor como ciudadano y titular de un ámbito de reserva y del poder coactivo del Estado, como limitado por el principio de lesividad[143].

Esto supone revisar algunas de las nociones frecuentes sobre el alcance de la figura. Principalmente aquellas vinculadas a la acción típica y la consumación del delito que hoy parecen no estar directamente alineadas con el principio de derecho penal de acto y que no siempre han tenido suficientemente en cuenta, que sólo podemos penar por acciones que provoquen el daño o peligro

138 Ibíd.
139 Ibíd.
140 Íd., p. 315.
141 Íd., pp. 314 y sgtes.
142 MAGARIÑOS, Mario, Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 71.
143 JAKOBS, cit., pp.126 y sgtes.

que es materia de la prevención[144]. Y también procurar que este tipo de incursiones del sistema penal en ámbitos tradicionalmente excluidos de su dominio, o que al menos siembran dudas adicionales acerca de la legitimidad de su proceder, queden reservadas únicamente a casos donde en verdad se encuentre comprometido el orden público.

La discusión acerca de los delitos de peligro abstracto y las anticipaciones punitivas conserva interés, pero en parte ha quedado superada por un contexto de creciente complejización de las organizaciones criminales, una práctica legislativa cada vez más proclive a la inclusión de este tipo de figuras y una tendencia jurisprudencial tendiente a admitirla dentro de ciertos parámetros. El desafío entonces pasa por, como diría Zaffaroni, contener las expresiones más irracionales de este fenómeno y procurar reencauzar aquellas que se encuentran en los márgenes.

Reflexiones finales

Hemos visto el intenso debate que desde su creación, y a través de los años, ha suscitado esta figura tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Algunos de sus problemas se insertan en discusiones más amplias, siguen abiertas a debate y, acaso, no han recibido todavía una respuesta que se encuentre a salvo de críticas. Mientras que otros se han visto beneficiados por este interés que ha contribuido a definir sus límites, otrora difusos. Esto ha reducido significativamente, a mi entender, los márgenes de apreciación y arbitrariedad. Como explica Dworkin, los jueces deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales, pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben cuidar de ver qué aquello que contribuyen encaje con el resto[145].

En el futuro, podría considerarse la posibilidad de introducir algunos de estos avances en el texto legal y quizá atender las críticas vinculadas a la cuantía de la pena que algunos estiman reñida con el principio de proporcionalidad. Pero las objeciones constitucionales que ha merecido la figura, parecen haber sido desestimadas por la CSJN que ha llamado, en cambio, a llevar adelante una interpretación cautelosa. Y, en esta línea, no observo que existan dificultades insalvables para compatibilizar el tipo de asociación ilícita tal como está regulado, con nuestro ordenamiento constitucional.

---

144 Nino, Carlos S., Los límites de la responsabilidad penal, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 335.

145 Dworkin, Ronald, Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

Exigir que se verifique peligro en el caso concreto y que el tomar parte exceda la mera pertenencia a la asociación, parecen conducirnos en este sentido. Y si a ello sumamos, la restricción proveniente de la entidad de los injustos llevados adelante por la asociación podemos terminar de definir un contorno que enmarca a la figura en un ámbito poco, o menos, problemático.

Defensa del Orden Constitucional y la Vida Democrática

Por **Eduardo Jiménez**[1], **Gabriela García Minella**[2] y **Alejandro Tazza**[3]

Art. 226: ***"Serán reprimidos con prisión de cinco (5) a quince (15) años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales.***

Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho (8) a veinticinco (25) años de prisión.

Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de la pena se incrementará en un tercio".-

Art. 226 bis*: "El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años".*

Art. 227: ***"Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional)."***

---

[1] Catedrático regular concursado de la asignatura "Teoría Constitucional" en la Facultad de Derecho de la UNMDP. Ver, para cotejo, www.profesorjimenez.com.ar Trabajó sobre los aspectos introductorios.

[2] Profesora Adjunta en la asignatura Derechos Humanos y Garantías, en la Facultad de Derecho de la UAA. Especialista en Derecho Penal (UNMDP). Trabajó sobre los aspectos introductorios y el armado final del aporte

[3] Profesor Adjunto a cargo de la asignatura Derecho Penal II, en la Facultad de derecho de la UNMDP. Magister en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Trabajó en el comentario a las normas penales derivadas de la manda constitucional.

Art. 227 bis: ***"Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes.***

"Se aplicará de uno (1) a ocho (8) años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales.

"Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales".-

Art. 227 ter: ***"El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.***

Esta disposición no será aplicable, cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".-

Art. 228: ***"Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno (1) a seis (6) años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase".-***

La Defensa Del Orden Constitucional
Y Su Enunciación En El Texto Fundamental

Ha señalado a su tiempo el prestigioso jurista Owen Fiss[4], que "(…) la democracia es un sistema que confiere el poder último de gobierno, a ciudadanos individuales" agregando a ello, que "(…) como se evidencia a partir de la regla que requiere que la extensión del sufragio universal y la regla que exige una persona un voto, gran parte del atractivo de la democracia reside en la exaltación del principio que proclama la igualdad moral de los ciudadanos".-

No fue sencillo para la dura recuperación democrática Argentina[5], incorporar una norma que refleje, con base en la cúspide de su pirámide normativa, el imperativo de resguardo del orden constitucional y la vida democrática. Parte de ésta problemática se advierte con claridad, desde que la denominada Ley de Defensa de la Democracia, N ° 23.077, fue sancionada con anterioridad a la reforma constitucional que consagró el Art. 36 del texto fundamental[6]

El texto fundamental, desde la incorporación del Art. 36, en 1994 tiende a garantizar, con la enunciación normativa allí instaurada[7], la vigencia irrestricta del Estado Constitucional de Derecho.-

[4] Fiss, Owen, en conferencia dictada en la Universidad de Palermo con motivo de recibir el título de Doctor "Honoris causa" por esa Universidad

[5] Institucionalizada desde el acceso a la presidencia constitucional del Dr. Raúl Alfonsín, en 1983, y mantenida sin interrupciones hasta el día de hoy en que la Primera Magistratura es ejercida por la Dra. Cristina Fernández de Kirchner. Ambos con indudable protagonismo en tal consolidación institucional.-

[6] Bien señala en éste punto David Baigún (Cfr., del autor citado en AAVV "Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994" Bidart Campos/Sandler, Coordinadores, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1995) la incidencia de la introducción en el texto del Art. 36 CN, de algunos de los denominados "Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional" previstos en el Título X del C.P., destacando que se trató éste de un proceso inverso al habitual, ya que generalmente la cláusula Constitucional ofrece la base para la elaboración de la ley penal respectiva.-

[7] Señala en lo pertinente, la norma fundamental, que "(…) Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos."

"Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas."

"Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de éstos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de ésta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles."

Señalaba sobre el punto el Convencional Constituyente Antonio Cafiero, en su calidad de "miembro informante" de esta norma, que "(…) se trata de una cláusula poco frecuente y si se quiere novedosa en la legislación constitucional comparada" agregando a ello, que "(…) debemos admitir que cada país, en su momento y a su tiempo, ha tratado de tutelar su orden constitucional, conforme a sus propios antecedentes históricos. No existe una regla universal: cada país ha vivido sus vicisitudes y ha salido a su encuentro forjando normas de defensa de éste bien tan preciado como es el orden constitucional y el sistema democrático".-

Creemos, a partir de lo antes narrado, que la Convención Constituyente ha captado desde la actuación del principio de "fundamentalidad", la regla jurídica que impone la defensa del orden constitucional, a fin de positivizar los siguientes objetivos: 1) rescatar, en la carta Fundamental, conductas sociales que el pueblo conoce y rechaza; 2) impartir reglas claras respecto de lo que el Pueblo desea que se haga, y de lo que desea que no se haga a éste respecto; 3) indicar una clara directiva – imperativa - al Congreso de la Nación; 4) reflejar la conciencia histórica del Pueblo Argentino, hacia las futuras generaciones[8].-

La norma constitucional, comienza instituyendo una declaración, que intenta preservar el valor epistemológico que la democracia posee. No es esta otra cosa que la asunción de una postura jurídica frente a la posible generación de otras posiciones autoritarias en ésta grave cuestión, y aún como válida modalidad de preservación de nuestra memoria histórica, frente a aquellas pretéritas que motivaron el dictado de la norma en cuestión.-

El indudable carácter de "declaración" que detenta el primer párrafo del Art. 36 de la CN., se reafirma con la lectura del informe del convencional constituyente Antonio Hernández[9], quien refirió acerca del punto que "(…) las declaraciones son enunciados solemnes que en la Constitución se hacen sobre el hombre, la sociedad y el Estado. En éste sentido, la norma también es una declaración

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en éste artículo.".Pueden considerarse antecedentes nacionales de ésta norma, al proyecto de Constitución de Alberdi (Art. 27), la Ley 23.077/84 de "Defensa de la Democracia" en cuanto tipifica en el Código Penal los delitos que afectan a la organización política democrática, reemplazando la expresión "rebelión" por la de "Atentados al Orden Constitucional y a la Vida Democrática", previendo expresamente una figura para quienes aceptaran continuar colaborando en determinadas funciones, o aún asumiéndolas en una serie de cargos enunciados en la norma (Art. 227 "bis" CP). Esta normativa había sido adelantada a su tiempo por el propio sistema constitucional provincial (Córdoba, Art. 17, Jujuy, Art. 6.4; La Rioja, Art. 21, Rio Negro, Art. 7, Salta Art.2)

[8] Expresa aquí Marcela Basterra (Cfr. De su autoría "Defensa del Orden Constitucional y del sistema democrático" en Boletín Informativo de la AADC., del mes de abril de 1999, pag.9.), que "(…) es indudable que al establecer ésta norma por unanimidad, las convencionales constituyentes de 1994 han tenido presentes los acontecimientos históricos de los últimos tiempos en relación a los seis gobiernos de facto de éste siglo, los que quedaron escritos en la historia Argentina, alternándose uno a otro con los gobiernos de jure"

[9] Cotejar aquí las versiones taquigráficas de la Convención Constituyente, pág. 1847.-

en el más alto grado, se asienta en la dolorosa historia que vivimos y en la profunda convicción que tenemos sobre la eficacia de la democracia para el tiempo por venir. Expresa ampliamente el consenso de ésta magna Convención Constituyente y consideramos altamente valioso que sea incorporada al texto constitucional".-

La estructura normativa en estudio intenta establecer efectos disuasorios para quienes alienten éste tipo de expectativas en el futuro, y aún una línea institucional de acción – de ahora en más - para los Poderes Públicos frente a éste tipo de acciones.-

Claro es que esta norma integra el complejo normativo que se ha dado en denominar "Derecho Penal Constitucional", integrado también por los Artículos 15, 22, 29 y 127 de la Constitución Textual Argentina. La sanción se especifica y determina en éste caso, en el 2 ° párrafo del Artículo 36.-

Esta tipología constitucional penal, puede graficarse de la siguiente manera:

CUADRO 1

DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TUTELAR DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO (Principios de derecho penal constitucional que previenen quebrantos en el sistema jurídico)

FIGURA CONTEMPLADA POR EL CONSTITUYENTE	NORMA CONSTITUCIONAL QUE LA REGULA	CARACTERIZACION/VALORACION DE LA NORMA
Sedición	Art .22 CN. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste	De raigambre histórica en la argentina, esta figura regula la asonada o pueblada, muy común en

		tiempos de la organización nacional
Traición a la Patria	Art.119 CN Tomar las armas contra ella o unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro	En realidad, la doctrina es conteste en que sólo existe un tipo penal constitucional de traición a la patria, regulado por el art. 119, que dice: "(…) (sólo...). Los demás en realidad tienen la pena del primero, pero sobre la base de conductas antijurídicas diversas. Es importante destacar que el art. 36 de la C.N. incorpora además el derecho de resistencia pacífica a la opresión, ante el acaecimiento de este tipo de hechos
Traición a la Patria (Conceder suma del Poder público o Facultades extraordinarias)	Art. 29 CN Concesión por parte del Congreso al Presidente de Facultades Extraordinarias, la Suma del Poder Público, o sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna	

Traición a la Patria (Alzarse contra el orden constitucional)	Art. 36 CN Alzamiento contra el orden constitucional y la vida democrática	Comprende el objeto de éste artículo.
Corrupción (Enriquecimiento ilícito	Art. 36 Quien incurra en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial	Por su gravedad, se lo equipara al alzamiento contra el orden constitucional

En definitiva y aclarado lo que antecede, cabe ahora agregar que en nuestro caso, y a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional[10], tres delitos distintos [el del Art. 9, el del Art. 36 y el del Art. 127] serán pasibles de la misma pena [la de los "infames traidores a la patria"], por así disponerlo el texto fundamental, siendo la correcta denominación de éste delito constitucional, la de "atentado contra el sistema democrático", que puede ser cometido tanto por aquellos que infringen el primer párrafo, como por los que infringen el segundo párrafo del Art. 36 de la Constitución Nacional.-

El artículo estipula la nulidad absoluta de tales actos de fuerza e instala la revisabilidad de los actos dictados por un gobierno de facto. Dispone también una modalidad de inhabilitación "a perpetuidad" para sus autores, excluyéndolos de la posibilidad e indulto o conmutación de penas por tales hechos.-

[10] Señala en éste punto la profesora Marcela Basterra (Cfr. De su autoría "Defensa del Orden Constitucional y del sistema democrático" en Boletín Informativo de la AADC. citado, pag. 8.), un interesante panorama latinoamericano de la cuestión, en cuanto indica que "(…) algunas constituciones extranjeras contemplan ésta normativa. Tal el caso de **la Constitución de México** (Art. 136) – en la que parece que se han inspirado los convencionales constituyentes de 1994 – que establece que la Constitución "(…) no perderá su fuerza o vigencia aún cuando por alguna rebelión se interrumpiera su observancia". En igual sentido se expresan **la Constitución de Venezuela de 1961**, en cuanto se declara la ineficacia y nulidad de toda autoridad usurpadora y de los actos que dicte o ejecute (Art. 119 y 120); asimismo declara la vigencia de la Constitución frente a cualquier acto de fuerza y la obligación de la ciudadanía de prestar colaboración en el restablecimiento de la vigencia del orden constitucional (Art. 250); **la Constitución del Perú de 1979**, que establece la protección del orden constitucional y el derecho de desobediencia a los gobiernos usurpadores (Art. 81 y 82, **y la Constitución del Uruguay**, que directamente califica a la usurpación como delito de "lesa Nación". En **la Constitución del Paraguay (1992)** inmediatamente de consagrar su supremacía, invalida todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en la Constitución (Art. 136 y 137)".-

Se advierte claramente otra resultante de la experiencia histórica reciente de los argentinos, que finalmente, se definió contraria a la formulación de indultos presidenciales, o aún conmutación de penas para quienes cometan éste tipo de delitos, íntimamente ligados al respeto de los derechos fundamentales.-

La norma en cuestión se refiere tanto a los ejecutores de los actos de fuerza allí incluidos, cuanto a los usurpadores de funciones públicas, como consecuencia de dichos actos

La sanción dispuesta en la norma, se extiende respecto de quienes cometan éste tipo de delitos en las provincias, determinando finalmente la responsabilidad civil y penal de sus actos, declarando que las acciones respectivas, serán imprescriptibles.-

También indica la norma, un derecho que antes bien podía haberse considerado como "implícito" en la Constitución nacional: el de resistencia[11], encorsetado en la siguiente formulación: "(…) todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en éste artículo"

Creemos que resulta adecuado aclarar cual fue el sentido que los convencionales constituyentes quisieron dar a éste derecho: en éste contexto, el propio miembro informante de la norma aclaró el sentido que debe darse al término "derecho de resistencia a la opresión". Así, enfatizó en el recinto Antonio Cafiero que no se hace aquí referencia al derecho, en su formulación clásica, sino que admite que en el país existe una forma "argentina" del derecho a resistir, que no consiste precisamente en tomar las armas, refiriendo al caso de la "abstención revolucionaria" o el "voto en blanco"[12].-

Fundamenta Rosatti[13] la inclusión de ésta modalidad jurídica, en tanto sostiene que "(…) la pérdida de la democracia golpea directamente sobre el tejido conectivo que conforma una comunidad, rompiendo los lazos de la solidaridad para reemplazarlos por la singularidad del altruismo épico, o por un sistema de beneficencia"

Finalmente, retomando ahora el análisis general de la norma constitucional en estudio, expresó el reconocido penalista David Baigún, en lo que consideramos un buen cierre a éste análisis

[11] Bien señala aquí Marcela Basterra (Op. Cit., pag. 10), que éste derecho detenta una doble vertiente, ya que por el Art. 75 inciso 22 se otorga jerarquía constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su preámbulo contempla éste derecho, desde su proyección internacional.-

[12] Bueno es recordar aquí que ya en el II Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, se había sugerido que "(…) debe consagrarse el derecho a desobedecer a éstos gobiernos, desconociendo la obligatoriedad de sus actos, y sancionando a quienes lleven a cabo el hecho de fuerza o colaborasen con él, y declarando la imprescriptibilidad de éstos delitos"

[13] Rosatti, Horacio , en "La Reforma de la Constitución (AAVV), Santa Fe, Rubinzall - Culzoni, pag. 43.-

introductorio de corte constitucional, para los tipos penales a analizar, que los párrafos 2 ° y 3 ° del Artículo 36 de la CN., definen tres circunstancias: los comportamientos delictivos, la calidad de los autores, y las sanciones previstas, aclarando luego, que "(…) a) el delito descripto por el Artículo 36 de la Constitución nacional, es el denominado "atentado al orden constitucional", aunque el texto no haya recogido ése nombre; las dos modalidades son la usurpación de funciones y el consentimiento del atentado, variante esta última que se halla incluida dentro de la fórmula del anterior; b) la formulación del Art. 36, actúa a modo de categoría genérica frente a las conductas del Código penal previstas en el Título X, aunque técnicamente, encierra todos los componentes de un tipo penal. c) la prevalencia de la norma constitucional, obra como mandato sobre la legislación penal"[14].-

ANÁLISIS DE LAS FIGURAS PENALES DERIVADAS DE LA ENUNCUIACIÓN CONSTITUCIONAL

Previo a todo análisis de las figuras penales en cuestión, debemos recordar con Soler[15] aquellos pensamientos de Carrara que ilustraban las dificultades suscitadas en torno a los delitos políticos que lo llevaron a no exponer en su obra esta clase de ilicitudes.

El ilustre jurista argentino aclara que según Carrara, la teoría del delito político se frustraría siempre frente al poder del triunfador. Atento a la concepción iusnaturalista de su obra y pensamiento, su sistema chocaba con el violento desmentido de la sucesión histórica de los

[14] Cfr. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio "Código Penal y Normas Complementarias Comentado" Edit. Hammurabi, 2010, T ° 9, pag. 707/708.-
[15] Ver Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", T° V, pag. 61 y sgtes.

regímenes jurídicos, como un testimonio más de la profunda coherencia de su sistema siendo que el derecho positivo solo le servía como ejemplo de la arquitectura de su construcción jurídica.

El Delito de Rebelión-

Este Título X del Código Penal tuvo importantes cambios a raíz del dictado de la ley 23.077 (publicada en el B.O. el 27/8/84) titulada "Ley de protección del orden constitucional y de la vida democrática". A partir de la mencionada ley -entre otras reformas -se remplazó la rúbrica del Capítulo I que expresaba **"Rebelión"**, por el acápite **"Atentados al orden constitucional y a la vida democrática".-**

Según las propias palabras empleadas en el proyecto de ley que elaborara el Presidente de la Nación al momento de someterlo a consideración del Congreso, se dijo en este aspecto que dicho cambio obedecía a que se pretendía "privar a esta aberrante conducta de la connotación heroica y romántica que posee el término 'rebelión' ". Se quiso con ello, establecer decididamente que quien comete el delito de rebelión es alguien que atenta por la fuerza contra todo el sistema democrático, contra la voluntad del pueblo expresada en las urnas, y contra el debido respeto por los principios y postulados que consagra la Constitución Nacional, afectando el imperio de la ley y el sometimiento de la Nación al estado de derecho.

La doctrina en general ha criticado este cambio de denominación, ya que duplica innecesariamente la referencia al orden público como bien jurídico ya tutelado por la designación que ostenta el Título respectivo, por lo que ha sido considerado superflua[16].-

A su vez, la referencia a la "vida democrática", que estaría relacionada con el ejercicio de los derechos cívicos de los ciudadanos, y al sistema establecido por el marco constitucional, se la ha tildado de confusa, puesto que la democracia hace más bien a una forma o estilo de vida política que tiene su apoyo o soporte en la Constitución Nacional, pero no es un valor absoluto y superior a ésta, por lo cual colocar en igual plano la defensa de ambos es confundir, dentro de un sistema jurídico, aquello que es su fundamento con lo que es consecuencia de esa base"[17].-

Hay quienes opinan sin tanta discrepancia, considerando a la vida democrática como el permanente respeto por el normal desarrollo y funcionamiento de los diversos poderes que

[16] Ver Piotti, Daniel – Fernández, Alberto, "Atentados al orden constitucional y a la vida democrática", LL 1985-A-Sec. Doctrina, pag. 919, y Manigot, Marcelo, "El Código Penal de la Nación Argentina en 1985", Ed. Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, 1985, pag. 147.-

[17] Ver Nieva Woodgate, Federico, "Algunas reflexiones sobre la reciente reforma al C. Penal", LL 1984-D-Sec. Doctrina, pag. 1181, y Manigot, Marcelo, ob. cit, pag. 148.-

interactúan cuando el sistema democrático que fija nuestra ley fundamental, adquiere virtualidad, Ese decir, tiene en mira el hecho subjetivo-material consistente en la conducta ciudadana tendiente a la desestabilización del orden constitucional[18].-

De todas maneras, y más allá de la pauta emotiva –como dice Manigot[19]- que ha inspirado a esta reforma, lo cierto es que lo protegido en el marco de este título está representado nuevamente por el "orden constitucional", en el sentido de organización política propia del país establecida por la Carta Fundamental, que regula y rige con precisión, los mecanismos e instrumentos allí previstos para garantizar a todos los ciudadanos el respeto por los derechos fundamentales, el juego armonioso de las instituciones allí establecidas, y el modo de operar para el debido funcionamiento de los órganos encargados de hacerla respetar.

En síntesis, y más allá de la denominación que quiera dársele a este primer Capítulo del Título X del Código Penal, si tenemos en cuenta la variedad de conductas delictivas que lo conforman, entendemos que se ha querido significar con aquella expresión casi metafórica, que se pretende tutelar todo el sistema estructural político de la Nación Argentina en cuanto al debido respeto a las instituciones de esta índole establecidas por la Carta Fundamental, al modo de elección de sus autoridades, el respeto inexorable al término de su duración en los mandatos, al mecanismo normativo de renovación de sus autoridades y a toda la organización republicana en el sentido de resguardar las formas y procedimientos establecidos expresamente por la Constitución Nacional, sancionando aquellas conductas que lo afecten, como así también –por otro lado- el correcto desempeño de las autoridades ajustado a las cláusulas constitucionales sancionando todo acto que atente de algún modo contra la preservación del sistema democrático y republicano consagrado por nuestra ley fundamental.-

El tipo delictivo: Aún con el cambio de denominación puede considerarse que técnicamente el art. 226 del texto punitivo contempla lo que se ha dado en denominar en doctrina, el delito de rebelión.

Expresa el mencionado articulado del Código penal**:**

Art. 226: ***"Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre***

[18] Ver Fernández, Alberto – Piotti, Alberto, "Atentados al orden constitucional y el orden democrático", LL 1985-A-917.-
[19] Manigot, Marcelo, ob. cit, pag. 147.-

ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales.

Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión.

Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de la pena se incrementará en un tercio".-

El primer párrafo del artículo 226, materialmente consiste en *alzarse en armas*. La expresión que proviene del derecho español[20], supone un movimiento más o menos organizado de personas que disponen de armas, que tienen por finalidad emplear la fuerza y la violencia contra el gobierno nacional o algunos de sus poderes públicos.-

Soler[21] lo caracteriza como el levantamiento público, más o menos tumultuoso de personas, con ciertos rudimentos de organización y armado. Se caracteriza por llevar armas de modo ostensible y colectivo, saquear armerías, apoderarse de arsenales, levantar barricadas[22], u otros hechos similares.

En realidad, la acción típica, conjuntamente con la capacidad de fuerza de que dispongan los que tomar parte del levantamiento, debe tener la suficiente potencialidad como para al menos ser idónea o cierta probabilidad de éxito en el cumplimiento de su finalidad. Ello debe medirse, ineludiblemente, en cada caso concreto según las circunstancias particulares de cada suceso. Como bien dice González Roura[23], el alzamiento debe ser de muchos, es decir, que el número de los rebeldes y las armas han de ser tales que impliquen la posibilidad al menos del logro de su propósito y no importe una ridícula parodia.-

Se trata lisa y llanamente de lo que se denomina por lo general, "golpe de estado", que representa un quiebre en el orden constitucional y la vida democrática por cuanto no respeta los

---

[20] Ver Cuello Calón, Eugenio, Derecho penal, P. Esp.,T. II, pag. 100, Barcelona 1961, edit. Bosch.-

[21] Cfr. Soler, Sebastián, ob. cit, pag. 67. Si bien no representado por un tumulto público, ha dicho con acierto la Cam. Fed. de San Martín, que tiene que ser público en sentido de actividad masiva del grupo alzado, con la idoneidad y armamento suficiente como para oponerse a la fuerza del gobierno en abierta hostilidad. Ver Trib. Cit, "Inc. Apel.", D.J. 1989-I-968, cit. por Almeyra, Miguel Angel, "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho Penal – Parte Especial", T° I, , pag. 664.-

[22] Ver Malagarriga,"El Código Penal Argentino" T° III, pag. 114.-

[23] Cfr. González Roura, "Derecho Penal", T° III, pag. 286, Abeledo, 1922, cit. por Manigot, ob. cit, pag. 153.-

procedimientos y métodos establecidos por la ley fundamental para la renovación de las autoridades gubernamentales de alguno de los tres poderes del Estado Nacional.

La modificación introducida en la penalidad prevista para el anterior delito de rebelión, significó un incremento punitivo basado –según el mensaje de elevación del PEN- en que la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto por la Constitución Nacional para la designación de autoridades y la sanción de normas, constituye uno de los más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos del individuo y los intereses del país.

Sin embargo, hemos adelantado que la penalidad aquí establecida no guarda debida correspondencia con el texto constitucional.

Recordemos que el art. 36 de la Constitución Nacional establece que los autores de acto de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (delito de rebelión), serán pasibles de la sanción que establece la propia Carta Magna, que no es otra que la prevista por el art. 29 del mismo texto, remitiéndose con ello a la que figura en el delito de traición (art. 214 del C. Penal), donde se consigna una sanción punitiva que va desde los 10 a 25 años de prisión o reclusión, o –alternativamente- prisión o reclusión perpetua.

Vale decir que para nuestra Constitución Nacional, la pena que corresponde imponer a quienes realizan actos de fuerza contra el orden institucional y la vida democrática es privativa de libertad de 10 a 25 años o perpetua, mientras que para el Código Penal es mucho menor, de 5 a 15 años para la rebelión simple, con lo que se genera en este aspecto una contradicción entre ambos textos.

Pensamos que producido un hecho calificado como de rebelión (art. 226 C. P.), los Tribunales a la hora de aplicar la penalidad ante la comisión de dicho ilícito, deberán fijarla de acuerdo a los parámetros establecidos por los arts. 29 de la Constitución Nacional y el art. 214 del C. Penal (traición), por tratarse de una penalidad que viene impuesta por una ley superior y como tal insoslayable, aún cuando el texto penal contenga una pena menor.

Es un delito que no podría ser cometido por un solo agente, siendo por ende, un delito de sujeto activo múltiple o plural. Incluso tampoco dos o tres personas en forma aislada podrían cometerlo. Lo decisivo en estos casos, será el número de sujetos activos con relación a las concretas posibilidades de éxito que pudiera tener el mencionado alzamiento, tal como hemos mencionado anteriormente.-

Lo esencial es que se trate de un movimiento público, integrado por un número indeterminado de personas, que emplee la violencia como medio para conseguir sus finalidades y que disponga de armas[24]. Este es en general, el concepto que predomina en la doctrina, que –como hemos adelantado- ha caracterizado a este delito como el movimiento más o menos tumultuoso de personas, con ciertos rudimentos de organización, y que disponen de armas[25].-

El requisito del alzamiento en armas, como elemento constitutivo de la rebelión, no figuraba en el Código de 1887. En él, la rebelión se definía por el *alzamiento público y en abierta hostilidad.* Al respecto decía Joaquín Francisco Pacheco[26]: "una reunión de amotinados tumultuarios no son rebeldes; un regimiento que toma las armas y una plaza fuerte, sublevándose, si lo son".

Lo que se exige, pues, es una acción que supone una actividad conjunta o plural, dirigida a lograr alguna de los propósitos enumerados por la norma, destacando que el uso de las armas que requiere el alzamiento no es el empleo efectivo de ellas, sino simplemente su ostentación[27]. Se trata de un movimiento organizado de personas que disponen de armas para derrocar a las autoridades constitucionales o alcanzar alguno de los graves objetivos que el tipo agrupa como elementos subjetivos de la figura.

No es un "planteo" en el sentido de protesta colectiva con abandono de cometido, de un grupo de personas que viven agrupadas bajo una misma autoridad o trabajo para rechazar enérgicamente una cosa. Aquí hay –en este delito- una tentativa de derrocar al gobierno elegido constitucionalmente, para lo cual se usan armas y se agrupan en conjunto aquellas personas que pretenden conseguir su finalidad, o alguna de las finalidades típicas.

La ley enumera las finalidades que ha de tener el alzamiento en armas para que pueda considerarse un atentado al orden constitucional y a la vida democrática, en el primer párrafo del artículo 226 de nuestro Código.-

Desde este punto de vista, se trata de un elemento subjetivo volitivo, de contenido ultraintencional, que indica la subjetividad que debe inspirar a los autores de la acción típica. Por ello mismo solo el dolo directo puede funcionar plenamente con respecto a esta figura.

---

[24] Cfr. Buompadre, obra citada, T. III, pag.37.-

[25] Cfr. Soler, Sebastián, ob. cit, T° V, pag. 67 ; Fontán Ballestra, Carlos, ob. cti, pag. 99; y Núñez, Ricardo, ob. cit., pag. 293.-

[26] Pacheco, "El Código penal comentado y concordado", T. II, pag. 166, 6ta edic.

[27] Cam. Fed. San Martín, Sala I, "La Tablada", cit. por Donna, Edgardo, ob. cit, pag. 562.-

Por otra parte, es indiferente a los fines de su configuración que alguno de los objetivos propuestos haya sido alcanzado por aquéllos, bastando que estuvieran presentes al momento de la realización de la conducta descrita por el tipo penal.

Ello es característico de estas formas punitivas que por tal motivo se han denominado "atentados" al orden constitucional, o "atentados políticos" en el sentido de sancionar la tentativa de subvertir el orden consagrado por la Constitución Nacional. Sería ilusorio sancionar el hecho victorioso pues es ilógico pensar que los rebeldes triunfantes tomaran el poder y luego se castigaran a ellos mismos. Por tanto, se considera a la tentativa como el último hecho punible, y por ende, completa la consumación delictiva.-

Veamos a continuación los objetivos o propósitos que inspiran el alzamiento armado, que son aquellos que caracterizarán al hecho como un supuesto de rebelión en los términos típicos de la ley penal.-

Cambiar la Constitución.-

La Constitución Nacional es la base de la existencia del Estado y su reforma no puede hacerse sino por los medios y en la forma que ella misma establece, conforme a lo que dispone en el artículo 30 de su texto: **"La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".** Se comprende, pues, que el simple intento de cambiar la Constitución, alzándose en armas para ello, es constitutivo de esta modalidad delictiva.-

No es necesario que el cambio de la Constitución que se persiga, sea total o completo. El significado de la palabra "cambiar" no puede limitarse. Cambiar quiere decir mudar, variar, alterar. Basta, pues, el propósito de un cambio parcial, procurando su realización por medio de un alzamiento en armas para que el delito quede consumado.-

Lo mismo sucede cuando se pretende anteponer otro régimen legal por encima del texto constitucional como sucediera con el Estatuto de Reorganización Nacional durante el golpe de estado en el año 1976 en la República Argentina[28].

[28] En dicho contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió configurada dicha causa en razón a que el Proceso de Reorganización Nacional "usurpó el poder y subordinó la vigencia de la Constitución Nacional al cumplimiento de sus objetivos" (C.S. "Causa orig. Inst. por el Consejo Supremo de las FF.AA en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", del 30-12-86, cit. por Almeyra, Miguel Angel, ob. cit., pag. 663.-

Por consiguiente debe entenderse que cuando la ley penal en esta norma se refiere al “cambio” de la Constitución Nacional significa que el propósito del alzamiento consiste en dejar sin efecto las disposiciones establecidas por la Carta Magna, hacerle perder su vigencia y efectividad -ya sea en forma total o parcial-, o suplantarla por otro régimen legal que se impone coactivamente.

La Constitución Nacional es obra del consenso formado por la sociedad en su conjunto a través de sus representantes, y sus modificaciones se han realizado en la forma prevista para ello, contando con los constituyentes elegidos por el pueblo, con un mandato tácito respecto a los puntos que deberían modificarse, y las concretas reforman que deberían formularse a su respecto.

Su supresión, modificación total o parcial, o su subordinación a otro régimen normativo por medio de la fuerza, la disposición de armas, y sin respetar los procedimientos reglados para ello representa la propia comisión del hecho delictivo de rebelión con el alcance de esta primer finalidad consagrada por el articulado penal.

Deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional.-

La conducta puede ser llevada contra cualquiera de los poderes del gobierno nacional en la persona de quienes los desempeñan. Es decir, que en este supuesto, el atentado contra el orden constitucional y la vida democrática no tiende al cambio del sistema político institucional, sino al de los hombres que desempeñan los cargos públicos.

Así ocurre con la deposición del presidente, la disolución del Congreso o la destitución de la Suprema Corte de Justicia Nacional, lo que no implica suprimir la existencia institucional de determinado poder.-

El ataque debe estar dirigido contra la constitución actual de un poder como tal, tendiendo a destituir por la violencia a las personas que lo desempeñan[29].-

Cuando se trata del Poder Ejecutivo bastará con la intención de deponer al Presidente de la Nación, pues en nuestro sistema constitucional el Poder Ejecutivo se desempeña en forma unipersonal según lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución Nacional.

En lo que se refiere al Poder Legislativo el alzamiento deberá tener como objetivo la disolución del Congreso en su totalidad, su anulación total o parcial, o su reemplazo por otro organismo que cumpla similares funciones como ocurriera en el último golpe de estado en nuestro

[29] Soler, obra citada, T. V., pag. 68.-

país, cuando la Junta de Comandantes triunfante dispuso el cierre del Congreso y en su reemplazo instituyó una Comisión Asesora Legislativa (C.A.L.), para el cumplimiento de funciones legislativas.

Ello por cuanto el Poder Legislativo se encuentra formado por un Congreso que se divide en dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de la Provincias y de la ciudad de Buenos Aires. (art. 44 C.N.).

Un poco más complejo sería el asunto si el objetivo del grupo rebelde fuera la deposición del Poder Judicial de la Nación. El mismo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Nacional, es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales inferiores que el Congreso establece en el territorio de la Nación (art. 108 C.N.)

Sería ilógico pretender para la consecución de este objetivo, que el alzamiento estuviera dirigido a la deposición de todos los jueces del país, sean estos federales o provinciales. Bastará para tenerlo por configurado, la deposición de la cabeza del Poder Judicial, es decir, la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Arrancarle alguna medida o concesión.-

Esta finalidad consiste en lograr de los poderes públicos el dictado de alguna resolución o disposición, por ejemplo el dictado de una ley**,** o una sentencia o la libertad de un detenido. Por cierto, debe tratarse de una medida arrancada al poder por medio del alzamiento.-

No se trata de una simple petición respetuosa y ordenada conforme los parámetros constitucionales. Es una imposición del grupo rebelde, que se manifiesta atentando contra el normal funcionamiento de los Poderes Públicos, dado que si bien toda persona tiene la facultad y el derecho de peticionar ante las autoridades (art. 14 C.N.), ello presupone la corrección del procedimiento y la utilización de las vías o carriles naturales para conseguir tal resultado.

En el caso en análisis los rebeldes recurren al uso de las armas y a la organización tumultuosa para obtener dicha finalidad. El Poder hacia el cual se dirige se ve, naturalmente, coaccionado y compelido a satisfacer sus requerimientos.

Detrás de este reclamo se encuentra latente una especie de amenaza de derrocamiento o deposición del Poder Público. Por ende, cuando el requerimiento asume estas características, el hecho es considerado como un delito de rebelión.

Impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales.-

Se trata de un impedimento de la facultad en si misma, de tal manera que quienes ocupan funciones o cargos públicos no puedan cumplir con aquellos deberes que por la Constitución tienen asignados. Tal impedimento, que puede ser temporario o definitivo, es mucho más que un estorbo o una turbación.-

Emparentada con la finalidad anterior, este propósito se dirige hacia las funciones que le son propias a cada uno de los órganos del Estado. El alzamiento armado representa un claro impedimento del ejercicio de esas prerrogativas que la Constitución Nacional le confiere a cada uno de ellos.

De este modo, cualquiera de los Poderes del Estado de que se trate no puede cumplir debidamente con su función porque el grupo rebelde se lo impide a través de la fuerza y la ostentación de las armas que son propias de este delito.

Impedir la formación o renovación de los poderes nacionales en los términos y formas legales.-

Como expresa Fontán Ballestra[30], la renovación de los poderes ejecutivo y legislativo constituye una de las notas más características del sistema republicano de gobierno. La Constitución Nacional indica los términos y formas legales de esas renovaciones.

Querer impedir el cumplimiento de tales disposiciones constitucionales por medio de un alzamiento armado, es lo que constituye el último supuesto de atentado al orden constitucional y a la vida democrática previsto en el artículo 226 del C. Penal.-

Abarca tanto la constitución en sí misma del órgano (formación), o el cambio (renovación) de autoridades que se realiza habitualmente a través del voto popular, por medio del cual se eligen o se mantienen las autoridades que forman parte de los órganos que así se renuevan.

En el caso, el hecho se dirigirá contra el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, ya que el Poder Judicial tiene establecido un sistema por el cual los magistrados perduran en su cargo mientras dure su buena conducta, y solo a través de un procedimiento especial pueden ser removidos.

En el ámbito de la Corte Suprema de la Nación, sus integrantes pueden ser destituidos por mal desempeño o presunta comisión de delito a través del llamado "juicio político" que se celebra por intermedio de un Tribunal compuesto por legisladores. Por su parte, el resto de los jueces

[30] Fontán Ballestra, Carlos, obra citada, T. VII, pag. 115.-

nacionales pueden ser removidos de sus funciones por iguales motivos, aunque el trámite se realiza por ante el Consejo de la Magistratura de la Nación conforme lo dispuesto por los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional.

Se trata en todos los casos de un delito instantáneo, pero de efectos permanentes que tiene como consecuencia la prolongación en el tiempo. El momento consumativo está determinado por el mismo alzamiento armado cuando lleva alguna de las finalidades típicas previstas por la norma. Los actos anteriores al movimiento armado constituyen actos preparatorios que son castigados bajo la forma de conspiración y no como tentativa, cuando concurren las demás circunstancias que se especifican en el articulado pertinente que comentaremos más adelante.-

Rebelión Agravada por la Específica Finalidad.-

La ley 23.077, ha introducido al artículo 226 del Código Penal un segundo párrafo que hemos visto al transcribir esta figura delictiva.-

Sin lugar a dudas la modificación realizada resulta poco feliz, puesto que no ha podido evitar caer en reiteraciones y graves imprecisiones al describir las motivaciones que deben impulsar al agente en su accionar y que resultan provocadoras de la mayor sanción[31].-

Sobre la imprecisión de la redacción de la modificación a la segunda parte del artículo 226 del Código penal resultan sumamente ilustrativas las palabras del ex-senador José H. Martiarena. Allí se pone de relieve, entre otras cosas, lo siguiente **“esta redacción…elude las dudas de**

[31] Piotti, Daniel A y Alberto A. Fernández, “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (reformas introducidas por la ley 23.077)” en La Ley, 1985-A, pag. 917.-

interpretación que podrían surgir del concepto de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, sobre todo teniendo en cuenta que el golpismo nunca invoca como propósito un cambio permanente del sistema democrático sino que siempre invoca como pretexto la transitoriedad necesaria del golpe. Además "el sistema democrático" no es una expresión constitucional sino doctrinal, y puede dar lugar a interpretaciones interesadas para salvar a los golpistas, según los fines que hayan invocado"(Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del 30/5/84).-

Por otra parte, como hemos dicho, la agravante carece de precisión, pues no deja en claro si el cambio de "modo permanente" se refiere tan solo al "sistema democrático de gobierno" o comprende también a la "supresión de la organización federal", la "eliminación de la división de los poderes", y la "abrogación de los derechos fundamentales de la persona humana".-

El problema de interpretación surge a partir del momento en que al reprimir la "supresión o el menoscabo de la independencia económica de la Nación", expresa este segundo apartado del artículo 226, los términos "aunque sea temporariamente".- Consideramos que el término cuyo alcance llama a dudas ("de modo permanente") califica solamente al "cambio del sistema democrático"[32], según la expresión típica. Pero a poco se seguir con la lectura del texto, vemos que entre los objetivos propuestos por el grupo rebelde se encuentran también suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente la independencia económica de la Nación. Esto significa que, si lo delictivo es suprimir o menoscabar –aun que sea temporariamente- la independencia económica da la Nación, los otros objetivos necesariamente deberán contar con la proyección de permanencia que caracteriza al primero de ellos, puesto que si no, no tendría razón de ser la aclaración que se formula desde lo temporal, cuando lo suprimido es la independencia económica de la Nación.

Se trata de una tipificación deficiente desde el punto de vista legislativo, y la exigencia de permanencia que se enfatiza cuando se refiere al sistema democrático de gobierno, hace que queden fuera de esta hipótesis agravada aquellos sucesos en donde no se pueda comprobar que el golpe de estado intentado intentaba perdurar indefinidamente.

Quedarán fuera de esta agravación aquellos alzamientos dirigidos a modificar el sistema democrático de gobierno, por ejemplo, por un período cierto de tiempo (v. gr. 10 años o 20 años).-

[32] Piotti, obra citada; Nieva Woodgate, "Algunas reflexiones sobre la reciente reforma al Código penal", en La Ley, T. 1984-D, pag. 1181; Buompadre, obra citada, T. III, pag. 41.-

Cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno.

El sistema democrático de gobierno se vincula fundamentalmente con la elección popular de representantes por parte de los ciudadanos argentinos, en razón a que nuestra Constitución Nacional ha adoptado –según el art. 1° C. N.- para su gobierno la forma representativa, republica y federal.

Dentro de este sistema, es la soberanía popular la que adquiere especial relevancia a los fines de la elección y renovación de las autoridades que desempeñarán los cargos propios en alguno de los poderes estatales. Pero de todos modos, el pueblo argentino no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y las autoridades creadas por la misma Constitución Nacional. (ver arts. 22 y 33 de la Carta Fundamental).

Siendo ello así, pretender cambiar el sistema democrático de gobierno por otro que prescinda de la soberanía popular, como por ejemplo un sistema presidencial hereditario, o que disponga la designación de autoridades por medio de una persona o grupo de ellas, representaría esta finalidad típica que la ley castiga más severamente que en los supuestos del primer apartado.

Suprimir la Organización Federal.

La Constitución Nacional -hemos dicho- adoptar una forma de gobierno que asume las características de representatividad republicana federal, estableciéndose un Gobierno Central de carácter Nacional y otro de carácter local que está representado por las autonomías provinciales.

Como bien señala Manigot[33], el opuesto a la organización federal es el sistema unitario o unitarismo en el cual la Nación, aunque compuesta por provincias, tiene un solo gobierno, que es el Nación, que reúne la suma de las soberanías locales.

También es cierto que bastaría que el grupo rebelde pretenda imponer ciertas condiciones para el ejercicio de los poderes provinciales no delegados en la Nación, como ser condicionar sus finanzas o supuestos similares, para que esta hipótesis tuviera concreción típica.[34]-

[33] Ver Manigot, Marcelo, ob. cit, pag. 157, con cita de González, Joaquín V., "Derecho Constitucional", pag. 271).-

[34] Cfr. Manigot, Marcelo, ob. cit, pag. 157.-

Se sostiene con esta disposición penal, la protección de un sistema que ha sido elegido libremente por el pueblo y la ciudadanía, que ha optado por la conservación de los poderes propios de cada una de las provincias que componen el Estado Argentino, erigiéndose como un principio rector que no puede ser modificado por la fuerza, y que en tal caso, merece una sanción mayor que la figura básica.

Eliminar la División de Poderes.

Es sabido que en nuestro sistema constitucional, el Estado se compone de tres órganos o Poderes encargados de la Administración general de los intereses nacionales. El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial son el trípode sobre el cual se asientan las funciones esenciales de administrar, legislar y juzgar los hechos y acontecimientos que hacen al desenvolvimiento y desarrollo cotidiano de los asuntos de una Nación.

La división de poderes tiende a evitar la concentración del poder en manos de una sola persona o un órgano, y de ahí que se haya considerado que la división tripartita de poderes represente una garantía para el adecuado funcionamiento del sistema republicano de gobierno.

La arquitectura constitucional indica que cada uno de estos poderes ejerce un control sobre los otros de modo que se evite caer en el autoritarismo o en un sistema dictatorial. Existen disposiciones constitucionales que impiden a unos ejercer las funciones que corresponden a otros poderes del Estado. De tal modo se pretende un equilibrio funcional por medio del cual ninguno de ellos tenga superioridad por sobre otro de los poderes del Estado.

Cuando el golpe de Estado tenga por finalidad eliminar la división de poderes establecida por la Constitución Nacional, el delito de rebelión se verá agravado por este específico propósito.

Abrogar los derechos fundamentales de la persona humana.

Los derechos fundamentales de la persona humana tienen consagración en primer lugar dentro del catálogo de protección que brinda la propia Constitución Nacional Argentina en su Capítulo Primero que se refiere a las “Declaraciones, derechos y garantías”, ampliándose dicho objeto con la expresa disposición del art. 33 de la Carta Fundamental que señala que aquéllos no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Más aún, aquellos derechos y garantías que surgen de los Tratados Internacionales que fueron incorporados con jerarquía constitucional por el nuevo art. 75 inc. 22 de la Ley fundamental, son comprendidos dentro de esta disposición penal.

En tal sentido las previsiones contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño, son entendidos como complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la misma Constitución Nacional.

Por lo tanto, si uno de los objetivos del alzamiento armado está compuesto por el ataque y el desconocimiento a los derechos y garantías que son reconocidos por la Constitución Nacional o alguno de los Tratados Internacionales, el delito de rebelión agravado será de aplicación.

Se trata de garantizar de tal forma lo que genéricamente se denomina hoy en doctrina "derechos humanos", que tienen íntima vinculación con los derechos inherentes a la persona humana por su sola condición de tal, y que se protegen desde la misma concepción.

Es evidente que la finalidad que inspira a la rebelión deberá estar dirigida a conculcar el libre ejercicio y disposición de tales garantías por parte de la población en general, de modo que los habitantes de la Nación Argentina no puedan ejercerlos con plenitud. Su desconocimiento implica la supresión de la dignidad del ser humano como tal, y se intentará de privarlo de los básicos y fundamentales derechos que a cada uno de nosotros nos asisten por esa solo condición.

Suprimir o menoscabar la independencia económica de la Nación.

Se ha intentado con este agregado sancionar la ideología económica que tras el golpe político viene a acompañar este movimiento. Específicamente, la memoria de los sucesos ocurridos en el año 1976 en Argentina ha inspirado al legislador argentino para agravar la penalidad de estos hechos cuando se trata de condicionar al Estado Argentino a que siga instrucciones impartidas por otro gobierno extranjero o por un organismo internacional.

Si bien en la actualidad ningún gobierno de esta orbe puede considerarse plenamente independiente, la intención legislativa ha estado dirigida a sancionar el hecho de condicionar la toma de decisiones en materia económica a los designios y voluntad de otro gobierno u otra organización internacional.

Por independencia económica de la Nación debería entenderse "la facultad de la misma de autodeterminarse en materia financiera y comercial tanto en lo interno como en lo externo; la potestad de obrar con autonomía en esa materia, sin perjuicio de lo que establezcan, en el ámbito de las relaciones internacionales el derecho de gentes y los tratados que la Nación suscriba"[35].-

Detrás de cada golpe de Estado ha existido en Argentina un plan económico que lo sustentaba, y muchas veces, sugerido por obra de pensamientos foráneos que alentaron el derrocamiento de las autoridades constitucionales.

El argumento principal de consignar de tal modo a esta finalidad quiso evitar que sucesos de tal naturaleza fueran repetidos en nuestro país, y sancionar de tal modo con mayor rigor, a esta clase de propósitos.

Entonces, cuando el objetivo del grupo rebelde sea el de someter las decisiones de política económica a la aprobación o la indicación de órganos foráneos, y no sea la propia voluntad de sus autoridades, el hecho delictivo de la rebelión se verá agravado por esta finalidad específica.

De todos modos, resulta acertada la observación que se formulara respecto de la inadecuada inclusión de una disposición como ésta dentro del título X del Código Penal, puesto que como ya dijéramos, los ilícitos agrupados aquí se vinculan con la relación interna que surge entre las autoridades estatales y los ciudadanos. De adverso, las que se vinculan con aquellas relaciones que surgen del orden internacional son comprendidas dentro del Título anterior.

No creemos que de todos modos ello pueda llegar a constituir un delito de traición, puesto que para que se dé este último será necesario que exista –como presupuesto básico- un estado de guerra internacional y que el agente comisivo tome las armas contra la Nación Argentina o se una al enemigo prestándole ayuda o socorro.

Ahora bien, para cambiar el sistema democrático de gobierno es necesario también cambiar la Constitución Nacional, lo mismo que para eliminar la división de poderes, o suprimir la organización federal o para abrogar los derechos fundamentales de la persona humana.

[35] Cfr. Manigot, Marcelo, ob. cit, pag. 164.-

En consecuencia, cuando el alzamiento armado tuviera alguna de estas finalidades, necesariamente el hecho se adecuará –igualmente- al primer párrafo del art. 226 del Código Penal. Sin embargo, no existirá en el caso un concurso delictivo entre ambos párrafos de la norma punitiva citada, sino que se presentará un supuesto de concurso aparente de tipos penales que debe resolverse acudiendo al principio de especialidad. Por lo tanto, el hecho encontrará su correcta adecuación típica sólo en el segundo párrafo del delito de rebelión, desplazando la forma básica contemplada en el primero.

Agravante por la calidad del Sujeto Activo:

Conforme a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo que comentamos, el mínimo de las penas se incrementan en un tercio si el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar. Son precisamente las personas que ostentan esa calidad las que tienen más facilidad para cometer este delito, ya que cuentan con las armas que el propio Estado ha confiado, aunque para defensa de la Nación.-

Se trata de un agravante fundado en la calidad del sujeto activo, que responde a la tradición de los golpes de estado sucedidos en la República Argentina durante los últimos años, y que en palabras del Senador De la Rúa, obedece al mayor debe de disciplina que tiene el agente de la comisión delictiva.-

Se hallarían comprendidos dentro de esta categorización los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, tales como el personal de la Policía Federal, la Gendarmería, la Prefectura Naval, el Servicio Penitenciario y la Policía de Seguridad Aeroportuaria[36].-

Las disposiciones previstas en los arts. 872 y 873 del Código de Justicia Militar sirven para aclarar la calidad de las personas mencionadas por la norma. Por "militares" debe entenderse a todo aquel que de acuerdo con las leyes orgánicas del ejército, la marina y la aeronáutica, tienen estado, empleo o asimilación militar. Tienen "estado militar" quienes forman parte del cuadro permanente de las fuerzas armadas de la Nación, incluso quienes se encuentren en situación de retiro, y todos aquellos que forman parte de las reservas de las mismas fuerzas mientras se hallen prestando el servicio. A la vez, se designa como de "asimilación militar" a los agentes que prestan servicios en cuerpos militarizados, se hallan sometidos a la jurisdicción militar de acuerdo a lo dispuesto en las

[36] En igual sentido, Piotti -Fernández, ob. cit, pag. 924.-

respectivas leyes orgánicas. Por último, la expresión “empleo militar”, comprendería a todo aquel que realiza una actividad laborativa en relación de dependencia en la órbita de estos cuerpos militares y que desempeñan una función que no es estrictamente de combate o defensa, como serían los abogados, médicos u otros profesionales que trabajan para dichos cuerpos[37].-

Cabe recordar que la nueva redacción dada al art. 77 del Código Penal por la reforma instaurada a través de la ley 26.394, entiende por militar a “toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar”. Pero, agrega a su vez, que “los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si la mismas implican comisión de delito o participación en el mismo”. Con este agregado, en la actualidad entonces, los funcionarios públicos que no formen parte de los cuerpos militarizados pero que integran la cadena de mando militar serán “asimilados” a tal condición en la medida en que ejecuten actos o impartan órdenes o instrucciones con esa finalidad delictiva, en el caso específico, por el hecho de la rebelión.-

En estos supuestos la elevación de la penalidad alcanza a un tercio del mínimo previsto para el hecho cometido. Dependerá pues de la tipificación básica o agravada por el segundo párrafo de la norma, para el establecimiento de la penalidad para el caso en que el mismo fuese perpetrado por personas que tengan esta condición reclamada en la norma.

La disposición parecería referirse a que todos los integrantes del movimiento armado tengan dicha calidad, ya que hace referencia al hecho “perpetrado por personas” que la tuvieran. Por el contrario, no señala –a modo de ejemplo- “cuando alguna de ellas tuviera estado, empleo o asimilación militar”. Con esto, solo funcionaría el agravante en la medida en que el plan haya sido concertado por quienes tengan éstas características aún cuando alguno de los intervinientes sea simplemente una persona ajena a la institución militar.

Sin embargo pensamos que en el supuesto en que el alzamiento armado sea llevado a cabo por personas que tengan esa condición y otras que no la tengan, para aquellos que ostenten grado militar, empleo o asimilación militar el agravante deberá ser aplicado únicamente a estos últimos.

Otras Cuestiones Típicas.

[37] Ver Creus, Carlos, “Reformas al Código Penal”, cit., pag. 153.-

Tratándose de un tipo penal que contiene especiales exigencias desde la perspectiva de los elementos subjetivos distintos del dolo, únicamente su comisión podrá ser atribuida a título de dolo directo, descartando el denominado dolo eventual.

Así las cosas, el momento consumativo se producirá con la producción del alzamiento armado, cuando se pueda asegurar que ha existido un movimiento tumultuoso de personas armadas con la intención de perpetrar alguno de los hechos previstos por la norma como constitutivos de la infracción. Lógicamente no requiere ni la producción del resultado ni el logro de la finalidad propuesta. Los actos anteriores al alzamiento armado serán meros actos preparatorios y por tanto impunes.

Debemos mencionar aquí, y expresamente, la posible aparición de causas de justificación en estos hechos. Se ha dicho en tal sentido que el derecho de resistencia a la opresión operaría como una especie de legítima defensa en los casos en los que los representantes del gobierno ejerzan el poder al margen de la Constitución Nacional; y también se ha esgrimido como argumento justificante similar al estado de necesidad, cuando los rebeldes hayan tratado de impedir la alteración de los principios constitucionales propugnada por los que ejercen el poder[38].-

Nótese que en la actualidad, el propio artículo 36 de la Constitución Nacional atribuye a "todos los ciudadanos" el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo, es decir, contra quienes atenten contra el orden institucional y el sistema democrático y también contra quienes usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las Provincias.-

Amenaza de Atentado Contra el Orden Constitucional y la Vida Democrática-

La amenaza de realizar el hecho de rebelión encuentra su previsión legal en una incorporación punitiva que tuvo lugar con motivo de esta nueva reforma al Código Penal en el año 1984.

El artículo mencionado del Código Penal dispone:

Art. 226 bis: ***"El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años".-***

[38] Ver Creus, Carlos, "Derecho Penal – Parte Especial", T° II, pag. 215 con cita de Ricardo Núñez, Ed. Astrea, 1983.-

Este nuevo tipo legal -introducido por la ley 23.077- se ajusta mejor a la intención de penar adecuadamente conductas cuya virtualidad desestabilizadora de las instituciones es siempre de imprevisibles consecuencias (Del Senador De la Rúa en Diario de Sesiones del H. Senado de la Nación, 30/5/84).-

Para que la amenaza a que se refiere el artículo 226 bis del texto legal sea punible es necesario que la misma reúna dos requisitos: "publicidad" e "idoneidad", o sea, ha de tratarse de una amenaza dirigido a un número indeterminado de personas. Queda exento de responsabilidad penal, aquel que en forma privada anuncia levantarse en armas, o de quien formula la amenaza sin contar con los medios para lograrlo[39].-

El texto del mensaje del Poder Ejecutivo requería que la amenaza fuera idónea y "seria"; pero con sobrados fundamentos la terminología elegida fue la que actualmente ostenta la figura que resulta más adecuada al lenguaje técnico y jurídico de un tipo penal, ya que se podría llegar a amenazarse "seriamente", en el sentido subjetivo del autor que la profiere, pero a la vez carecer de idoneidad, con lo cual la afectación al bien jurídico tutelado sería una mera ilusión que como tal, no merecedora de sanción penal.-

Tales exigencias, la publicidad y la idoneidad, constituyen dos elementos objetivos del tipo penal y no se trata de meras circunstancias objetivas de punibilidad, especialmente en el caso de la publicidad, lo que significa que si la amenaza se realiza privadamente y por cualquier circunstancia ignorada por el autor la misma se hace pública, ya sea por revelación o porque inadvertidamente la misma es grabada y luego reproducida por medios de comunicación, el ilícito no se perfeccionaría. Esto quiere decir sencillamente, que la publicidad como tal debe estar abarcada por el dolo del autor. El sujeto activo debe conocer y querer la publicidad de la amenaza que profiere, de modo que pueda transmitírsela voluntariamente a un número indeterminado de personas.

Lo mismo puede afirmarse de la idoneidad, pues no se trata de sancionar meros pensamientos o comentarios divulgados más como forma de manifestación contraria a un sistema, que como una auténtica actividad tendiente a poner en riesgo el sistema institucional.-

En principio, el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, aunque dada las características objetivas y subjetivas que debe reunir la amenaza para que sea idónea, lo más probable es que únicamente podría serlo alguien que tengan la concreta posibilidad de llevar a cabo

[39] Sostiene Nieva Woodgate, ob. cit, pag. 1182, que la figura no es necesaria en nuestro ordenamiento, y que en la mayoría de los casos el hecho quedaría abarcado por la rebelión misma o por la conspiración para la sedición, o a todo evento habría una forma de intimidación pública, todos delitos con pena mayor que la aquí prevista.

la amenaza, tanto por sus condiciones personales (ascendencia, calidad de militar encumbrado, políticos con influencia institucional, etc.)[40], como por las circunstancias objetivas en las que se producen las manifestaciones típicas (conmoción interior, vacío de poder, etc.).

Vale decir que el sujeto activo debe contar con los medios necesarios para consumar el alzamiento armado[41], estando capacitado para el logro de tal evento en atención a las circunstancias que antes mencionábamos.

El tipo objetivo sanciona al que amenazare, y no al que profiriere amenazas, lo que deja abierta la posibilidad de que ellas puedan ser de cualquier naturaleza y clase, y no solo verbales o escritas, como manifestación de pensamiento. En tal sentido, los gestos, advertencias, movimiento de personas allegadas y toda otra clase de signo distintivo que implique una alarma colectiva de realización del hecho típico podrá ser alcanzada por la punición de esta figura.

De todos modos debe tratarse de una verdadera amenaza, esto es, el anuncio de un mal futuro realizable por parte del autor o de un tercero que obra por él. En el caso concreto la amenaza debe consistir específicamente en la comisión del hecho previsto en el artículo anterior (rebelión) en cualquiera de sus manifestaciones, sea la figura básica o las agravadas. Lo trascendente en el caso es que se amenace con subvertir el orden constitucional, cualquiera que fuesen también, las finalidades que persiga el alzamiento (cambiar la Constitución, deponer algunos de los poderes públicos estatales, etc.).

Hemos dicho que en este delito cualquier persona puede ser el autor, incluso admitiría la individualidad del sujeto activo. No obstante, como lo amenazado es la comisión del delito de rebelión, la amenaza en sí debe referirse a la realización de un alzamiento armado de "muchos", y no solamente al intento de rebelión que irá a cometer quien profiere la amenaza. Es decir que cuando la amenaza de cometer el delito de rebelión se refiere al sujeto que se manifiesta, difícilmente podrá darse esta figura penal por imposibilidad de comisión ante la ausencia de tipificación, por carecer el sujeto activo de los requisitos típicos que exige la figura penal de rebelión. Se dará por el contrario este tipo penal cuando la amenaza se vincule con un alzamiento armado del que puede formar parte el sujeto que amenaza.

Las amenazas –como tales- en realidad influyen en el ánimo y el espíritu de un número indeterminado de personas, o lo que es lo mismo, perturban la tranquilidad colectiva y la libertad de decisión en el espíritu de quien pueden padecer su concreta perpetración. Sostuvimos que en esta

[40] En igual sentido, ver Manigot, Marcelo, ob. cit., pag. 167.-
[41] Ver Piotti – Fernández, ob. cit, pag. 925.-

clase de delitos el sujeto pasivo era el Estado, en cuanto organización jurídica y política, más, al haberse creado una figura penal de esta naturaleza, el legislador ha presumido que el hecho de proferir una amenaza de subvertir el orden constitucional afecta el adecuado y debido desenvolvimiento de la vida democrática de la Nación, generando un estado de conciencia colectiva que se ve perturbado por la realización de la conducta así reprimida.

Desde el punto de vista del tipo subjetivo se requiere de dolo, y creemos que únicamente el dolo directo podrá funcionar con esta figura, descartándose por ende la posibilidad de comisión a título de dolo eventual.

El dolo estaría caracterizado en el caso por la conciencia de que se profiere una amenaza de esta clase y la voluntad de realización pese a ese conocimiento. Además, debe abarcar el contenido de publicidad que reclama el tipo penal, como también la capacidad de su probable concreción que hace a la idoneidad también exigida.

Constituye una figura de peligro abstracto que por sí sola puede llegar a afectar el bien jurídico protegido en cuanto se refiere al mantenimiento del orden constitucional y la vida democrática.

Tratándose, de un delito de pura actividad y de peligro abstracto, la consumación coincide con la acción de amenazar públicamente con la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 226 del Código Penal[42], a lo que agregamos que el mensaje amenazante debe hacerse llegar a un número indeterminado de personas para que quede completamente perfeccionado.-

En consecuencia, delito quedará consumado cuando las amenazas idóneas lleguen a un número indeterminado de personas, dándose así cumplimiento a la publicidad típica, por lo que –aún así- consideramos que esta figura admitiría la tentativa, que estaría representada cuando las mismas no llegan a destino o no hacen públicas por causas ajenas a la voluntad de su autor.

La penalidad impuesta para este suceso ha llevado a que algunos autores criticaran la baja sanción aquí establecida, ya que otras figuras similares contienen de por sí, una sanción mayor. Resulta así, incongruente, que una amenaza que puede perturbar el orden constitucional sea castigada con una pena menor[43].-

Si bien es cierto que la amenaza de cometer el delito de rebelión puede formar parte de la rebelión concretada, ello no genera dificultad alguna desde el punto de vista técnico jurídico puesto

[42] Buompadre, Jorge, obra citada, T. III. pag. 42

[43] Ver Nieva Woodgate, Federico, “Algunas reflexiones sobre la reciente reforma al Código Penal”, LL 1984-D-1167, cit. por Baigún, David – Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Comentario al art. 226 bis por Fernando Bosch y Eduardo Lodiggiani, pag. 738.-

que tratándose de infracciones progresivas, en tal supuesto el hecho de la rebelión absorberá sin duda a la amenaza previa.-

Concesión de Poderes Tiránicos.-

El llamado delito de concesión de poderes tiránicos se encuentra comprendido en el art. 227 del Código Penal y responde a un requerimiento constitucional, ya que históricamente esta modalidad delictiva fue utilizada políticamente en nuestro país, y la ley fundamental decidió directamente sancionar aquella conducta desde el propio texto constitucional sin esperar a que la legislación penal se encargara de preverla.

Señala el texto citado lo siguiente:

Art. 227: ***"Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional)".-***

Más allá de la regla general, a partir de la cual el Congreso no debe interferir en la esfera de actuación de los otros poderes de Estado, y en particular la de no ejercer funciones judiciales, cabe señalar que existe un ámbito de competencia prohibido del Congreso desde la perspectiva institucional, y que se extiende a las legislaturas provinciales. En este sentido los Constituyentes de 1853 insertaron en la Carta Magna el artículo 29 al cual hace referencia en su parte final el artículo 227 del Código penal en su parte final.

Sólo agregaremos, en este punto que la violación a la veda que impone el artículo 29 de la Constitución Nacional a los legisladores, torna estos actos en nulos, de nulidad absoluta y sujetarán a quienes los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.-

Lo que el artículo 227 de este texto prevé, sin embargo, pudo haber sido redactado con mayor ajuste a la Constitución, porque aquel se ha limitado a castigar a los *miembros del Congreso* que concedieren poderes tiránicos, mientras que la Carta Fundamental sujeta a punibilidad a los que *formulen, consientan o firmen*.-

Como expresa Soler[44] para el Código Penal, sujeto activo de este delito es solamente el legislador, mientras que la Constitución abarca al que consiente, es decir, al agraciado con las facultades extraordinarias y agrega que debe prevalecer el texto constitucional[45].-

Los antecedentes históricos sitúan el origen y fundamento de esta disposición constitucional en el intento de evitar lo ocurrido durante los tiempos de Juan Manuel de Rosas, quien solicitaba y obtenía facultades extraordinarias o directamente la suma del poder público con mínimas restricciones, más se tornaba imprescindible cumplir acabadamente con todo el texto constitucional incluyendo dentro del círculo de autores no sólo a quienes conceden (legisladores), sino también a quienes consientan (Poder Ejecutivo), formulen y firmen un acto de esta naturaleza[46], es decir, a todo aquel que haya intervenido en la idea y concreción de semejante conducta.-

Es cierto también que –a la inversa de lo que ocurre con el delito de traición-, el legislador penal argentino ha pecado por defecto[47], ya que en este supuesto debió haber incluido como autor de este delito a aquellos que participaren del modo indicado por la Constitución Nacional, realizando las conductas típicas que la Constitución Nacional imponía sancionar.

Al existir esta contradicción, pensamos que frente a un suceso de esta naturaleza no cabe duda alguna que por el mandato constitucional, las acciones allí previstas (conceder, formular, consentir o firmar) podrían ser perfectamente sancionadas penalmente aplicando directamente el tipo previsto por la Constitución Nacional, que lógicamente ostenta mayor jerarquía normativa que la disposición penal.

La conducta prevista en el artículo 227 del Código Penal implica un ataque a la Constitución Nacional, pues importa desconocer el principio republicano de división de poderes e igualmente cada uno de los derechos, declaraciones y garantías que reconoce la Carta Magna en favor de todos los individuos.-

¿Qué es lo que le está vedado al Congreso Nacional conceder al Poder Ejecutivo?

Las "facultades extraordinarias" que son aquellas concedidas al Poder Ejecutivo por tiempo determinado o indeterminado, que están fuera de las ordinarias que le corresponden con arreglo a la Constitución (por ejemplo la facultad de suprimir la garantía de la defensa en juicio o del derecho de propiedad o la de establecer delitos y penas[48].-

---

[44] Soler, Sebastián, obra citada, T. V, pag.70.-
[45] Conf. Buompadre, T. III., pag.45.-
[46] Ver Tazza, Alejandro "Tres Delitos Constitucionales", en La Ley, Supl. Actualización, del 8-2-2005, pag. 1 y sgtes.
[47] Cfr. Tazza, Alejandro, ob. cit, pag. 1 y sgtes.
[48] Ver La Ley, T. 102, pag. 1061.-

La “suma del poder público”, importa tanto como suprimir la división de los poderes, y de tal manera concentrando en el Poder Ejecutivo, a su discreción, por tiempo limitado o ilimitado, de la totalidad de las facultades legislativas, ejecutivas y judiciales enumeradas o no en la Constitución[49].-

Las sumisiones representan subordinaciones o sometimientos de los poderes Legislativo o Judicial o de ambos al Poder Ejecutivo, respecto de la existencia, estructura, integración de aquellos o de las garantías que les corresponden.-

Las supremacías significan superioridades jerárquico-funcionales. Son preeminencias del Poder Ejecutivo de los poderes Legislativo o Judicial.-

Debemos hacer notar que la concesión de estas facultades o poderes extraordinarios no es punible, sino sólo en la medida que a raíz de tal otorgamiento, la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna.-

Toda otra forma de interferencia en la esfera propia de las facultades de alguno de los Poderes del Estado deberá resolverse desde otra perspectiva contemplada por el ordenamiento jurídico, pudiéndose recurrir a las vías procesales oportunas y establecidas para cada caso en especial, pero no requerir la sanción punitiva aquí prevista cuando la modalidad presuntamente ilícita no se refiera a cuestiones vinculadas con la afectación al honor, la vida o la fortuna de algún ciudadano argentino.

Debemos reiterar aquí, que la penalidad prevista por este tipo penal es la equivalente a la del delito de traición agravada (art. 215 C. Penal, prisión o reclusión perpetua), pero al ser una equiparación “ad-poenam” ello no autoriza a confundir la naturaleza de este delito con la figura penal de la traición a la patria.

Este ilícito es ni más ni menos que el delito de concesión de poderes tiránicos y no una forma especial de traición que requiere de otros elementos típicos y presupuestos que aquí no se encuentran presentes. La confusión idiomática en la que a veces se incurre involuntariamente no es aceptable, ya que significa desconocer los postulados propios de uno y otro delito, como así también, olvidar las razones y argumentos históricos que sirvieron de fuente al constituyente nacional.

Colaboracionismo: Consentimiento prestado por miembros de alguno de los poderes del Estado nacional o de las provincias y continuación en la función pública.-

[49] Ver Proceso criminal contra Rosas ante los Tribunales ordinarios de Buenos Aires, pag. 44, Tapiales 1955, edit. Bases.-

Esta conducta que describe el artículo 227 bis del Código Penal es una disposición absolutamente nueva incorporada por la ley 23.077, y expresa el citado articulado lo siguiente:

Art. 227 bis: ***"Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes.***

"Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales.

"Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales".-

Esta larga y casuista disposición, está lejos de haber logrado correctamente su objetivo.-

No se ha derogado el artículo 235 del Código Penal, el cual en su párrafo segundo contiene una hipótesis sustancialmente similar a la prevista en la nueva disposición, con una pena mucho menor, pues está reprimido el hecho con inhabilitación especial de uno a seis años. En efecto, sostienen algunos que no resistir la rebelión suficientemente y continuar en funciones dando así

colaboración a ella es una conducta prácticamente similar a la del artículo 227 bis del C. Penal[50]. Sin embargo pensamos que son conductas diferentes, puesto que no es lo mismo "no resistir con los medios a su alcance", que consentir un golpe de estado. Es más, si el funcionario público no resiste la rebelión porque está de acuerdo con la idea que prospere el golpe de Estado y luego del quiebre del orden constitucional continúa en sus funciones, será pasible de la sanción prevista por este articulado y no por lo que dispone el art. 235 2da. parte del Código Penal. Pero puede suceder que no haya resistido la rebelión contando con medios para ello, y luego no continúe en funciones, no ocupe ningún otro cargo público o no haga ejecutar las órdenes del nuevo régimen, en cuyo caso, de no existir la norma del art. 235 citada, el hecho sería impune. Por lo tanto, pensamos que las críticas en tal sentido son infundadas.

Consentimiento de Rebelión Calificado.

La primera parte de este articulado contiene lo que hemos llamado consentimiento de rebelión calificado, puesto que únicamente puede ser cometido por aquellos sujetos mencionados en la norma penal.

Los autores de este delito cuya severidad penal es marcada (diez a quince años o quince a veinte años según se trate de reclusión o prisión perpetua disminuida), solo puede ser "los miembros de alguno de los tres poderes del Estado Nacional o de las provincias".

El espectro de autoría aquí es limitado a tales sujetos, quedando comprendidos los legisladores nacionales o provinciales, los jueces nacionales o provinciales de cualquier jerarquía u orden, y el Presidente de la Nación o los Gobernadores de Provincia cuando el objetivo del alzamiento armado sea el de deponer alguno de los otros poderes del Estado o cualquier otra finalidad de las previstas por los tipos penales respectivos que no abarque, lógicamente, la destitución del Poder Ejecutivo.

Es decir, que no se encuentran comprendidos como posibles autores de este ilícito los demás funcionarios que carecen de dichas jerarquías aún cuando desempeñen funciones dentro de los cuerpos deliberativos o judiciales (personal jerárquico de las legislaturas, miembros del Ministerio Público, etc.). Eventualmente podrán cometer el delito pero dentro del encuadre que le otorga la segunda parte de este mismo articulado.

---

[50] Ver Nieva Woodgate, obra citada, pag. 1182; igualmente ver la crítica que hace Miguel A. Padilla en su trabajo Un positivo pero insuficiente intento de la ley de protección del orden constitucional y de la vida democrática en ADLA XLIV-C, pag. 3.681 y ss..-

El delito consiste en “consentir” la consumación de los hechos descritos en el art. 226 del Código Penal, es decir, prestar un acuerdo tácito a la ruptura del orden constitucional, otorgar de modo implícito su conformidad con la conducta de alzamiento armado y compartir indirectamente los objetivos que se hubieren propuesto los rebeldes.

No basta solo con el consentimiento de carácter intelectual o personal[51], es necesario que éste se exteriorice de algún modo.

Este consentimiento debe manifestarse expresamente de alguna de las formas que la ley señala: 1). Continuando en sus funciones; 2). Asumiendo tales funciones, o 3). Haciendo cumplir las medidas dispuestas por los usurpadores del poder.

Vale decir que la acción típica está constituida por el consentimiento de la rebelión o sedición –según el caso-, y éste último se revela objetivamente por alguno de los modos típicos que referencia la norma penal.

Debe tratarse de la continuidad o asunción de alguno de los cargos públicos allí mencionados, o sea, en la condición de miembro de cualquiera de los tres poderes del Estado Nacional o Provincial.

La última modalidad fijada por la disposición penal parece sobreabundante, ya que difícilmente se podrá “hacer cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes” sin que se esté ejerciendo efectivamente un cargo de esa naturaleza. Vale decir, que para hacer cumplir funcionalmente las medidas que adoptaren los revolucionarios, el sujeto activo deberá pertenecer – por permanencia o asunción – a alguno de los tres poderes del estado, con lo cual, con las modalidades antes referidas su conducta quedaría perfectamente atrapada por la norma.

El presupuesto de comisión delictiva se encuentra dado por un momento temporal consistente en la previa modificación forzada de la Constitución Nacional o por haberse depuesto ya alguno de los poderes públicos del estado nacional o provincial. La actitud previa a tales momentos asumida por alguno de estos sujetos no queda comprendida por la figura penal, y a lo sumo podrán ser partícipes de la rebelión o conspiración para la rebelión siempre y cuando hayan tenido una efectiva intervención en tales eventos.

A pesar de ello, es cierto que este articulado solo establece dos de los diez supuestos contenidos por la redacción del delito de rebelión (modificación de la Constitución o deposición de alguno de los poderes públicos)[52]. Creemos que se trata de una limitación que tiene sentido, puesto

[51] Dice Manigot, “ni siquiera aplaudir o estar de acuerdo”. Ver autor y ob. cit., pag. 173.-
[52] Cfr. Manigot, Marcelo, ob. cit, pag. 174.-

que las posibilidades de asunción de funciones o continuidad en las mismas solo pueden darse en tales supuestos y exigirse entonces, que el autor de esta conducta obre de otro modo.

El objetivo de esta norma ha sido el de vaciar de contenido a un eventual consenso del quiebre del orden constitucional, obligando a los funcionarios públicos mencionados a renunciar inmediatamente a sus cargos bajo amenaza de aplicar esta disposición, y desalentar a terceros a que participen activamente del nuevo orden impuesto por los usurpadores del poder estatal o provincial.

Colaboracionismo por Aceptación.

La segunda parte del articulado en comentario prevé una conducta similar a la del primer párrafo, que consiste en este caso en "aceptar colaborar" con el grupo revolucionario luego de que se hubiera modificado por la fuerza la Constitución Nacional o Provincial, o depuesto alguno de los poderes públicos del Estado Nacional o provincial.

No otro entendimiento puede otorgarse a la expresión "en los casos previstos en el párrafo anterior". Es evidente que se está refiriendo al momento temporal a partir del cual se puede cometer ésta y la anterior ilicitud.

Por tanto, la conducta típica está representada por la acción de aceptar colaborar con las nuevas autoridades, y se manifiesta a su vez, a través de la modalidad de continuidad en las funciones o su asunción, en alguno de los cargos que allí se consideran de relevancia.

Dentro de éstos se encuentran los Ministros, los Secretarios y Subsecretarios de Estado, los Directores generales o de jerarquía equivalente, tanto en el orden nacional, como provincial o municipal. Se incluyen los cargos directivos de organismos descentralizados o autárquicos, los Bancos Oficiales (Banco de la Nación Argentina, Banco de las Provincias, etc.), también a los embajadores, los rectores y decanos de Universidades Nacionales o provinciales, los intendentes municipales y los miembros del Ministerio Público Fiscal.

En todos estos casos, el objetivo de su inclusión consiste al igual que en el párrafo anterior, a que se produzcan renuncias masivas dentro de la órbita de la Administración Pública y a desalentar la asunción de estas funciones por parte de aquellos que tuviesen interés en participar de algún modo en la actividad estatal, provincial o municipal.

Como toda disposición casuística, se corre el riesgo de dejar fuera de la previsión legal a algunas funciones que en orden a la visión de conjunto y preeminencia no deberían quedar ajenas a la punibilidad. A modo de ejemplo podríamos señalar a los Concejales de los cuerpos deliberativos

municipales que no forman parte de alguno de los tres poderes del Estado Nacional o Provincial (primera parte del articulado), ni tampoco se encuentran comprendidos dentro de este segundo párrafo. Por otra parte se menciona también a los miembros de las fuerzas armadas o de policía, lo que trae algunos problemas de interpretación cuando en el art. 235 existe una agravación especial para la comisión de estos delitos por parte de tales sujetos, algo de lo que nos ocuparemos más adelante.

Se asumen funciones, cuando se ingresa en el ámbito de la administración pública nacional o provincial, empresas del Estado, etc., ya sea en forma contemporánea o posterior al hecho constitutivo de la rebelión. Se continúa en las funciones cuando se permanece en el cargo cumpliendo tareas inherentes al mismo, sin que –por ejemplo- una licencia otorgada con posterioridad a ello implique necesariamente una manifestación de disenso que borre la tipicidad de la conducta[53].-

La penalidad para este supuesto es reducida con la fijada por el primer párrafo del articulado (de 1 a 8 años), y no contiene la disminución prevista por el art. 46 del C. Penal aunque se trate de una forma de colaboración o participación en el hecho doloso de terceros.

A pesar de ello creemos que la penalidad fijada se ajusta a la naturaleza secundaria de los cargos que representan a los sujetos activos como posibles autores del delito aquí previsto, y que no implica ninguna desigualdad injustificada la ausencia de reducción penal en los mismos términos que el párrafo anterior, no pudiendo ser la misma computada frente a la ausencia de previsión expresa en tal sentido[54].-

Equiparación funcional.

El tercer párrafo de este articulado establece una equiparación funcional para cargos con distinta denominación.

En efecto, si para burlar las disposiciones anteriores las autoridades de facto llegaren a crear diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas anteriormente (Asesores en lugar de Ministros; gerentes en lugar de Secretarios de Estado, etc.), se deberá atender en cada caso a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los que fueren creados o cambiados.

[53] Ver en igual sentido, Manigot, Marcelo, ob. cit., pag. 175.-
[54] Otra cosa parece pensar Manigot, ver ob. cit., pag. 172.-

Es decir, no existirá impunidad si la denominación del cargo desempeñado no se ajusta a alguno de los establecidos en el segundo párrafo del articulado si las funciones que tiene a su cargo son semejantes o idénticas a las del cargo creado o modificado.

Para impedir también que se vea burlado el sentido de esta disposición penal, la reforma de la ley 23.077 procedió a modificar la parte general del Código Penal, estableciendo en el párrafo tercero del art. 67 del catálogo punitivo que el curso de la prescripción de los delitos de rebelión y colaboracionismo (arts. 226 y 227 bis C. P.) se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

Es cierto que podrían plantearse algunas cuestiones de validez de las normas penales si las nuevas autoridades de facto derogasen estas disposiciones[55], pero creemos que las mismas serán aplicables sin recurrir a violación del principio de irretroactividad de la ley penal, puesto que al momento de comisión la legislación a aplicar debería ser la vigente al momento de comisión delictiva, que no es ni más ni menos que la actual legislación.

AGRAVANTE COMÚN O GENÉRICO.-

La norma incorporada por la reforma al Código Penal contiene un agravante genérico.

Expresa el artículo 227 ter del texto punitivo lo siguiente:

Art. 227 ter: ***"El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.***

Esta disposición no será aplicable, cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".-

Como toda agravante genérica, adolece de ambigüedad e indeterminación. Al respecto, dice muy bien Buompadre[56] que resulta bastante difícil de imaginar la compatibilidad de esta agravante con un delito de naturaleza común, aunque pueda tener ciertas connotaciones subversivas.-

No obstante, y dado que la misma está prevista para la comisión de cualquier delito común y no a alguno de los que se circunscriben a este Título del Código Penal, podría imaginarse que cuando el hecho adquiera trascendencia institucional por las características de la víctima (homicidio del

[55] Ver en tal sentido el interesante trabajo de Miguel Padilla, ob. cit, pag. 3680/81.-

[56] Buompadre, Jorge, Obra citada, T. III, pag. 49.-

Presidente, vg.), por sus repercusiones sociales, y el contexto circunstancias en el cual es cometido (estado de conmoción interna, etc.), se darían las condiciones como para considerar que la conducta pone en peligro la vigencia de la Constitución Nacional[57]. Tal evaluación deberán hacerla los magistrados que bajo su competencia tengan la posibilidad de analizar la comisión delictiva conjuntamente con la producción de aquellos elementos indiciarios, como para establecer si en el caso concreto la posibilidad requerida por la ley penal (peligro para la vigencia de la Constitución Nacional) tiene virtualidad efectiva.

Por supuesto que se refiere a delitos dolosos, quedando excluidos los delitos culposos ya que en éstos últimos no existiría la relación subjetiva exigida entre el hecho delictivo y el peligro creado para la vigencia del orden constitucional.

Creemos también que sólo operará con los tipos penales activos, quedando fuera de la agravación aquellas conductas receptadas en tipos penales omisivos, aún cuando éstos fueran dolosos debido a los mismos motivos que los expresados anteriormente y su difícil configuración en un caso concreto para que produzca el riesgo reclamado por esta norma.

En virtud de esta disposición se agrava cualquier delito previsto en cualquiera de los Títulos del Libro II del Código penal o en las leyes que lo complementan, tanto las figuras básicas de ellos como las agravadas por distintas circunstancias, siempre que:

a) la acción delictiva haya contribuido a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Tiene que tratarse de un peligro concreto de subversión del orden constitucional, aunque ese resultado no se concrete[58]. Tampoco es necesario que la conducta ilícita haya sido la causante o desencadenante de esa situación de riesgo para la vigencia del orden constitucional, ya que la norma solo exige que haya contribuido a ponerla en peligro, vale decir, que haya actuado como una causa conjunta para el logro de la peligrosidad reclamada.
b) el autor haya actuado con conciencia de que su delito ponía en peligro la vigencia de la Constitución Nacional o representándose y asintiendo esa probabilidad..-
c) la circunstancia calificante mencionada en el artículo 227 ter, no se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito cuya comisión crea ese peligro o resultado. En este último caso, la norma en análisis no será aplicable. Ello sucederá indudablemente en los supuestos del art. 210 bis del C. Penal (asociación ilícita agravada) y en el caso de la propia rebelión básica o agravada (art. 226 del C. Penal), al igual que en las figuras similares.

[57] Cfr. Creus, Carlos, "Reformas…", cit., pag. 156.-
[58] Nieva Woodgate parecería conformarse con el peligro abstracto. Ver autor y obra cit., pag. 1184.-

De este modo, la disposición comentada vino a ampliar –en aquél momento y antes de la reforma al art. 55 del C. Penal- las penalidades correspondientes por el concurso delictivo de hechos punibles, ya que había elevado el máximo de la pena privativa de libertad divisible hasta alcanzar los 37 años y medio de prisión o reclusión.

VIOLACIÓN DE PATRONATO

Una figura un tanto desactualizada aparece a continuación dentro de este Capítulo I del Título X del Código Penal.

El artículo 228 de su texto dispone:

Art. 228: ***"Se impondrá prisión de seis meses a dos años el que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido, y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase".-***

El bien que el artículo 228 del catálogo punitivo procuraba resguardar era el derecho del titular del Poder Ejecutivo Nacional a conceder el pase o retener los decretos de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice con acuerdo de la Suprema Corte, derecho que le correspondía al Gobierno de la Nación cuando tenía el ejercicio del patronato.-

Tal disposición proviene del derecho español, luego incorporada a la ley 49 y por el Proyecto de 1891 que incluyó en este Título a la figura por entender que el delito tiende a lesionar el libre ejercicio de facultades constitucionales[59].-

Pero con la reforma constitucional de 1994 se produjeron cambios importantes, ya que se suprimió dicho patronato (derechos que ejercía el gobierno federal relacionados, por ejemplo, con ingresos de nuevas órdenes religiosas, o bien, concediendo el pase o la retención de los decretos de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice, etc).-

Como consecuencia de ello, la norma del artículo 228 del nuestro Código Penal ha quedado implícitamente derogada.-

[59] Ver Soler, Sebastián, ob. cit., pag. 71 y su cita.-

Debe destacarse en ese sentido que bajo la vigencia de la ley 21.338 el texto había sido reemplazado por otra redacción en la que se sancionaba la ejecución o el hecho de mandar a ejecutar actos de autoridad de un país extranjero en el territorio de nuestra república sin contar con la debida autorización.

Dicho texto se refería a hechos más generales y comprensivos de cualquier acto de autoridad extranjera y no solo los emanados de actos provenientes de la Santa Sede, con lo cual incluía llevar a cabo ejecución sin autorización de actos policiales, judiciales, impositivos, registros, inscripciones de personas o similares, siguiendo el modelo español y el suizo[60].-

Será necesario pues, en una eventual reforma general de nuestro Código Penal, revisar la utilidad de la figura actual y, en todo caso, el preferible regreso al texto anterior como modo de sancionar punitivamente la perturbación de ciertas facultades constitucionales otorgadas a alguno de los Poderes del Estado Argentino.-

[60] Cfr. Soler, Sebastián, ob. cit., pag. 72.-

Usurpación de Autoridad, Títulos u Honores”

Por **Rodrigo D. Lopez Gaston**

Art. 246*: “Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:*

Inc. 1. ***El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente.***

Inc. 2º ***“El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas.”***

Inc. 3º ***“El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.*”**

***“El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado*.** (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación).”

Art. 247: ***“Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.***

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren”.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Bien Jurídico.

Los delitos de usurpación de autoridad, títulos u honores desarrollan otro de los títulos ubicados dentro de aquellos ilícitos que lesionan o vulneran la administración pública en sentido laxo. Más arriba hemos visto de qué trata ella. Lo que aquí importa es saber que los delitos que analizamos se cometen *desde la función pública*, como a Alfredo Molinario le gustaba decir.

Vamos a ver que en la literatura jurídica se recurre a fórmulas genéricas acerca del contenido de la tutela de estos ilícitos. Ello ocurre cuando se afirma que lo que se pretende proteger es el buen funcionamiento de la Administración en cuanto se requiere la legalidad de sus tareas y obligaciones dentro de la esfera de competencia de cada órgano que la compone y cuyo orden y validéz pueden resultar afectados por deficiencias del sujeto que practica el acto[1]. Sin embargo, el sujeto que usurpa títulos u honores no se relaciona en sentido estricto con las funciones estatales como sucede en otros delitos y por ello resulta una deficiencia recurrir a la fórmula genérica de *tutela de la administración* para comprender a los tipos penales que estamos anotando. De tal forma, Nuñez sintetiza la cuestión al afirmar que los arts. 246 y 247 del Código Penal protegen la facultad estatal de conferir autoridad, títulos u honores públicos[2].

También se busca proteger “el monopolio estatal en el otorgamiento de ciertas *calidades* (títulos u honores) que aunque están desprovistas de autoridad, existe interés del estado en preservar de usurpaciones o simulaciones”[3].

Vamos a ver los casos donde el agente usurpa o se atribuye derechos de otro, funciones que no le corresponden, honores o títulos, pudiendo tratarse de un particular (inciso 1º), un ex funcionario público (inciso 2º) y un funcionario público (inciso 3º).

“Usurpación de autoridad”

Art. 246: “Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

[1] Por todos, SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, 4º edición Parte Especial, 10º reimpresión total, ed. TEA, Bs.As., 1992, p.169.
[2] NUÑEZ, Ricardo C.; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Volumen II, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, p.53.
[3] LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique A.; *Notas al Código Penal Argentino*, Tomo III, Parte Especial, 2º edición, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p.122.

Inc. 1. El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente."

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Este capítulo ha sido adoptado del proyecto de 1906, el que a su vez se inspiró en el proyecto de 1891. A través de él se incorporó la figura del uso indebido de insignias o distintivos oficiales, grados académicos, títulos profesionales u honores, injustos que antiguamente no se encontraban previstos, alineándose con las legislaciones extranjeras de la época.

El ejercicio de funciones públicas sin título ni nombramiento expedido por autoridad competente se encontraba previsto en el proyecto de Carlos Tejedor (1866-1868) resaltando la importancia de la función pública como condición especial del delito pues su relieve exige que deba ser protegida y defendida de cualquier peligrosa usurpación. El precepto se repite en proyecto de 1881 (Villegas, Ugarriza y García), 1886 y consecuentes, manteniéndose inalterable hasta el Código vigente.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los sujetos.

Este primer supuesto refiere al particular –cualquier persona que no desempeñe funciones públicas- que asume o ejerce funciones públicas sin título ni nombramiento expedido por la autoridad competente. Por tanto, se excluye al funcionario público que sí está exigido dentro del círculo de autores posibles en los incisos siguientes.

Acciones Típicas.

El ilícito puede cometerse bajo dos modalidades: *(i)* asunción y *(ii)* ejercicio indebido de funciones públicas.

Asume funciones públicas quien por cualquier medio toma posesión efectiva de un cargo público o comisión de ese carácter, colocándose en situación de ejercer las funciones que le son inherentes sin que sea suficiente la mera invocación del cargo[4]. *Ejerce* ilegítimamente funciones de ese tenor el sujeto que alegando estar investido de autoridad, realiza actos propios del cargo al que

[4] LAJE ANAYA…; ob.cit., p.123.

corresponde la calidad funcional invocada[5]. En este supuesto se requieren dos requisitos: que el autor se atribuya la calidad que le confiere la autoridad pública que pretende ejercer (calidad con la que obra el agente) y la ejecución de actos que legalmente entren en la competencia de esa autoridad (calidad del acto que ejecuta)[6].

Implica que el sujeto activo deba tomar posesión de la función pública y proceder como si en realidad se tuviese derecho para desempeñarla[7], bastando con que solo asuma para configurar el aspecto objetivo. Se trata de dos hipótesis alternativas de comisión.

El rasgo *indebido* viene dado por la ausencia de título o nombramiento expedido por la autoridad competente, de manera que el sujeto que recibe el nombramiento efectuado por quien carece de facultades, asumiendo o ejerciendo funciones públicas en tales condiciones, es autor de este ilícito. Quedan contemplados los supuestos en donde la persona actúa sin título o nombramiento, como el que actúa con un título otorgado por quien carece de toda facultad o con un título o nombramiento absolutamente nulos[8].

Como el precepto habla de funciones públicas en sentido amplio, quedan comprendidas todas las usurpaciones que tengan carácter municipal, administrativo, político o judicial[9]. Sin embargo, lo fundamental es la naturaleza del acto cumplido pues el acto usurpado no debe consistir en cualquier acto sino en un acto funcional. Soler grafica con el siguiente ejemplo: “El que, mostrando un falso carnet policial o municipal de inspector, entra a un cine gratis, estafa; pero el que lo muestra para realizar un acto de inspección, usurpa autoridad”[10]. En este aspecto se ha dado una rica discusión acerca si todo acto que un funcionario público realiza es un *acto funcional* a los fines de este delito. Soler advierte sobre un serio descuido en la interpretación de esta cuestión y adopta como definición de *función pública* “la actividad de un funcionario como órgano actuante de la voluntad del Estado, por modesta que sea su esfera de autoridad”, encerrándose en ella los actos funcionales ejercidos por ese funcionario como pasibles de ser tipificados por la norma al ser ellas las únicas que revisten importancia para atraer la protección penal. De tal forma, excluye las funciones subalternas “en las cuales no es posible discernir contenido alguno de acto público u oficial, no obstante ser cumplido normalmente por un empleado (ordenanza, chofer)”[11].

[5] Idem.
[6] NUÑEZ…; ob.cit., p.56.
[7] MORENO, Rodolfo (h.); *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo VI, ed. H.A. Tommasi, Bs.As., 1923, p.160.
[8] SOLER, Sebastián…; ob.cit., p. 172.
[9] MORENO, Rodolfo (h.)…, ob.cit., p. 160.
[10] SOLER, Sebastián…; ob.cit., p.171.
[11] Conf. SOLER…, ob.cit., p.171. Laje Anaya y Gavier también apoyan el sentido estricto del concepto.

De la vereda opuesta se encuentra la opinión de Eusebio Gómez quien, apoyado en la falta de distinción de la ley y en sus notas de generalidad, afirma que ella ha querido referirse a todas las funciones públicas que importen una participación en el manejo de los servicios públicos aún siendo subalterna. Apoya sus razones en el objeto que guarda este delito, esto es, asegurar el funcionamiento normal y regular de todos los servicios públicos y proteger contra la usurpación las funciones públicas[12].

No debe perderse de vista que otro de los presupuestos del tipo penal es, también, la falta de título. Se ha discutido si este elemento del tipo objetivo respondía al título profesional (supuestos en que la función pública pueda ser ejercida por particulares con título) o como uno de los actos que legitiman al funcionario para asumir el cargo y ejercer la función pública (elección popular o título electivo). Nos quedamos con este último, al igual que Ricardo Nuñez, pues existen funciones cuya asunción y ejercicio dependen de un nombramiento pero también están aquellas que dependen de una elección u otro procedimiento electivo que legitiman la posesión o el desempeño del cargo.

Tipo Subjetivo.

Se exige dolo directo. En tal sentido, el agente debe tener conocimiento de que la función o el cargo son usurpados. Él debe saber que carece de título o nombramiento para la función pública que asume o ejerce.

Consumación y Tentativa.

El ilícito se consuma desde el momento en que el particular asume la función pública o la ejerce en forma indebida. En ambos casos se admite la tentativa[13] "porque es posible que el autor realice actos de ejecución del propósito de asumir o ejercer la función, sin que lo logre[14]". Sin embargo, resulta difícil imaginar actos que den comienzo de ejecución por tratarse de un delito de peligro abstracto.

ART. 246: Inc. 2º "El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente

[12] GÓMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, ed. Compañía Argentina de Editores, Bs.As., 1941, p.488.
[13] LAJE ANAYA…; ob.cit., p.125.
[14] NUÑEZ…; ob.cit., p.59.

comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas."

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Este delito, conocido como continuación arbitraria de la función pública o persistencia ilegal en la función, ya se encontraba proyectado en el Código de Carlos Tejedor (1866/68) donde se castigaba al que hallándose destituido o suspendido de un cargo público continuaba ejerciendo las funciones anexas a él. Esta disposición se repitió en los sucesivos proyectos y en el Código Penal de 1886 que, como ya sabemos, siguió los manuscritos del doctor Tejedor.

En la nota respectiva, el proyectista recalca que la razón del castigo penal radica en la usurpación del poder, en ese atentado contra la autoridad, exigiéndose que el empleado público destituido tenga conocimiento oficial de la destitución.

El artículo fue transcripto en el Código Penal de 1921 y su texto es el que posee vigencia en la actualidad.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Este supuesto delictual cierra el círculo de autores posibles al funcionario público que ha dejado legalmente de desempeñar su cargo. Como vemos, aquí no se trata de un particular que asume o ejerce un cargo público sino de un funcionario público que viene ejerciendo su cargo, configurando un delito de especialidad propia.

Acciones Típicas.

El cuadro de situación es el siguiente: aquí tenemos a un funcionario público que ha cesado en su cargo por ministerio de la ley, por cesantía o por suspensión. Pese a ello, continúa ejerciendo las funciones inherentes a ese cargo en forma ilegítima sin que exista solución de continuidad entre el ejercicio legítimo y su continuidad ilegítima[15]. Caso contrario, el encuadre legal se desplazaría al inc. 1º del art. 246 del Código Penal.

Creus y Buompadre especifican los modos de cesar en la función. Ocurre por *ministerio de la ley* cuando se establece un período de tiempo determinado para la duración del cargo ya sea de forma

[15] CREUS, p.254.

explícita como implícita. En cuanto a la *cesantía* se comprende la finalización del ejercicio en el cargo por directa disposición de la autoridad competente o por la aceptación de la renuncia formulada por el funcionario. Respecto a la *suspensión* refieren el retiro funcional del cargo de manera temporal. Entienden que en los dos últimos supuestos, el agente debe haber tenido notificación bajo las formas legales de la resolución que dispone la cesantía o suspensión del cargo, resultando insuficiente el mero conocimiento que tenga el agente sobre dicha disposición aún antes de su comunicación oficial.

La cesantía o suspensión debe proceder de la autoridad facultada por la Constitución Nacional o la ley y debe haber sido dictada respetando el procedimiento instaurado pues de no ser así no habrá cesantía o suspensión eficaz en los términos del tipo penal[16]. Nuñez subraya que ambos supuestos no pueden responder a un abuso de autoridad (lo que excluiría, también, su tipicidad), dejando de lado la simple injusticia o improcedencia de la causa de la cesantía o suspensión al no afectar su legitimidad sustancial.

La función pública que el funcionario continúa ejerciendo pese a su cese debe subsistir dentro de la Administración Pública para que la acción sea típica pues, de haber cesado por supresión, la conducta sería atípica.

El supuesto en donde el funcionario suspendido o cesante continúa en las funciones con el fin de salvar un peligro grave e inminente, el cual no era evitable de otro modo, vería justificada su actividad. Como opina Soler, la práctica de alguna función posterior merced a razones de urgencia podrá estar justificada atendiendo a los principios generales del estado de necesidad, considerando los daños que podían derivar de la omisión para el servicio[17].

Tipo Subjetivo.

El dolo que se exige se vincula con el conocimiento que el sujeto activo debe tener del cese de la función pública que legítimamente venía ejerciendo, pese a lo cual, continúa en ella y realiza actos ejecutivos propios del cargo.

[16] NUÑEZ…; ob.cit., p.61.
[17] SOLER…; ob.cit., p.174.

Consumación y Tentativa.

El delito se consuma con la realización de cualquier acto funcional correspondiente al cargo en el que el agente ha cesado. Reiteramos que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, no sería admisible la tentativa más allá de algunos autores que la admiten[18].

Art. 246: Inc. 3º: ***"El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo."***

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Proviene del proyecto tejedor y del código de 1886. En aquel entonces se castigaba al empleado público que ejercía atribuciones que no le competían por la ley. No se previó en el proyecto de 1891 pero sí en el del año 1906. Sin embargo, se mantuvo inalterable hasta nuestros días.

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Como lo indica la norma, sólo pueden ser autores los funcionarios públicos. Se admite que también puede ser sujeto activo el funcionario suspendido toda vez que ello no le resta su calidad de funcionario público. Tampoco le resta tipicidad que el autor ostente un cargo jerárquico superior que aquel en cuya competencia se entromete[19].

Acciones Típicas.

El funcionario público ejerce funciones ajenas al ámbito de su competencia y que son propias de otra esfera a la cual invade. No es suficiente asumir otro cargo sino que debe ejercerlo realizando actos propios de la competencia invadida.

Como bien apunta Soler, no se trata de un comportamiento lesivo y arbitrario porque con este delito se protege la genérica validez de los actos oficiales contra el trastorno que puede derivar de la

[18] "Admite tentativa, ya que los actos ejecutivos de la finalidad de continuar realizando actos funcionales, son compatibles con el no logro de ello." (conf. NUÑEZ…, ob.cit., p.62).
[19] CREUS…; ob.cit., p.257.

invasión de esferas de competencia entre los funcionarios[20]. No se exige perjuicio en su extralimitación de sus funciones.

Tipo Subjetivo.

El dolo consiste en el conocimiento que el agente tiene de ejercer funciones que le son incompetentes. Siguiendo a Nuñez, "subjetivamente la criminalidad de su conducta depende de la inteligencia de las reglas determinantes de las distintas competencias funcionales, tarea en la cual el obrar de buena fe es compatible con el error y la duda"[21].

Consumación y Tentativa.

Se consuma con un obrar positivo. Como dijimos, no se requiere daño efectivo ni un peligro concreto de que ello ocurra.

Nuñez admite tentativa "desde que la ejecución de actos inmediatamente tendientes a usurpar la función propia de otro cargo con el fin de realizar un acto funcionalmente determinado impedido por causas ajenas a la voluntad del agente, constituye, sin lugar a dudas,
una tentativa de este delito"[22].

"Usurpación de mando"

Art. 246 último párrafo: ***"El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)."***

El último párrafo que concluye con las modalidades delictivas contenidas en el art. 246 del Código Penal trae un nuevo delito de la mano de la sanción de la ley 26.394 (sancionada el 6/08/2008 y promulgada el 26/08/2008) denominado *usurpación de mando,* de aplicación residual al estar supeditado a la inexistencia de otro delito más severamente penado.

[20] SOLER…; ob.cit., p.176.
[21] NUÑEZ…; ob.cit., p.64.
[22] Idem.

La escala penal, como podemos ver, es sumamente importante en comparación con la modalidad de los incisos anteriores, lo que lleva a considerar a este delito como una figura agravante por la condición de militar del autor.

Por esto mismo, sujeto activo sólo podrá ser el *militar* que el art. 77 del Código Penal prescribe, concepto cuya descripción fue incorporada por la ley 26.394. Por *militar* se designa a toda persona que revista el estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Las acciones comitivas se refieren a *ejercer* -en términos de hacerse cargo o asumir, no resultando suficiente la mera invocación del mando- o *retener* -mantener o conservar el mando para el cual el agente ha sido relevado por la autoridad- el mando de una unidad o fracción sin autorización de autoridad militar competente.

La norma estipula una escala penal de 1 a 4 años de prisión cuando el delito se configure en tiempo de paz y otra agravada de 2 a 6 años de prisión cuando ocurra durante un estado de guerra o mientras estén comenzando las hostilidades[23].

Es un delito doloso de dolo directo y se consuma con la realización de las acciones típicas no pareciendo posible admitir su tentativa al tratarse de un delito de pura actividad y de peligro abstracto[24].

“Usurpación de grados, títulos y honores”

Art. 247. - ***Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.***

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren.

[23] BAIGUN, David – ZAFFARONI, Raúl E. (Dirección); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 10, ed. Hammurabi, Bs.As., 2011.
[24] Opinión de Jorge Buompadre en su aporte sobre este delito en BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl E…., ob.cit.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Este tipo de usurpación tal cual como hoy la conocemos, distaba de su forma originaria que, por aquél entonces, se exhibía como novedad en la vidriera penal. Es que en 1921 se sancionaba el nuevo Código Penal, y con él, el art. 247 que reconocía como antecedentes su inclusión en los proyectos de 1891 y 1906 inspirándose en el Código italiano en concordancia con los códigos punitivos Francés, Holandés y Uruguayo. Ese artículo prescribía lo siguiente: "*Será reprimido con multa de cincuenta a mil pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se abrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren".* En la exposición de motivos se recomendó dicha incorporación "como lo hacen muchas legislaciones extranjeras, pues afecta el buen orden de la administración pública"[25], señalando la novedad que ella implica.

Los casos comprendidos eran dos: *(i)* el hecho de llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerciere, y *(ii)* atribuirse[26] grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren.

El artículo atravesó los tiempos hasta que fue modificado por la sanción de la ley 24.527 (B.O. 8/09/1995) que incorporó la primera parte de la actual redacción y modificó el término "abrogare" por "arrogarse". Entonces, se incorpora como delito reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o autorización correspondiente, constituyendo lo que se conoce como *usurpación de títulos*. El bien jurídico tutelado consiste en el derecho que el Estado tiene de expedir títulos habilitantes o determinadas autorizaciones para el ejercicio de una actividad profesional[27] y su debido contralor sobre quienes ejercen profesiones liberales.

El segundo párrafo respetó la tipificación del delito de *usurpación de grados y honores* cuya pena de multa ya había sufrido un enriquecimiento a través de la ley 24.286 (B.O. 29/12/1993) que adecuó su monto al nuevo signo monetario, quedando establecido entre los setecientos cincuenta a

[25] MORENO (h.), Rodolfo…, ob.cit., p. 157.
[26] El término utilizado en el Código Penal era "abrogarse" que significa algo totalmente distinto a lo pretendido. Lo correcto hubiese sido decir "arrogarse". Para Alfredo Molinario se trata de una errata "proveniente de gentes que gustan modificar palabras creyendo que muestran mayor cultura".
[27] CREUS…, ob.cit., p. 257.

doce mil quinientos pesos. La norma busca tutelar el monopolio del Estado de la facultad de otorgar autoridad, títulos u honores.

ARTÍCULO 247, párrafo 1º – Ejercicio ilegítimo de una profesión.

Análisis de los elementos del tipo.

Características de los sujetos.

Agente del delito puede serlo cualquier persona, incluyendo a los funcionarios públicos o un profesional que realiza actos propios de la profesión sin contar con la correspondiente matrícula habilitante. También lo serán aquellos profesionales cuya matrícula se encuentre cancelada o dada de baja o tienen suspendido el ejercicio de su profesión por razones de incompatibilidad con el ejercicio de alguna función o cargo público[28]. En síntesis, sujeto activo será un particular que actúe como falso profesional y ejerza actos propios de dicha profesión autoatribuida, como también lo será el profesional que lo hace sin estar inscripto en la correspondiente matrícula o registro.

¿Qué sucede con aquél profesional que tiene suspendido el ejercicio de su actividad? Para Creus y Buompadre no quedan abarcados por el contorno típico al considerar que la suspensión es una sanción disciplinaria que supone interrupción temporal del ejercicio mas no implica retiro o cancelación de matrícula. En este supuesto, deberá buscarse por el andarivel burocrático administrativo la manera de corregir disciplinariamente la actuación del profesional suspendido. Idéntica solución aportan Laje Anaya y Gavier por cuanto esa suspensión no implica retiro de autorización sino su interrupción temporal susceptible de ser corregida por vía disciplinaria[29].

Acciones Típicas.

Ejercer ilegítimamente una profesión supone realizar actos que le son propios a la respectiva profesión; ejercer en forma efectiva, concreta, desempeñar una actividad profesional para la cual el sujeto activo no está habilitado –por carecer del título[30]. *Actos propios* serán aquellos cuya realización pertenecen con carácter exclusivo y privativo al ámbito natural de la profesión.

[28] CREUS…, ob.cit., p. 259.
[29] LAJE ANAYA…, ob.cit., p. 132.
[30] *Título* en tanto reconocimiento de la capacitación profesional obtenida y extendida por casas de estudio nacionales o extranjeras, públicas o privadas.

Es el caso de los profesionales *truchos*, como indica Carlos Fontán Balestra- o, estándolo, no esté autorizado[31] por la autoridad competente para desempeñarla –sea por falta de reválida del título en el país; por no estar matriculados o habilitados por los entes estatales o colegiaturas correspondientes a la profesión de que se trate-[32]. No alcanza la mera ostentación del título profesional ni la mera aceptación tácita de la atribución de un título profesional que un tercero pueda realizar[33]. Autotitularse tampoco tipifica este delito pues, en todo caso, encontraría encuadre legal en el párrafo segundo de este artículo.

La norma no exige que la actividad desarrollada irregularmente tenga notoriedad pública pudiendo llevarse a cabo en ámbitos privados.

Si la actividad no se encuentra reglamentada el hecho será atípico aun cuando existan carreras que capaciten para determinada profesión[34]. Quedan fuera del ámbito de lo prohibido las artes, industrias, negocios y oficios, aunque requieran autorización, licencia o permiso especiales de la autoridad[35]. Tampoco se considera típica la extensión de los actos de la profesión a otros que no estén expresamente comprendidos en ella como sería el caso citado por Fontán Balestra del abogado que aconseja sobre cuestiones contables o que un contador aconseje sobre aspectos legales, siempre que ello no importe el ejercicio de otra profesión sin habilitación.

Para algunos autores[36], cuando la norma se refiere a la realización de *actos propios* está exigiendo *habitualidad* en la conducta, o sea, repetición de hechos. Para otros[37], el delito se consuma tan solo con desempeñar un solo acto de ejercicio profesional.

Tampoco se exige la existencia del consentimiento prestado por la persona beneficiaria de la actividad profesional de que se trate en función de la indisponibilidad del interés que la norma penal tutela, como tampoco cambia la suerte del agente la gratuidad de la prestación[38].

Tipo Subjetivo.

---

[31] *Autorización* como permiso otorgado por la autoridad competente para el ejercicio de la profesión reconocida en el *título*.
[32] CREUS…, ob.cit. p. 258.
[33] CREUS…, ob.cit., p. 257.
[34] FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, 3º edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., p.156.
[35] MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho Penal*, Tomo III, 4º edición traducida por José J. Ortega Torres, ed. Temis, Bogotá, 1955, p. 287.
[36] FONTÁN BALESTRA…, ob.cit., p. 157.
[37] CREUS y BUOMPADRE en ob.cit., p. 259, MAGGIORE…, ob.cit., p. 286.
[38] MAGGIORE…, ob.cit., p. 288.

Se trata de una figura dolosa compatible con dolo directo, consistente en el conocimiento que el agente tiene de estar realizando actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, careciendo de título o de la autorización correspondiente.

Consumación y Tentativa.

Al ser un delito de pura actividad y de peligro abstracto no se admite tentativa. El principio de ejecución ya supone consumación, sin exigirse resultado alguno pues la realización de los actos propios es lo que el tipo demanda.

El delito se consuma con la realización de los actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer título o la autorización correspondiente.

247, párrafo 2º – Usurpación de grados, títulos y honores.

Notas sobre el bien jurídico tutelado.

Al incorporarse en sintonía con el Código Penal Italiano, los propósitos tutelares bien pueden encontrarse en sus autores. Eusebio Gómez evoca las conclusiones de Manzini y Rocco que, visiblemente, expresan el ámbito de protección. Para el primero, resulta conveniente asegurar el poder público de conferir o reconocer determinados distintivos personales referentes a funciones públicas, servicios o derechos honoríficos o profesionales contra todo acto de usurpación individual. Rocco señala a este delito como una forma de falsedad personal y que en algunas hipótesis lesiona derechos o intereses de la administración pública en tanto quebranta la fe que los ciudadanos suelen dispensar a la exhibición pública de signos oficiales, distintivos de particulares honores, oficios o cargos, o a la autoatribución de dignidades, títulos, condecoraciones, entre otros[39].

Análisis de los Elementos del Tipo.

Características de los Sujetos.

Puede serlo cualquier persona.

Acciones Típicas.

[39] GÓMEZ, Eusebio…, ob.cit., p. 491.

La norma diferencia dos conductas típicas: *(i)* llevar insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce, y *(ii)* arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren al autor. En ambos casos se exige la publicidad, su trascendencia desde la esfera interna o ámbito privado del agente hacia el conocimiento de terceros, que sea público y notorio, ostensible.

Las insignias y distintivos deben ser las que confiere la autoridad o las que las imiten[40], por tanto, deben ser *oficiales*. Quedan comprendidos los uniformes oficiales pues su uso implica el desempeño de un cargo, función o de una profesión oficial determinada[41]. El mismo autor descarta para configurar el delito aquellas que no sean oficiales pese a que dentro y fuera de la administración pública se emplean por la costumbre.

Los grados académicos, títulos y honores son los que devienen de la autoridad oficial pues, de no ser así, la administración pública no se vería afectada.

Los *grados académicos* son aquellos que se confieren por institutos oficiales o autorizados a las personas que han completado determinadas condiciones. Trátese de los títulos máximos expedidos por las Universidades (doctor), las designaciones docentes (catedrático, profesor titular o adjunto, honorario, asociado, etc.). *Honores* se refiere a las distinciones oficiales o autorizadas por la ley que se entregan a determinadas personas (vgr. diplomas, premios, condecoraciones). Los *títulos* profesionales, como hemos visto, son aquellos que habilitan para el ejercicio de una profesión, otorgados por los institutos autorizados conforme a las leyes. Las profesiones que componen el ámbito de lo prohibido deben estar reglamentadas sin que puedan ser ejercidas por aquellos que no tienen título de competencia pues la ley que reglamenta y exige el título opera como método de exclusión y restricción de la utilización de ese título a personas que no hubieran completado sus requisitos.

Lo que la norma reprime es el hecho de atribuirse un título que no se tiene y no el de ejercerlo. *Arrogarse* implica que el agente se atribuya indebidamente los grados académicos, títulos y honores. Para Eusebio Gómez no cometerá el delito quien se limite a consentir que públicamente se le otorguen aquellos. Para él, la actividad consiste en la autoatribución y no a la que proviene de terceros; se exige un hacer, un acto positivo y no un puro dejar hacer como sería dejar atribuirse ingeniero o doctor.

---

[40] GÓMEZ, Eusebio…, ob.cit., p. 492.
[41] MORENO (h.), Rodolfo…, ob.cit., Tomo VI, p. 165.

Tipo Subjetivo.

Es un delito doloso bajo la modalidad del dolo directo consistente en saber que no se posee el título, grado u honor autoatribuido, o no desempeñar el cargo al que corresponden las insignias o distintivos que se usa.

Consumación y Tentativa.

Se consuma con el hecho de llevar la insignia o distintivo de forma ostensible, pública o notoria, o al atribuirse indebidamente y en forma pública los grados, títulos u honores. Es un delito de peligro e instantáneo.

Si el autor no sólo consuma este ilícito sino que va más allá y ejerce actos propios de una profesión, entonces deberemos analizar la comisión de otros tipos penales que puedan reemplazar o concursar con el primigenio.

Entendemos que por las características del delito no se admite tentativa.

Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de Funcionarios Públicos

Por **Pablo Little y Ernesto Govea.**

Art. 248 bis.- ***"Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen".***

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

Art. 249 bis:- ***"El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado."***

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Art. 250: " ***Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente."***

Art. 250 bis – *"Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:*

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.

2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso."

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Art. 251. – *"Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales."*

Art. 252. – *"Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.*

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la

***pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave*.”**

(Párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Art. 253. - ***Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.***

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Art. 253 bis - ***El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.***

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Art. 253 ter - ***Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.***

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Este artículo fue incorporado al Código Penal por el *5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)*

Bien Jurídico.

Al igual que lo hace el art. 249 CP, el bien jurídico protegido por esta norma es el correcto funcionamiento de la administración pública, representada por los agentes encargados del control de las actividades, que en este caso son las relacionadas con la ganadería y productos afines de origen animal.

Sujeto Activo.

Sólo puede serlo un funcionario a cargo del control y fiscalización de las actividades descriptas en el tipo. Se trata de un delito especial propio, de titularidad diferenciada.[1]

Tipo Objetivo.

El mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Número 182 del 3/12/2003, obrante en el expediente PE. 431/03[2], expresamente indica que "….se contempla un delito de omisión propia que se consuma por el simple incumplimiento del mandato de acción que surge de la condición especial del funcionario público encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos o subproductos de origen animal.… ".

Aún cuando venga realizada expresamente la referencia de que se trata de un delito de omisión propia, conforme a las diferencias existentes sobre los alcances de cuanto se comentará –según se trate de uno u otro tipo de delito-, es menester previamente analizar si estamos en presencia de un delito de omisión propia o impropia.

[1] Buompadre, Jorge Eduardo "Tratado de Derecho Penal" parte especial T. 3., editorial Astrea 2009, pag. 150.
[2] Expediente Número 431/03 en www.senado.gov.ar/web/proeyctos, consultado el 30/01/2012.

Tal como lo sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar, la clasificación de los tipos omisivos no es uniforme en la doctrina y tampoco lo ha sido a lo largo del Siglo XX. Puede decirse que se han seguido muy diferentes criterios clasificatorios, dando lugar a un intrincado panorama donde, con frecuencia, han coincidido denominaciones y disentido conceptos. Los principales criterios clasificatorios tomados en consideración fueron: el enunciado de la norma, la indiferenciación y la posición de garante del actor, la mera conducta o predominantemente la actividad y la exigencia de resultado, la equivalencia con un tipo activo, que sean escritos o que no lo sea, etc. El criterio distintivo seguido entre propios e impropio delitos de omisión es sostenido por Jescheck, Stratenwerth, Pfander, Schwarz, etc.[3] La específica referencia expuesta en el mensaje descartaría el análisis sobre las características del delito, que como se dijo se lo previó como de omisión propia, con la aclaración que su consumación viene dada por el mero incumplimiento del mandato de acción propio del funcionario encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas. Sin embargo, al analizar la clasificación de los tipos omisivos, opinión reconocida sostiene que conforme al criterio dominante, hay tipos, en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea que sólo aparecen en forma tal que la norma deducida es siempre imperativa. Se trata de tipos en los que el autor es indiferenciado, o sea, puede ser cualquiera que se halle en la situación típica, pues en ellos la obligación de actuar en esa situación deviene de su mera condición de habitantes y no por particulares relaciones jurídicas. Se trata de los usualmente llamados propios delito de omisión (art. 108, por ejemplo), que son excepcionales en la ley. A diferencia de éstos, la doctrina denomina impropios delitos de omisión a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí equiparada a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa. Sus autores son siempre calificados, pues la ley no se limita a construir tipos enunciando la norma deducida de modo imperativo, sino que, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica[4], como parece suceder respecto de este último alcance en el delito en cuestión.

[3] Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, "Derecho Penal. Ediar. 2002, pag. 575,
[4] Zaffaroni E., Alagia A, Slokar A. "ibídem", pag. 575.

Por su parte, Buompadre señala que lo consideran de omisión propia (Arocena Piña; mientras que Fígari, y Breglia Arias de omisión impropia) que se concreta omitiendo inspeccionar los establecimientos enunciados en la norma y aquellos otros que tienen relación con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen. Concluye Buompadre que la norma exige que la omisión de inspeccionar lo sea conforme a los "reglamentos" del cargo, que son los que se regulan las obligaciones impuestas a ciertos funcionarios encargados de la fiscalización y control de las normas relativas a la comercialización del ganado, productos o subproductos afines; por lo tanto el precepto que manda un hacer (la disposición administrativa impone la obligación de control) indica que estamos frente a un tipo omisivo simple o propio.[5]

El tipo objetivo en el delito propio de omisión.

Estos delitos se caracterizan por estar descriptos legalmente y porque su consumación sólo exige incumplimiento de un mandato de acción. Los tres elementos del tipo objetivo son a) la no realización de la acción ordenada, b) la situación típica que genera el deber y c) el poder de hecho para realizar la acción de modo que en estos delitos falta la tipicidad no sólo cuando el obligado cumple exitosamente el mandato, sino también cuando en forma seria el agente intenta cumplirlo, aunque no alcance el fin buscado.[6].

El mandato de acción para el funcionario público es el atinente a la fiscalización de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal. Específicamente la omisión de inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo establecimientos tales como mercados de haciendo, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elección, manipulación, transformación o comercialización de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen

Tipo Subjetivo.

[5] Buompadre, Jorge Eduardo "Tratado de Derecho Penal" parte especial T. 3., editorial Astrea 2009, pag. 150.
[6] Righi Esteban y Fernández Alberto A. "Derecho Penal" Hammurabi, Josè Luis Depalma editor, 1996 pag. 258.

La deficiente técnica legislativa, seguramente producto del afán de reprimir determinadas conductas delictivas propias del reclamo social imperante en una momento específico, provoca -al igual de lo que viene sucediendo últimamente con las reformas introducidas en el código penal-, que aparezcan serios problemas interpretativos de los tipos legales incorporados además de la cuestionable crítica que cabría hacer por su falta de sistematicidad. Sabemos de la dificultad dogmática existente a la hora de determinar los alcances del dolo y la culpa. En tal sentido, basta reseñar la opinión de Bacigalupo, con referencia al código penal español, quien señala que una parte de la doctrina estima que los casos de dolo eventual y culpa con representación o culpa consciente deben ser tratados de la misma manera (Ferrer Sama) o de manera aproximadamente igual, que en todo caso importa una atenuación de la pena del dolo eventual por la vía del art. 9.4. del Código Penal derogado en 1995. Pero también lo es que desde el punto de vista dogmático, la reducción de los casos de dolo eventual a supuestos de culpa no ha llegado a imponerse, pues como ya lo señalaban Antón Oneca "este concepto del dolo sería demasiado estrecho y contrario a las exigencias tanto de la justicia como de la defensa social",[7] agregando que en los últimos tiempos se ha propuesto redefinir las relaciones entre el dolo y la imprudencia introduciendo entre ambas categorías una tercera que agruparía conceptualmente los casos de dolo eventual y culpa consciente, citando la opinión de Schunemann; en tanto se trataría de limitar el dolo a los casos de dolo directo y del de consecuencias necesarias, agrupando en otra nueva categoría, diversa del dolo y la imprudencia, los supuestos de dolo eventual y culpa consciente, de modo que la imprudencia quedaría finalmente reducida a la culpa inconsciente, tendencia rechazada por la doctrina, pero de relevancia *de lege ferenda*.[8].

Aun cuando parte de la doctrina sostiene que se trata de un delito culposo,[9] debe concluirse que nos encontramos ante un delito doloso, por ende, requiere que el autor conozca que el acto que omite es propio de su función, que tal omisión es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, como acontece respecto del delito previsto por el art. 248 CP, -respecto del funcionario público que "no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumba"-, del que Donna señala que no hay dudas que se trata

[7] Bacigalupo Enrique, " Derecho Penal" Editorial Depalma, 2009 pag. 345.
[8] Bacigalupo E. "Ibidem" pag. 349.
[9] Fígari, Rubén "ob. cit", indica que "se trata de una omisión culposa de deberes funcionales, que sólo abarcan la actividad pecuaria y todo lo relacionado con ella, con la excepción de la agraria.

de un delito doloso y de dolo directo[10], y también respecto de la omisión de deberes del oficio prevista por el art. 249 CP, del que dicho autor también sostiene que es un delito doloso.[11]

Abrevando en la opinión de Villada, Rubén E. Fígari considera que se trata de la omisión culposa de deberes funcionales, concretándose la conducta típica con la omisión de inspeccionar[12]. Por su parte, Villada afirma que el delito generado por el Congreso de la Nación en su criticable labor de política criminal, consiste en la omisión culposa de ciertos deberes funcionales, pero únicamente referido a la actividad pecuaria (ni siquiera a la agraria). Entonces, conforme a esta figura la protección descansa sobre ese único sector de la Administración Pública (la dedicada a actividades pecuarias), y que de haber sido reforma seria, debió haberse penalizado a todo funcionario público que omita fiscalizar culposamente (y mediante todas la formas de culpa) las actividades específicas de su área de incumbencia. Señala que "es casi burdo especificar que se trata de un delito culposo (porque refiere al incumplimiento de reglamentos, que es una modalidad de culpa). Pero de otro costado, analizando el tenor de la pena (mayor a la de los arts. 248 y 249), bien puede pensarse que éste es un incumplimiento doloso de funciones específicas. Ahora bien, si así fuera, ya estaría contemplado por el art. 249; o si se trata de una violación dolosa de las leyes y/o constituciones estaría previsto por el art. 248 del C.P. Entonces, la única solución pensable razonablemente es que se generó la forma culposa del art. 248 únicamente para la actividad pecuaria o ganadera."[13].

Se acuerda con el referido autor en que la reforma viene asistemática producto de la fiebre penalizadora que la motivó. Sin embargo, se señala que el artículo 248 CP, prevé pena de prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo de modo que no parece que sea más severa que la prevista por el art. 248 bis (inhabilitación absoluta de seis meses a dos años), -art. 5 C-P.-, mientras que el art. 249 prevé la de multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quienes pesos e inhabilitación especial de un meses a un año.

---

[10] Delitos contra la administración pública" Rubinzal Culzoni Editores, 2002, pags. 167 , quien indica que hay acuerdo en este punto, Creus, Soler

[11] Donna Edgardo Alberto, "ibidem" pag. 74.

[12] Fìgari Ruben E., "El hurto campestre, el abigeato, sus agravantes normas conexas (ley 25.890). elDial.com DC528

[13]Villada, Jorge Luis "Una reforma penal exclusivamente "pecuaria". Ley 25890". L.L. 2004-D,1257.

La ausencia de sistematización producto del afán de reprimir las conductas propias de la actividad pecuaria, permitirá concluir que el monto punitivo previsto no resulta parámetro para el análisis consecuente, debiéndose inferir de su estructura típica que se trata de un delito doloso. Además, tal como lo afirma Buompadre, sólo es posible el dolo directo, autor que si bien reseña la opinión de Villada y González Balcarce en sentido contrario, concluye con acierto que esas posturas se contraponen con el sistema de númerus clausus (sistema cerrado de imputación) adoptado por nuestro legislador para regular la culpa, por el que no hay más delitos culposos que los regulados expresamente bajo esta forma de imputación.

Tampoco sería aplicable la opinión de Villada y Fígari en cuanto a la previsión que ya traerían los tipos dolosos señalados. En tal sentido, al abordar la diferencia entre el art. 249 con el abuso de autoridad omisivo previsto por el art. 249 del Código Penal, señala Donna citando a Creus que la distinción que la jurisprudencia y la doctrina han hecho surge de una fallo de la Cámara del Criminal de Capital, en el cual se había sostenido que la forma omisiva del art. 248 se refiere al incumplimiento de las disposiciones expresas de la ley en tanto que el art. 249 se refiere al incumplimiento genérico de las funciones administrativas.[14] Luego, que "cuando la omisión se refiere a una cita de la competencia del funcionario que está taxativamente determinado por la ley, el artículo 249 funciona como tipo alternativo frente al artículo 248, alternatividad determinada por la calidad del acto omitido: si se trata de un acto de autoridad, se dará el artículo 248, si no el artículo 249", razón que llevaría a concluir que al ser funcionario encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal deben aplicarse las del art. 248 bis.

Autoría.

Se trata de un delito especial propio, por lo que sólo puede ser autor el funcionario público en ejercicio de su propia función o tarea administrativa (art. 248 CP), que en este caso específico debe ser el que tenga a cargo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos

[14] Donna, E. ob. cit. "la figura del art. 249 del Código Penal no tiene una relación residual respecto de la que traza el art. 249 del Código Penal. Dicho de otro modo, las omisiones del tipo del art. 249 no sancionan incumplimientos normativos de menor jerarquía que la Constitución Nacional y la ley, sea nacional o provincial, sino la omisión, la negativa o el retardo de algún acto de oficio. Por ello la violación a un reglamento dictado por la Prefectura Naval Argentina para disciplinar la actividad de detalles de sus disciplinados, sólo podrá tener esa significación, en tanto importe alguno de esos tres modos omisivos". (CCrim. Fed. Sala I. "DovalI, I" ;B.J. N1, enero –abril 1986, p. 159)

y subproductos de origen animal, e inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías , tambos u otros establecimientos o locales afines con la elección, manipulación, transformación o comercialización de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen".

Consumación y Tentativa.

Tradicionalmente se ha entendido que la tentativa no es posible conceptualmente en la omisión propia, por las mismas razones que fundamentan su inadmisibilidad en los delitos de pura actividad.[15] Por tratarse de un delito de simple actividad y de peligro abstracto, el resultado de peligro para el bien jurídico protegido no es exigible típicamente. Teniendo en cuenta estas características no resulta admisible la tentativa.[16]

El delito se consuma con el mero incumplimiento del mandato de acción que surge de la condición especial del autor. La consumación se dará cuando la ley debía ser ejecutada sin que ello sucediera. Se trata de la omisión de inspección del funcionario público encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas específicas de la actividad. También en el mensaje se previó que a efectos de evitar problemas de interpretación, la autoridad administrativa de las diferentes jurisdicciones, debían precisarse uniforme y circunstanciadamente, los contenidos propios de la obligación cuya omisión se sanciona.

Art. 249 Bis: ***"El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de (6) meses a dos (2) años, sin o resultare un delito más severamente penado." (Artículo incorporado por el art. 15 del Anexo I de la Ley Nº 26.394 B.O. 29/8/2008).***

[15] Righi E. y Fernández A., ibídem pag. 337.
[16] Buompadre, J.L. ob. cit. pag. 151.

Antecedentes de la Norma:

a) El 6 de agosto de 2008, se sancionó la Ley 26.394[17], por medio de la cual se derogó el Código de Justicia Militar (Ley 14029) y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan; asimismo, dicha ley modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación.

Se extrae del Mensaje de Elevación de dicha norma al Honorable Congreso de la Nación[18] que: "Si bien la transformación que aquí se propone es una asignatura pendiente hacia el sector militar desde el momento mismo de la recuperación de la vida democrática, fueron antecedentes inmediatos de este proyecto que hoy proponemos, los compromisos asumidos por el Estado Argentino en los casos N° 11.758 –Caratulado "Rodolfo Correa Belisle v. Argentina" y N° 12.167 –Caratulado "Argüelles y otros v. Argentina"- del registro de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS".

No puede dejar de mencionarse que con fecha 06/03/2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de los tribunales militares y, en consecuencia, del sistema establecido por la ley 14.029 (Código de Justicia Militar)[19].

Como artículo 15 de la citada ley, se incorporó al Código Penal del artículo 249 bis.

Un antecedente del artículo que hoy integra el Código Penal, y que estamos reseñando, puede encontrarse en el derogado Código de Justicia Militar (Ley Nº 14.029), donde se preveía como delito esencialmente militar[20], y dentro del título correspondiente a las infracciones en el desempeño de cargos, el "abuso de autoridad"[21], y cometía este delito: "El militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltrate prevalido de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo

[17] Sancionada: Agosto 6 de 2008. Promulgada: Agosto 26 de 2008, comenzando a regir a los SEIS (6) meses de su publicación.
[18] Publicado en "El nuevo sistema de justicia militar - Ley 26.394" Ministerio de Defensa, Presidencia de la Nación, publicación del Ministerio de Defensa de la Nación, año 2008, pág 13 y siguientes.
[19] (Autos López, Ramón A).
[20] A título ilustrativo, ver artículo 108 del derogado CJM. En la primera parte de dicha norma se establecía lo siguiente: "La jurisdicción militar comprende los delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de éste carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan".
[21] Articulo 702 del derogado CJM.

caso se aplicará la pena que a este corresponde. Si el acto se produjere estando el inferior en formación con armas, la pena será de confinamiento, destitución o prisión.

Corresponde destacar que como consecuencia del proceso de modernización institucional de las Fuerzas Armadas, que trajo aparejado la reforma integral del sistema de justicia militar[22] diversas figuras penales fueron introducidas en el Código Penal[23], siendo interesante también tener presente que de cometerse, por ej, el delito que estamos analizando, su autor además debería ser sometido a un procedimiento disciplinario a través de los correspondientes Consejos de Disciplina, teniéndose en cuenta que el artículo 13 del anexo IV de la Ley 26.394 "Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas" dispone que: "Constituyen faltas gravísimas sólo las siguientes:...23. Comisión de un delito. El militar que con motivo o en ocasión de sus funciones militares, o dentro de un establecimiento militar o en lugares asignados al cumplimiento de tareas militares cometiere un hecho que pudiera constituir un delito previsto en el Código Penal o en leyes penales cuya pena máxima sea superior a un (1) año.

Esto es consecuencia de que dicho Código de Disciplina consagró expresamente en su artículo 8 la autonomía disciplinaria, previéndola de la siguiente manera: "La acción y la sanción disciplinaria son independientes de la acción penal y de la pena impuesta por los jueces. Las sanciones disciplinarias por faltas que también pudieran constituir un delito podrán aplicarse con independencia del desarrollo del proceso penal. Sin embargo, la absolución en sede penal fundada en la inexistencia del hecho o la falta de participación del imputado en él provocará la inmediata anulación de las sanciones disciplinarias impuestas por esos hechos". De aquí se extrae que, aún en el caso de sobreseimiento por duda del imputado o por efectos de la prescripción, ello no sería óbice para la subsistencia del reproche disciplinario que se hubiese formulado a través del respectivo Consejo de Disciplina.

b) De la lectura de la elevación del proyecto de ley al Honorable Congreso de la Nación[24] se extrae como uno de los ejes de la reforma del sistema de justicia militar el tratamiento de los delitos

---

[22] A través de la ya citada Ley 26394, compuesta por 5 anexos, siendo su anexo IV el nuevo Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.
[23] Surgen del Anexo I de la Ley 26394.
[24] De fecha 17 de abril de 2007.

esencialmente militares en la órbita de la jurisdicción federal, y la consiguiente eliminación del fuero militar para el juzgamiento de delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas; a tales efectos, una de las medidas empleadas es la incorporación de nuevas figuras penales, alguna de ellas basadas en lo que actualmente está previsto en la legislación penal militar. Entre esas figuras, se encuentra este artículo.

Descripción de la Norma. Bien Jurídico Protegido.

El artículo que comentamos inicia refiriéndose "al militar". Esta mención al sujeto activo del tipo penal nos reenvía al artículo 77 del Código Penal, norma que también fue modificada por la Ley 26.394, ya que el artículo 1 de su Anexo I, establece: "Incorpórase como párrafo cuarto del artículo 77 del Código Penal el siguiente texto: por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar en relación con los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo".

La mención que se hace a la ley orgánica para el personal militar debe entenderse, en estos momentos, a la ley 19.101 –Ley para el Personal Militar-, norma que a los efectos de la interpretación de esté artículo también nos permitirá conocer la materia relativa a la superioridad militar y precedencia[25], indispensable para que el juzgador determine el concepto de "inferior" que utiliza la norma para referirse al sujeto pasivo de este delito.

Con respecto al bien jurídico protegido, dice Figari que "se tiende a proteger un correcto orden interno en las Fuerzas Armadas con el objeto de que las relaciones jerárquicas tengan un desenvolvimiento adecuado a principios democráticos, evitándose excesos y arbitrariedades"[26]

[25] Capítulo III del título I de la ley "Generalidades sobre el personal militar".
[26] Ver FIGARI, Rubén E., Dogmática Penal, Normas Incorporadas por la Ley 26.394 al Código Penal a raíz de la derogación del Código de Justicia Militar".

Sujetos Activo y Pasivo. Tipo Objetivo.

Sabiendo que el sujeto activo debe ser un militar, y superior a la víctima, esta también militar, podemos continuar analizando el artículo y su tipo objetivo, donde se exige que el sujeto activo actúe "en sus funciones y prevalido de su autoridad"; es decir, resultará imprescindible a los efectos de tener por configurada esta figura que el hecho se realice como consecuencia de las funciones y autoridad del autor, lo que obligará al juzgador a evaluar el cargo que desempeñaba quien incurre en esta figura típica y ver si de allí emana la autoridad como para su comisión, así como también si la misma puede ser una lógica derivación de sus funciones.

Asimismo, el accionar debe ser arbitrario, es decir contrario a la razón, y a su vez debe perjudicar o maltratar al inferior, "de cualquier forma", expresión amplia esta última, lo que permite que el ámbito de actuación de esta norma sea en principio amplio, comprendiendo diversas posibles formas de comisión sobre las que no puede formularse una enumeración casuista, por ej mediante actos, mediante palabras, mediante omisiones, etc, quedando en definitiva su delimitación sujeta a lo que ser resuelva en la instancia judicial en cada caso concreto.

De todo lo expresado surge que el tipo penal que estamos tratando solo admite la forma de comisión dolosa, y que admite la participación.

Por último, y para el caso de que mediante su comisión resultare un delito más severamente penado, esta figura se verá absorbida por ella, conforme surge del texto del artículo.

Tipo Disciplinario

Para culminar el comentario de este artículo, haremos referencia a la figura del "abuso de autoridad", que en grado menor de injusto –y por lo tanto tipificada como una falta disciplinaria gravísima[27]- se encuentra en el artículo 13, inciso 9. de la Ley Nº 26.394 –Anexo IV- Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas y su reglamentación para el Ejército Argentino, tipificada de la

[27] Penada con destitución o, de existir una circunstancia extraordinaria de atenuación, puede recomendarse la aplicación de una sanción menor (ver art 23 y concordantes del citado Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas)

siguiente manera: "Abuso de autoridad. El superior que abusando de sus facultades de mando o de su cargo obligare a otro militar a realizar actos ajenos a la actividad militar o le impidiera arbitrariamente el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación".

Puede ocurrir que el juez descarte la existencia de la figura típica del artículo 249 bis del Código Penal; no obstante ello, corresponde recordar la existencia de este tipo disciplinario, cuyo conocimiento ya será ajeno al poder judicial y sí materia de conocimiento de los consejos de disciplina que se prevén en el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, descartándose en este caso la figura residual del artículo 13 inciso 22 citada ut supra, al no constituir dichos hechos un delito sino un tipo disciplinario concreto de abuso de autoridad.

Art. 250: ***"Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente".***

La figura protege el normal desenvolvimiento de la Administración. Se trata de evitar que se frustren los actos de la autoridad civil por falta del apoyo necesario de la fuerza pública.
Es una figura de desobediencia, siendo la autoridad civil la competente para requerir el auxilio.

Antecedentes Históricos y Legislativos:

El precepto proviene del art. 294 del Proyecto de 1891, cuyas concordancias son los códigos Holandés de 1881, art. 357; Italiano de 1889, art. 179; Francés de 1810, art. 234; Belga de 1867, art. 259, y Chileno de 1874, art. 253.[28]

Bien Jurídico Protegido:

[28] Nuñez, Ricardo C. "Derecho Penal Argentino" Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pag. 79.

Conforme lo sostiene Donna el bien jurídico protegido es la administración pública, en la perspectiva de los deberes de cooperación en el servicio a los intereses generales que vinculan a los funcionarios públicos en el correcto ejercicio de su cargo.[29]

Sujeto Activo:

Sólo puede ser un jefe o agente de la fuerza pública. Forman la fuerza pública las fuerzas de seguridad o policiales encargadas de mantener el orden público, cualquiera que sea su denominación, competencia y funciones (preventivas, represivas, de seguridad y vigilancia, de auxilio, etc)[30].

No forman parte de ellas las fuerzas armadas, (Gómez Tratado, T. V., nª 1335, p. 501; Moreno, El Código Penal, T. VI. P. 180) que no son fuerza pública, salvo el caso en que actúen como tales, con motivo de funciones que les han sido encomendadas, como puede ser, por ejemplo, el mantenimiento del orden en los comicios, o en los supuestos del artículo 238 del Código Penal, por el que se equiparan al funcionario público, las personas que le prestaren asistencia en virtud de un deber legal o a su requerimiento.[31]

Tipo Objetivo:

Las acciones resultan de igual tenor a las previstas en el artículo anterior. Sostienen Creus y Boumpadre, que se omite cuando no se presta el auxilio, se retarda cuando se lo presta fuera de la oportunidad debida y se lo rehúsa cuando se rechaza formal y materialmente el requerimiento. Pero hay que aclarar que en determinados casos, puede constituir omisión o retardo la prestación irregular de

[29] Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal”. Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 177.
[30] Nuñez, ibídem, quien a su vez cita a Gòmez, V. 501; Moreno CI, 180; Malagarriga, III, 184, Fontán Balestra, VII, 236
[31] Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de derecho penal” T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 5-.

auxilio, cuando esa irregularidad llega a hacer irrealizable e ineficaz el acto administrativo respecto de de sus finalidades.[32]

Por su parte, Ricardo Nuñez explica que incurre en denegación de auxilio si rehusa, omite o retarda prestarlo sin causa justificada. Rehusa, por tanto, si rechaza proporcionarlo; omite prestarlo, si no lo proporciona; y lo retarda si dilata su proporción más allá del momento oportunidad con arreglo al requerimiento o las modalidades del caso. La prestación irregular que no implica una de esas formas omisivas, no cae en el art. 250.[33]

Sobre las diferencias entre las conductas típicas, Creus y Buompadre sostienen que:

La omisión requiere la no realización del acto funcional dentro del término legalmente fijado o, en su defecto, en el tiempo útil para que produzca sus efectos normales" (Fontán Balestra). Este último autor indica que omitir es no hacer, rehusare a hacer es, además negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido, mientras que retardar es no hacer a su tiempo.[34]

El retardo, implica la realización del acto, por fuera del plazo legalmente determinado o en el cual viene a ser útil

El rehusamiento se consuma, en principio, con la negativa explícita a realizar el acto ante un requerimiento legalmente formulado, pero cuando ha sido seguida de su omisión y no se trata de un mera negativa formal, por lo que podríamos afirmar que el momento consumativo se correría a esta segunda instancia omisiva necesaria (el tipo no se dará si el autor, aunque rehusando de manera formal la realización del acto, igualmente lo realiza en término); hay que aclarar que no importa esta forma de delito la llamada negativa implícita (no realizar el acto, realizarlo fuera de término, realizar un acto distinto del requerido), pues todas ellas son hipótesis de meras omisiones o de retado.[35]

---

[32] Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo "Derecho Penal" parte especial. Editorial Astrea 2007, pag. 272.
[33] Nuñez, Ricardo C. ob. Cit. pag. 81
[34] Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de derecho penal" T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 3-.
[35] Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo "Derecho Penal" parte especial. Editorial Astrea 2007, pag. 270

En similar sentido Breglia Arias, indica que la diferencia entre omitir y rehusar está en que quien rehúsa, se niega ante una interpelación legítima, de parte interesada o por orden de autoridad. Se viola el mandato que impone la realización de una conducta. Sin embargo, el tipo no se dará si el autor se rehúsa al principio y realiza después el acto, dentro del término. En cambio retardar, es no hacer a su debido tiempo. Cuando se trata de retardo y existe un término prescripto o fijado, el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración de ese término; a falta de ésta al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido. Pero la simple omisión de formalidades administrativas no importa el delito de violación de los deberes del cargo del funcionario público, mientras no se omita, rehúse o retarde la prestación de servicios a que está obligado por su carácter.[36]

La norma prevé que la omisión de auxilio no resulte de causa justificada, cuestión que parece de innecesaria mención, pues aún sin previsión explícita, la solución vendría de lo previsto por el art. 34 CP. Sin embargo, Creus y Boumpadre sostienen, que también pueden darse situaciones no perfectamente encuadrables en las causales previstas en el art. 34 CP, y que igual funcionen como justificantes de la conducta; la falta de elementos para prestar el auxilio, la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos de auxilio pueden quedar comprendidos[37]. A la vez, explica Nuñez que la causa justificada no se reduce al ámbito de las causas de justificación, que aquí, adelantando sus efectos, no se limitan a excluir la antijuridicidad del tipo legal, sino que operan con anterioridad evitando la concreción del tipo delictivo. La cusa justificada puede existir al margen del conflicto de intereses propios de aquellas causas y encontrar su razón en la imposibilidad o en otras circunstancias que excusen la no prestación oportuna del auxilio, como son gr., las dificultades para concretarlo o los errores tácticos. Pero no constituye causa justificada la falta de legalidad del requerimiento por su improcedencia en razón del destinatario, del objeto o de la forma, pues el defecto de legalidad excluye, precisamente el presupuesto para que se pueda hablar de la omisión a que se refiere la causa justificada.[38]

[36] Breglia Arias, Omar y Gauna Omar R. “Código Penal y leyes complementarias” Editorial Astrea, 2003 pag. 608.
[37] Creus y Boumpare, ob. cit. pag. 272
[38] Nuñez, Ricardo C., ob. Cit. pag. 81

Para que resulte típico el rehusamiento, la omisión o el retardo debe haber mediado, legal requerimiento de auxilio de parte de la autoridad civil competente.

El delito presupone el requerimiento de auxilio por la autoridad civil competente. Autoridad civil competente es cualquier funcionario público nacional, provincial o municipal legalmente facultado para requerir al jefe o agente destinatario, el auxilio de la fuerza pública en el caso particular de que se trata.[39]

Requerir es pedir, pero no en el sentido de una simple solicitud de auxilio (Nuñez), sino de orden o intimación a su prestación.[40] La legalidad del requerimiento atiende a la posición de la autoridad requirente con respecto al jefe o agente requerido, al objeto y a la sustancia y forma del requerimiento. La autoridad requirente debe tener atribuciones para intimar al destinatario de la orden, la prestación del auxilio exigido. Este debe tener un objeto constitucional y legalmente admisible, y, cuando se lo haya dispuesto, debe guardar la forma establecida. No es necesaria, por consiguiente una forma determinada, ni siquiera que el requerimiento sea por escrito o específicamente circunstanciado respecto de su objeto.[41] El requerimiento manifiestamente inconstitucional o ilegal desde su objeto, autoriza su examen por el requerido y no lo obliga legalmente a realizarlo, como sucede, verbigracia, si el oficial de justicia requiere la fuerza pública para allanar un domicilio sin orden o con una orden defectuosa; o si el juez lo hace para poner en prisión a un persona contra la cual no hay imputación alguna que la autorice.[42] Agrega Donna, en base a lo expuesto por Creus y González Roura que para que esté presente el requisito de legalidad también es necesario que el requerimiento esté dirigido a la fuerza que debe prestar el auxilio dentro de su ámbito de actuación. Citando el ejemplo del segundo, sostiene que es el caso del juez federal que requiere el auxilio de la Prefectura para que realice un allanamiento fuera del ámbito de actuación que le asigna a dicha fuerza la respectiva ley orgánica.[43]

Tipo Subjetivo.

[39] Nuñez, Ricardo C. ob. Cit. pag. 80
[40] Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal” parte especial. Editorial Astrea 2007, pag. 272
[41] Nuñez R. ob. Cit. pag. 80, quien cita a Soler, Sebastián , Derecho Penal, T. V (19709), 145.
[42] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 80
[43] Donna E. ob. Cit. pag. 178

El delito es imputable a título de dolo. A la par del conocimiento de la situación de hecho, exige la conciencia de violar un deber del oficio y la voluntad de hacerlo.[44] No requiere, empero ni que el autor obre con malicia, ni con un propósito especial.[45] Es admisible el error sobre la ilegalidad del requerimiento.

Consumación y Tentativa:

El delito se consuma en el momento del rehusamiento, omisión o retardo, sin necesidad de que se haya frustrado o perjudicado el acto para el que se requirió el auxilio. No es necesario que se produzca consecuencia alguna. Cuando se trata del retardo y existe un término prescripto o fijado, el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración de este término. A falta de él, al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aún cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido (Oderigo, C. penal, nota nª 1356).[46] No es admisible la tentativa [47]

Autoría.

Conforme lo expone Donna, autor del delito sólo puede ser un jefe o agente de la fuerza público. El concepto de jefe abarca a cualquier integrante de la fuerza que tenga poder de mando sobre otros integrantes de aquélla, ya sea por su jerarquía funcional (jefes propiamente dichos, oficiales y suboficiales) o porque eventualmente han sido citados para mandar. Mientras que el de agente comprende a todos los individuos que forman parte de aquélla, ejerciendo sus funciones específicas, sin poder de mando. [48] El referido autor, también aclara en base a la opinión de Creus, que será el ordenamiento legal el encargado de determinar cuáles son las fuerzas que puede ser consideras públicas, "pues se trata de una materia reglada", reuniendo estas características en la esfera nacional la Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina, la Policía Federal y el Servicio Penitenciario Federal y, en la esfera provincial las fuerzas policiales y los servicios penitenciarios.[49]

---

[44] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 81
[45] Fontán Balestra, Derecho Penal, 6ª.. ed, pag. 580.
[46] Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de derecho penal" T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 3-.
[47] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 81, quien cita a Soler, V 1970, 146
[48] Donna, E. ob. Cit. pag. 179.
[49] Donna, E, ibídem pag. 180.

Art. 250 Bis: ***"Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:***

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.

2. Observara cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso".

Antecedentes de la norma.

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal.

Pueden encontrarse resabios de esta figura típica en el derogado capitulo IV "Infracción de los deberes del centinela, violación de consigna", del Título V "Infracciones contra el Servicio", Libro II "Infracciones militares en particular", del Tratado Tercero del antiguo Código de Justicia Militar (Ley 14.029)[50] ; también, una referencia a las "mutilaciones y substracción al servicio" en su artículo 820, como un Título autónomo.

Bien Jurídico Protegido.

Dice FIGARI[51], en concepto que compartimos, que el bien jurídico protegido hace alusión a preservar el correcto funcionamiento de las tareas propias de las Fuerzas Armadas en circunstancias de un conflicto armado.

Sujeto Activo.

[50] Ver, especialmente su artículo 731.
[51] Citado en el comentario al artículo 249 bis, nota 10.

El sujeto activo de esta norma es un militar. Con respecto al carácter de militar, nos remitimos a lo explicado al comentar el artículo 249 bis y lo que establece la reforma del artículo 77 del Código Penal (art 1, Anexo I, Ley 26.394).

Tipo Objetivo.

Cabe referir en relación con este artículo que para la configuración de su tipo objetivo se requiere la existencia de tiempo de conflicto armado.

Cabría preguntarse que se entiende por "tiempo de conflicto armado".

Al respecto, el Anexo II de la Ley 26.394 –procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados- establece en su artículo 2º que: "El tiempo de guerra, a los efectos de la aplicación del procedimiento previsto en esta ley, comienza con la declaración de guerra, o cuando éste existe de hecho, o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades".

En la citada norma puede el juez encontrar parámetros acerca de lo que se puede entender como tiempo de conflicto armado, lo que es un elemento del tipo objetivo y que de no existir nos reenviaría a una figura disciplinaria similar descartándose el ilícito penal. A esa figura me referiré más adelante.

También es ilustrativo traer a colación lo dicho por el Procurador General de la Nación con fecha 1º de setiembre de 1993, cuando expresó que: "A la luz de una interpretación actualizada del Derecho Internacional de la Guerra, en virtud de lo dispuesto por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que nuestro país ratificó por decreto ley 14.442/56 y ley 23.049/86, respectivamente, entiendo que la guerra es "todo conflicto armado", tenga el carácter interno o internacional"[52]. Dicho

[52] Allí se trató un conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar, en una causa instruida con motivo del accidente automovilístico ocurrido en Grubisno Polje, provincia de croacia, en el cual resultaron muertos dos efectivos del Ejercito Argentino acantonados en la ex – República de Yugoslavia –dentro del marco de la Resolución Nº 713/91 de la Organización de las Naciones Unidas-, entendiéndose como irrelevante el carácter de beligerante de las fuerzas argentinas. Este precedente resulta importarte ya que puede ampliar el ámbito de aplicación de la norma teniéndose en cuenta que las

dictamen fue compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cuestión de competencia "Flores, Hugo A. S/infr. art. 84 Código Penal.), con fecha 10 de noviembre de 1993.

Siguiendo con la norma en análisis, para la configuración de la misma se requiere que en el ya citado tiempo de guerra un militar "abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviere a su cargo para esos fines o los descuidase", es decir, por un lado la norma establece que se requiere abandonar funciones, y por otro lado hace referencia al descuido de las mismas, pareciendo ser distinto el tipo de dolo exigido en cada caso, o que inclusive la figura admitiría un tipo exclusivamente culposo para el caso de descuido.

También la norma prevé la situación de aquel militar que se incapacitase voluntariamente para rehuir las funciones que prevé el artículo; este caso no admite la figura culposa.

Además, se contempla también la situación de quien observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

Aquí resulta necesario poner especial atención en el concepto de "dato significativo", el que puede quedar sujeto a la sana crítica del juez o preferentemente, al auxilio al recurso de una opinión de alguien versado en el arte de la guerra, lo que haría las veces de informe técnico o pericial; lo mismo puede decirse en relación con las "medidas del caso" que se debieron haber tomado.

Consumación y Tentativa.

Expresa FIGARI[53] que se trata de un delito de pura actividad, y que no admite tentativa.

Particularidades de la Figura

Fuerzas Armadas de la Nación cumplen con distintas misiones de mantenimiento o imposición de la paz bajo el mandato de las Naciones Unidas, por lo que no necesariamente debería la Nación encontrarse en guerra –según esta interpretación- para la aplicación de la norma.

[53] Ver nota 2.

Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Norma Procedimental.

Dispone el artículo 1 del Anexo II del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que: "Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el Juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate". Para el conocimiento de este procedimiento especial, me remito a la citada norma (Ley 26.394, anexo II).

Tipo Disciplinario.

Para culminar el comentario de este artículo, de no ocurrir los hechos en tiempo de guerra, ya no podría esta figura tratarse como delito, estando prevista a su vez en el artículo 13, inciso 13 la falta disciplinaria de abandono del servicio, que es en la que incurre "El militar que sin necesidad evidente o autorización expresa abandone el servicio o la realización de tareas encomendadas". Por ello, si ante hechos como los descriptos en este tipo penal no nos encontrásemos en tiempo de conflicto armado, ello no impide que se evalúe la comisión de una falta disciplinaria gravísima, lo que tal como ya dijimos antes, quedará sujeto al respectivo procedimiento por los consejos de disciplina.

También existe un tipo disciplinario para la autolesión en tiempo de paz con el fin de evadir el cumplimiento de obligaciones militares: ello se prevé en el artículo 13, inc 19 como falta gravísima en el ya citado Código de Disciplina.

Art. 251. ***"Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales".***

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

La infracción, que ya estaba prevista en cierto modo en el Proyecto de 1891, reconoce un antecedente inmediato en el Proyecto de 1906.[54]

Explica Nuñez que el artículo proviene del art. 270 del Proyecto de 1906. El art. 295 del Proyecto de 1891 también preveía el delito, pero reduciendo el requerimiento de la asistencia de la fuerza pública para usarla sólo contra la ejecución de "disposiciones legales de la autoridad pública". El Proyecto de 1891 menciona como concordancias los códigos Holandés de 1881, art. 358; Húngaro de 1878, art. 472; Belga de 1867, art. 254, y Francés de 1810, art. 188.[55]

Bien Jurídico.

El bien jurídico tutelado es el ordenado funcionamiento de la administración pública que puede verse afectado por la intervención de la fuerza requerida fuera del marco legal.[56] El bien jurídico protegido se ciñe al correcto y ordenado desenvolvimiento de la Administración pública, cuyo

[54] Boumpadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho penal" Editorial Astrea, 2009 pág. 163.
[55] Nuñez, Ricardo C. "Derecho Penal Argentino" Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pag. 82.
[56] Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal". Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 180

funcionamiento resulta afectado por las conductas funcionariales realizadas al margen de las disposiciones legales.[57]

Sujeto Activo.

El sujeto activo sólo puede ser un funcionario público con competencia para requerir el auxilio de la fuerza pública.[58]

Al igual que lo dicho respecto del artículo anterior, la fuerza pública está conformada por las fuerzas de seguridad o policiales encargadas de mantener el orden público, cualquiera que sea su denominación, competencia y funciones (preventivas, represivas, de seguridad y vigilancia, de auxilio, etc)[59]. El concepto de jefe abarca a cualquier integrante de la fuerza que tenga poder de mando sobre otros integrantes de aquélla, ya sea por su jerarquía funcional (jefes propiamente dichos, oficiales y suboficiales) o porque eventualmente han sido citados para mandar. Mientras que el de agente comprende a todos los individuos que forman parte de aquélla, ejerciendo sus funciones específicas, sin poder de mando. [60] Sostiene Dona citando la opinión de Creus, que será el ordenamiento legal el encargado de determinar cuáles son las fuerzas que puede ser consideras públicas, "pues se trata de una materia reglada", reuniendo estas características en la esfera nacional la Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina, la Policía Federal y el Servicio Penitenciario federal y, en la esfera provincial las fuerzas policiales y los servicios penitenciarios.[61] No forman parte de ellas las fuerzas armadas, salvo que estén específicamente destinadas a un servicio policial, según se dijo al comentar el artículo anterior.[62]

Tipo Objetivo.

La acción consiste en requerir la asistencia de la fuerza pública. Sostiene Donna, citando la opinión de Nuñez y Laje Anaya, que el requerimiento no constituye una simple petición de asistencia de

[57] Buompadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho penal" Editorial Astrea, 2009 pág. 163.
[58] Boumpadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho penal" Editorial Astrea, 2009 pág. 164.
[59] Nuñez, ibídem, quien a su vez cita a Gómez, V. 501; Moreno CI, 180; Malagarriga, III, 184, Fontán Balestra, VII, 236
[60] Donna, E. ob. Cit. pag. 179.
[61] Donna, E, ibídem pag. 180.
[62] Fontán Balestra, VII, 237.

la fuerza pública a su jefe o agente, sino que el requerimiento previsto por el tipo es una intimación a darla, la que debe ser realizada conforme a los requisitos legales y destinada a favorecer o ayudar al funcionario público a resistir de hecho el cumplimiento de lo dispuesto u ordenado.[63]

Siendo la acción la de requerir, no queda comprendido en el tipo (sino en el de resistencia o desobediencia, según el caso) el funcionario que, teniendo mando sobre la fuerza le ordene de modo directo la resistencia.[64] Por otra parte, tiene que tratarse de un requerimiento de asistencia, o sea, de auxilio para realizar la particular finalidad típica.[65]

Indica Buompadre, que el tipo penal presupone, para su perfección, la concurrencia de un elemento en el tipo objetivo: la existencia de una orden, de una disposición, de una sentencia o de un mandato judicial. No existe posibilidad de que el tipo se realice sin la concurrencia previa de este componente del tipo objetivo.[66] También explica que no se trata de una oposición a un acto que aún no llegó a concretarse materialmente (como por ejemplo una sentencia que todavía no ha sido firmada), sino de una oposición a la ejecución misma del acto, es decir a que se lleve a cabo en la realidad. De ahí que el límite mínimo de imputación reside en la formalización del acto administrativo, esto es, en su propia existencia jurídica. Si el acto aún no existe, no resulta imaginable una conducta tendiente a frustrarlo.[67]

González Roura resume las exigencias en punto a legalidad y competencia diciendo: si el requerimiento fuere hecho por persona no investida de autoridad, o ésta no fuere la civil, o siéndolo no fuera competente, o de serlo no hiciere el requerimiento de acuerdo con la ley, no procederá la aplicación del artículo (D. penal, T. III, nª 285, p. 373. Agrega que dentro del término legalmente está implícito que el auxilio requerido debe corresponder prestarlo al requerido. [68]

Tipo Subjetivo.

---

[63] Donna, E.. Ibídem. Pag. 181.
[64] Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 274
[65] Creus C. y Buompadre, J., ob. cit Pag. 274.
[66] Boumpadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho penal” Editorial Astrea, 2009 pag. 164.
[67] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 164
[68] Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de derecho penal” T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 5-.

Es un delito doloso, debiendo el autor conocer las disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales, y de la ilegalidad del requerimiento formulado para oponerse a los mismos. Debe saber y querer abusar de su competencia al formular el requerimiento, quedando fuera del supuesto el sujeto que no requiere como funcionario competente que ha utilizado otros medios para lograr el auxilio perseguido (ej., mediante engaño, haciendo valer su influencia, etc.)[69] Agrega Buompadre que la doctrina[70] ha exigido la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, que consiste en una finalidad que se añade al requerimiento ("para oponerse a"), de manera que, si el requerimiento no se formula con esa finalidad, o con fines distintos, el tipo no se concreta.[71].

Luego, citando la posición de Polaino Navarrete concluye que se trata de un tipo de tendencia subjetivamente configurado, que demanda una conducta enderezada hacia (para) algo, reveladora de una orientación subjetiva del autor a un objetivo determinado. Por lo tanto, al exigir el tipo una conducta finalísticamente proyectada, no resulta posible su comisión a título de dolo eventual.[72]

Creus y Buompadre sostienen que se trata de un delito doloso que necesita el conocimiento de la existencia de la disposición, la orden, la sentencia o el mandato y de su legalidad y, volitivamente, el dolo directo de querer requerir el auxilio para oponerse a la ejecución de ellos, adquiriendo importancia el error iuris como excluyente de la culpabilidad.[73]

Consumación Y Tentativa.

Es un delito de peligro que no necesita perfeccionarse con la efectiva prestación del auxilio por parte de la fuerza pública. Menos todavía con la efectiva frustración del acto, ni siquiera con la respuesta al requerimiento.[74]

---

[69] Donna, E. ob. Cit. pag. 181, quien cita a Creus ob. Cit. pag. 227.
[70] Boumpadre J. ob. Cit. , quien cita la a Creus, Delitos contra la administración pública, pág. 222; Herrera, en Levene (H.) (dir.), Manual de derecho penal, Parte especial, p. 534. Laje Anaya, sin embargo, pese a afirmar que la voluntad debe estar encaminada a ese fin (para oponerse a algo que es legal), admite la posibilidad del dolo eventual (Comentario al Código Penal. Parte especial vol. III, p. 83).
[71] Buompadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho penal" Editorial Astrea, 2009 pag. 164.
[72] Boumpadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho penal" Editorial Astrea, 2009 pag. 165.
[73] Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, "Derecho penal" Editorial Astrea 2007 pag. 275
[74] Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, "Derecho penal" Editorial Astrea 2007 pag. 274

El delito se consuma con el requerimiento formulado de acuerdo a las formas legales correspondientes. No es necesario que la ejecución se haya frustrado o que la asistencia de la fuerza se haya producido o siquiera haya sido concedida, no siendo posible la tentativa. [75] El delito de es pura actividad, se consuma con la realización del requerimiento legalmente formulado, con independencia de que el auxilio se haya prestado de manera efectiva o de que se haya frustrado el acto legítimo. [76]

Sostienen Creus y Buompadre, que no es indispensable que el acto se encuentre en vías de ejecución –como lo pretende alguna doctrina-, porque la acción no es la de resistirse, sino la de requerir, por lo cual nada obsta a que el requerimiento se formule para oponerse a un acto que va a realizarse, pero que todavía no comenzó ejecutivamente.[77]

Autoría Y Participación.

También con cita de la obra de Creus, apunta Donna que sólo puede ser autor de este tipo penal el funcionario público, legalmente facultado para requerir la asistencia de la fuerza pública de que se trate en el caso. Como se ha tenido en cuenta específicamente el peligro que constituye para la administración pública el abuso de la competencia del funcionario, cabe concluir que no puede ser autor de este delito el funcionario que teniendo la facultad de mandar o disponer de la fuerza pública, carece de la facultad de requerir el concurso de otra fuerza pública.[78]

Es un delito propio, que admite los principios generales de la participación; pero no asumen el rol de cómplices los jefes o agentes de la fuerza pública que prestan la asistencia requerida, sin perjuicio de otros delitos que pueden cometerse en la prestación del auxilio (ej. atentados, resistencias).[79]

Particularidades De La Figura.

[75] Donna E. ob. Cit. pag. 181
[76] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 165.
[77] Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, "Derecho penal" Editorial Astrea 2007 pag. 275
[78] Donna, E. ob. Cit. pag. 182
[79] Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, "Derecho penal" Editorial Astrea 2007 pag. 275

Afirma Nuñez que los autores franceses se abstienen de comentar este artículo porque dicen que nunca se ha aplicado. Luego agrega que tampoco conoce que nuestro precepto haya sido aplicado, a pesar de no haber faltado oportunidades para hacerlo, pues en contra de la opinión de Moreno respecto de los funcionarios franceses, afirma que los nuestros no han demostrado ni demuestran hábito de disciplina que los preserven de los abusos de autoridad contra la cosa pública.[80]

Art. 252. (primer párrafo): ***"Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público".***

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Sostiene Nuñez que el artículo en su redacción vigente proviene del Proyecto de 1891, art. 296, pero el delito ya estaba previsto en el Proyecto Tejedor, parte II, libro II, título II; 5ª, artículo 4, citado bajo el número 398 por el Proyecto de 1891 al mencionar las concordancias de aquel artículo. El Proyecto cita, además, como concordantes los arts. 387 del Código Español de 1870 y 254 del Código Chileno de 1874.[81]

Durante el período de vigencia del Código Penal, las leyes 17.567 y 21.338 introdujeron un segundo párrafo a la norma, tipificando el delito de incitación al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos, redacción que fue posteriormente derogada por la reforma de la ley 23.077, que restableció el texto original. Con posterioridad, la ley 26.394 introdujo nuevamente un segundo párrafo al artículo, por el que se reprimen específicas infracciones al servicio militar.[82]

Acudiendo a la opinión de Morales Prats y Rodríguez Puerta, a quienes cita para explicar el alcance de la reforma operada en la legislación española en la que abrevó la nuestra, Buompadre señala que entre los antecedentes extranjeros, merece destacarse la evolución que en esta materia ha

[80] Nuñez R. ob. Cit. pag. 82.,
[81] Nuñez , Ricardo C. "Derecho Penal Argentino" Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pag. 83.
[82] Buompadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho Penal" Editorial Astrea, 2009, pág. 164.

experimentado el derecho español, fuente del nuestro, en el que se desincriminaron definitivamente aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos cuya trascendencia para el bien jurídico protegido era escasa (por ej. la anticipación, prolongación y abandono de funciones –arts. 373 a 376 del anterior Cód. Penal-), reservándose para ellos una correlativa sanción disciplinaria. No obstante, se han mantenido algunos supuestos de abandono de funciones, circunscriptos a hipótesis que se orienten especialmente por la finalidad perseguida por el autor del delito (p. ej. abandonar el destino con el propósito de no impedir o no perseguir ciertos delitos –art. 407, Cód. Penal -. Con la despenalización de este tipo de conductas –se tiene dicho- el legislador de 1995 ha optado por un modelo de intervención penal acorde con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, al transferir a otras ramas del ordenamiento jurídico la sanción de comportamientos de escasa trascendencia desde la perspectiva de los servicios que los poderes públicos prestan a la comunidad. De este modo, la sanción penal queda reservada únicamente para aquellos ataques más graves al modelo constitucional de la Administración. [83]

Bien Jurídico.

El artículo protege la incolumnidad de la prestación del servicio público. [84] También se ha dicho que el bien jurídico tutelado es el correcto desempeño de la función pública conforme a los principios constitucionales, que puede quedar gravemente perturbado en aquellos supuestos en los que el servicio queda desprovisto.[85]

Sujeto Activo.

[83] Buompadre, J. ob. Cit. pág. 166.
[84] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 83
[85] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 166.

Sólo puede ser un funcionario público en ejercicio de su destino (cargo). Este puede ser rentado u honorífico.[86] ,

No interesa si el sujeto se halla de licencia o bajo el efecto de una sanción disciplinaria, en cuanto al cargo es susceptible de ser abandonado con daño en el servicio aun por quien no está prestando servicios.[87]

Tipo Objetivo.

La acción típica es abandonar el cargo. Sin embargo no es el simple abandono lo que la norma tipifica penalmente, es decir el desempeño descuidado negligente; la inasistencia frecuente del funcionario; la mera desidia funcional o ciertas licencias tomadas unilateralmente fuera del marco legal administrativo. Lo delictivo reside en el abandono de las funciones con la finalidad de no continuar con ellas. [88]

El abandono no es equiparable al desempeño descuidado del cargo o la inasistencia sin formal licencia, que se caracteriza por la intención de continuar vinculado al cargo, sino que consiste en el retiro del destino que el funcionario tiene asignado, con ánimo de no seguir ligado a él definitiva o temporariamente.[89]

Reseñando la opinión de Laje Anaya, apunta Donna que abandona quien se retira o deja el cargo con ánimo de no continuar en su desempeño, de no retomarlo, quien se aparta, quien desiste, quien lo deja, deshaciéndose de él unilateralmente.[90]

Por su parte Buompadre sostiene que a la conducta típica objetiva de abandonar el cargo se le añade un fin específico: no volver a ejercerlo. Se trata de un obrar orientado subjetivamente hacia un fin: no volver a ejercer el cargo que se dejo. El mero comportamiento objetivo, sin la concurrencia de este

[86] Nuñez, R. ob. Cit. pág. 83
[87] Donna, E. ob. Cit. pag. 186.
[88] Buompare, J. ob. Cit. pág. 166.
[89] Nuñez , Ricardo C. "Derecho Penal Argentino" Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pág. 84
[90] Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal". Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 184

particular elemento subjetivo, no concreta el tipo legal del delito. Para que el abandono de destino sea típico, la voluntad del funcionario debe estar dirigida a desligarse del cargo, no resultando suficientes los meros abandonos temporarios o transitorios[91]

Agrega que el delito puede darse igualmente con la presentación de la renuncia por parte del funcionario. Mientras aquélla no sea aceptada, el agente debe permanecer en el cargo; si lo abandona con la finalidad de no retomar, en daño del servicio público, habrá cometido el delito en cuestión. En realidad lo que el tipo penal reprime es el abandono del cargo sin que autoridad alguna haya dispuesto la exclusión del servicio del agente, lo cual puede ocurrir por aceptación de la renuncia, cesantía o exoneración.[92]

Sobre el abandono mediando renuncia, explica Molinario en la obra actualizada por Aguirre Obarrio, que es necesario el presupuesto de haberse hecho cargo del empleo público y el problema consiste en saber si media un segundo presupuesto: haber presentado la renuncia. Dichos autores citando a Rodolfo Moreno, indican que aquí se trataba de quien hubiera presentado la renuncia. Ello, en atención a que el simple abandono figuraba en los antecedentes, incluido el proyecto de Tejedor. Pero no pasó al código de 1886. Moreno lo dijo expresamente, pero está ínsito en su argumentación que este caso tiene la misma pena que la del artículo 249, que es la de omitir el cumplimiento de actos propios del oficio, de donde quien sin renunciar, abandona el cargo, incurre en este delito.[93]

También este último autor sostiene, que en cambio Sebastián Soler, sostenía que si el código castigaba a quien, tras renunciar, abandonaba el cargo ¿Cómo no se iba a castigar a quien lo abandonaba sin tan siquiera haber presentado la renuncia?. Esta idea pasó a ser mayoritaria.[94] Soler, -en la cita Número 34-, menciona la opinión de de Díaz, 466; Pacheco II, p. 442, Viada, II, 613-4, Cuello Calón, II, p. 345 en el sentido de la existencia de delito cuando el imputado ni siquiera había presentado la

[91] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 166.
[92] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 167
[93] Molinario Alfredo J. , texto preparado por Aguirre Obarrio, Eduardo Aguirre "Los delitos" editorial tipográfica editora argentina, 1999, T. III pág.349
[94] Molinario A. y Aguirre Obarrio, E. ob. Cit. pag. 349.

renuncia, más también la de Moreno, VI, p. 182 quien considera sujeto activo posible solamente al funcionario renunciante, siguiendo a Oderigo, n. 1266.[95]

Nuñez entiende que el abandono debe producirse sin que la autoridad competente haya aceptado formalmente la renuncia del funcionario. Esto no supone necesaria la presentación de la renuncia por aquél. El artículo 252 no tiene en cuenta el acto de la aceptación de una renuncia en el sentido formal, sino el acto por el cual la autoridad competente acepta o dispone que el funcionario deje su destino. Lo que sucede tanto cuando la autoridad admite la renuncia prestada por el funcionario, como cuando, sin esa presentación, lo deja cesante o lo exonera. Si tal no fuera la interpretación correcta del artículo mencionado y debiera estarse a la literalidad de sus términos, resultaría impune el caso más grave de abandono, que es, sin lugar a dudas, el producido sin la previa presentación de la renuncia, pues ésta permite el oportuno resguardo de la administración pública mediante la sustitución del dimitente. Además si con arreglo a las palabras de la ley, únicamente la admisión de la renuncia, debiera excluir el tipo delictivo, resultaría punible el funcionario que abandonara el cargo después de que rechazada su renuncia, fuera exonerado o dejado cesante.[96]

De todas maneras, la discusión no tiene consecuencias prácticas porque, decidamos que el mero abandono queda encuadrado en el artículo 249 o en el 252, la pena es idéntica.[97]

Cuando la ley habla de destino, se refiere al cargo público de cualquier naturaleza que fuere (de autoridad o gestión, rentado o no) y el delito se comete cuando el agente lo deja sin habérsele admitido la renuncia, lo cual es una expresión metafórica de la ley, que comprende tanto la situación del que deja el cargo después de presentar la renuncia y antes de que le sea aceptada como el que deja el cargo sin haber presentado la renuncia y sin haber cesado legalmente en él; lo prohibido es abandonar el cargo aunque se haya presentado la renuncia, por lo cual el delito también existe cuando el agente ni siquiera la ha presentado (Soler).[98]

95 Soler Sebastian, “Derecho Penal Argentino” Tipográfica editora argentina, 1953, pag.166.
96 Nuñez, R. ob. Cit. pág. 84.
97 Molinario, A. y Aguirre Obarrio, E. ob. Cit. pag. 349.
98 Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 276

Donna, entiende que desde una correcta interpretación del bien jurídico tutelado, sólo quedan cubiertos aquellos abandonos con fin de no retomar tareas, señalando que según Nuñez, el abandono temporario queda atrapado por este tipo penal, mientras que de la obra de Sebastián Soler podemos extraer que cuando no hay renuncia, el abandono requiere cierta duración mientras que si la hay, requiere propósito de dejación, siendo exigido el carácter definitivo del abandono por Carlos Creus.[99]

Tipo Subjetivo.

Es un delito doloso. Explica Nuñez que el abandono, además del apartamiento material del destino asignado, demanda la intención de desvincularse de la función pública. Esta intención puede estar explícitamente manifestada, v. gr., mediante la renuncia u otra manera positiva de expresarla; o puede surgir implícitamente de las modalidades y las circunstancias del abandono, por ej., de la duración de la dejación del destino o de la asunción de uno nuevo. No es necesario que el autor obre con el propósito de causar daño al servicio público, ni que obre a sabiendas de que lo producirá. Se trata de un resultado que puede ser preterintencional. [100]

Por su parte Creus y Buompadre sostienen que el aspecto voluntario requiere el dolo directo, que es el único que se compadece con la voluntad de desvincularse definitivamente del servicio y que, es el elemento indispensable de la acción de abandonar, pero sin requerir voluntad de perpetrar el daño del servicio.[101]

Consumación Y Tentativa.

Sostiene Nuñez que el delito se consuma con el hecho del abandono dañoso para el servicio público. No admite tentativa, pues el acto ejecutivo del propósito de realizarlo, ya implica su consumación.[102]

[99] Donna, E. ob. Cit. pag. 184, nota 85.
[100] Nuñez, R. ob. Cit. pág. 84
[101] Creus y Buompadre, ob. Cit. pag. 277
[102] Nuñez, R. ob. Cit. pág. 84

Buompadre considera que la infracción exige que el abandono del cargo sea "con daño del servicio público". Dicho daño debe entenderse como un detrimento o menoscabo material o moral que sufre el servicio público como consecuencia del abandono, puede tratarse tanto de un perjuicio a los servidos públicos propiamente dichos (p. ej. energía, agua, asistencia médica, educación, seguridad), como a los servicios que se prestan mediante el ejercicio de la función pública (p. ej. administración de justicia, función ejecutiva). El daño debe ser real, actual y efectivo; no meramente eventual ni hipotético. [103]

Luego expone que algún sector de la doctrina[104] ha creído encontrase frente a un delito de daño, cuya consumación coincide con el perjuicio a la Administración pública, aunque la opinión predominante afirma que se trata de un delito de peligro concreto, de pura actividad que se consuma cuando se produce el abandono del cargo.[105] Por su parte considera que el resultado dañoso para el servicio público configura un resultado preterintencional no abarcado por el dolo del autor. O en todo caso, no integra necesariamente la culpabilidad típica dolosa. Se asimila más bien, a una consecuencia culposa que deriva del propio abandono del cargo. De allí que el momento consumativo coincide con el abandono dañoso para al servicio público. Sin la existencia del daño al servicio público, el delito no se configura, no siendo posible la tentativa. [106]

Por su parte Donna señala que se trata de un delito de mera actividad, en cuanto la acción constituye el fin del tipo penal; siendo a la vez un delito de peligro concreto, en tanto el accionar típico debe implicar, sin más el riesgo de lesión del bien jurídico. Agrega que el daño debe ser actual y efectivo, diferenciando parte de la doctrina entre daño interno, cual es el que sufre internamente el servicio público y que no determina punibilidad con el que trasciende al servicio como tal, en cuanto afecta a la generalidad.[107] Luego, menciona que por vía jurisprudencial se ha aceptado este distingo y se ha señalado que el daño, como requisito del delito de abandono, intempestivo del cargo, previsto por el

[103] Boumpadre, J. ob. Cit. pág. 167.
[104] Cita a Fontan Balestra, Tratado de derecho penal, t. VII, p. 238.
[105] Cita a Nuñez, Drecho penal argentino T. VII, p. 85, Creus, delitos contra la Administración pública. P. 230; Donna. Derecho penal. Parte especial, t. III,p. 186.
[106] Boumpadre, J. ob. Cit. pg. 168.
[107] Donna, E. ob. Cit. pag. 185.

artículo 252 del Código Penal, debe referirse a la consecución de los fines que motivaron la creación del servicio pública de que se trate, y no a las perturbaciones de orden interno de éste.[108]

Si bien los delitos de mera actividad admiten tentativa, el caso particular que nos ocupa no es uno de ellos, en cuanto los actos previos a la dejación e incluso el abandono mismo sin peligro no integran un inicio de ejecución penalmente relevante[109].

Creus y Buompadre sostienen que para que el abandono sea punible, tiene que haber producido daño al servicio público; es una condición de punibilidad que el daño se haya originado en el abandono mismo; ello no ocurre cuando reconoce una fuente causal distinta preponderante (p. ej., el daño que produce el empleado inexperto que reemplazó al abandonante). Estamos ante un delito de peligro, no estrictamente de daño, por lo cual se consuma con el abandono, aunque la punibilidad requiera una trascendencia dañosa. No admitiendo la tentativa, pues el acto ejecutivo del propósito de realizarlo, ya implica consumación, (Nuñez), lo cual muestra con mayor claridad aun que la consumación se da con el solo abandono, si lo fuera cuando ocurre el daño, el abandono sin daño no importaría tentativa, sino un hecho típico impune.[110]

Autoría y Participación.

Particularidades De La Figura.

Sobre el daño al servicio público, explica Nuñez que existe cuando a causa del abandono del funcionario, el servicio a los intereses de la colectividad a cargo exclusivo o de que participa el destino asignado al autor del abandono, experimenta un menoscabo material o moral. Por ej. el retraso en la instrucción impartida en una escuela, o la paralización de la vida municipal, o el desprestigio moral emergente del abandono de su destino por la comisión policial de vigilancia pública. No basta un daño

[108] Donna, E. ob. Cit. pag. 185, cita el caso de la CCCorre., "Coster, Armando León, 12-4-49, en Oderigo, Mario A.Votos y sentencias penales, Valerio Abeledo, ps. 152-3. Se trataba de un agente de la Policía Federal, institución a la que estaba ligado por un contrato cuyo lapso de duración era cinco años, que hizo abandono de funciones sin causa justificada y sin que dicho contrato hubiera sido legítimamente rescindido, se consideró que la conducta descripta quedaba atrapada por el artículo 65 del estatuto de la Policía Federal (ley 13.030), el que por principio de especialidad relegaba al art. 252 del Código Penal.
[109] Donna, E. ob. Cit. pag. 186.
[110] Creus y Boumpadre, ob. Cit. pag. 277

interno en el organismo público, que no trascienda al servicio que aquél presta a la generalidad. Debe ser un daño efectivo y actual y no solamente potencial o futuro.[111]

Indica Molinario, acerca de la discusión de la doctrina en torno a la renuncia, analizada infra, que una renuncia presentada no se acepta inmediatamente por las siguientes razones: que quien tenga la facultad de aceptar, la rechace; que dude si aceptarla o rechazarla; que esté considerando la posibilidad de aceptarla o, en vez, de iniciar un sumario para declara cesante al funcionario, etc.

En cualquiera de estos casos, explica Molinario, que el funcionario debería continuar en su destino hasta que la renuncia sea aceptada, salvo que el superior lo autorice. Tampoco hay delito cuanto no hay daño al servicio público, cosa que normalmente es clara si existe un sustituto legal que continúa en funciones. Cita el caso de Eusebio Gómez, cuando renunció a su cátedra en 1945 porque el gobierno anunció públicamente que iba a nombrar veedores en los exámenes universitarios. Aunque fueron muchos los profesores que entonces renunciaron y sus renuncias fueron aceptadas, no ocurrió lo mismo con Gómez, que tuvo que seguir dictando sus clases durante uno o dos meses. El caso que aprovechó la oportunidad para explicar en ellas este delito.[112]

Art. 252 segundo párrafo: ***"El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufriesen pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave".***

Antecedentes De La Norma.

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal.

[111] Nuñez, R. ob. Cit. pág. 85.
[112] Molinario, A y Aguirre Obarrio E. , ob. Cit. pag. 349

Pueden encontrarse resabios de esta figura típica en el derogado capitulo I “Abandono de servicio”, del Título V “Infracciones contra el Servicio”, Libro II “Infracciones militares en particular”, del Tratado Tercero del antiguo Código de Justicia Militar (Ley 14.029)[113].

También allí se preveían las conductas que trata esta norma, a saber: el abandono de servicio, el abandono de destino y la deserción.[114]

Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico que protege esta norma es el eficaz cumplimiento del servicio en ocasión de conflicto armado o de encontrarse en operaciones en zona de catástrofe.

Sujeto Activo

Con respecto al carácter de militar, nos remitimos a lo explicado al comentar el artículo 249 bis y lo que establece la reforma del artículo 77 del Código Penal (art 1, Anexo I, Ley 26.394).

Tipo Objetivo.

Lo primero a lo que cabe referirse en relación con este artículo es que para la configuración de la figura penal se requiere la existencia de tiempo de conflicto armado o su ocurrencia en zona de catástrofe..

En lo que se refiere al concepto de “tiempo de conflicto armado”, me remito al comentario al artículo 250 bis: en relación con la denominada “zona de catástrofe”, entiendo que debido a la precisión que requiere el tipo objetivo de la figura, no bastaría con encontrarse de hecho en una zona de catástrofe, sino que debe existir una declaración de ese estado a través de las autoridades pertinentes, no solamente

[113] Ver, especialmente su artículo 731.
[114] Ver, artículos 708 a 712 por el abandono de servicio, artículos 713 al 715 por el abandono de destino, y los artículos 716 al 724 por la deserción.

emanada del Poder Ejecutivo Nacional sino de autoridades facultadas para ello, lo que llevará en el caso concreto a analizar las facultades mediante las cuales se dictó el acto administrativo correspondiente.

Por otro lado, al hablar la figura típica de abandonar "servicio", "destino" o "desertar" resulta omnicomprensiva de todo el personal militar, ya sea oficiales, suboficiales o soldados. Cabe aclarar que dentro de las normas disciplinarias castrenses si bien el abandono de servicio puede ser generalizado, en abandono de destino sólo puede incurrir el personal de Oficiales, mientras que la figura de la deserción está prevista para el personal de Suboficiales y Soldados.

Tomando como guía para la interpretación de la presente norma al Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, y sin perjuicio de lo dicho sobre el sujeto activo que es todo militar, podemos decir que abandonar el servicio significa abandonar la tarea o misión o funciones que le fueran encomendados, sin necesidad evidente o autorización expresa; abandonar el destino significa faltar un oficial sin autorización de su lugar de destino o residencia por tres (3) días continuos, o no presentarse al superior de quien dependan cuarenta y ocho (48) horas después de vencida su licencia temporal, mientras que es desertor aquel suboficial o soldado que a) Faltare de la unidad de su destino o lugar fijado por la superioridad como de su residencia, por más de cinco (5) días consecutivos, los que se considerarán pasadas cinco (5) noches desde que se produjo la ausencia, y b) Abandonare el destino o lugar fijado por la superioridad para su residencia, con intención de no reincorporarse no regresar y omitieren recabar las autorizaciones o pedir su baja.[115]

Esta figura prevé también un tipo agravado que es aquel en el cual se incurriría si como consecuencia de la conducta típica resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, con un máximo de doce (12) años de prisión.

[115] Ver al respecto, Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, artículo 13, incisos 13, 14 y 15, donde se tratan sucesivamente las faltas gravísimas de abandono del servicio, abandono de destino y deserción.

Termina la norma diciendo que en cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito previsto con una pena más grave, lo que será resorte del juzgador ante la evaluación que hará del hecho concreto y la posibilidad de su encuadramiento en otra figura típica.

Consumación y Tentativa

Dice FIGARI[116] que se consuma con el mero abandono o la deserción y las agravantes con la producción del resultado. No se admite la tentativa en ningún caso.

Agrega que los tipos son dolosos, sin admisión del dolo eventual.

Particularidades de la Figura.

Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Norma Procedimental.

Dispone el artículo 1 del Anexo II del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que: "Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el Juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate". Para el conocimiento de este procedimiento especial, me remito a la citada

[116] Ver comentario al art 249 bis, nota 10.

norma (Ley 26.394, anexo II). Esta norma no resultaría aplicable de ocurrir en zona de catástrofe y fuera de un conflicto armado.

Tipo Disciplinario

Para culminar el comentario de este artículo, de no ocurrir los hechos en tiempo de conflicto o en zona de catástrofe, ya no podría esta figura tratarse como delito, estando prevista a su vez en el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, artículo 13, inciso 13 la falta disciplinaria de abandono del servicio, en el inciso 14 la falta de abandono de destino, y en el artículo 15 la falta de deserción, todas ellas gravísimas, lo que excitará la intervención de los respectivos Consejos de Disciplina.

No puede dejar de destacarse que existe en el citado código una figura culposa relacionada con esta figura penal y con la que prevé el artículo 250 bis; así, establece el artículo 13, inciso 16 la figura de la falta gravísima de la negligencia en el servicio, que es aquella que comete: “El militar que en tiempo de guerra o durante operaciones militares, perdiere la unidad militar a sus ordenes, provocare daños a la tropa o al equipamiento, restringiere el cumplimiento de las tareas u objetivos encomendados o desaprovechare la ocasión oportuna para llevarlas a cabo, por no tomar las medidas preventivas necesarias, no solicitar con debida antelación el auxilio requerido o actuar con negligencia o imprudencia notoria y grave”.

De producirse estos hechos, será cuestión del interprete encuadrar a los hechos en los distintos tipos penales o disciplinarios existentes hasta formarse una jurisprudencia en la materia.

Art. 253: ***“Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales”.***

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

El precepto proviene del Proyecto de 1891, art. 297. Este proyecto menciona como concordancias al código de Tejedor, art. 423; al Español de 1870, art. 393 y al Chileno de 1874, art. 220.[117]

En el derecho español, explica Buompadre que el delito de nombramientos ilegales está tipificado junto al de prevaricación administrativa, en el Capítulo I del Título XIX, y la doctrina entiende que se trata de una modalidad específica de prevaricación, en la que el funcionario público adopta una resolución –nombra, propone o da posesión de un cargo público-sin que concurran los requisitos legales para ello. De allí que se sostenga la práctica identidad del bien jurídico de ambos delitos; es el debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas.[118]

Bien Jurídico Protegido.

El artículo protege la incolumnidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al peligro que para ella involucra la falta de la idoneidad legalmente requerida.[119]
Tiende a proteger el funcionamiento correcto y eficaz de la Administración pública, que se vería gravemente perturbado por la falta de idoneidad de los funcionarios o agentes nombrados al margen de los requisitos establecidos por las disposiciones legales.[120]

Sujeto Activo.

[117] Nuñez , Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pág. 85.
[118] Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho Penal” Editorial Astrea, 2009, pág. 171.
[119] Nuñez , Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pág. 85.
[120] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 171

Sólo pude ser un funcionario público, quien proponga o nombre. En cambio puede ser cualquier persona la que acepte el cargo público, sin que la concurrencia de esta cualificación importe circunstancia agravatoria alguna.

Indica Donna que inicialmente, debe afirmarse que estamos frente a un delito especial en sentido estricto, en cuanto el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico.

Ello repercute en el ámbito de la participación criminal. De todos modos, el hecho de que no cualquier sujeto dentro de esta categoría jurídica- funcionario público- pueda realizar el tipo le otorga una peculiar característica, en el sentido de que también se trataría de un delito de propia mano, en tanto el tipo delictivo está reglado de tal modo que sólo puede ser autor quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida. [121]

Agrega Donna, que en cambio la acción de aceptación admite ser realizada por cualquier persona. Sin embargo, en cuanto la acción típica regulada en el apartado final del artículo supone una designación previa, debe concluirse que la acción de aceptación configura un ilícito de propia mano. La consecuencia inmediata de ello es que los terceros sólo pueden ser cómplices o instigadores, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos. [122]

Sujeto Pasivo.

Tipo Objetivo.

El delito puede cometerse presentando (proponiendo) a una persona ante quien corresponda o destinándola (nombrando) para desempeñar un empleo, como simple empleado o como funcionario en la administración nacional, provincial o municipal, centralizada o descentralizada, ejecutiva, legislativa o

[121] Donna, E. ob. Cit. pag. 190
[122] Donna, E. ob. Cit. pag. 190.

judicial cargo público). Si administrativamente fuera admisible la autopropoposición el autonombramiento, la falta de requisitos legales en el autor haría encuadrar el hecho en el art. 253.[123]

La norma incrimina como tipos de delito tanto a la propuesta o nombramiento para un cargo público de una persona en quien no concurriesen los requisitos legales (párr. 1) como la aceptación ilegal de un cargo público (párr. 2).

El desempeño del propuesto, nombrado o aceptante puede ser en cualquier rama o sector de la Administración pública, nacional, provincial o municipal, cualquiera sea el rango o jerarquía administrativas. Cargo público o (función pública); es toda actividad, temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado, a su servicio o al de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos o al de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (art. 1, ley 25.188 de ética pública).

La acción de proponer debe ser hecha por un funcionario público, con atribuciones legales para ello, ante otro funcionario público para que proceda a designarla.[124]

Proponer es presentar para que otra designe, acto que debe ser oficial y que también requiere la facultad del sujeto activo al efecto conferida por la ley. La idea de proposición conlleva la existencia de un procedimiento administrativo por medio del cual un funcionario debe nominar ante otro –que es el que designa- a la persona que puede ser nombrada para el cargo. [125]

Tal propuesta debe contener las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico y que proviene de un funcionario con facultades legales para realizarla, sin que revistan encuadre típico las me sugerencias, recomendaciones o insinuaciones dirigidas a conseguir un nombramiento ilegal.[126]

[123] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 86.
[124] Buompadre, J. ob. Cit. 172
[125] Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal”. Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 188
[126] Buompadre, ob. Cit. pag. 172

Nombrar, consiste en designar a una persona para que desempeñe una función determinada en el ámbito de la administración pública, sin que importe para la consumación típica el carácter administrativo del acto (puede ser permanente, transitorio, interino, rentado o ad honórem); lo que importa es la idoneidad legalmente requerida[127]. Nombrar en el sentido del artículo es designar oficialmente, destinando a una persona para desempeñar un empleo, como simple empleado público o funcionario público.[128]

La aceptación ilegal es de un cargo para el cual no se posee los requisitos exigidos. Citando la opinión de Polaino Navarrete sostiene Buompadre que la aceptación ilegal del cargo representa la contrafigura del nombramiento ilegal de funcionario público. Mientras en este delito el sujeto activo es el funcionario público facultado para instituir a funcionarios, en aquel sujeto activo es el particular erigido al pedestal de la función pública. En ambos casos –recuerda este autor- , la ilegalidad radica, no en la mera irregularidad forma, sino en la carencia de los requisitos legales precisos, que incapacitan al sujeto para esta operación jurídica.[129]

Agrega Nuñez que los requisitos legales son las condiciones personales establecidas por la ley o el reglamento atenido a ella, que debe llenar la persona para ocupar el cargo público de que se trata. Estas condiciones pueden ser formales, como son la nacionalidad, la residencia, la edad, el sexo, el cumplimiento del servicio militar y la inexistencia de inhabilitación o condena. También pueden requerirse condiciones sustanciales, como son el conocimiento de una materia o idioma o un grado determinado de instrucción, o la solvencia moral, pero en este caso el requisito legal consiste en la posesión del título o de la certificación de esa idoneidad y no en la realidad de ella. Salvo que se las estableciera como requisito, las vinculaciones personales o reales del propuesto o nombrad no están comprendidos en el art. 253.[130]

Se trata de un delito especial propio, de pura actividad que limita el círculo de autores sólo al funcionario público que posee facultades legales para proponer o designar. Como se trata de acciones alternativas, ambas tienen consumación autónoma, de manera que la realización de las dos conductas no

[127] Buompadre, ob. Cit. pag. 172
[128] Donna, E. ob. Cit. pag. 188.
[129] Buompadre, ob. Cit. pag. 175.
[130] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 86.

significará multiplicación delictiva. El funcionario que propone a una persona para que ocupe un cargo público y posteriormente la nombra en el cargo sin que concurran los requisitos legales para ello, no comete dos delitos sino sólo uno. [131]

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso. Basta la conciencia de que el propuesto carece de los requisitos legales demandados en el caso y la voluntad a pesar de ella, de proponerlo o nombrarlo. Basta por lo tanto, el dolo eventual.[132] En el mismo sentido Soler, quien apunta que la ley española decía "a sabiendas", la supresión de este extremo parece dar más amplitud a nuestra disposición, en el sentido de que impone al proponente o designante el deber positivo de informarse.[133]

Por su parte Buompadre, señala que resulta admisible sólo el dolo directo.[134]

Consumación y tentativa.

El tipo se configura cuando el agente no reúne tales requisitos, independientemente de que se encuentre en la imposibilidad de acreditarlos. La infracción queda delimitada típicamente por la ausencia de tales exigencias legales, no por la real idoneidad del agente. Puede tratarse de una persona que, de hecho, no posea la idoneidad o capacidad requeridas para el cargo (en muchas ocasiones será una condición de difícil constatación), pero que reúne las conocimientos formales para ocuparlo. En esta hipótesis, la propuesta o nombramiento no tipifican el delito.[135]

---

[131] Buompadre, ob. Cit. pag. 173.
[132] Nuñez, R. ob. Cit. pag. 86.
[133] Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino" T.V. Tipográfica Editora Argentina, 1953 pág. 163
[134] Buompadre, J. ob. Cit. quien en la cita 65, indica que Nuñez, Derecho penal argentino, T. VII, p. 86 y ss. en contra admite el dolo eventual pero sin dar razones mientras que Soler, Derecho penal argentino, t. 5, p. 150, arguyendo que la supresión de la expresión "a sabiendas" del viejo Código Penal español parece dar mayor amplitud a nuestro art. 253. Pero, acertadamente, Creus responde que no es la vigencia de un elemento subjetivo lo único que decanta la inadmisibilidad del dolo eventual (Delitos contra la Administración pública, pág. 243 nota 209)
[135] Buompadre, J. ob. Cit. pág. 173.

Por tratarse de un delito de acción, de pura actividad, se consuma con la aceptación del cargo, aunque no se lo asuma realmente. La tentativa no resulta admisible.[136] Si la propuesta o nombramiento está realizada con las formalidades legales hay ya consumación, mientras que si formalmente, a los fines de su validez es necesaria su receptación por el destinatario, hasta tanto ello ocurra en el *iter críminis* no se habrá superado el estadio de un mero acto preparatorio. [137]

Autoría y Participación.

Explica Buompadre que en la doctrina española esta clase de delitos recibe la denominación de "delitos de participación necesaria" por cuento exigen la obligada intervención de más de una persona en el delito, de modo que cada uno de ellos realiza una conducta distinta pero tendiente a una misma finalidad.[138]

Particularidades De La Figura.

Menciona Molinario, en cuanto a la exigencia de edad, que en esos casos cercanos al límite, como que el requisito se cumple por transcurso del tiempo, puede ocurrir que el defecto sea subsanable esperando para asumir, tal cual ocurrió (aunque era un cargo electivo) con Federico Pinedo, elegido a los 24 años y unos meses, que se incorporó como diputado al cumplir los 25.[139]

Art. 253 bis: ***"El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades o requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier tipo de persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado".***

[136] Buompadre, J. ob. Cit. pag. 175.
[137] Donna, E. ob. Cit. pag. 193.
[138] Buompadre, J. ob. Cit. pág. 175.
[139] Molinario Alfredo J. , texto preparado por Aguirre Obarrio, Eduardo Aguirre "Los delitos" editorial tipográfica editora argentina, 1999, T. III pág.351

Antecedentes De La Norma

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal.

Bien Jurídico Protegido.

Dice FIGARI[140] que aquí se busca con esta norma proteger el correcto uso de los bienes, y facultades que tienen a su disposición los militares y que no abusen de ellos.

Sujeto Activo

Solamente puede ser un militar el autor de esta figura típica. (Ver artículo 77 del Código Penal conf art. 1, Anexo I, Ley 26.394).

Descripción De La Norma.

El presente artículo abarca 4 figuras distintas, aconsejándose su análisis por separado por tratar figuras típicas muy distintas entre si, figuras novedosas, conforme a lo que está actualmente previsto en la legislación penal militar[141].

Tipo Objetivo

Conforme lo expresado, dividiremos el análisis de los distintos tipos penales que forman este artículo, para una mayor claridad.

1) “El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar...”.

[140] Ver comentario al artículo 249 bis, nota 9
[141] En tal sentido, ver mensaje de elevación del proyecto de ley al Honorable Congreso de la Nación.

Acerca de que se entiende por militar, me remito a lo expresado al comentar el artículo 249 bis.

Para cometer esta figura típica, el militar, sin orden ni necesidad –es decir, por propia iniciativa-, debe emprender una "operación militar", término complejo a la hora de su interpretación.

Lo dicho se refiere a que el juzgador deberá evaluar dicha operación militar y la forma en que está se llevó a cabo, ante lo que corresponde preguntarse ¿solamente en una operación militar ocurrida en caso de guerra o conflicto armado, o también ante una operación militar iniciada, sin orden ni necesidad también en tiempo de paz? Yo estimo que si la operación militar es emprendida en tiempo de paz, se la puede considerar comprendida en esta norma, lo que resulta importante no solo como figura autónoma sino también ante su eventual concurso con otras figuras típicas que pudieran cometerse al emprender dicha operación

Con respecto a la orden, se requeriría que la misma fuera escrita, sobre todo para una operación militar que implica una movilización de importancia por todo el material que despliega; por otro lado, y con respecto a la necesidad de dicho emprendimiento, será el imputado quien deberá demostrar la misma.

2 "...o en sus funciones usare armas sin las formalidades o requerimientos del caso...". El militar, en el ejercicio de sus funciones, solamente puede utilizar las armas que a tal efecto son provistas por el Estado Nacional. Si por el contrario en sus funciones utiliza armas que son de su propiedad, por más que tenga la debida autorización legal de su tenencia y portación, se vería incurso en esta figura típica.
.

3 "...sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias...".

En primer lugar, y al referirse la norma a población civil, parece descartar que esta figura típica pueda configurarse fuera del marco de una guerra o conflicto armado, o al menos inviable su ocurrencia fuera de ellos.

Con respecto a esta figura, corresponde tener presente que el Anexo III de la Ley 26.394 prevé las instrucciones a la población civil para tiempos de guerra y otros conflictos armados, instrucciones que podrán ser emitidas por los Comandantes destacados en las zonas de operaciones y de combate, o por las máximas instancias jerárquicas militares, cuando actúen independientemente o se hallen incomunicados.

Dispone dicho anexo que si bien las normas e instrucciones obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en las zonas de operaciones y/o combate según determine la norma, no pudiendo imponerse obligaciones innecesarias o que lesionen la intimidad o los deberes de conciencia.

Por ello, incurrirá en esta figura típica el militar facultado para emitir esta clase de instrucciones y que, a través de ellas, someta a la población civil a restricciones arbitrarias, lo que deberá ser evaluado con sentido casuista por el juzgador.

Se recuerda que el Anexo II de la Ley 26.394[142] establece un procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados, que da prioridad al procedimiento previsto para el tiempo de paz, es decir, a través de los jueces naturales del Poder Judicial de la Nación, "...salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestamente insuperables y la demora en el juzgamiento pudiera ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate (art 1 anexo citado)..

Me remito también a los comentarios a los artículos 250 bis y 252 segunda parte.

4. "...o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona".

En esta figura el militar, en ocasión de ejercer sus funciones, ejerce cualquier tipo de violencia contra cualquier persona, figura comisiva amplia, y que puede perfectamente ocurrir en tiempo de paz en ocasión de alguna función propia de las que le corresponden constitucionalmente a las Fuerzas Armadas.

---

[142] Para un detalle de este procedimiento especial, ver la citada norma.

En este caso, si bien también estamos frente a una figura autónoma, probablemente la misma se presente en concurso con algún otro tipo delictivo.

Consumación Y Tentativa.

Siguiendo a FIGARI[143], el delito se consuma cuando en el emprendimiento de la operación militar ya hay movilización de efectivos, vehículos, etc. Admite la tentativa.

Agrega que el uso de las armas se consuma cuando por lo menos se amenaza, es atípica la mera portación y es necesario que el arma -de fuego- se accione. Dice que aquí no parece factible la tentativa. En mi opinión creo que la mera portación ya sería típica, salvo que se entienda al término “usare” como accionar la misma.

Dice también al autor a quien seguimos en esta parte que en el sometimiento a la población el delito se consuma cuando se produce una restricción a la disponibilidad de cualquier bien jurídico a un número indeterminado de personas. Expresa que tampoco parece posible la tentativa, aunque algunos lo admiten.

Finaliza diciendo que todos son delitos dolosos de dolo directo. No obstante puede funcionar el dolo eventual respecto de los elementos normativos, porque será típico cuando el autor duda de la vigencia o la existencia de una orden, de la necesidad, etc y continua su accionar sin importarle.

Particularidades De La Figura.

Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

143 Ver comentario al art 249 bis, nota 10.

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Art. 253 ter: ***"Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de un conflicto armado o de asistencia o salvamento en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas, o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado"***

Antecedentes De La Norma.

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal. A ello podemos agregar que surge del Mensaje de Elevación al Honorable Congreso de la Nación[144], en relación con esta norma lo siguiente: "Así, como por ejemplo, en lo referente al Capítulo IV del Título V del Libro II del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar vigente –que se refiere a las infracciones de los deberes del centinela, violación de consigna- se resolvió abandonar el casuismo utilizado por la regulación e incorporar una única norma al Código Penal que reprima la conducta del militar que por imprudencia, negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de un conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares (artículo 19 del Proyecto que incorpora un artículo 253 ter al Código Penal).

Bien Jurídico Protegido.

Refiere FIGARI[145] que con esta norma se pretende proteger el desempeño correcto de funciones y servicios que prestan los militares, puniendo su inidoneidad.

[144] Ver comentario al art 249 bis, nota 2.
[145] Ver comentario al art 249 bis, nota 10.

Sujeto Activo.

Con respecto al carácter de militar, nos remitimos a lo explicado al comentar el artículo 249 bis y lo que establece la reforma del artículo 77 del Código Penal (art 1, Anexo I, Ley 26.394).

Tipo Objetivo

Hecha esta aclaración, debemos tener presente que nos encontramos frente a un tipo culposo, existiendo como figura dolosa similar la prevista en la segunda parte del artículo 252, a la que también nos remitimos.

La norma que comentamos rige tanto en situación de conflicto armado o en tiempo de paz –referencia a "asistencia o salvamento en situación de catástrofe"-, siendo de público y notorio la intervención de las Fuerzas Armadas de la Nación en ocasión de este tipo de catástrofes con su personal y sus medios logísticos, lo que potencia la posibilidad de la perpetración de esta figura.

En lo que se refiere al concepto de "tiempo de conflicto armado", me remito al comentario al artículo 250 bis.

Consumación y Tentativa.

Expresa FIGARI[146] que es un delito de resultado porque ha de producirse la muerte de una o más personas o pérdidas materiales; en relación con la tentativa, no parece factible que pueda existir la misma debido al carácter culposo de la figura típica, en la que el resultado se produce sin ser buscado.

Particularidades De La Figura.

[146] Ver nota anterior.

Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Norma Procedimental.

Dispone el artículo 1 del Anexo II del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que: “Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el Juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”. Para el conocimiento de este procedimiento especial, me remito a la citada norma (Ley 26.394, anexo II).

Norma Disciplinaria.

Tal como se hizo en ocasión de comentar el artículo 252, 2° párrafo del Código penal, no puede dejar de destacarse que existe en el citado código una figura culposa relacionada con esta figura penal; así, establece el artículo 13, inciso 16 la figura de la falta gravísima de la negligencia en el servicio, que es aquella que comete: “El militar que en tiempo de guerra o durante operaciones militares, perdiere la unidad militar a sus ordenes, provocare daños a la tropa o al equipamiento, restringiere el cumplimiento de las tareas u objetivos encomendados o desaprovechare la ocasión oportuna para llevarlas a cabo, por no tomar las medidas preventivas necesarias, no solicitar con debida antelación el auxilio requerido o actuar con negligencia o imprudencia notoria y grave”.

Esta figura carece, como se puede observar, del resultado de muerte o muertes o las perdidas materiales del tipo penal que comentamos.

Prevaricato

Por **Ernesto Eduardo Domenech**

Con la colaboración de Verónica Bilczyk y Ariel Simone.

Art. 269: “***Sufrirá multa de pesos tres mil ($3000) a pesos setenta y cinco mil (75000) e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.***

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres (3) a quince (15) años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua”.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores. (multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).

Art. 270: “***Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos ($2500) a pesos treinta mil (30000) e inhabilitación absoluta de uno (1) a seis (6) años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.”*** (multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).

Art. 271: “***Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos ($2500) a pesos treinta mil ($30000), e inhabilitación especial de uno (1) a seis (6) años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada”.*** (multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).”

Art. 272: “***La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.***

PREVARICATO.

El contexto y la palabra.

El contexto.

Estudiar el prevaricato en la República de los Argentinos en 2012 no es una empresa sencilla.

Un filósofo del derecho, Carlos Santiago Nino, ha denominado a la Argentina como un "*país al margen de la ley*". Lo que de por sí implica dificultades para quien quiera estudiar cómo puede castigarse a los jueces que actúen al margen de la ley.[1]

Por otra parte vivimos en una cultura mediática en la que la inseguridad es noticia de todos los días. No, por cierto (o no tanto), la inseguridad de los mercados, o de ciertas personas vulnerables, sino en una inseguridad que parece nutrirse del auge de los delitos "comunes", que se han vuelto mucho más visibles por las cámaras de seguridad que pesquisan las ciudades, los edificios, los negocios y los hogares sin prisa, sin pausa y sin horarios. Delitos que nutren páginas de periódicos (impresas o no), y tiempo de noticieros. En este contexto en no pocas ocasiones los jueces son vistos como "promotores" de inseguridad, y se los somete a un juicio crítico que se suma a la poca credibilidad pública del poder judicial, basada en su formalismo o su morosidad. Críticas que inciden y presionan a los "magistrados", a quienes se amenaza y se somete a juicios políticos.

Por otra parte es éste un contexto en el que la selección de magistrados a través de los consejos de la magistratura pone en cuestión la forma de elegirlos y evaluar su desempeño, que ha abandonado, aunque parcialmente, las sesiones secretas de los acuerdos de Cámaras Legislativas. Son también las "*virtudes judiciales*"[2] y los Códigos de Ética Judicial los que han cobrado singular interés teórico y público[3].

Claro que otras razones complican más este singular contexto especulativo. La multiplicación de las leyes en general (y las penales en especial), y el crecimiento desmesurado de las formas de leer las leyes y de impugnarlas mediante declaraciones de inconstitucionalidad; también enrarecen el

[1] NINO, Carlos Santiago. *Argentina. Un país al margen de la ley*, Ed. Emecé, Bs. As., 1992.
[2] Conf. ATIENZA, Manuel. *Virtudes Judiciales*. En: Claves de Razón Práctica. Nro. 86.
[3] Como el Código Iberoamericano de Ética Judicial, de la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana (San Salvador, 2004); y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito judicial iberoamericano, aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. (México, 2002).

clima intelectual y cultural en el que estudiaremos el prevaricato. Es que con mucha razón Rodolfo Moreno alertó sobre la incertidumbre en el castigo del prevaricato derivada de las interpretaciones legales desmesuradas, "disfrazadas" de ciencia jurídica, con el halo se prestigio y ausencia de contralor que la "cientificidad" de un discurso otorga (MORENO:279).

La palabra prevaricato. Una pesquisa etimológica.

Con sensibilidad e inteligencia Jorge Luis Borges contó en la milonga Jacinto Chiclana, lo que en este nombre cifraba. *"Señores yo estoy cantando lo que se cifra en el nombre",* dijo.

Pues bien, en el nombre "prevaricato", en la palabra "prevaricato" ¿Qué es lo que se cifra?

Una pesquisa etimológica probablemente arroje rastros de esa cifra. A ella acuden autores como Francesco Carrara o Rodolfo Moreno que explican lo que prevaricato quiere decir. Etimológicamente, prevaricar, como acción y efecto del prevaricato, proviene del *latín "varus", que era una forma de vara, horquilla, que derivó en "varicare": extender y abrir las piernas, alargar el paso, salir de la línea ordinaria; y luego derivó en "prevaricari": apartarse del camino recto, andar torcido; y figuradamente: faltar a la palabra, a la confianza, a la fe, al juramento, al honor*.[4]

Sin embargo esta palabra es utilizada de muy distintas maneras en distintas legislaciones, o proyectos de ley, en tiempos muy variados. No hay entonces una "esencia" que la palabra prevaricato recepte, sino distintos modos de emplearla en ocasiones y tiempos históricos variados. De modo que sería una empresa vana hablar del prevaricato, sin apegarse a alguna caracterización legal del mismo. Una conclusión nada original apenas se lea la advertencia de Rodolfo Moreno: *"... cada ley fija sus propios límites, de manera que no podría darse una noción que comprendiese los detalles, sino con referencia a una ley determinada.*" (MORENO:267).

¿Cómo se la utiliza en el Código Penal Argentino? Es esta la pregunta que abordaremos a continuación.

El uso en el C.P. argentino.

[4] En: Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española. Por D. Roque Barcia. Tomo Cuarto (P – SZOP). F. Seix Editor. Pág. 399.

Si apelamos a nuestro Código Penal, advertiremos que la palabra prevaricato no tiene definición alguna y es, en cambio, el nombre de un capítulo del Código Penal incluido en el título "*Delitos contra la Administración Pública*", que identifica el sujeto perjudicado. Un capítulo con distintos artículos. Sabemos entonces que es una palabra que denota una variada gama de transgresiones. No una sola.

La palabra "prevaricato" denota un complejo número de figuras delictivas.

Tener en cuenta esta gama grande de figuras permite un mejor análisis, estudio y valoración de los hechos punibles.

Posibilita mejorar las calificaciones legales de los hechos que se investiguen, al vislumbrar la posibilidad de concursos ideales difíciles de detectar cuando el mismo hecho que se juzga quede encuadrado en más de una de ellas.

Y permite contar con mejores elementos para repensar las cuestiones que se nuclean en relación a los bienes jurídicos y los modos y grados como se afectan.

El Bien Jurídico Protegido.

No es sencillo entonces identificar el bien jurídico en el prevaricato. Los bienes jurídicos no se enuncian frecuentemente en los textos legales, o se enuncian de modo abstracto y genérico en los títulos que agrupan diversos tipos de delito (como la vida o la propiedad). Tampoco existen procedimientos inequívocos que permitan determinar cuáles son los valores que se protegen al incriminarlo. Puede apelarse a los móviles de quienes los construyeron o inspiraron, o recurrirse al texto legal y especular a partir de él. Luego porque existen distintas "variantes" del prevaricato que, seguramente autorizan distintas inferencias. Finalmente porque, en más de una ocasión, es posible inferir más de un bien jurídico que se intenta proteger tras una acción castigable con pena.

El nombre del título en el que el capítulo se inserta (delitos contra la administración pública) permite inferir que es la administración pública de justicia la que se pone en crisis en las distintas formas del prevaricato[5]. Con ello puede considerarse que se protege a la Administración de Justicia

[5] ¿Por qué se castiga especialmente esta clase de abusos y/o incumplimientos de funcionarios públicos? Los prevaricatos son los delitos contra la administración pública, que en lo particular son castigados porque *"...se la resguarda frente a la infidelidad de las personas encargadas de administrar justicia y de los que representando el interés público o privado actúan en el organismo judicial como auxiliares de la justicia…"*. En definitiva, el prevaricato es el: "…*atentado contra la administración de justicia cometido con violación de sus deberes esenciales por los jueces, abogados, mandatarios, fiscales, asesores u otros funcionarios competentes para emitir dictámenes ante las autoridades…"* (NÚNEZ. Página 147). Donna lo relaciona con el abuso de las garantías que otorga la Constitución y el ordenamiento para y por quienes tienen

como aparato estatal y uno de los poderes del Estado; pero también en forma refleja se tutela a sus administrados, quienes son los destinatarios de esa actividad, considerada así como función o servicio. Esto implica otorgarle a la protección penal un sentido propio, diverso a la regulación de las sanciones disciplinarias de los funcionarios públicos.

Por otro lado, en ciertas figuras delictivas posee un peso mayor la "entidad" y "gravedad" del proceso en el que se compete (como ocurre en las causas criminales), y el tipo de resolución que se dicta (sentencias condenatorias). En otras se destaca la importancia del bien que ciertas resoluciones judiciales afectan como la libertad (tal el caso de las prisiones preventivas ilegales, o desmesuradas por su prolongación). Y en otras lo que se agrede es la ausencia de "lealtad" con las partes involucradas en una contienda, como ocurre con el prevaricato de los abogados o auxiliares de la administración de justicia.

No obstante las equiparaciones en los sujetos punibles (a los jueces, los árbitros y arbitradores amigables componedores; y a los ab*ogados* y *mandatarios judiciales*, los *fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades)*, debe destacarse que originariamente el prevaricato se relaciona principalmente con el que cometen quienes defienden intereses de alguna parte, que en el Código aparecen en el segundo grupo de figuras (*arts. 271 y 272*). De esta manera la ley argentina adopta la tradición legislativa española incluyendo a ambos grupos de sujetos, a diferencia de otras legislaciones que haciéndose eco de ese origen de la palabra "prevaricato", prevé las actuaciones de los jueces en los capítulos referidos a la corrupción o incumplimiento de deberes (SOLER:270).

De hecho, el vocablo refiere al "*Crimen del fiscal, abogado o procurador que falta a la fidelidad de su parte, haciendo por la contraria*", y que "*También se dice de cualquier otro funcionario que de una manera análoga falta a los deberes a su cargo*".[6]

En la actualidad sin embargo, se entiende bajo el concepto de prevaricación cualquier género de incumplimiento o desvió en una función o cargo público o privado en el ámbito de la administración de justicia.

Como se podrá leer las distintas figuras delictivas que el "prevaricato" denota se nuclean en

como función el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

[6] En: Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española. Ob. Cit. Pág. 399.

torno a dos tipos de sujetos activos, derivadas de las labores que cada uno cumple en su función específica; y dos tipos distintos de acciones. A ellos nos referiremos a continuación analizando por separado los prevaricatos de uno y otro artículo.

El prevaricato de los jueces

Los prevaricatos del art. 269 del C.P.

> **Art. 269.-** Sufrirá multa de $ 3.000 a $ 75.000 e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.
>
> Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.
>
> Lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.
>
> *(Nota: texto conforme leyes Nº 23.077 y Nº 24.286)*

Conductas delictivas:

Una búsqueda que discrimine las diversas formas que asume el prevaricato en este artículo, nos enfrentará con las siguientes posibilidades:

1) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes.
2) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes.
3) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes.
4) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
5) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
6) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.
7) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por él mismo.
8) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos.

9) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos.

10) El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por él mismo, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

11) Los árbitros que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

12) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por ellos mismos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

13) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare hechos falsos.

14) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare resoluciones falsas.

15) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare hechos falsos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

16) El juez que dictare resoluciones y para fundarlas citare resoluciones falsas, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

17) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos.

18) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas.

19) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

20) Los árbitros que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

21) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos.

22) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas.

23) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren hechos falsos, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

24) Los arbitradores amigables componedores que dictaren resoluciones y para fundarlas citaren resoluciones falsas, si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal.

El artículo 269 del C.P. prevé entonces **24** figuras delictivas posibles, además de las que se puedan formar aplicando las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes

complementarias[7].

El Tipo Objetivo.

Los elementos objetivos de las figuras serán analizadas en los puntos sucesivos. Nos referiremos a las acciones, los adverbios que califiquen este verbo, los diversos sujetos específicos requeridos en la norma, como las demás circunstancias, cualidades, modalidades y resultados requeridos por las diversas figuras.

Los sujetos punibles.

El juez.

A diferencia de otras legislaciones que construyen el prevaricato como determinadas acciones que realizan los **funcionarios públicos**[8], el C.P.A. menciona a los jueces. Mejor dicho "***al juez***". Acciones similares a las del prevaricato de otros funcionarios públicos están previstas en la violación de los deberes de funcionario público.[9]

El C.P. no contiene una definición de la palabra "Juez", cuyo significado debe especificarse de la mano de otras leyes locales o nacionales, que caracterizan la judicatura, sus fueros y sus niveles[10].

El texto legal tampoco discrimina la jerarquía del magistrado (de primera o ulteriores instancias), su formación profesional, letrados o no letrados, los fueros en los que actúe, o los órganos judiciales que integre (individuales o colegiados).

¿Deben incluirse los conjueces?

En ocasiones participan en el ejercicio de la magistratura, abogados o legos que no están

[7] Ello siempre y cuando se tome a estas agravantes genéricas como parte del tipo penal, esto es, como ciertas circunstancias que agregan elementos formando una nueva figura delictiva a la que le resulta aplicable una nueva escala penal modificada. Frente a esta posición se encuentran quienes sostienen que las agravantes solamente consisten en un parámetro a tener en cuenta en el momento de la individualización penal, y fundamentan su opinión principalmente en el hecho de que muchas de ellas se encuentren a continuación de los arts. 40 y 41 del C.P.. La cuestión resulta relevante ya que al modificarse la escala, se podrían modificar las consecuencias de las figuras delictivas (posibilidad de Suspensión de Juicio a Prueba, Condena Condicional, prescripción del delito, etc…).

[8] Como por ejemplo en referencia al art. 350 del Código Penal de Costa Rica que alude al "*funcionario judicial o administrativo*" (En: SALAZAR).

[9] Así, en los arts. 248 a 253 ter del Capítulo IV del Título XI del C.P.

[10] Partiendo de los arts. 108 a 119 de la Constitución Nacional y de los arts. 175 a 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y teniendo en cuenta las diversas leyes que regulan los requisitos, deberes, funciones y la organización de las diversas judicaturas, por ej.: arts. 34 a 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Buenos Aires, arts. 15 a 25 bis del Código de Procedimientos Penales Bonaerense.

designados como jueces estables.

Nos referimos a los conjueces, o los jurados denominados escabinos. *¿Cómo deben ser consideradas estas situaciones*?

Es claro que ambos son funcionarios públicos pues participan, aunque accidentalmente, de la función pública de administrar justicia. Pero *¿Pueden ser sujetos punibles por prevaricato*?

Los conjueces funcionan como jueces, de modo que están equiparados a ellos, de conformidad con lo normado por el artículo 77 del C.P.. Son jueces del poder judicial, de carácter permanente o circunstancial, en calidad de conjueces o como integrantes del cuerpo de magistrados suplentes[11].

¿Los integrantes de un Jury de enjuiciamiento deben ser considerados jueces?

Sería muy poco consistente excluirlos porque entonces los "jueces de jueces" estarían menos obligados a cumplir con sus obligaciones legalmente impuestas que los jueces mismos. Tampoco parece razonable excluirlos sobre todo cuando se equiparan a los jueces los amigables componedores que no necesariamente deben ser abogados; cuando los integrantes de jury, más allá de sus cargos y representaciones, deben ser abogados.[12]

¿Deben quedar comprendidos en esta caracterización los jueces de paz?

Rodolfo Moreno dio una respuesta negativa a esta pregunta, basándose en la ausencia de capacitación letrada de los Jueces de Paz.

Sin embargo estos argumentos no pueden en estos momentos tener un peso decisivo. En la actualidad muchos jueces de paz son letrados (en la Provincia de Buenos Aires todos) y tienen una jurisdicción importante que incluye las causas penales. Es claro que excluir a los jueces de paz por su ausencia de capacitación jurídica, llevaría a inconsistencias valorativas, porque los árbitros y amigables componedores pueden no ser letrados, y son claramente alcanzados por la disposición que analizamos.

Los jueces en cambio son funcionarios públicos pues participan de una función pública (*C.P.,*

---

[11] De acuerdo al concepto de Juez: "…*Es la persona que integra permanente o accidentalmente un poder judicial nacional o provincial, y que tiene competencia para conocer y resolver como letrado o lego, como tribunal unipersonal o en tribunal colegiado, en cualquier instancia o grado, en asuntos justiciables…árbitro o arbitradores amigables componedores. Ambos son jueces elegidos para el caso por las partes en litigio, pero los primeros deben conocer y resolver el asunto de acuerdo con lo establecido por las leyes de procedimiento y de fondo, en tanto que los segundos proceden sin atenerse a formas legales y resuelven según su leal saber y entender*…". (En: NUÑEZ, ob. cit. Página 148).

[12] Así lo disponen los arts. 115 de la Constitución Nacional y 182 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

art. 77). Esta es una condición que acarrea importantes consecuencias jurídicas, a saber:

a. Respecto de la **prescripción de la acción** la condición de juez y funcionario público implica la suspensión de la misma por dos motivos distintos:

a.1. Porque es menester la resolución de una cuestión prejudicial para que pueda ser sometido a juicio: su desafuero por juicio político (*C.P., Art. 67, primer párrafo; arts. 183 a 188 Constitución provincial y arts. 115 C.N.*):

a.2. Porque se encuentra en el ejercicio del cargo y el delito que se le endilga es, precisamente, en el desempeño de esa función (*C.P., Art. 67, segundo párrafo*).

b. Respecto de la **suspensión del juicio a prueba**, ya que es un beneficio que no procede cuando se trata de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (*C.P., Art. 76 bis, anteúltimo párrafo*).

Las **prerrogativas procesales**.

La comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones (fijados por la ley penal actuando los magistrados como tales) y, crímenes comunes (aquellos que eventualmente comete el magistrado como simple ciudadano), son ambas causales por las que se debe someter al Magistrado a Juicio Político.

En Juicio Político se juzga a los miembros de la Corte; y en Juicio de Destitución o Jury de Enjuiciamiento a los miembros de los Tribunales Inferiores.

Estos son *antejuicios necesarios*, como condición previa a la prosecución de la acción penal contra esta clase de sujetos (*Arts. 16, 53, 110, 115 y 116 de la Constitución Nacional y arts. 176 y 180 a 187 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*). A nivel nacional, la **ley 24.937** de Creación del Consejo de la Magistratura, trata el enjuiciamiento de magistrados, los motivos de mal desempeño y las denuncias en los arts. 21 y ss, disponiendo el procedimiento en su art. 25. En su art. 14 se atribuye competencia a los Tribunales Superiores para la formación de sumario a los Magistrados que en el desempeño de sus cargos demuestren "*la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho*". En el ámbito provincial, la **ley 13.661** (derogatoria de la ley 8.085) con las modificaciones de las leyes 13.819 y 14.088, establece el procedimiento para el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios, siendo relevantes los arts. 20, 21 y 45, entre otros.

Si algún magistrado comete el delito de prevaricato, el mismo tendrá entidad suficiente para

producir su destitución, ya que la ley requiere la reiteración para ciertas faltas, pero no para el caso de comisión de delitos.[13]

Hay, por tanto, una vinculación recíproca entre el prevaricato como delito común pues la sentencia de condena implicará su destitución; y como supuesto de mal desempeño de las funciones, ya que es necesaria la suspensión previa para que pueda ser juzgado.

Los árbitros y amigables componedores.

¿Quiénes son y qué funciones cumplen los árbitros y amigables componedores?

La capacidad, designación, funciones, derechos y deberes de los árbitros y los amigables componedores se encuentra caracterizada por las legislaciones procesales, reguladas en los Códigos y leyes provinciales.

En la Pcia. de Buenos Aires el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales regula en el Libro VI el proceso arbitral (*Arts. 774 a 811*), que incluye el juicio arbitral en el Título I, el Juicio de amigables componedores en el Título II, y los árbitros peritos en el Título III.

En los tres supuestos los árbitros o amigables componedores deben aceptar el cargo y prestar juramento (*C.P.C. y C., arts. 782, 805 inc. 4 y 811*).

Los árbitros y amigables componedores no necesitan del juicio político para ser sometidos a juicio de modo que la prescripción de la acción no queda suspendida por una cuestión prejudicial por este motivo.

Ahora bien ***¿deben ser considerados "funcionarios públicos"?***.

En este sentido puede concluirse que pueden ser considerados como funcionarios públicos por una participación "accidental" en la función pública de administrar justicia (*C.P., art. 77*). Las leyes procesales proveen de ciertas características a lo árbitros que los equiparan a los magistrados: la posibilidad de recusarlos, el exigirles juramentos, el responsabilizarlos por la función, el exigirles motivación de actos y el de asignar efectos a sus decisiones.

Esta conclusión les veda la suspensión del juicio a prueba (*C.P., art. 76 bis*).

Las acciones punibles

Los prevaricatos en el C.P.A. prevén distintas acciones punibles, pero no el dictado de

[13] Esta postura se destaca en los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, en alusión a los arts. 20 y 21 de la ley 8.085, hoy derogada por la nueva ley 13.661 (*Fallo en JUBA: JEMF LP 12 RSD 27-6, del 23 de noviembre de 2006*).

sentencias injustas como ocurre en otras legislaciones[14]. Veamos estas acciones.

"Dictar resolución contraria a las leyes invocadas por el juez o por las partes"

Esta expresión suscita las siguientes preguntas:

. ¿Qué significa dictar una resolución?

. ¿Qué significa la palabra "resolución"?

. ¿Cuando una resolución es contraria a las leyes?

. ¿Qué implica que una ley haya sido invocada por el juez?

. ¿Qué implica que una ley haya sido invocada por las partes?

. ¿Qué ocurre si una resolución es contraria a la ley, pero no ha sido invocada ni por el Juez ni por las partes?

El "dictado" de una resolución.

El alcance de esta expresión puede verse complicado por distintos motivos: cuando la resolución se dicta por un órgano colegiado, o cuando una decisión admite cesuras en el tiempo. Veamos estas dificultades.

La expresión "*dictar una resolución*" puede generar dudas cuando la resolución es dictada por un órgano colegiado, en la que no es "un" juez el que la dicta, sino un conjunto de jueces, la mayoría de los cuáles debe estar de acuerdo con ella, pero otros puede que no.

El que queda en minoría, ¿ha "dictado" esa resolución? ¿Qué pasaría con el juez que votara en este sentido, se podría considerar que prevarica a pesar de que con su voto no integre la mayoría que determine la suerte de la resolución judicial?

También la interpretación de esta expresión puede complicarse cuando una resolución es consecuencia de un conjunto de decisiones anteriores: las llamadas "cuestiones" que los jueces deben enfrentar o responder. Porque en muchas ocasiones, un juez que ha votado en minoría debe continuar votando, aunque derrotado, en las cuestiones siguientes.

En estos casos de votos "minoritarios" u "obligados" con la opinión salvada, si bien el juez ha concurrido a "dictar" la resolución eventualmente "contraria a la ley" es claro que no lo ha hecho con

[14] Por ejemplo, el Código Penal Español, en su art. 446 dispone que: "*El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: (...) 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o* ***resolución injustas*****".**

la intención de controvertirla.

En ocasiones una decisión es compleja y admite cesuras en el tiempo. Tal es lo que ocurre, por ejemplo con el veredicto y la sentencia en los juicios penales o con el veredicto cuando se "adelanta" un resultado, y luego se motiva o justifica.

Esta posible "cesura" en el tiempo, da pie a dificultades para determinar el momento de comisión del hecho (con la importancia que tiene esta circunstancia para valorar la ley aplicable, la imputabilidad, y la prescripción de la acción penal). Y aun con la importancia que pueda tener para revertir o no un resultado.

Las resoluciones

Tampoco el art. 77 del C.P. "define" la palabra "**resolución**", pero las leyes de procedimiento aluden a las resoluciones judiciales, aunque tampoco las definan.

El C.P.C. y C. de la Pcia. de Buenos Aires en el capítulo IX emplea la expresión como un rótulo que involucra las providencias simples (*Art. 160*), las sentencias interlocutorias (*Art. 161*), las sentencias homologatorias (*Art. 162*), las sentencias definitivas de primera instancia (*Art. 163*), y las sentencias definitivas de segunda o ulterior instancia (*Art. 164*).

¿***Quedan comprendidas todas estas resoluciones, en el alcance de la palabra resolución contenida en el art. 269 del C.P.; o alguna de ellas está excluida***?

Parece claro que las sentencias están comprendidas, por un lado porque el propio texto del C.P. construye formas agravadas de prevaricato cuando se trata de sentencias condenatorias en causa criminal. Luego porque las restantes sentencias implican la intervención de las partes, ya que se dictan con sustanciación de las mismas, y el texto del art. 269 prevé que la resolución contradiga la ley invocada por las partes.

Ahora bien ¿***qué ocurre con las providencias simples***?

Las providencias simples son las que, sin sustanciación de las partes, ordenan el proceso, o llevan adelante actos de ejecución. No se exigen fundamentos.

Rodolfo Moreno al comentar la disposición no las menciona. Alude a sentencias e interlocutorias. Creus, en cambio, sin mayores argumentos, las involucra. Este criterio está avalado por las motivaciones que dieron quienes construyeron el artículo del Proyecto de 1891, en el que se

inspiró el C.P. actual (MORENO:281).

¿Son acaso irrelevantes? A primera vista pareciese que sí. No obstante un inadecuado ordenamiento del proceso puede acarrear consecuencias impensadas y graves, como la prescripción de la acción o de la pena. Y puede también ser contraria al ordenamiento previsto en la legislación para la tramitación del proceso. Una inadecuada ejecución también puede acarrear consecuencias gravosas para el patrimonio, la libertad, u otros bienes jurídicos de las partes involucradas. Sobre la base de estas razones no parece razonable excluirlas.

¿Deben considerarse como resoluciones las disposiciones que se dicten en virtud de la superintendencia de ciertos tribunales o por mandas legales reglamentarias?

No pareciese ya que las resoluciones que se dictan son las adoptadas en un conflicto entre las partes de un proceso, y no otras vinculadas con otros propósitos (sean de superintendencia o reglamentarias) que eventualmente podrían dar lugar a otros delitos como el incumplimiento de los deberes de funcionario público (*C.P., art. 248*).

Dictar resoluciones contrarias a la ley.

La expresión "*contraria a ley*", sencilla a primera vista; es, en cambio significativamente compleja. Genera interrogantes adicionales: ¿Cómo debe entenderse la palabra "ley"? ¿Cuándo una sentencia es contraria a la ley? ¿Qué importancia poseen las interpretaciones de la ley? ¿Qué significa la palabra "ley invocada por las partes"? ¿Qué debe hacerse cuando una sentencia es contraria a la ley, pero no invocada ni por el juez ni por las partes? ¿Posee alguna relevancia el trámite que se imprima a la resolución dictada?

¿Qué significa la palabra "ley"?

Veamos: "la" ley no es única. Las leyes se presentan en conjuntos complejos, mutantes y multirrelacionados. Existen disposiciones de mayor jerarquía que otras que pueden llegar a invalidarlas. Son todos aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar la expresión que comentamos.

Máxime cuando los cambios normativos son veloces, y las modificaciones de una ley impactan ineludiblemente en las restantes, sobre todo si las reglas que cambian son las de mayor jerarquía.

Ahora bien ¿***qué reglas denota la palabra ley***?

¿Involucra todo tipo de normas, o sólo algunas de ellas? ¿Involucra las Constituciones o sólo las leyes? ¿Involucra las ordenanzas municipales? ¿Involucra las reglamentaciones que el Poder Ejecutivo hace de las leyes dictadas por los poderes legislativos? ¿Y las Constituciones, las leyes, y las normas que reglamentan su ejercicio, o sin las cuales las leyes no pueden poseer significación?

La palabra ley no posee en el C.P. un significado predeterminado, a diferencia de los que ocurre con expresiones como "ordenanzas" o "reglamentos" previstos en el art. 77.

En este sentido la expresión "ley" merece que nos detengamos en ella. A veces se la utiliza para aludir a las reglas producto de un determinado proceso legislativo. En otras a cualquier tipo de reglamentación general.[15]

Si se analizan cuidadosamente las leyes (tanto nacionales como provinciales) se podrá advertir que en muchos casos es necesario contar con otras reglas que permiten delimitar su significado. Tal es lo que ocurre con las reglamentaciones de las leyes, o con otras reglas (legales o no) en la medida en que están aludidas por las leyes. Así por ejemplo la determinación de la palabra estupefaciente exige en el art. 77 del C.P. que ciertas sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica están comprendidas en un catálogo que elabora el Poder Ejecutivo Nacional. Del mismo modo las leyes sanitarias locales o nacionales, son necesarias para especificar la significación del art. 206 del C.P.. En estos casos las reglamentaciones se integran en el contenido de las leyes y deben ser por lo tanto consideradas parte de ellas.

No pareciese en absoluto razonable excluir de la palabra "ley" las reglas de la Constitución Nacional; la "ley de leyes" como se la suele denominar. Implicaría una singular inconsistencia valorativa. Sin embargo el art. 270 del C.P. es, en este sentido, diferente al art. 248 reglamenta el incumplimiento de los deberes de funcionario público, que prevé la posibilidad de que un funcionario público dicte resoluciones contrarias a las constituciones.

Y ¿***cómo deben ser considerados los contratos***?

Para las partes los contratos se asimilan a las leyes según el art. 1197 del Código Civil y cuando una parte invoca un contrato con la restante, está invocando algo así con una ley de muy pocos

[15] A la palabra ley se la puede emplear con distintos significados, y dentro de la concepción jurídica, ser empleada en sentido material o bien formal. La primera alude a toda normativa posible aplicable, y la segunda a las normas derivadas del Poder Legislativo de cualquier nivel, por el procedimiento establecido.

destinatarios: las partes del contrato. En este sentido es relevante la expresión del C.P.A. "*leyes invocadas por las partes*", pues, en el caso de los contratos esas "leyes" no involucran a cualquier tipo de personas, sino a las partes en conflicto.

En ocasiones los contratos suelen relacionar a partes desiguales, de modo que a una sólo le cabe adherirse a los términos de un acuerdo que solamente la otra fórmula.

Las interpretaciones de la ley.

Un factor que complica la aplicación de la expresión "*contraria a las leyes*" es que las leyes están construidas en lenguajes naturales cuyas características hacen inevitable la interpretación. Pueden suscitar no pocas dificultades, sobre todo cuando contienen expresiones más vagas e indefinidas como suelen ser "los principios". De modo que la ley no se presenta como una máquina que habla por sí, sino conforme se la lea o interprete.

En este sentido cuando una cuestión es interpretable, y sobre todo cuando existe una gama variada de formas de interpretarla, no se ha considerado que una resolución sea contraria a la ley sencillamente porque contraviene otra forma de interpretar el texto legal[16].

Pero acaso ***¿todo tipo de interpretación es válida?***

En primer lugar debe recordarse que existen reglas que prescriben cierto tipo de significados (*C.P., Art. 77*) y otras que reglamentan la interpretación de las leyes[17]. Y que estas leyes forman parte de las leyes que pueden ser contrariadas por una resolución judicial. Incluso la interpretación de los contratos está reglada[18]. Pero estas reglas que regulan la interpretación de otras reglas, también se formulan en lenguaje natural en muchas ocasiones mucho más vago e impreciso que lo textos legales, como ocurre con los "principios generales del derecho", o la formulación de "principios" en general.

¿Qué ocurre con los silencios o lagunas de la ley?

---

[16] El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que "*El error de derecho excusa la culpabilidad y todo aquello que caiga dentro de los límites de la interpretación está fuera de la figura del prevaricato*" (*SCJBA, ver en JUBA: Sumario B92330, Causa JEMF LP, 8 RSD 26-6 S, del 12 de junio de 2006, y Sumario B87947, Causa JEMF LP, 1804 RSD 1804-98 S, del 15 de julio de 1999*). Asimismo que "*Excluye (*el prevaricato*) a los casos que constituyen temas o cuestiones opinables en la aplicación del derecho al caso concreto*" (*SCJBA, ver en JUBA: Sumario B88422, Causa JEMF LP, 760 RSD 760-97 Sentencia del 26 de junio de 1997"*).

[17] Por ejemplo arts. 15 a 22 y 902 del C.C.; arts. 1 y 3 del CPP; arts. 56, 57 y 171 Constitución de la provincia de Buenos Aires. A nivel internacional, las reglas 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; el art. 3 de la convención internacional de los Derechos del Niño; y arts. 29 a 31 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de san José de Costa Rica (CADH).

[18] Se refieren a la interpretación de los contratos los arts. 21, 1197 y 1198 del Código Civil, entre otros.

Los jueces no pueden pretextar en el silencio de la ley o las lagunas de la ley para evitar el fallo.[19]

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 171, establece que "*las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*."

Sin embargo el silencio de la ley tiene repercusiones y formas de interpretarse diversas según sea la materia regulada.

Por otra parte si cualquier interpretación fuese válida entonces el sentido y significación de la expresión "contrario a la ley" se vería completamente resentido y vacío de significado.

Con razón advirtió Rodolfo Moreno que *"es difícil declarar reo de delito a un magistrado inteligente y capaz, si quiere tergiversar los preceptos y dar apariencia de ciencia jurídica a opiniones personales contrarias a los mandatos de los Códigos"* (MORENO:279).

Un modo de enfrentar estas dificultades es tener presente los propósitos e intenciones de los jueces al dictar sus resoluciones, su buena o mala fe, en especial cuando *"el argumento sea forzado y no corresponda la conclusión a lo que dice el precepto legal"* (MORENO:279).

Pesquisar sus móviles, analizar cuidadosamente los fundamentos dados y los argumentos vertidos y su versación, permitirán examinar sus buenas o malas intenciones. Es decir determinar si actuó queriendo dictar una resolución contraria a la ley, o a sabiendas que producía ella, o si, simplemente dictó una resolución con otras motivaciones o por error.

¿Importa el trámite de las resoluciones una vez dictadas?

Es esta un pregunta interesante porque una vez que han sido dictadas se impone su notificación a las partes que pueden conformase o no con ellas, y pueden ser o bien modificadas por el propio juez (mediante el recurso de reposición o la reposición oficiosa) o bien por jueces de mayor jerarquía que pueden descalificarlas anulándolas (por arbitrarias, por ejemplo) o revocarlas, haciendo lugar a apelaciones o casaciones que se hubiesen interpuesto.

Por otra parte las resoluciones pueden o no haber sido ejecutadas.

---

[19] Así lo establece el art. 15 C.C.: "*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*."

El texto legal no exige que las resoluciones hayan sido notificadas ni ejecutadas.

La reposición oficiosa (usualmente prevista por pocos motivos) implica según las reglamentaciones procesales la admisión del error o de omisión por parte del Juez, que implicaría que no ha actuado con malicia y que ha reparado el error cometido. Sin embargo no podría descartarse la tentativa, sin un minucioso análisis del caso.

La ejecución de la resolución o sentencia implica la vulneración de los bienes que afecta, y no sólo el daño producido a la administración de justicia, de modo que puede ser considerada como un motivo de agravación de la pena (*C.P., arts. 40 y 41*).

Citar hechos falsos para fundar una resolución.

La expresión presenta algunas dificultades y genera preguntas: *¿Qué es un hecho*? *¿Cuándo un hecho es falso*?

Veamos la primera pregunta. Los hechos no se presentan de modo evidente a las personas. Se percibe según relatos o versiones que, en los juicios, se sustentan con pruebas. Los hechos, en los procesos judiciales, son, de alguna manera "fabricados", "construidos", "hechos" por los jueces; es decir son el resultado de procesos constructivos, según las reglas del proceso y de la prueba. Por eso es que, en realidad, no cuenta sólo lo que podría considerase la "verdad real", sino una verdad ficcional, una verdad jurídica[20].

Con esta consideración preliminar: ¿***cuándo podría considerarse que existe un hecho falso***?

Cuando se ha "fabricado un hecho" al margen de la prueba reunida en el proceso (un hecho "inexistente" para la prueba colectada). O un hecho sustentado en pruebas deliberadamente mal colectadas o valoradas. Claro que en este segundo caso, el juez que adoptase semejantes actitudes habría vulnerado las reglas de la prueba, es decir habría dictado una resolución "contraria" a las leyes que reglamentan la prueba. De este modo, los "hechos" construidos sobre la base de interpretaciones o usos razonables de la prueba, sea en su producción o valoración, no pareciesen resultar "falsos".

Ahora, ¿***cualquier hecho falso mencionado en una resolución judicial hace incurrir en el delito a quien la suscribe***?

La expresión "hecho" es además, vaga. Puede connotar acontecimientos o circunstancias

[20] En este sentido opinó el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires: "*El perjuicio no consiste en la discrepancia entre los hechos afirmados por el testigo y los hechos reales, sino en la diferencia entre los hechos "declarados" y los hechos "sabidos". El prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho o hecho declarado y el derecho o hecho objetivo, sino entre el derecho o hecho "declarado" y el "conocido*"" (*Ver en JUBA: Sumario B86969, Causa JEMF LP 1142 RSD- 1142-95 S del 12 mayo de 1998*).

relevantes para las reglas que sirven de base para la decisión. Porque no cualquier "hecho" falso es relevante, sino aquellos que sirvan de fundamento a la resolución con la que se "prevarica".

De este modo un hecho "falso" sería, por ejemplo, en una lesión culposa:

. "Alterar" la fecha del hecho para permitir aplicar una ley distinta.

. "Alterar" el lugar del hecho, con propósitos análogos, o para desplazar una jurisdicción.

. Consignar una velocidad de circulación no probada, para convertirla en "prudente" o "imprudente" "reglamentaria" o "antirreglamentaria".

. Imaginar una lesión (o una gravedad de las lesiones) no acreditadas.

. "Crear" una mecánica del hecho, sin sustento en la prueba.

Citar para fundar una resolución, resoluciones falsas.

En este texto ¿***Qué significa la palabra "resolución", o "resoluciones"***? ¿***Denota sólo las resoluciones judiciales o comprende otras***?

En numerosas decisiones judiciales se emplean resoluciones administrativas que emanan de los distintos poderes del Estado u ordenanzas municipales con alcance variado. A veces son disposiciones de tipo general, en ocasiones no. Es este el alcance que le otorga la quinta acepción en el diccionario de la lengua al caracterizar la resolución como *"**5.** f. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial."*[21]. Y no existen en el texto legal razones que lleven a limitar el alcance que esta acepción le otorga como ocurre, en cambio, con las resoluciones que forman parte del prevaricato que son las que un juez dicta, y que debe fundar en la ley, o en los hechos, es decir al cabo de un proceso o en un proceso. No parece razonable excluir este tipo de resoluciones. En cuanto a las resoluciones judiciales, serán los "precedentes jurisprudenciales", sin que existan buenas razones para distinguir entre precedentes del propio juez que dicta la resolución o de otros jueces o tribunales.

Ahora bien ¿***Cuándo esas resoluciones pueden ser consideradas falsas***?

Tomar como parámetro los supuestos de falsedad de los hechos puede dar buenos argumentos para proponer significados. Vale decir cuando se invoquen resoluciones inexistentes, o cuando se

[21] http://buscon.rae.es/draeI/

invoquen resoluciones existentes, pero deliberadamente modificadas.

Claro que la cita de los precedentes también presenta diversos tipos de dificultades. Los precedentes son leídos e interpretados por el Juez que los invoca, y como ocurre con las leyes las interpretaciones y lecturas de los precedentes pueden dar lugar a errores o actuaciones de mala fe. No es infrecuente que la invocación sea una mera cita, sin análisis adecuado ni de la "doctrina del precedente", del alcance de la misma, del marco en el que se dictó, ni de aplicabilidad al caso que se juzga. Pero estos errores deben discriminarse de los usos deliberadamente erróneos, que son los relevantes para el prevaricato.

Finalmente, al igual que con los hechos, no cualquier resolución falsa que se mencione en una resolución judicial hará incurrir en el delito a quien la suscribe. Resolución falsa pueden ser antecedentes jurisprudenciales o juzgamientos precedentes que puedan tener influencia en la resolución que se pronuncia.

Una agravante: Las sentencias condenatorias en causa criminal.

La norma prevé una importante agravante para el caso de que la resolución a la que aludimos se trate de una sentencia condenatoria en causa criminal. La razón de ser de la agravante se funda en el mayor daño que se puede ocasionar con el dictado de ese tipo de resoluciones. Ello así porque una sentencia condenatoria en sede penal, a diferencia de otra resolución - *de cualquier tipo que fuera* - acarrea la imposición de una pena. Esta siempre importa un castigo que una autoridad (en nuestro ordenamiento jurídico, el poder judicial) impone, mediante determinadas restricciones y/o pérdidas de los derechos de una persona a la que dicha autoridad consideró responsable de una falta o delito.

¿Qué significa una causa criminal?

Causa criminal es un concepto usado en oposición a causa civil en la redacción legal comentada.

Aquí se plantea la duda si se refiere solamente a causas penales en las que se juzgan delitos graves (que según los códigos de procedimientos son materia de los Tribunales en lo Criminal) o se utiliza en el Código la palabra criminal como sinónimo de penal, incluyendo también las causas correccionales[22].

No parece razonable distinguir entre crímenes y delitos para reservar el nombre de causas

[22] En la doctrina se han distinguido en ocasiones los delitos de las contravenciones, y en otras se han subdividido los delitos en crímenes y delitos, según la gravedad. En los Códigos de Procedimientos frecuentemente se discriminan la jurisdicción criminal, reservada a los delitos más graves y la jurisdicción correccional que involucra a los más leves.

criminales a aquellas en las que se ventilen los delitos más graves. No hay un criterio uniforme para poder hacer esta diferencia (que es sólo procesal y que varía de jurisdicción en jurisdicción), sobre todo cuando por las reglas del concurso real previstas en el art. 55 del C.P. la sumatoria de muchos delitos de poca escala penal, pueden implicar escalas significativamente más graves. En este sentido, causa criminal es aquella en la que se juzga un delito.

Ahora bien ¿***Las causas criminales involucran las causas contravencionales***?

Para Creus y Núñez, sin dar mayores argumentos, sostienen que involucra las causas criminales – *por delitos graves* - y las correccionales; pero que quedan excluidas aquellas que se siguen por contravenciones o faltas (CREUS:349 y NÚÑEZ:150).

La sentencia condenatoria no requiere que se haya ejecutado. Basta con su dictado. La ejecución de una sentencia condenatoria en todo caso podría tener relevancia eventualmente en la mayor magnitud de los daños ocasionados, a la hora de la individualización de la pena (*conf. C.P., arts. 40 y 41*).

Una cuestión añadida es ¿***Cómo se debe considerar una sentencia que, sin ser de condena implique severas restricciones a la libertad de las personas tal como ocurre con ciertas medidas de seguridad***?

La respuesta no puede ser general. Dependerá del tipo de medida de seguridad. Algunas funcionan sólo en forma conjunta con la pena, y en este caso las sentencias son claramente condenatorias. Otras se aplican con la pena pero pueden eventualmente sustituirlas, como las previstas en la ley de estupefacientes (Ley *23.737, arts. 16, 17 y 18*), o en la legislación penal de los jóvenes, y nuevamente en estos casos los pronunciamientos son condenatorios. En cambio otras son incompatibles con las condenas como son las previstas en el art. 34 inc. 1 del C.P. o algunas de las reguladas en la ley 22.278. Sin embargo importan severas restricciones a la libertad ambulatoria de quienes deben sufrirlas. ¿Es acaso esta una consideración irrelevante? En modo alguno. Será una importante circunstancia agravante de la pena.

También se plantea el problema de si la figura alcanza a los Jueces de los Tribunales de Alzada cuando condenan o confirman una sentencia condenatoria.

De acuerdo al tenor de la ley, la agravante del **art. 269 del C.P.** sólo es aplicable si la sentencia fuere condenatoria. Y las sentencias que confirman las condenatorias claramente lo son.

Ahora bien, ¿qué pasa si por la mayoría absuelve y el juez que conformó la minoría prevaricó, el delito se agrava?

En este caso la sentencia dictada no será condenatoria, pero el tipo de proceso y de voto serán razones de agravación de la pena.

Por otro lado, la expresa remisión del tercer párrafo al primero hace que no le resulte aplicable a los del tercero el segundo supuesto, es decir la agravante.

El Tipo Subjetivo. Las Intenciones.

¿Cuáles deben ser los conocimientos, las intenciones, y los actos de voluntad que deben tener los jueces, árbitros o amigables componedores al realizar las acciones incriminadas?

Las actitudes de los jueces y de los sujetos equiparados en el último párrafo deben ser maliciosas, esto es, realizadas mediante mala fe, intencionales o dolosas.

Es una conclusión que enuncian tanto los autores, como los reiterados pronunciamientos de los Jury de Enjuiciamiento[23]. Los autores están de acuerdo en considerar a esta figura como dolosa en cuanto a la forma que adopta la culpabilidad, a diferencia de lo que veremos más adelante en relación al art. 270, donde no resulta tan clara esta posición (*Ver punto 3.2.5*).

La parte especial del Código enuncia los tipos penales a través de figuras de tipo doloso, y taxativamente las formas culposas, ya sea en forma expresa o tácita, cuando se requiere una actuación negligente, imperita o imprudente. De modo que cuando estas exigencias no aparecen en los textos legales, debe considerarse al delito como doloso, que es la regla.

Entonces no es posible sancionar penalmente al juez que actúa negligentemente, en forma irreflexiva o mediando error o ignorancia, de hecho o de derecho[24].

Otros dos argumentos refuerzan esta interpretación. Por un lado, que un delito de gravedad

---

[23] El dolo, para esta clase de delitos, radica en que el juez hace pasar como derecho algo que sabe que no lo es. Por ello Soler y Rivarola, entre otros autores, sostienen que la ignorancia o el error de derecho excluyen la tipicidad del prevaricato.

[24] El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que "*Si el prevaricato consistiera en la disconformidad pura e inocente entre la sentencia de los jueces y la ley, no habría ningún juez, especialmente entre los de primera instancia, libre de prevaricato*" (*SCJBA, ver en JUBA: Sumario B87947, Causa JEMF LP, 1804 RSD 1804-98 S, del 15 de julio de 1999*); y que "Una aplicación apresurada o generalizada de esta calificación delictiva a posibles errores judiciales desalentaría el desempeño de funciones de Juez" (*SCJBA, ver en JUBA: Sumario B88422, Causa JEMF LP, 760 RSD 760-97 Sentencia del 26 de junio de 1997"*).

menor como el del art. 273 del C.P. exige una conducta maliciosa. Por otro lado, si optaríamos por la solución contraria a este razonamiento y admitimos la posibilidad de negligencia en el dictado de las resoluciones a las que aluden las figuras, se podría dar la circunstancia de que un juez sea condenado con una pena de multa mayor (de 3.000 a 75.000 pesos) y una inhabilitación absoluta, por un hecho poco grave mediante el dictado de cualquier resolución aunque causare poco daño, frente a una inhabilitación de uno a seis años (pena significativamente menor) por la privación de la libertad personal en forma ilegítima y por los mismos medios (figuras del art. 270), configurando una inconsistencia valorativa relevante.

Debido quizá a una equiparación o extensión del concepto más allá de la reunión de todos los elementos de la figura, a menudo, en las etapas recursivas, los abogados hacen referencia como agravio en sus escritos al presunto prevaricato cometido por el juez que falló en la resolución que se intenta impugnar; muchas veces sin formular la denuncia respectiva[25]. Esto ocurre en los recursos ordinarios, como en el de Casación, o en los extraordinarios, para fundar en este delito la arbitrariedad del juez; y también en las acciones de revisión. En este último supuesto la ley procesal establece específicamente que la acción de revisión procederá en todo tiempo y a favor del condenado, contra las sentencias firmes, cuando *la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito*", donde además tendrá lugar a reparación, según lo establecido por el art. 14 inc. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*C.N., art. 75 inc. 22*). A diferencia de la alusión que realizan los impugnantes en los otros recursos, en la acción de revisión es necesario que la existencia del prevaricato hubiese sido declarada en fallo posterior irrevocable, como establece la misma norma, aunque también prevé que "*cuando en el supuesto de cohecho o prevaricato la acción penal estuviere extinguida o no se pudiere proseguir, igualmente se deberán indicar las pruebas que demuestran el delito*" (*Art. 479 del Código de Procedimientos Penales de Nación y Art. 467 de C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires*).

Más allá de ello, las conductas negligentes de los jueces que no encuentren adecuación en esta figura legal por ausencia de intencionalidad, pueden ser capaces de ser calificadas como faltas graves o caer dentro del concepto amplio e indefinido de "***mal desempeño de las funciones***" (BIDART CAMPOS:193). Cuando estas faltas son realizadas en forma reiterada o el mal desempeño es

[25] Solamente a modo de ejemplo podemos citar causas Nº 2929, 2947 y 2948 de la Sala I del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires.

evidente, se configura la causal para remover a los magistrados, sin necesidad de que se configure el delito en análisis (CURUCHAGA:265).

El Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, publicado en 2008, a diferencia del Código vigente, incluye al "***prevaricato culposo***". Prevé las figuras del prevaricato y retardo de justicia en los capítulos IX y X respectivamente en el Título XIII que lleva el mismo título: "D*elitos contra la Administración Pública*", y luego de establecer la figura básica dolosa en el art. 312 en forma similar al texto actual, tipifica inequívocamente la variante culposa en el art. 313 con las siguientes palabras: *"El juez que por imprudencia, negligencia o inobservancia grave de derecho, dictare resoluciones u órdenes manifiestamente ilegítimas, será reprimido con prisión de UN (1) mes a DOS (2) años e inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena."*

Ahora bien, ***¿En qué consiste el dolo que se requiere?***

En el conocimiento de las acciones que se realizan, la comprensión de su ilicitud o falsedad, y en la voluntad de realizarlas a pesar de este conocimiento, lo que usualmente se denomina dolo directo. Y salvo la incidencia del ánimo de lucro, es indiferente el propósito ulterior, aunque a veces es factible indagar en los motivos de fondo para captar esa intencionalidad[26]. Otras variantes del dolo merecerían un análisis que excede este comentario.

¿Qué debe hacerse si jueces, árbitros o amigables componedores actúan con ánimo de lucro?

En este caso debe tenerse en cuenta la previsión de la pena conjunta de multa regulada por el art. 22 bis. del C.P.. Esta agravante es aplicable a todas las figuras del artículo, no obstante que solamente la del segundo párrafo (sentencia en causa criminal) sea la única que no prevé multa expresamente, frente a las otras que sí lo hacen en forma conjunta, en las cuales la multa podrá aumentarse en el máximo de la misma hasta 90.000 pesos.

Las formas ampliadas de adecuación típica: la participación y la tentativa.

La participación como la tentativa están estrechamente relacionadas con el modo como se

[26] El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios entendió que "*…para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y para ello será igualmente preciso investigar los "motivos" que pueden haber torcido el pronunciamiento*" (*Ver en JUBA: Sumario B86969, Causa JEMF LP 1142 RSD- 1142-95 S del 12 mayo de 1998*).

interpretan las actitudes anímicas del juez, porque si se concluye que estas figuras delictivas no requieren de una intención directa, es decir, no son dolosas, entonces no es posible pensar la tentativa, ni la participación al menos en las formas que impliquen un acuerdo destinado a la comisión de un delito determinado.

La Participación.

Si bien el prevaricato exige particulares características en los sujetos punibles, este requerimiento no obstaculiza la aplicación de las distintas formas de la participación (necesaria, eventual, o posterior al hecho cumpliendo una promesa anterior) y la instigación (*C.P., arts. 45 y ss.*). En el supuesto del dictado de resoluciones a cargo de un Tribunal – *colegiado -,* se pueden dar casos especiales de participación o coautoría.

La Tentativa Idónea.

Gran parte de la Doctrina sostiene que la tentativa es inadmisible en estos casos (CREUS:350). Así lo invoca por ejemplo Donna que expresa que la *doctrina se inclina por negar la posibilidad de la tentativa* (DONNA:422). Soler también cita en este sentido a Núñez y a Fontán Palestra (SOLER:278). Explican que la tentativa no es posible porque la consumación se daría con el dictado de la resolución injusta (si es por escrito con la firma del escrito, si es oral basta con su pronunciamiento), independientemente de que la resolución pueda ser revisada por un tribunal de alzada[27] o de que cause o no un daño adicional, ulterior a ella. El prevaricato se consumaría entonces con la contradicción objetiva entre lo declarado y lo que se debió declarar, más la contradicción entre lo declarado y lo conocido. Es decir, se consumaría con el dictado de la resolución (aunque la resolución sea revocada o no alcance ejecutoriedad) (NUÑEZ:150). Es decir, estaríamos en presencia de lo que se ha conoce como un delito de cumplimiento instantáneo.

Sin embargo, entendemos que no se puede negar tal posibilidad a priori y sin indagar en las interpretaciones de la ley y en los casos concretos:

La posibilidad de aplicar la tentativa depende de los modos como se interprete el art. 42 del C.P. que contiene una ambigüedad sintáctica, ya que la expresión "*comience su ejecución*" puede referirse

[27] "*...Una resolución de alzada no puede transformar en prevaricato una resolución que no era prevaricante en el momento en que se dictó, porque la prevaricación está en la conciencia del juez y no en el auto mismo. En este sentido, el prevaricato es un delito formal...*" (SOLER:278).

a la ejecución de la intención de cometer un delito determinado, o la ejecución de la acción delictiva en sí misma.

Para quienes interpretan que el comienzo de ejecución no implica necesariamente la realización de la acción punible, sino de hechos objetivables que evidencien inequívocamente la intención de cometer un delito (NÚÑEZ:150), la tentativa de prevaricato es, sin duda, posible.

Pero aunque la interpretación que se asigne al art. 42 del C.P. implique que deban ser comenzadas a ejecutar las acciones punibles, tampoco es posible descartar, a priori, la tentativa, en especial en aquellos casos en que puede producirse, legalmente, una cesura de la decisión entre el momento en que se la anuncia y el momento en el que se la funda. Porque en estos casos hay un tiempo entre el dictado y el fundamento que permitiría la intervención de circunstancias ajenas a la voluntad del autor que impida la consumación del hecho. Lo mismo sucede, tal cual lo adelantamos, cuando en un pronunciamiento existen momentos diversos, como el del veredicto y el de la sentencia.

La Escala Penal De La Tentativa.

La escala penal de la tentativa es compleja por dos motivos. Uno deriva de las múltiples formas como se han interpretado las expresiones contenidas en el art. 44 del C.P. en tanto se refieren a que la pena "*será disminuida de un tercio a la mitad*". La segunda se vincula con un vacío legal porque en el texto del art. 44 no se ha previsto la escala correspondiente a la inhabilitación perpetua, sea absoluta o relativa.

Las tesis sobre el modo de interpretar la disminución de las penas divisibles en el art. 42 son variadas. Su relevancia radica, por un lado en la determinación del máximo de pena aplicable que se toma en cuenta para la determinación del plazo de prescripción de la acción.

En relación a la inhabilitación absoluta podrían vislumbrarse distintas posibilidades:

a. Que no se reduzca.

b. Que se reduzca según algún criterio.

La no reducción implica una suerte de desorden valorativo en el régimen del art. 5 del C.P., por la que las penas más graves (las privativas de libertad) en su más grave individualización legal (la perpetuidad) tendrían previstos modos de reducción para la tentativa; lo que no ocurría con la inhabilitación perpetua. Por otro lado "equipararía" en este sentido una parte de la escala penal de los delitos tentados con los delitos consumados.

Jorge De La Rúa reconoce que en este caso hay una laguna pues el Código se limita a la reclusión y a la prisión perpetua. Cita el mismo autor la opinión de algunos juristas que sostienen que la escala de la inhabilitación no se encuentra comprendida por la reducción de la tentativa, pues el legislador cuando quiso referirse a ella lo hizo expresamente. Se opone a esta tesitura ya que ello llevaría a decir también que no comprende la inhabilitación temporal, cuando en realidad el art. 44 solamente alude a escala penal, sin discriminar entre las especies. Concluye así que la inhabilitación perpetua absoluta se puede reducir pues el sentido de nuestra legislación es castigar con menor pena al delito tentado, y propone como camino el de la analogía a favor del reo (*in bonam partem*), con la reclusión – *por ser la absoluta la pena más grave* - perpetua, por lo que la escala de la tentativa en la inhabilitación perpetua absoluta quedaría de 15 a 20 años (C.P., art. 44) (DE LA RUA:788).

La Escala Penal Aplicable.

La escala penal aplicable es del todo relevante en especial porque da pistas sobre la valoración de familias de hechos, y por las consecuencias harto relevantes que implica.

Al analizarla se generan interrogantes de relevancia:

¿*Es justa la escala penal prevista*? ¿*Presenta consistencia valorativa con otras escalas penales previstas en el C.P*?

¿*Cómo debe determinarse en el caso de concursos ideales*?

¿*Qué consecuencias se siguen de la escala penal*?

La escala penal simple.

Analicemos primero las escalas penales simples (*C.P., art. 269, primer párrafo*).

La escala penal simple contiene penas conjuntas de multa e inhabilitación absoluta perpetua. El máximo de la pena de multa (75.000 pesos) es menor al previsto por el art. 22 bis: 90.000 pesos, de modo que de mediar ánimo de lucro es éste el máximo que debe aplicarse.

La inconsistencia valorativa.

No deja se ser una singular inconsistencia valorativa que esta escala penal sea -*teniendo en cuenta el orden de las especies de penas del art. 5* -, sensiblemente inferior a la del falso testimonio que es de un mes a cuatro años de prisión (*C.P., art. 275*) e incluso al incumplimiento de los deberes

de funcionario público (*C.P., art. 248 y ss.*) que prevé acciones análogas a las del prevaricato. Porque el testigo no es un profesional de derecho, no ha jurado cumplir con la legalidad, y no recibe paga alguna por su tarea a diferencia de lo que ocurre con los jueces, los árbitros o los amigables componedores. Baste pensar que un "juicio" armado con falsos testimonios, pero no en una causa criminal o con una sentencia absolutoria en una causa criminal, implicaría una pena de prisión para los testigos falsos y de multa e inhabilitación para los jueces. Tampoco es consistente con la escala penal prevista para el incumplimiento de los deberes de funcionario público que castiga acciones similares a las previstas para los jueces en el prevaricato, pero con penas de prisión e inhabilitación especial (*C.P., art. 248*). Sobre todo si se tiene en cuenta que los jueces poseen un régimen de designación y remoción significativamente más complejo que el de otros funcionarios públicos, que corresponde a su versación jurídica.

Las consecuencias jurídicas de esta escala penal: Suspensión de juicio a prueba y condena de ejecución condicional.

Ninguna de las penas previstas en estas escalas podría dar lugar a la **ejecución condicional** (*C.P., art. 26 tercer párrafo*), ni admite la **suspensión del juicio a prueba**, según la interpretación estricta de los arts. 26 y 76 bis del C.P. en cuanto a la previsión de la inhabilitación como pena conjunta.[28] Las penas de inhabilitación[29] impiden el otorgamiento de la Suspensión del Juicio a Prueba y en consecuencia de la condenación con penas de ejecución condicional, salvo interpretaciones que sostienen criterios amplios[30]. Si por el contrario se adopta este criterio amplio que viene ganando algún terreno en los tribunales, deberá pagarse el mínimo de la multa en el caso de la figura básica, y solamente si se condenase al mínimo de la pena de prisión (en las figuras agravadas del segundo párrafo) se podría suspender a prueba o condenado condicionalmente.

Prescripción de la acción

[28] Esta es la solución establecida por la Cámara Nacional de Casación Penal en el conocido plenario Nº 5 "Kosuta", del 17 de agosto de 1999 en el cual se trataron diversas cuestiones, entre las que se dictaminó en el Punto II que "*No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa*."

[29] La inhabilitación en el C.P. se encuentra en: Art. 19 del C.P. inhabilitación absoluta, art. 20 del C.P. inhabilitación especial y art. 20 bis. del C.P. inhabilitación como agravante genérica (cuando el delito cometido importa incompetencia o abuso en el ejercicio de un cargo o empleo público) y la rehabilitación prevista en el art. 20 ter. del C.P.. Asimismo, se debe tener en cuenta el cargo conforme pautas de individualización judicial de la pena (arts. 40 y 41 del C.P.).

[30] La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha pronunciado en forma directa sobre este tópico, aunque parecería dejar la puerta abierta en los fallos "Acosta" y "Norverto". En el ámbito del departamento Judicial La Plata, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 tiene declarada inconstitucional la pena de inhabilitación para los delitos culposos.

La prescripción de la acción plantea dificultades derivadas de la escala penal, y de vacíos del art. 62 del C.P..

En este artículo no se ha previsto qué hacer con las acciones de delitos que contengan penas conjuntas, aunque se prevé la prescripción de la acción de delitos reprimidos "únicamente" con inhabilitación perpetua, o de hechos reprimidos con multa.

El caso que nos ocupa es complejo porque la inhabilitación perpetua con que se reprime no es pena única, sino conjunta con la multa; y porque la multa, que no contiene esta restricción, prevé un plazo de prescripción mucho menor que la inhabilitación perpetua: dos años.

De modo que si se selecciona este último plazo de prescripción las consecuencias disvaliosas serían significativas ya que los delitos más gravemente castigados tendrían un plazo de prescripción menor; lo que, además controvierte toda la forma de regulación de los términos de prescripción.

Tampoco parece razonable sostener que la acción sea imprescriptible, porque se introducirían severas inconsistencias valorativas, ya que la acción penal por algunos de los más graves delitos prescribiría, pero no la acción por delitos de gravedad menor.

Los arts. 67 y 226/227 bis. del C.P. resultan relevantes en este sentido, pues regulan los supuestos de suspensión del curso de la prescripción. *"…Cuando la pena de inhabilitación es pena única la acción penal prescribe a los cinco años si es perpetua, y al año si es temporal (art. 62 incs. 3° y 4°, Cód. Penal). En tanto no se encuentra determinada la prescripción de la pena de inhabilitación, lo que ha dado lugar a interpretaciones encontradas entre aquellos que sostienen que es una pena imprescriptible y los que, por el contrario, entienden que sí prescribe…"* (DOMENECH:150).

El incumplimiento de las penas.

El incumplimiento de la multa da lugar a su "conversión" en prisión, según la regla del art. 21 del C.P.. El monto máximo, y las previsiones de la ley 24.660, permiten en estos casos la ejecución en alguna de las formas de la semidetención o prisión discontinua (*Ley 24.660, art. 35 inc. b*).

El quebrantamiento de la inhabilitación absoluta configura la comisión de un nuevo delito (C.P., a*rt. 281 bis)* que concurrirá con el prevaricato según las reglas de los arts. 55 y 56 en virtud de la remisión del art. 58 del C.P.. La pena de prisión impuesta en este caso no podrá ser de ejecución condicional, porque no se trataría de la primera condena (*C.P., art. 26*).

No se ha previsto que un incumplimiento de la inhabilitación imposibilite una nueva

rehabilitación pero difícilmente podrá sostenerse que el condenado se haya comportado correctamente, una exigencia básica de la rehabilitación (C.P., a*rt. 20 ter).*

El cumplimiento de las penas.

Vale destacar que aunque en la escala penal prevista para el delito, no esté contemplada expresamente la sanción con penas de inhabilitación especial, podría resultar aplicable en razón de lo normado por el artículo 20 bis. del C.P.. Ello así, siempre que el delito cometido importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público.

La multa se cumple con el pago que puede ser en cuotas o con trabajo libre (C.P., *art. 21*).

La inhabilitación absoluta perpetua es relativa porque da lugar a la "***rehabilitación***" prevista en el art. 20 ter del C.P. tras 10 años de cumplimiento.

Las escalas penales agravadas.

Las escalas agravadas reconocen un doble origen. Por un lado en figuras delictivas agravadas, por otro en la posibilidad de aplicar las formas de agravación previstas en la parte general del C.P. o en otros lugares del mismo código, o en otras leyes, en cuanto sean compatibles con los prevaricatos (*ver nota N° 8*).

Las escalas penales agravadas específicas.

Veamos primero las escalas penales agravadas por figuras delictivas calificadas.

La escala penal derivada del dictado de una sentencia condenatoria en un juicio criminal es de **tres a quince años de prisión o de reclusión**, en el caso del art. 269 segundo párrafo.

Como vimos, la figura prevé un agravante para el caso de que la resolución a la que se alude en la figura básica sea una "*condenatoria en causa criminal*". La pena prevista en este caso es de tres a quince años de alguna pena privativa de libertad, lo que agrava considerablemente la pena en su comparación con la figura del primer párrafo; manteniendo la inhabilitación absoluta.

Como adelantamos, solamente la aplicación en concreto del mínimo de la prisión permitiría la condena de ejecución condicional (no si se aplica reclusión y solamente si se interpreta que la inhabilitación prevista en forma conjunta no es óbice: *Ver nota N° 29*).

El término de prescripción de la acción penal es de 12 años, ya que el máximo de la pena es de 15 años de pena privativa de libertad (*C.P., art. 62 inc. 2*).

Las escalas penales agravadas genéricas.

Al realizar el catálogo de las figuras delictivas, nos referimos a las agravantes genéricas contempladas en el Código Penal y en leyes complementarias. También nos referimos a sus diversas interpretaciones *(Ver nota N° 8)*. Las que podrían relacionarse con los prevaricatos son:

- El Motivo constitucional: Cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional (*C.P., art. 227 ter*.). Este agravamiento no sería aplicable cuando esa acción se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, cosa que no ocurre en ninguna de las figuras del prevaricato.

- Los Actos Discriminatorios: Cuando el delito sea cometido por persecución u odio a una raza, religión, nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (*Ley Nº 23.592, art. 2*), agravando en un tercio el mínimo y el máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Esta agravante no posee restricciones en cuanto a su aplicación y puede ser claramente un motivo para fallar en forma ilegítima.

- El uso de Estupefacientes: Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito (*Ley 23737, art. 13*), que también agrava en un tercio el mínimo y el máximo, pero la escala penal no puede exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Aquí tampoco hay restricciones en cuanto a su aplicación, salvo que se interprete que la alusión a "*otro delito*" solamente alcanza a los que se encuentran dentro de la misma ley de estupefacientes, lo que parece excesivamente restrictivo y no se condice con el espíritu y fin perseguido por la norma.

- La intervención de un menor: Aunque a primera vista pueda resultar impensable o poco probable la participación con intervención de un menor en estos delitos, la agravante del art. 41 quater C.P. ("*cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo*") puede resultar compatible con el prevaricato, mediante la aplicación de las reglas de la participación criminal y la de los concursos. Por ejemplo, con la intervención de un testigo menor de edad que atestigüe falsamente.

- El empleo de un arma de fuego: En cambio la agravante genérica del art. 41 bis C.P. puede presentar algunas dudas en cuanto a su compatibilidad con el prevaricato. Esta se configura "*cuando*

alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego", agravando 1/3 en su mínimo y en su máximo. Si bien en principio es un agravante genérica sin limitaciones que la establecida por la misma regla[31], una interpretación restrictiva de la norma alude a que debe tratarse específicamente de delitos contra las personas, entre los cuales no se encuentran obviamente los que protegen a la administración pública.

Finalmente, resulta inequívocamente ajena al prevaricato la agravante genérica del art. 2 de la ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos (*Ley Nº 24.192*).

Los prevaricatos del art. 270 C.P..

Art. 270.- Será reprimido con multa de $ 2.500 a $ 30.000 e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado (*texto conforme ley Nº 24.286*).

El art. 270 contiene las siguientes figuras delictivas:

1) El juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda.

2) El juez que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

El artículo 270 del C.P.P. prevé entonces **2** posibilidades, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias que ya vimos.

31 La restricción en cuanto a la aplicación del agravante que establece la propia norma consiste en que "*la violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate*".

Los sujetos punibles.

En este caso los sujetos punibles son los "jueces" que ya han sido analizados con motivo de los prevaricatos el art. 269; pero a diferencia de las figuras de esa disposición, las del art. 270 no se hacen extensivas a los árbitros y arbitradores amigables componedores. Este delito sólo puede ser cometido por el juez con competencia penal para investigar y/o juzgar delitos. Razón por la cual puede pensarse que no admite la coautoría, pero sí la complicidad.

Las acciones punibles.

Las acciones punibles son dos diferentes:

. Dictar una prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda.

. Prolongar una prisión preventiva cuando computada en la forma prevista por el art. 24, se hubiese agotado la pena máxima que podría corresponder al imputado.

Estas acciones generan distintas interrogantes:

La prisión preventiva.

El caso de la prisión preventiva presenta interrogantes y es necesario, a su respecto, hacer discriminaciones.

¿Qué significa la palabra prisión preventiva? ¿Denota las detenciones o aprehensiones?

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal y de excepción prevista por los Códigos Procesales, que restringe la libertad de una persona en los casos de imputación de delitos que tengan previstas como sanción una pena privativa de la libertad, para asegurar el cumplimiento de sus resultados, por peligro de fuga, y el entorpecimiento de la investigación (CREUS:352).

La prisión preventiva no procede ante casos donde se impute un delito que tenga como pena en expectativa sólo las de multa y/o inhabilitación. Además, para su procedencia, resulta necesario el cumplimiento de otros presupuestos que se prevén justamente en los códigos procesales.

Núñez hace referencia al art. 366 del C.P.P. de Córdoba: *"La Prisión Preventiva no equivale al procesamiento del imputado, ni equivale a su detención o arresto, sino que es la privación de la libertad impuesta por el juez como medida de seguridad procesal, al supuesto responsable de un delito reprimido con pena privativa de la libertad…"* (NÚÑEZ:151).

Por otro lado es necesario discriminar dos situaciones distintas:

a. Cuando se dicta una prisión preventiva contraria a la ley (situación comprendida por la figura genérica del art. 269).

b. Cuando se dicta una prisión preventiva por delito en virtud de la cual no proceda.

En el primer supuesto, puede ocurrir que se dicte una prisión preventiva contraria a la ley por una calificación diversa, sea por el delito involucrado (sea el "tipo de delito"), o el grado de su comisión (tentado o consumado), por el modo de actuar del acusado (autor, coautor, partícipe necesario, participe secundario o auxiliador subsiguiente), o por la existencia de algún tipo de eximente. Y es un supuesto de resolución contraria a la ley prevista en el primer párrafo del art. 269, que ya analizamos.

En el segundo el delito es un prevaricato por medio del cual se impone la prisión preventiva, y está regulada como figura específica en el art. 270.

Claro que en el primero de los supuestos se puede llegar a producir una severa inconsistencia porque cuando se dicte una prisión preventiva contraria a la ley por otras razones que no sea la improcedencia por el delito que se dicta, entonces la pena sería significativamente menor, aunque el agravio fuese el mismo. En este supuesto Núñez indica que en realidad el encuadramiento legal correcto sería el de privación de libertad agravado por el abuso de las funciones, previsto en el art. 144 bis inc. 1 del C.P., es decir un delito contra la libertad (NÚÑEZ:151).

La diferencia radica, a nuestro modo de ver, en que esta última forma agravada de las privaciones de la libertad supone la efectiva privación de libertad de la persona. Ahora bien, esta efectiva privación de libertad no es un requisito exigido en el art. 270 del C.P. que se limita a requerir que el Juez dicte la prisión preventiva, sin exigir que esa prisión preventiva efectivamente se encuentre ejecutada, como lo señala Creus que, en este aspecto discrepa con autores como Fontán Balestra o Soler (SOLER:278). Cuando se ejecuta, podríamos entonces estar en presencia de algún concurso – ideal - de figuras *(C.P., art. 54*).

En todos los supuestos procederá una indemnización, en virtud de lo establecido en forma operativa por el art. 9 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*C.N., art. 75 inc. 22*), que dice que "*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*". Asimismo, como ejemplo, dispone lo mismo el art. 300 del Código Procesal Penal de Córdoba, el artículo 42 párrafo 2° de la Constitución de esa provincia, y el art. 57

de la Constitución bonaerense.

No obstante en los Códigos de Procedimientos Penales frecuentemente es condición de procedencia de la prisión preventiva que la persona se encuentre detenida. Lo que se deduce de expresiones como "*la detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos*..." (*C.P.P.B.A., art. 157*). O de los modos de computar los términos para dictar la prisión preventiva que se computan desde que "*se hubiere efectivizado la detención*" (*C.P.P.B.A., art. 158*).

Ahora bien *¿debe o no estar privada efectivamente de libertad la persona a quien se le dicta una prisión preventiva por un delito por el que no corresponda*?

El texto legal no lo exige. Y no parece razonable exigirlo. El texto del C.P. agrava el prevaricato cuando se dicte una sentencia condenatoria en una causa criminal sin exigir que ésta imponga una pena restrictiva de la libertad y mucho menos que se esté, de algún modo ejecutando. *¿Por qué se debería exigir entonces en este caso*? Soler sostiene que el delito envuelve un daño que es la privación ilegal de la libertad de la persona, pero no da razones de esta conclusión (SOLER:279). En realidad un decreto de estas características amenaza severamente la libertad de las personas y condiciona etapas sustanciales del proceso, lo que constituyen razones bastantes como para exigir que, además, la prisión preventiva sea efectivamente ejecutada.

"***Prisión preventiva***" es una expresión no definida en el C.P., pero que la usa en el art. 24 al estimar la forma de computarla en el cumplimiento de las penas.

Es, en cambio una expresión empleada en los Códigos de Procedimientos que regulan las condiciones bajo las cuales procede, y su duración. Se la considera una medida cautelar que se dicta luego de que otras se han dictado, como la detención o la aprehensión que también restringen la libertad ambulatoria de las personas.

¿Qué ocurre entonces si un juez dicta una detención o un arresto por un delito que no la admite?

En estos casos el juez como funcionario público, enfrentaría los riesgos que prevé el art. 144 bis ya citado si la detención se hubiese efectivizado.

¿Cuáles son los delitos por los cuales corresponde dictar prisión preventiva?

Es esta una pregunta que responden los Códigos de Procedimiento que al suponer la detención como requisito de la prisión preventiva limitan el tipo de delitos por los cuales es posible dictar una prisión preventiva. En la Provincia de Buenos Aires, la cuestión está regulada en el art. 151 del C.P.P..

La lectura de este artículo permite concluir que la expresión delito no alude simplemente a la figura delictiva aplicable al caso, sino al hecho cuya punibilidad se juzga.

En la flagrancia cualquier delito admite detención (*C.P.P.B.A., art. 154*).

Fuera de la flagrancia, los delitos que permiten la prisión preventiva son, en principio, los encarcelables, según la interpretación a contrario de los supuestos objetivos de excarcelación establecidos en el art. 169 del C.P.P.:

1.- El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo supere los ocho (8) años de prisión o reclusión;

2.- En el caso de concurso real, la pena aplicable al mismo supere los (8) ocho años de prisión o reclusión.

Asimismo, el art. 157 del mismo cuerpo establece que la detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos:

1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito.

2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla.

3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho.

4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación.

Pero igualmente, y más allá de estos casos objetivos y de los otros que prevé la ley, es difícil determinar el catálogo de los delitos que admiten la prisión preventiva ya que habremos de tener en cuenta las características del sujeto y cada caso particular, por ejemplo ante la eventual procedencia de una condenación condicional, etc..., en atención a los parámetros de los arts. 144 a 196 del C.P.P., y especialmente los de los arts. 148, 163, 169, y 171.

La extensión de la prisión preventiva.

La extensión de la prisión preventiva también suscita otros problemas.

El artículo prevé además que será reprimido el juez que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado (*Art. 270 última parte*).

El cómputo de la prisión preventiva según las reglas del art. 24 del C.P. puede ser una expresión engañosa, ya que otras leyes nacionales pueden regular la forma de computar la prisión preventiva, y así lo han hecho las leyes 24.390 (que instauró en su art. 7 el llamado "***dos por uno***") y su modificatoria 25.430 que derogó el cómputo doble de la prisión preventiva.

¿Podría un juez violar estas leyes sin consecuencias, amparándose en la redacción del art. 270 que sólo alude al cómputo previsto en el art. 24 del C.P.?

¿Y si se ha prolongado la prisión preventiva de algún otro modo ilegal?

En estos casos el juez enfrenta la posibilidad de transgredir al menos dos disposiciones penales: la del prevaricato en general, y la privación ilegítima de la libertad agravada.

Aquí es necesario considerar la expresa previsión del art. 3 del C.P. en tanto prescribe que "*en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado*".

Por lo demás y en épocas de gran innovación legislativa que, en general, incrementa los montos de pena, es necesario aplicar las previsiones del art. 2 y será la escala penal del delito que se juzgue según la ley más benigna la que deba ser considerada en este cálculo.

En este segundo caso es claro que la extensión de la prisión preventiva implica su efectivización, es decir que la persona esté efectivamente privada de su libertad. Si no lo estuviese entonces se habría ausentado del proceso y éste no podría haber continuado.

¿Hay delitos que deban ser excluidos de esta extensión de la prisión preventiva?

En principio pareciese que los delitos sancionados con prisión o reclusión perpetua no pueden integrar el catálogo de delitos previstos en este artículo porque no tienen ni máximos ni mínimos sino sólo la perpetuidad.

Sin embargo después del dictado del C.P., distintos tratados internacionales han limitado la posibilidad de extender desmesuradamente las prisiones preventivas, o leyes provinciales las han acotado de modo significativo. Así, respectivamente, el art. 7 inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los arts. 2, 141 y 169 inc. 11 del Código de Procedimientos Penales.

En estos casos las prisiones preventivas excesivas dictadas de modo imperito no tendrían

castigo, sin que se vulnerase el art. 18 de la C.N., sea que se razonase por analogía o se ignorase que no existe un texto expreso de la ley que prevea estas situaciones. No obstante si la prolongación de la prisión preventiva fuese deliberada (dolosa) entonces otros delitos podrían ser imputados al Juez.

¿Qué ocurre con las medidas de seguridad previstas en el art. 52 del C.P.?

En el art. 270 tampoco se ha previsto el caso en que sea posible aplicar la medida de seguridad del art. 52 del C.P. que al menos en una oportunidad puede ser aplicada sin que exista una reincidencia múltiple anterior (*C.P., art. 80*).

El Tipo Subjetivo. Las Intenciones.

¿Cuáles deben ser las actitudes anímicas del juez que incurre en estas acciones?

¿Debe haber actuado con intención de dictar una prisión preventiva fuera de los casos en que procede, o con la intención de prolongarla indebidamente? O, por el contrario ¿puede haberlo hecho por negligencia?

Estas preguntas no han sido respondidas de forma unánime. Y tienen consecuencias relevantes para la posibilidad de aplicar las reglas vinculadas con la tentativa y con la participación. Las primeras porque en la tentativa se exige la intención de cometer un delito determinado (incompatible con actitudes negligentes). Las segundas porque, al implicar un acuerdo entre partícipes para la comisión de un hecho, también lo son.

Quienes entienden que no deben ser actitudes intencionales del juez, sostienen su opinión en que se trata de delitos atenuados en relación al prevaricato simple que sí requiere una actuación maliciosa. Argumentan que una interpretación distinta llevaría a una inconsistencia valorativa por el análisis comparativo de ambas penas. Para Soler, Fontán Balestra y Núñez[32] es **culposo.**

Los que se oponen a esta interpretación hacen hincapié en que lo relevante es detenerse en el texto legal y no en las consecuencias punitivas para interpretarlo. Para Aguirre Obarrio y Molinario, estamos ante un delito **doloso**, por lo que infieren necesario el conocimiento de las circunstancias

[32] Núñez considera a la Prisión Preventiva Ilegal como: *"inobservancia inintencional de la norma reguladora de la Prisión Preventiva.",* porque si no sería 144 bis. inc. 1° del C.P. o tentativa de ese delito, si la prisión no se efectiviza (NÚÑEZ, ob. cit. Página 151).

que hacen improcedente la imposición de la prisión preventiva o que obligan a hacerla cesar, y la voluntad de prolongarla o disponerla a pesar de ese conocimiento (CREUS:353).

Sin embargo las palabras de la ley no son unívocas. Son vagas, imprecisas. No son autosuficientes, y no se las interpreta de una única manera. Una forma de hacerlo es partir de los antecedentes y motivaciones de quienes participaron en Proyectos inspiradores. Otra es detenerse en el texto legal e interpretarlo tomándolo minuciosamente en cuenta.

Veamos ambos caminos para interpretar esta disposición del Código Penal.

Rodolfo Moreno señala, cuando transcribe la exposición de motivos del Proyecto de 1891, que quienes lo redactaron estaban preocupados porque "*procesados por delitos que merezcan un mes de arresto, permanezcan preventivamente detenidos durante tres o cuatro años, sin más motivo que el de no haberse dictado sentencia firme, lo que lleva a injusticias harto frecuentes en los tribunales argentinos*" (MORENO:284).

También Moreno alude al "***abuso***" de las potestades jurisdiccionales para mantener a un procesado privado de su libertad (MORENO:285).

Si nos detenemos en el texto legal tampoco el problema es sencillo.

En el C.P. no existe una definición de la culpabilidad, ni del dolo, ni de las actitudes negligentes o imprudentes. Algunas disposiciones aluden a los delitos dolosos o culposos, sin definirlos expresamente. Otras de diversas maneras caracterizan las variantes que no son intencionales: la redacción de los artículos 84 y 94 del C.P. darían pistas y formas de estas actitudes, mediante palabras como "imprudencia", "impericia", "negligencia".

Si se interpreta que estas disposiciones requieren de una actuación intencional entonces ciertas consecuencias disvaliosas se producen.

En primer lugar la poca explicación de que la pena sea sensiblemente disminuida, sobre todo si se la compara con la forma agravada del prevaricato por haber sido cometido mediante una sentencia condenatoria en un juicio criminal, que puede, o no, implicar la privación de libertad del condenado. No la implicaría (al menos en forma directa) en los casos de condenas a penas no privativas de libertad.

La segunda radica en que si la actuación al dictar o prolongar indebidamente una prisión preventiva, fatalmente se estaría cometiendo una privación de libertad agravada que concurriría en forma ideal con el prevaricato, restando significación a éste, porque la pena aplicable sería siempre la de la privación de libertad agravada. Se produciría un concurso ideal y esta figura carecería de total

uso y razón de ser.

De este modo *¿Por qué razones habría de interpretarse el texto legal propiciando regulaciones redundantes, cuando puede hacérselo de modo que se eviten las redundancias e inconsistencias valorativas*? No parece razonable una actuación de este modo.

Las actitudes anímicas entonces serían las vinculadas con la incompetencia, o con la negligencia del Juez. Se trataría de la previsión de un delito que adquiere la forma culposa aunque mediante una fórmula indirecta y algo confusa.

Según esta interpretación, no se podría entonces pensar en la tentativa, no porque la consumación se produce cuando el juez, mediante el dictado de una resolución, ordena la prisión preventiva u omite hacer cesarla en tiempo debido, prolongándola injustificadamente; sino porque los delitos culposos no la admiten por falta del elemento intencional de acuerdo al art. 42 del C.P..

Tampoco admitiría la participación en este tipo de hechos, al menos cuando ella supone el cumplimiento de promesas previas (C.P., art. 46). Aunque cabe señalar que existen posiciones en cuanto a que es posible la coautoría y la participación bajo algunas formas en los delitos culposos siempre que en el caso concreto los intervinientes tengan domino objetivo y positivo del hecho y se les pueda imputar objetivamente el mismo[33].

También quedarían excluidas aquellas formas de agravación derivadas del ánimo de lucro (*C.P., art. 22 bis*), aunque merece un análisis detallado el supuesto en que las acciones negligentes o imperitas fuesen una consecuencia necesaria o eventual de un "ánimo de lucro".

La Pena Aplicable.

La pena aplicable por el dictado ilegal de una prisión preventiva o su prolongación ilegal es de multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años. Cabe realizar las mismas consideraciones realizadas en cuanto a la posible aplicación de la *probation* o de la condena de ejecución condicional, según qué interpretación se adopte en cuanto a la previsión de la inhabilitación como pena conjunta.

El prevaricato de los abogados y otros funcionarios (Arts. 271 y 272).

[33] Aunque en referencia a las malas praxis médicas y en el marco de la legislación colombiana, Geovana Andrea Vallejo Jiménez llega a esas conclusiones en: *"¿Es posible la coautoría imprudente? Una mirada desde la actividad sanitaria";* publicado en la Sección Aportes y Producciones de la Revista Virtual Intercambios, ISSN 1666-5457, http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/; Número 14, abril de 2010.

<u>Art. 271.-</u> Será reprimido con multa de $ 2.500 a $ 30.000 e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

(*texto conforme leyes Nº 23.077 y Nº 24.286*)

<u>Art. 272.-</u> La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Conductas Delictivas.

<u>El art. 271 del C.P. contiene distintas figuras delictivas. Helas aquí</u>:

1) El abogado que defendiere partes contrarias en el mismo juicio simultáneamente.
2) El mandatario judicial que defendiere partes contrarias en el mismo juicio simultáneamente.
3) El abogado que defendiere partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
4) El mandatario judicial que defendiere partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
5) El abogado que representare partes contrarias en el mismo juicio simultáneamente.
6) El mandatario judicial que representare partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
7) El abogado que representare partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
8) El mandatario judicial que representare partes contrarias en el mismo juicio sucesivamente.
9) El abogado que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.
10) El mandatario judicial que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

El artículo 271 del C.P. prevé **10** posibilidades, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

Por su parte, las conductas delictivas del 272 son:

1) Los Fiscales que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
2) Los asesores que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
3) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
4) Los Fiscales que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
5) Los asesores que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
6) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que defendieren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
7) Los Fiscales que representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
8) Los asesores que representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
9) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultáneamente.
10) Los Fiscales que representaren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
11) Los asesores que representaren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
12) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que representaren partes contrarias en el mismo juicio, sucesivamente.
13) Los Fiscales que de cualquier otro modo, perjudicaren deliberadamente la causa que les estuviere confiada.

14) Los asesores que de cualquier otro modo, perjudicaren deliberadamente la causa que les estuviere confiada.

15) Demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, que de cualquier otro modo, perjudicaren deliberadamente la causa que les estuviere confiada.

Así, el artículo 272 del C.P.P., debido a las equiparaciones que realiza, prevé **15** figuras delictivas, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

Los Sujetos Punibles.

Las personas punibles son**:**

. Los abogados

. Los mandatarios judiciales

. Los fiscales

. Los asesores

. Los demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Son autores de estas figuras los abogados y/o mandatarios judiciales, que actúan en defensa de los intereses de las partes, ya sea como patrocinante o defensor; siempre y cuando actúen (intervengan) en un juicio. Estos sujetos específicos representan a las partes en juicio y mediante su intervención perfeccionan la relación procesal y el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, la cual depende de ellos tanto como del juez. El alcance del prevaricato a estos sujetos que no revisten la calidad de funcionarios públicos (personas "privadas") se debe a la naturaleza pública de la actividad en las que les toca tomar intervención.

El **abogado** es la persona que posee título habilitante y está inscripta en la respectiva matrícula profesional (Colegio), ejerce la defensa de los intereses de una de las partes del juicio, actuando como representante o patrocinante, lo que excluye a los procuradores. La norma es clara, no corresponde extender su aplicación a supuestos no estrictamente establecidos, por lo que tampoco

alcanza a los abogados asociados entre sí, aunque la ley de ejercicio de la abogacía - *de inferior jerarquía al Código Penal Nacional* -, contemple el supuesto como prohibición a los abogados (*Ley 5177, art. 61).*

El **mandatario judicial** es quien representa a otro en juicio. Esta expresión no posee definición en el C.P.. En los Códigos de Procedimiento a los procuradores o apoderados se les exige la presentación de la escritura de poder, pero se prevé asimismo la actuación de mandatarios con poderes generales. Sin embargo para ciertos actos del proceso no bastan poderes generales, y por ejemplo se exige un poder especial para transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, o a prescripciones adquiridas (*C.C., art. 1881*).

Finalmente los Códigos de Procedimiento regulan la actuación de gestores para casos urgentes, cuya actuación queda supeditada a la ratificación, sujetos a la presentación de los instrumentos que ratifiquen el poder y los actos de gestión realizados (*C.P.C. y C., Art. 26*).

¿Cuáles de estas representaciones quedan involucradas en la expresión mandatario judicial?

Quienes actúan con poderes especiales, no hay duda alguna que quedan comprendidos como mandatarios judiciales porque el título mismo del mandato lo enuncia.

Los que actúan con poderes generales, sólo en la medida en que han sido empleados para representar a una persona en el juicio, porque sólo en esos supuestos puede hablarse de una representación "judicial".

En relación a los gestores en tanto no haya recibido ratificación alguna, mal podría hablarse de mandatarios porque el mandato consiste precisamente en el otorgamiento a una persona de un poder por parte de otra (*C.C., art. 1869*), lo que no ocurre en esos casos.

Los fiscales

Sus funciones y formas de designación en la Provincia de Buenos Aires están determinadas por la ley orgánica del Ministerio Público (ley 12.061).

Los fiscales pueden ser de primera instancia, generales, y de Casación.

¿Involucra la expresión a la Procuración General de la Corte?

Pareciese que sí pues es la cabeza del Ministerio Público Fiscal, con facultades para dar instrucciones a los demás fiscales. Y pareciese poco razonable que quién puede mandar a Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces y de Menores, quede excluido de la regulación penal.

Los asesores y demás funcionarios encargados de emitir opinión ante las autoridades.

Los asesores pueden ser otros auxiliares de la justicia.

¿A quienes involucra la expresión "*demás funcionarios encargados de emitir opinión ante las autoridades*"? El interrogante ha sido abordado en especial con relación a los peritos.

Soler responde de manera negativa. Lo hace argumentando que los autores del Proyecto de 1891 se habían apartado del Código vigente entonces (el de 1887) porque la actuación infiel del perito estaba ya prevista en el capítulo referido al falso testimonio (SOLER:281).

La argumentación presenta algunas dificultades.

¿Obliga la opinión de quienes formularon un proyecto de que sirve de base como antecedente, más allá del texto legal que efectivamente se haya sancionado?

¿Los fundamentos que emplearon quienes formularon ese argumento son relevantes, es decir tenían razón al utilizarlos?

Las respuestas a estas preguntas no son sencillas.

La actuación de los peritos en el falso testimonio implica un requerimiento que no existe en el art. 271, es decir callar la verdad, en todo o en parte.

Pues bien, la intervención pericial en los procesos puede incluir no sólo informaciones sobre la "verdad" de un acontecimiento, sino sobre la posibilidad o imposibilidad de respuesta de puntos de pericia, o sobre los modos de leer una cierta prueba producida, o sobre la firmeza o fragilidad de una información producida. De allí que se prevea la designación de "peritos de parte" capaces de coproducir y controlar la prueba de los juicios.

La lealtad y la "igualdad de armas" de las partes dentro de una controversia puede quedar seriamente afectada en estas ocasiones sin que, necesariamente, el perito calle o mienta.

Tampoco parece muy razonable hacer prevalecer como argumento la opinión de los fundamentos de un proyecto que sirve de base al Código vigente, cuando este Código prevé una definición de funcionario público que, claramente, incluye a los peritos.

Contrariamente, Creus sostiene que "*demás funcionarios encargados de emitir sus dictámenes ante las autoridades*" sólo pueden ser los que dictaminan en función de parte o en defensa de un interés de parte, proponiendo o requiriendo una resolución a los organismos jurisdiccionales (CREUS:357).

No es un grupo homogéneo de sujetos punibles porque algunos de ellos son, inequívocamente funcionarios públicos, como los fiscales y los asesores. En tanto otros no. Y la condición de funcionario público posee como ya hemos visto importantes consecuencias jurídicas en el C.P..

Por lo demás, fiscales, asesores de menores, y defensores oficiales en la Provincia de Buenos Aires requieren del juicio político como condición prejudicial para ser sometidos a procesos (*Constitución Provincia de Buenos Aires, arts. 73, 74, 79 y 182; y ley 12.061, art. 4*).

Las Acciones Punibles.

Las acciones son:

. La defensa o representación de partes contrarias en un mismo juicio simultánea o sucesivamente.

. Perjudicar deliberadamente la causa que le estuviese confiada.

El texto incluye la conectiva "o" que es ambigua. Puede significar tanto una disyunción fuerte, en la que los dos términos disyuntos se excluyen entre sí, como significar una disyunción débil en la que los términos no se excluyen. Incluso puede llegar a significar equivalencia, y no sólo disyunciones.

Pues bien el tema lejos de ser un preciosismo semiótico se vincula estrechamente con el significado de las acciones de cada una de las figuras delictivas, como veremos más adelante.

Esta ambigüedad de la conectiva "o" plantea problemas de significación del primer tipo de acciones descriptas.

¿La presentación simultánea o sucesiva implica *per se* la existencia de un perjuicio en el proceso, o es menester que además, exista un perjuicio? La cuestión no es simple porque pareciese claro que una representación simultánea de partes contrarias probablemente implique un perjuicio para la causa y para la forma de ejercer la representación, pero no ocurre lo mismo cuando la presentación o defensa es sucesiva.

Las ***Normas de Ética del ejercicio de la Abogacía*** (*Ley 5.177, art. 25, inc.8*) pueden servir de reglas interpretativas en este punto. El art. 28 de estas reglas establece que "…*Es contrario a la profesión representar intereses opuestos, excepto mediando consentimiento unánime prestado, después de completa aclaración de los hechos. Dentro del sentido de esta regla, existen intereses*

encontrados cuando se debe simultáneamente defender e impugnar una misma medida."

La ley 5.177[34] de ***ejercicio y reglamentación de la profesión de abogado y procurador***, en el Cap. XIII, art. 61, establece las prohibiciones a los abogados, entre las que figuran "*patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultáneamente o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte, si ya hubiere asesorado a la otra*", y "*patrocinar y representar individual y simultáneamente a partes contrarias, los abogados asociados entre sí*".

Ciertas circunstancias pueden llegar a complicar la posibilidad de acreditar de modo inequívoco una intención de representar en forma sucesiva a partes contrarias o defenderlas al cabo de un juicio.

Por ejemplo si se trata de un proceso prolongado en el tiempo. O si se ha representado a múltiples personas (*en litis consorcios*) algunas de las cuales pueda presentar intereses contrarios y otros no.

Las partes en un juicio.

¿Cómo deben ser las partes en un juicio?

Las partes en un juicio deben ser partes contrarias, es decir enfrentadas, con intereses contradictorios[35]. Esto es denominado por Creus como "*duplicidad infiel*" (CREUS:355).

¿Deben ser entonces los juicios contradictorios o pueden involucrar otro tipo de juicios o procesos?

La existencia de intereses contradictorios puede tener lugar en juicios estrictamente contradictorios, en los que las partes inicialmente se enfrentan con sus pretensiones o en los que no lo sean pero en los que surjan intereses contrapuestos, a partir de que nazca la disputa.

¿Puede el abogado o mandatario ser "parte en el juicio" en el que actúa?

En ciertos casos podría llegar a serlo: cuando entran en colisión el interés del mandatario con el del mandante, o el del abogado con el de su cliente[36].

---

[34] Texto actualizado según texto ordenado por Decreto 180/87, B.O. 20/03/87 y las modificaciones establecidas por la Ley 12.277, con las modificaciones introducidas por la leyes 5.445, 6.627, 7.193 y 8.480 y los Decretos-Leyes 3.610/55, 7.916/72 y 8.904/77 y las disposiciones de las leyes 6.716 y del Decreto-Ley 7.425/68.

[35] La jurisprudencia confirmó este criterio en los procesos penales, estableciendo que el mismo abogado no puede defender a dos procesados acusados de lesiones recíprocas. C.C.C., J.A. (Jurisprudencia Argentina), Tomo 29, Pág. 526.

[36] Por ejemplo cuando el letrado reclama honorarios a su cliente.

¿Cuándo deben surgir estos intereses contradictorios?

Muchas veces la contradicción de interés puede ser un emergente en el juicio. Vale decir un proceso "voluntario" tener aspectos de controversia en incidencias, medidas cautelares, o procesos de ejecución. En el texto del C.P. no se especifica el momento en que una parte es "contraria" a la otra. Pero la emergencia de la contradicción indica que ése es el momento a partir del cual las representaciones y defensas entran en crisis, como se expuso en el interrogante anterior.

Del mismo modo un proceso inicialmente contradictorio, podría llegar a acuerdos o mediaciones, en los que la condición de "contrarias" de las partes desaparezca.

Un caso particular se presenta con los **particulares damnificados** en los procesos penales. *¿Se consideran "partes" a estos fines*? Pareciese que sí al menos cuando se ha identificado una persona imputada contra la que se dirigen las peticiones, ya que el damnificado puede llegar a sostener las pretensiones fiscales.

Las características de los juicios

¿Qué significa la palabra "juicio"?

La expresión "juicio" tampoco encuentra una definición en el C.P. ni se establecen distingos entre el principal y sus incidencias.

El juicio alude a una controversia, litigio, pleito o causa que se ventila ante los tribunales judiciales del país de cualquier fuero, jurisdicción e instancia. Además puede ser en relación al mismo proceso o se siga en otro u otros expedientes o fueros, mientras estén en juego los mismos intereses.

Finalmente, se utiliza la palabra juicio como sinónimo de proceso, y no solamente como vulgarmente puede entenderse a la etapa del juicio (oral).[37]

---

[37] Esta es la pauta sostenida por el Tribunal de Casación Provincial en el Plenario sobre prescripción en Causa nº 9496 (del 18 de septiembre de 2003), en donde el Juez Eduardo Hortel dijo que "*el argumento que apela a desentrañar el significado de la expresión "juicio" por remisión a otras normas del Código Penal no tiene asidero pues en este cuerpo legal, claramente, la expresión no se utiliza con un sentido unívoco en todos los casos. Adviértase, por ejemplo, el contrasentido que significaría atribuir a la expresión "juicio" una acepción restringida en el art. 271 del Cód. Penal. ¿Podría sostenerse válidamente que el abogado o mandatario judicial que representa a partes contrarias durante la etapa de investigación penal preparatoria no comete el delito de prevaricato?*"; y "*Que la ley 24.316 haya modificado el*

¿Cuando se "representa" a una parte?

El abogado o mandatario debe "representar" a una parte, según el texto legal. *¿Plantea esta expresión alguna dificultad*?

Pareciese que sí, en ciertos supuestos.

Por ejemplo, *¿basta la mera presentación en el juicio como abogado o mandatario o es necesario algún ejercicio de esa representación*? *¿La mera aceptación del cargo o la mera presentación de un poder para actuar configuran ya el ejercicio de la representación*?

Pueden implicar (aunque no necesariamente) otros tipos de delitos, vinculados con la revelación de secretos confiados por una persona a un abogado que actúa en su nombre (*C.P., art. 156*) en virtud de esta actuación.

Algunas aclaraciones pueden ayudar a analizar mejor la cuestión. El ejercicio efectivo de la representación depende de la posibilidad o la necesidad de actuar. Puede ocurrir por acción o por omisión. Por ejemplo recepcionar una cédula de notificación implica ya la posibilidad de actuar o no actuar en el juicio. Estudiar el expediente, seguirlo, asistir a una audiencia, controlar una prueba, impugnar una decisión o conformarse con ella. Actividades todas relevantes. Ahora bien si no ha existido esa posibilidad de intervenir, *¿prevarica el abogado que sólo presenta un poder o acepta un cargo*? No es posible responder de modo genérico esta pregunta. El no hacer del abogado, cuando se le impone hacerlo, puede de por sí implicar un severo y desigual perjuicio para las partes representadas. Incluso por el manejo simultáneo de información relacionada con el juicio. La misma pregunta acaece con las actividades de defensa, por ejemplo, en un juicio penal.

Otro matiz problemático radica también en aquellos casos en los que el propio mandatario o abogado "se convierte" en parte contraria de su defendido. Una situación típica es la de los honorarios, que ha dado lugar a las apelaciones "por altos" y "por bajos".

Los perjuicios.

Código Penal refiriéndose con el término juicio sólo a la etapa contradictoria -art. 64- no obsta a lo expuesto puesto que otras normas del propio código emplean la voz en sentido amplio, como sucede en el art. 271 del C.P., que se refiere al prevaricato del abogado que, durante el juicio, representa a partes contrarias, comprendiendo, lógicamente, a la etapa instructoria (ver también arts. 30 inc. 2°, 72 inc. 2°, 112, 269 y 275 parr. seg.)." Asimismo, el mismo Magistrado en el plenario "González Muei" dijo que "*si se hubiese querido asignar una exclusiva acepción a la palabra juicio, de ello debería haberse dejado constancia en el art. 77 y no en el 64 del Cód. Penal.*"

¿Cómo se perjudica de cualquier otro modo, distinto, que los expresamente expuestos? ¿no resulta demasiado amplio y vago el texto legal?

La fórmula legal se estructura al modo de la fórmula de la estafa: con un núcleo de significación que luego se extiende, a cualquier otro tipo de acciones semejantes, lo que limita significativamente la posibilidad de una arbitrariedad en los procesos de interpretación legal.[38] En este sentido es claro que la representación simultánea o sucesiva de partes enfrentadas implica de por sí un perjuicio. Las relaciones profesionales implican información que se guarda bajo secreto y cuya difusión esta penalmente castigada. También, por lo mismo, existe el secreto profesional que permite ampararse en él para evitar brindarla. Y son estas informaciones las que implican un desmedro que vulnera la igualdad de las partes cuando una, a través de sus representaciones cuenta (o puede contar) con información de la restante.

Los perjuicios no tiene por qué ser necesariamente económicos, aunque puedan luego ser mensurados en dinero a través de acciones resarcitorias. Pueden configurar la pérdida de alguna posibilidad procesal, máxime en los procesos en los que rige la preclusión de los actos procesales. Aunque siempre deberá existir una relación causal directa entre el comportamiento (por acción o por omisión) del abogado o mandatario y el perjuicio.

El perjuicio es entonces un resultado que debe existir.

El dictamen.

¿Qué significa la palabra dictamen?

En cuanto a la equiparación del art. 272, tiene importancia la referencia al dictamen, para lo cual debe precisarse su alcance.

La Real Academia lo caracteriza [39] como: "*...Dictamen. (Del lat. dictāmen).* ***1.*** *m. Opinión y juicio que se forma o emite sobre algo*."

Creus indica que no comprende la opinión de los peritos, pero no existe razón de peso para excluir la información pericial, que se denominan precisamente "dictámenes".

El Tipo Subjetivo. Las Intenciones.

---
[38] Se suele caracterizar este tipo de analogía como analogía "legal".
[39] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dictamen

En cuanto a la culpabilidad, debe mediar dolo directo. El autor debe obrar con el conocimiento de la contradicción de intereses que representa y/o defiende. Por ello no admite culpa y el error vencible o invencible excluye la punibilidad.

La figura, al contener el adverbio "deliberadamente" expresa una volición específica calificativa del verbo "perjudicar", que no brinda más utilidad que la de confirmar el carácter doloso de este grupo de figuras, pues remarca la necesidad de una actuación (acción u omisión) preordenada que requiere el conocimiento de la posibilidad de causarlo y direccionar la conducta para lograr esa finalidad.

Consumación y Tentativa.

Si atendemos a la producción de los perjuicios, la consumación pareciese que se produce cuando tiene lugar el perjuicio (a raíz de ese actuar u omitir) del profesional, por lo que estaríamos en presencia de un delito de resultado, y admitiríamos la tentativa. Para Núñez el delito admite tentativa, porque el autor puede realizar actos ejecutivos de su propósito de perjudicar la causa confiada, sin lograr esa finalidad por causas ajenas a su voluntad (NÚÑEZ:154).

En la opinión contraria, la consumación se daría cuando se asume la defensa o representación de la otra parte. Tal vez, en estos casos podría igualmente admitirse la tentativa, dependiendo de los actos previos que se realicen con clara intención de asumir dicha defensa o representación.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel. *Virtudes Judiciales*. En Claves de Razón Práctica. Nro. 86.

BARCIA, D. Roque. *Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española.* Tomo Cuarto (P – SZOP). F. Seix Editor. Pág. 399.

BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III. Edit. EDIAR. Buenos Aires. 1999.

CREUS, Carlos; y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo 2. 7º Edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2007.

CURUCHAGA, Melchor R. *Responsabilidad Constitucional de los magistrados inferiores de la Nación*, Cap. IV del libro "Responsabilidad de los funcionarios públicos", dirigido por Carlos Echevesti. Edit. Hammurabi, José Luis Dipalma Editor. Buenos Aires. 2003.

DE LA RUA, Jorge. *Código Penal Argentino. Parte General*. 2da edición. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1997.

DOMENECH, Ernesto Eduardo. *Responsabilidad penal y funcionarios públicos.* Capítulo II del Libro "Responsabilidad de los funcionarios públicos", dirigido por Carlos A. Echevesti. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 2003.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Ed. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. Págs. 413 y ss.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. Parte Especial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1975. Págs. 327 y ss.

MORENO, Rodolfo (Hijo). *El Código Penal y sus Antecedentes*. Tomo IV. H.A. Tommasi, Editor. Buenos Aires. 1923.

NÚÑEZ, Ricardo. C. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la administración pública. Delitos contra la fe pública. Tomo Quinto, Volumen II.* Editorial Marcos Lerner. Editora Córdoba. 1992.

NINO, Carlos Santiago. *Argentina. Un país al margen de la ley.* Ed. Emecé. Buenos Aires. 1992.

PAOLINI, Jorge Omar. *El Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios*. Editorial La Ley. 1992.

SALAZAR, Alonso. *El delito de prevaricato en el derecho penal costarricense*. En: Revista de Ciencias Jurídicas Nº 117 (119-146) septiembre-diciembre 2008.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo V. Ed. Tipográfica Argentina. Décima Reimpresión Total. Buenos Aires. 1988

ZAFFARONI, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Edit. Ediar. Buenos Aires. 1981.

Denegación y Retardo de Justicia

Por **Ernesto Eduardo Domenech**

Con la colaboración de Verónica Bilczyk y Ariel Simone.

Art. 273: ***"Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno (1) a cuatro (4) años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.***

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales".

Art. 274: "El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis (6) meses a dos (2) años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable".

Bien Jurídico Tutelado en el Capítulo XI:

En los delitos que analizaremos a continuación, se sancionan conductas (dolosas) en las que determinados funcionarios (que, de acuerdo al rol que ocupan, revisten calidades especiales), mediando el conocimiento de la ley, incumplen con los deberes propios de y a sus cargos de una manera especial, ya sea mediante el retardo como a través de la paralización de la actividad que les compete (sea que se nieguen a juzgar, o a perseguir a personas punibles, y/o retarden dichas acciones).

En estos figuras se sanciona particularmente a quienes con su actuar (u omisión) ponen en riesgo los derechos de los individuos y de la sociedad que en forma directa o indirecta acuden a la judicatura en busca de la resolución de sus conflictos.

Donna, citando a Núñez, sostiene que se estas figuras buscan proteger la recta administración de justicia frente a la conducta de funcionarios públicos y jueces que tienden a paralizar o enervar la

acción protectora del Poder Judicial, y de los derechos individuales y colectivos. En similar sentido, el mismo autor cita el concepto de bien jurídico tutelado dado por Creus y Laje Anaya en sus respectivas obras (DONNA: 434).

Marco Antonio Terragni sostiene que la ley intenta asegurar que el juez cumpla con el deber que la sociedad le ha impuesto y además, que lo haga en el plazo asignado para ello por la legislación (TERRAGNI: 362). En refuerzo, cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Nación en el cual se expusieron las jerarquías de los bienes en juego: "…*Se ha señalado que la dilación injustificada de la dilucidación de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e injustificado perjuicio a quienes los invocan. La garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión…*"[1]. En similar sentido, Guillermo Navarro afirma que lo que en ambas hipótesis se castiga es que el juez no resuelva cuando es su deber hacerlo (NAVARRO: 88).

Matzkin señala en forma detallada que hay cuatro niveles de derechos protegidos, vinculados con estas garantías y, sin perjuicio de que como veremos no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico la forma culposa, considera que estos delitos se relacionan con las causas que coadyuvan a la situación de crisis que implican un retardo de justicia y afectan la administración, provocando en los hechos un retardo de justicia al que califica como "*una demora que incide negativamente en la satisfacción de la garantía del individuo a la Jurisdicción, lo que supone el cumplimiento deficiente por parte del Estado de una de sus funciones esenciales*" (RUSCONI: 73).

La **tutela judicial continua y efectiva** se encuentra consagrada en el art. 15 de la Constitución de la Prov. de Buenos Aires, que en su art. 168 establece que: "*Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. Los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas*".

Por su parte, el art. 8 inc. 1º de la Convención América de Derechos Humanos garantiza que: "*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la*

[1] CS, fallo del 11 de abril de 2000, Sosa Eduardo. LL, 2000 E-186.

determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Se debe tener especialmente en cuenta la injusticia que provoca el excesivo e injustificado paso del tiempo. El C.P.P., reiterando la garantía del segundo párrafo del art. 15 de la Constitución Provincial, establece en el art. 2 que "*toda persona sometida a proceso tiene derecho a ser juzgada en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas*. *El retardo en dictar sentencia o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave*.". También merece una consideración especial el problema de la duración de las medidas cautelares[2]; que se agrava cuando se trata de medidas de carácter personal en los procesos penales: la prisión preventiva[3]. En este último supuesto podrá existir algún concurso ideal con las figuras del prevaricato del art. 270.

Será entonces la protección de una administración de justicia ágil y atenta a las peticiones de las partes, la que justifique que estas conductas sean reprochables con penas.

Figuras Delictivas del Artículo 273 del C.P.:

Art. 273.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

Conductas delictivas:

1) El juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad de la ley.
2) El juez que se negare a juzgar so pretexto de insuficiencia de la ley.
3) El juez que se negare a juzgar so pretexto de silencio de la ley.

[2] Un ejemplo reciente de ello es el fallo de la Corte Suprema que fijó un límite temporal "razonable" para la medida cautelar de no innovar otorgada a favor del grupo Clarín por la cual se suspendía la aplicación de la nueva ley de medios (Nº 26.522) en su perjuicio; a los fines de armonizar el interés general en la aplicación de la ley frente a la defensa del derecho individual de propiedad afectado (*Fallo Expte. G. 589. XLVII, del 22 de mayo de 2012, Grupo Clarín S.A. y otros s/ Medidas Cautelares*).

[3] Las leyes procesales penales contienen disposiciones relativas a la razonabilidad del encarcelamiento preventivo: el art. 2 ya aludido, y específicamente el art. 141 (texto según ley 13.943) reglamentan en el fuero penal la garantía del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y la del inciso 3 del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires dictó un fallo plenario en la que se planteó la cuestión de si es posible fijar temporalmente el plazo máximo razonable de duración del encarcelamiento preventivo (Causa 5627, del 30 de noviembre de 2006, en: www.scba.gov.ar).

4) El juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

En el art. 273 del C.P. existen entonces 4 figuras delictivas distintas, a las que pueden añadirse las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

El Tipo Objetivo:

Los sujetos punibles y consecuencias.

El artículo sanciona sólo a los jueces. No menciona, a diferencia de lo que ocurre en el art. 269, ni a los árbitros ni a los amigables componedores. Para especificar el significado de la expresión "juez" nos remitimos a los análisis realizados en el comentario al art. 269.

Esta expresión no involucra a otros funcionarios públicos. Éstos, en el caso de negarse a decidir por los mismos pretextos que los jueces, podrían cometer los delitos previstos en los artículos 248 y 249 del C.P.. Ahora bien, ante este supuesto podrían ser reprochados penalmente en calidad de cómplices, pero nunca de autores.

Autores como Buompadre sostienen que el artículo 273 del C.P. sí abarca a los árbitros, debido a que al ser designados por las partes (convencionalmente), pasan a integrar el Poder Judicial como miembros de la judicatura, ya que tienen que ejercer la jurisdicción y administrar justicia. Sin embargo este razonamiento es analógico, y está vedado en la interpretación de las descripciones de conductas punibles, por transgredir el denominado principio de legalidad, que se tornaría insignificante si se pudiese razonar por analogía. Por otra parte el propio texto del Código Penal ha previsto los supuestos en los que es posible equiparar a los jueces con los árbitros o amigables componedores. Además no es lo mismo el proceso de designación de los jueces (cuyas condiciones de idoneidad son controlables por una serie de requerimientos previos a través de los Consejos de la Magistratura y que implican a dos poderes del estado, el poder ejecutivo que propone y el senado que debe prestar su acuerdo) que la de los árbitros o amigables componedores que dependen del acuerdo de las partes.

Las acciones punibles:

Las acciones punibles son dos:

- Negarse a juzgar pretextando obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.
- Retardar maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

La primera de las acciones punibles implica un decisión de no juzgar, la segunda configura una omisión (retardar maliciosamente) tras haber sido intimado el juez y haberse vencido los términos legales.

Veamos cada una.

Negarse a juzgar pretextando obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

La decisión de no juzgar debe ser pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. En este sentido el Código Penal reitera la formulación contenida en el art. 15 del Código Civil.

Las leyes están escritas en lenguajes naturales alguna de cuyas características son la vaguedad o la vaguedad potencial, es decir la existencia, cierta o probable de casos que forman parte de una zona gris de significación, que implican, de alguna manera una suerte de "oscuridad" o "insuficiencia de la ley".

En algún supuesto la excesiva laxitud de un texto legal, es decir su vaguedad extrema, puede llegar a ser considerado lesivo de garantías constitucionales como la prevista en el art. 18 de la C.N..

El Código Civil contiene reglas expresas para la resolución de estos casos en el art. 16 que remite a principios de leyes análogas o principios generales del derecho. Pero en la resolución de casos penales, el razonamiento analógico está considerado prohibido en la medida en que pueda vulnerar el art. 18 del C.N., el llamado "***nullum crimen, nulla poena sine lege***".

Sin embargo la cuestión es mucho más compleja porque el razonamiento analógico (desde el punto de vista lógico) puede encontrarse legalmente establecido (como ocurre en ciertas fórmulas legales, como la del art. 172 del C.P.) y puede no ser empleado para "condenar" al imputado, sino para o bien no proseguir el juicio o absolverlo.

En ciertos casos, determinados silencios de la ley (como por ej. la prescripción de la pena de inhabilitación en el art. 65 del C.P.) pueden implicar agravios contra garantías constitucionales (la igualdad ante la ley, o la razonabilidad de una ley) que justifiquen algún tipo de razonamiento

analógico.

Las reglas del Código Civil valoradas también son útiles para la resolución de los casos de silencios de la ley denominados "lagunas" del derecho, en tanto se trate de cuestiones civiles. No de cuestiones penales.

Ahora bien ***¿Qué ocurre si un juez se niega a decidir por otros pretextos?***

En estos casos existen otras previsiones aplicables del Código Penal. Tal el caso del art. 248. Lo curioso es que la pena prevista en este caso es mayor que la prevista en el art. 273 porque impone dos penas conjuntas, una privativa de libertad (prisión de un mes a dos años) y otra inhabilitación especial (de dos meses a cuatro años)

¿Qué significa el negarse a juzgar? ¿Qué decisiones involucra?

En realidad se trata de una decisión (un hacer) que implica un no hacer (no juzgar). Se trata de un requisito legal que ha hecho decir a los autores como Soler o Molinario, que es hipotético y en la práctica "inaplicable" (FONTAN BALESTRA: 343).

No existe un catálogo de acciones del tipo de decisiones que el juez decida no llevar adelante. De modo que podrían variadas, desde sentencias hasta resoluciones y otro tipo de providencias, sea en el principal o en las diversas incidencias. Lo decisivo es que el Juez deba, en un momento determinado juzgar, es decir, decidir sea de oficio (por una manda legal) o a petición de una parte que merezca respuesta en forma oportuna.

Ahora bien ***¿Se niega a juzgar quien no resuelve un planteamiento de competencia, o de recusación?*** Son estos actos de verdadera decisión que condicionan la estructura de los procesos, y no sería razonable excluirlos, sobre todo en aquellos casos en los que responden a peticiones expresas de partes o magistrados.

El retardo malicioso de la administración de justicia

Esta acción (el retardo malicioso) exige una conjunción de condiciones:

. El vencimiento de los términos legales.

. El requerimiento de las partes.

En el texto legal se exige la conjunción de ambas circunstancias, pero no se establece un orden temporal para esa conjunción. No se exige que primero se hayan vencido los plazos y luego

deba existir el requerimiento de las partes. De este modo ni el sólo vencimiento de los plazos, ni el sólo requerimiento de las partes, permitiría ser calificado en los términos del art. 273 del C.P., lo cual no implica que el vencimiento de los plazos pueda dar lugar a otro tipo de responsabilidades para el juez.

En este sentido es claro el rol protagónico de las partes pues sin su requerimiento no es posible que el retardo malicioso se configure. Se trata entonces de una condición de punibilidad que no depende del sujeto punible, y que se ha llamado, curiosamente, condición "objetiva" de punibilidad. Sin este requerimiento no es posible llegar a la punibilidad de los retardos que, eventualmente, pueden provocar otros tipos de sanciones.

El vencimiento de los plazos legales sí es, en cambio, otra condición de punibilidad que opera con el transcurso del tiempo.

El texto del Código Penal alude a los plazos legales, es decir los que se establezcan por medio de leyes. ¿Involucra plazos determinados de otro modo?

Núñez entiende que involucra los plazos para decidir que fijen los tribunales superiores (NUÑEZ: 158), pero no pareciese que los plazos fijados por estos tribunales sean plazos "legales" porque a los Tribunales no les es dado dictar leyes. No obstante puede ocurrir que ciertos Tribunales Superiores posean facultades reglamentarias determinadas por las leyes de procedimiento, en cuya virtud fijen ciertos plazos.

¿Dónde se regulan los plazos y cómo se computan?

Los plazos de los actos procesales están fijados por las leyes de procedimiento que, por lo general, poseen regulaciones generales y otras vinculadas a determinados actos en especial, como indagar o dictar una prisión preventiva. La forma de computar los plazos está regulada por el Código Civil en los artículos 23 a 29. No obstante ciertos plazos se cuentan con fracciones de días o en horas y están regulados en otros cuerpos legales. En el cómputo de los plazos deben tenerse en cuenta también las decisiones de los tribunales superiores vinculadas a las ferias judiciales, u otras cuestiones que afecten la forma de computarlos.

¿Qué significa el retardo de la "administración de justicia"?

La expresión no es la misma que la del primer párrafo que dice "*negarse a juzgar*", aunque de todos modos no puede ser interpretada al margen del texto en el que se ha redactado. En este

sentido tiene que ser una actividad reglada, con términos, y en el que participen partes que insten el cumplimiento de ciertos actos a los que tiene derecho. Puede incluir por ejemplo, peticiones de audiencia, proveídos de prueba, llamamientos de autos. No son por cierto actos sin importancia. Son actos de gestión que pueden implicar severas consecuencias como la pérdida de pruebas, o la prescripción de las acciones. La valoración de la entidad de estas consecuencias es posible hacerla al ponderar los motivos de atenuación o agravación regulados en los arts. 40 y 41 del C.P..

¿Qué implica un retardo "malicioso"?

La malicia en el retardo de la administración de justicia comprende situaciones de hecho e intenciones. De este modo la existencia "objetiva" de causas justificadas de retardo (ejemplos de ello son los casos donde al Juez se le otorga licencia o los supuestos donde la demora se debe a sobrecarga de trabajo), impide que ese retardo sea "malicioso".

La ausencia de maliciosidad no implica que el Juez no pueda enfrentar sanciones no penales, disciplinarias o políticas. En relación a las intenciones y la malicia nos referiremos al tratar "las intenciones".

El tipo subjetivo: Las intenciones.

¿Cuáles deben ser las intenciones del juez que se niega a juzgar, o del que retarda maliciosamente la administración de justicia?

El supuesto contemplado en el primer párrafo es un delito **doloso.** En el juez debe mediar el **conocimiento** del deber que tiene de juzgar y la **voluntad** de negarse a hacerlo por las razones enumeradas en la ley.

El texto legal no exige "malicia" en esta figura delictiva. Sí, en cambio, en el retardo del segundo párrafo una vez que se han vencido los plazos y se ha intimado al juez.

También este último debe ser intencional, pues se exige que sea **malicioso**.

Pero ***¿Qué significa esta expresión?***

El Código Penal no posee una definición del término "malicioso". Si la tiene el Diccionario de la Real Academia Española, que caracteriza lo malicioso, como aquello que contiene malicia, que a su turno caracteriza en la acepción 4ta. acepción como "*cierta solapa o bellaquería con que se*

hace o dice una cosa, ocultando la intención con que se procede".

Donna sostiene que la **malicia** es la "*intención encubierta con la que se dice o hace algo, para obtener un resultado que daña a otro"* (DONNA:440).

Esta caracterización, sin embargo, pareciese requerir que el retardo provoque un resultado, un daño, que no es una exigencia legalmente establecida. No obstante es posible pensar que lo malicioso radica en una intención de retardar, a pesar de las intimaciones recibidas y el vencimiento de los plazos operados. Claro que esta forma de interpretar la malicia lleva a pensar que la intención de retardar es inequívoca cuando después del vencimiento de los plazos ha existido una intimación.

Para una interpretación de este tipo no sería indiferente el orden en que deben darse las condiciones legalmente exigidas para la configuración de un retardo, pues una intimación aun no vencidos los plazos, sería poca significativa como indicador de un obrar "malicioso", que, en cambio, sería más probable si el juez ha sido intimado previamente por la parte.

Claro que si la malicia indica de alguna manera el obrar con maldad, con la intención de provocar a otro un perjuicio, en esos casos podría pensarse que el perjuicio consiste en la demora misma que provoca deliberadamente el juez.

¿Qué ocurre si el juez ha obrado con otras intenciones o motivos como el "ánimo de lucro"?

En estos casos es posible que se puedan aplicar otras agravantes genéricas como la prevista en el art. 22 bis del C.P..

La Tentativa y la Consumación.

El delito previsto en el primer párrafo del art. 273 del C.P. se consuma con la negativa (negativa explícita o implícita en una providencia).

Núñez expresa que es necesario que ante el pedido de parte o de oficio, explícita o implícitamente el juez se niegue a resolver una cuestión legalmente planteada, por lo que admite la negativa tácita (NUÑEZ:156).

Pero la negativa informal no basta. Ahora bien ésta podría hacer incurrir al juez en el delito de omisión de los deberes del funcionario público.

Tal como lo destacamos anteriormente, no requiere consecuencia adicional alguna. Basta el perjuicio mismo y directo de la propia negativa (independientemente de que pueda existir un perjuicio, el cual puede tener incidencia en la individualización de la pena, conforme pautas de los

arts. 40 y 41 del C.P., la existencia o no de un daño, resulta indistinta para su configuración).

Es un delito de "mera actividad". Es por ello que no admite tentativa (la doctrina es conteste en el sentido expuesto, de que el delito en cualquiera de sus formas comisivas no admite tentativa). Lo mismo con el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo en cuestión, que tampoco admitiría tentativa y se consumaría con el mero retardo.

Ahora bien, esta afirmación podría encontrar reparos, según cuál fuera la interpretación que se le asignara a la fórmula de la tentativa.

En efecto, hay quienes llegarían a la misma conclusión que hemos expuesto. Éstos serían quienes sostienen la postura que considera al acto ejecutivo como un acto propio del comienzo de realización de la acción expresada en el verbo principal del "tipo".

En consecuencia, serían quienes opinan justamente lo contrario, los que admitirían la tentativa en los delitos que como éste - *de "mera actividad"* - extienden la posibilidad de que se admita el reproche por la tentativa ante la comisión de actos que sin penetrar en "tipo" son realizados con la finalidad de cometerlo. Es decir, a lo que darían relevancia es a la finalidad del autor, de modo tal que con la sólo realización de esos actos (que exhibieran el claro designio de cometer el delito) bastaría para admitir la posibilidad de tentativa.

Ahora bien, Qué ocurre si un juez repone una sentencia dictada y no notificada a las partes (conf. art. 109 del C.P.P.B.A.)? ¿El delito habría quedado en grado de tentativa? O, ¿estaríamos en presencia de un desistimiento voluntario? Entendemos que esta última sería la aplicable al presente caso.

Escalas Penales.

El Código Penal, tanto en los supuestos previstos en el primero como en el segundo párrafo del artículo 273, reprime al juez que incurra en dichas conductas con **inhabilitación absoluta de uno a cuatro años**.

Es decir, la especie de pena (art. 5° del C.P.) es la de inhabilitación absoluta temporal, de modo tal que la prescripción de la acción penal prevista para este delito es sólo de un año (art. 62 inc. 4° del C.P.).

Por otro lado, independientemente de los reparos que la omisión legislativa presenta en el art. 65, y que por razones de brevedad me abstendré de desarrollar en esta instancia, es dable mencionar

que el C.P. no regula la prescripción de la pena inhabilitación, a la que ya nos hemos referido al analizar el prevaricato. Finalmente, en relación a la especie de pena, debe señalarse que como consecuencia directa de ésta (la pena de inhabilitación) no resultaría viable beneficiar al imputado de este delito con el instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba[4]. En este sentido corresponde señalar que existe actualmente una tendencia jurisprudencial contraria a este tipo de interpretaciones restrictivas[5].

De todos modos la suspensión del juicio a prueba no puede concederse cuando participan funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

La calidad de funcionarios públicos de los jueces hace además que se suspenda el curso de la prescripción, mientras persistan en las funciones propias de esos cargos.

La Participación.

Quienes no revistan la calidad específica detallada al analizar los sujetos punibles, sólo podrían ser perseguidos penalmente y eventualmente condenados en calidad de instigadores o partícipes (en cualquier grado, a excepción de las figuras de encubrimiento, que son sancionadas de modo autónomo), del delito que aquéllos cometieran en connivencia con éstos[6].

---

[4] *"…Si nuestro código penal no acepta la suspensión de la pena de inhabilitación, no advierto de qué modo podría interpretarse, sin basamento expreso en el texto de la ley y en función de una lectura parcializada de los antecedentes parlamentarios que el artículo 76 bis. permita en esos casos suspender el juicio, siendo que éste es el presupuesto necesario para la efectiva imposición de dicha pena…"*. (Sala II, sentencia del 20 de diciembre de 2001, en causa n° 6287: Lourteau,Carlos Ariel s/Recurso de Casación, Registro 1016/2001).

[5] *"Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 – causa N° 28/05" S.C.A. 2186, L.XL"* y "*sentencia N. 326. XLI de Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Abril de 2008,* Actor: Norverto Jorge Braulio *s/ infracción artículo 302 del C.P."*. En aplicación de estos criterios: "…se ha entendido que la interpretación que se impone es aquella que no contempla como obstáculo a la procedencia de la suspensión del proceso a prueba que el delito de que se trate tenga prevista pena de inhabilitación, a menos que lo sea en la modalidad absoluta (CNCPN: Sala IV en causas n° 10.690 "Gallardo", rta. El 12/06/09, y n° 5365, "Norverto" rta. el 30/06/09; Sala I, en causa n° 10.672 "Reynoso", rta. el 27/03/09; CCC: Sala VII, en causa n° 37.656 "Pérez Fernández", rta. 10/11/09 –voto de la mayoría-; Sala V en causa n° 37.881 "Barrera", rta. el 21/10/09; y Sala VI en causa n° 38.021 "Constantino", rta. El 28/09/09). Ergo, la pena de inhabilitación prevista en el artículo 20 bis del Código Penal no incide en la solución del caso…" (Causa N° 776/10 - "B., C. L. s/ suspensión de juicio a prueba" – CNCRIM Y CORREC - SALA IV - 18/06/2010. Fdo.: Alberto Seijas - Carlos Alberto González - Julio Marcelo Lucini.- Ante: Hugo S. Barros – Secretario.).

[6] *"…La participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible. Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario público, al partícipe le será aplicada la pena del intraneus, aunque debería ser atenuada…"*. Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal. Segunda edición ampliada y profundizada.* Editorial Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002. Página 104.

Figuras delictivas del artículo 274 del C.P..

Art. 274.- El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Conductas delictivas.

1) El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

El artículo 274 del C.P.P. prevé **una** posibilidad, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

El Tipo Objetivo.

Los sujetos punibles y consecuencias.

La figura sanciona al funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo esté obligado a promover la persecución y represión de los delincuentes.

La expresión funcionario público está caracterizada en el art. 77 del Código Penal. Involucra a quienes participen accidentalmente o en forma permanente en la función pública.

La determinación de la obligación de promover la persecución y represión de "delincuentes", requiere un examen cuidadoso de la legislación procesal de cada jurisdicción. En la Provincia de Buenos Aires estas obligaciones recaen sobre el Ministerio Público Fiscal (regulado por la ley 12.061 en la Provincia de Buenos Aires y por el art. 56 del C.P.P.B.A.) y sobre la Policía de la Provincia de Buenos Aires. (Reglamentada por el C.P.P.B.A, art. 293 y la ley 12.155). Los funcionarios públicos no encargados de la persecución y represión de delincuentes tienen, sin embargo la obligación de denuncia prevista en el art. 277 inc. d) del C.P.

Estas peculiares condiciones que deben reunir los sujetos punibles hace que autores como Donna los denomine delitos especiales, ya que el obligado solamente puede ser un funcionario

público competente para la persecución y represión de los delitos (DONNA:443). En idéntico sentido se expresa Mariano Matzkin (RUSCONI:73).

¿Qué ocurre con los funcionarios que deben perseguir a los contraventores?

Para Núñez, en razón de la expresión "delincuentes" no podrá serle reprochada la conducta aquí prescripta a quienes en razón de su cargo tuvieren como obligación la persecución y represión de los contraventores (NÚÑEZ:159).

Ante estos casos correspondería procesar (y eventualmente, juzgar y condenar), a los funcionarios que tienen como obligación la de perseguir a los contraventores, pero en función del delito de omisión de los deberes del funcionario público, ya mencionado a lo largo del presente en reiteradas ocasiones (arts. 248 y ss. del C.P.). A nuestro entender, ésa sería la figura penal aplicable.

¿Qué ocurre cuando el fiscal en la legislación local "dispone" de la acción?

La disposición de la acción penal es una cuestión que ha suscitado controversias en relación a su regulación vinculadas a la jurisdicción que pueda reglamentarlas. Tradicionalmente las acciones han sido materia de regulación por los Códigos Nacionales (Civil, comercial, penal), pero se afirma que, al ser materia procesal, corresponde a las Provincias esa facultad. En la Provincia de Buenos Aires se han reglamentado algunas formas de disposición de la acción por parte del Fiscal, que pueden generar dificultades en relación a este tipo de delito.

Otro problema radica en la forma como se estructura el Ministerio Público cuando posee una organización jerárquica en virtud de la cual el Procurador, por ejemplo, puede dar indicaciones o directivas a los integrantes del Ministerio Público encargados de la promoción de la acción penal. En estos casos se impone el análisis de la medida en la cual los integrantes del Ministerio Público, puedan, o no, ampararse en la obediencia debida como una circunstancia capaz de eximir de pena. No es posible dar respuestas genéricas a este tipo de dificultades. En primer lugar porque no existe una interpretación uniforme sobre la caracterización de la obediencia debida cuando una orden no es legal. Y en segundo lugar porque debe tenerse en cuenta la singularidad del crimen que se deja de perseguir. Los crímenes aberrantes, han sido excluidos de esta eximente. No se trata por otra parte de personas u órdenes jerárquicos que puedan invocar sin mayores precisiones errores de derecho, o la imposibilidad de revisar la legalidad de una persona. De todos modos la cuestión, eventualmente, podría llegar a involucrar a quien ha dado la orden.

Ahora bien, la posibilidad de que los Jueces sean sujetos activos de esta clase de delito, depende del sistema procesal que habilite o no al ejercicio de la acción penal en todos los casos (sistemas inquisitivos) o que sólo, como excepción le permitan proceder de oficio a la instrucción de causas.

Creus agrega, "…*si la noción de promoción no se limita al significado de iniciar, sino que comprende también el de continuar lo ya iniciado, no se advierte por qué los jueces tienen que quedar excluidos como agentes del delito…*" (CREUS:363).

Es esta opinión la que compartimos, ya que en ese aspecto no habría razón para limitar su responsabilidad, sea cual fuere el sistema vigente, inquisitivo, acusatorio o cualquiera de ellos en su forma atemperada.

Las acciones punibles.

La acción reprimida es una **omisión**. Concretamente la de dejar de promover la persecución y represión de delincuentes.

En primer término vale destacar que la figura utiliza la conjuntiva "y" entre las acciones de perseguir y reprimir, de modo tal que si no se omiten ambas acciones el delito no se configuraría.

¿Qué significa la expresión promover la persecución?

No son estas expresiones definidas en el propio C.P. El verbo *promover* implica tanto iniciar como adelantar un cosa procurando su logro, según la acepción aplicable del Diccionario de la Real Academia Española. De modo entonces que denotaría las acciones destinadas a iniciar la persecución y represión de una persona como las destinadas a llevar adelante estos procesos, al individualizar un autor y colectar modos de acreditar su participación y su responsabilidad penal.

El Código Penal emplea la expresión "delincuente", una palabra usual al momento de sancionarse el C.P. en contextos de ideas inspiradas en el positivismo criminológico; pero que hoy puede poseer una connotación peyorativa o descalificadora.

¿Involucra a un conjunto de personas "los delincuentes" o basta que se deje de perseguir a un delincuente? ¿Qué es lo que significa esta palabra? ¿Involucra a las personas que han sido condenadas por un delito, o simplemente a aquellas a las que se atribuye un delito?

El uso en plural de la palabra delincuentes no implica que sólo deban dejar de perseguirse a

conjuntos de delincuentes, a asociaciones ilícitas, o bandas, o hechos con pluralidad de imputados. Frecuentemente en el texto del C.P. existen alusiones a "*los que*", como sinónimos de "*el que*". Se trata de caracterizaciones que "distribuyen" una propiedad en un conjunto. Porque los delincuentes no son ni más ni menos que delincuentes cado uno de los sujetos involucrados.

Pareciese que una interpretación demasiada estricta que entendiese que delincuente es sólo aquella persona condenada por la justicia no guardaría armonía con el resto del texto en el que se inserta, ni sería demasiado razonable. ¿Qué funcionario podría conocer cuáles son las personas condenadas para saber si debe o no perseguirlas?

Sobre todo cuando los funcionarios públicos frecuentemente enfrentan hechos cuyos autores desconocen, pero a los que deben localizar al cabo de sus acciones e investigaciones.

De modo entonces que existen buenas razones para interpretar que la expresión "delincuentes" alude a las personas imputadas y/o condenadas por la comisión de delitos.

Con esta caracterización de la palabra "delincuentes" quedarían excluidas la persecución y represión de contraventores. No se emplea esta palabra para designar a quienes han cometido delitos, y no es relevante que muchas acciones que fueron contravenciones sean luego delitos, o que al juzgamiento de las contravenciones se les aplique, supletoriamente, el C.P. o el C.P.P..

¿Deben ser excluidas también aquellas personas que puedan ampararse en circunstancias eximentes de pena, como los inimputables, los que hubieran obrado justificadamente o sin intenciones? ¿Podrían se excluidas estas personas o lo relevante es la mera imputación? La punibilidad depende de muchos factores que son objeto de investigación, prueba y sentencia en los procesos penales, pero que se dilucida una vez localizada la persona a quien se imputa un hecho punible. Son por lo demás valoraciones que no compete realizar a buena parte de los funcionarios públicos que deben promover la persecución y represión de delitos.

Una pregunta interesante es ¿***Se debe promover la persecución y represión de delincuentes condenados***? Pareciese claramente que sí cuando no se ha presentado para el cumplimiento de la pena o cuando la ha incumplido si ese incumplimiento implica la necesidad de perseguirlo para que complete el cumplimiento de alguna manera, cuando la pena se quebranta, o cuando ha cometido un nuevo delito.

Una dificultad añadida consiste en determinar la obligación del funcionario de perseguir y reprimir la comisión de un delito.

Esta obligación no se encuentra determinada en el C.P., y es necesario recurrir a la legislación de otras jurisdicciones para hacerlo. Eventualmente, también a los acuerdos interjurisdiccionales destinados a la persecución y represión de delitos. No obstante el modo como el C.P. regula el ejercicio de las acciones penales también es necesario para determinar la obligación de persecución. De este modo el ejercicio de las acciones penales públicas es oficioso, pero no sucede lo mismo cuando se trata de acciones privadas, o de aquellas que dependen de la instancia privada cuando los damnificados o agraviados no las han instado.

En este sentido es importante determinar la competencia para promover la persecución y represión de delitos y los límites de esa competencia, que es la que enmarca la obligación de persecución y represión, una faena que exige un repaso cuidadoso de las características del caso y de las leyes nacionales y provinciales aplicables para examinar el deber de perseguir.

Ahora bien, más allá de la obligación de persecución y represión de delincuentes, ***¿qué significa la expresión persecución y represión de delincuentes?***

Cuando en el texto legal se hace referencia a la expresión **persecución**, se la vincula con toda aquella actividad de individualización, aprehensión y localización de los "delincuentes" entre otras tantas que puedan ser útiles a tales fines.

El término **represión**, hace mención a toda la labor que pueda desplegarse una vez que la persecución de los "delincuentes" da sus resultados (favorables) y una vez que éstos son habidos e individualizados. Es decir cuando se procede a la investigación, enjuiciamiento y aplicación de sanciones sobre ellos, entre las principales operaciones que puedan ser abarcadas por el concepto de represión.

En definitiva, la **persecución y represión** hace referencia al deber judicial (o no) de practicar todas las diligencias necesarias como así también la instrucción de sumarios o investigaciones preparatorias para comprobar la existencia de un delito (*la ley se refiere expresamente a delincuentes y no a delitos, aunque todos los autores no reparen en ello*), descubrir y aprehender a sus autores o cómplices.

Ahora bien, tal como fuera destacado al inicio de este punto, lo que se castiga es una omisión. Pero, ¿a qué tipos de omisiones alude la expresión legal? ¿Cualquier omisión es relevante? Pareciese que lo decisivo es que se trate de omisiones fundamentales en la actividad de persecución y represión de delincuentes.

Ejemplos de omisiones serían el no adelantar una investigación ya iniciada, no dar inicio a una investigación que aún no ha tenido lugar, entre otras que podrían mencionarse[7].

El tipo subjetivo: intenciones y malicias.

¿Cuáles deben ser Los conocimientos y las actitudes de quien ha dejado de promover la persecución y represión de delincuentes?

La doctrina responde a esta pregunta afirmando que es un delito **doloso**.

Pero no existe un acuerdo claro sobre como se debe concebir al "dolo", ni se analizan, con detalle, las formas con que suele subdividirse al dolo (directo, eventual, necesario) en relación a las figuras delictivas que se analizan.

La eximente prevista que permite eludir la punibilidad cuando se acredite que *su omisión provino de un inconveniente insuperable* permite inferir que, al menos, es indispensable que el funcionario público conozca su deber y que conozca la omisión en el cumplimiento.

En el texto del C.P. no se menciona, en cambio, la malicia como ocurre en otras disposiciones.

El conocimiento de esta omisión es un indicador de su tolerancia a menos que existan circunstancias que las desvirtúen.

Ciertamente la fórmula puede merecer reparos para quienes entiendan que es necesario que el funcionario conozca la omisión de su deber, porque implicaría, de alguna manera, una inversión a la carga de la prueba que no le corresponde, precisamente, al imputado en un proceso. Y, en estos casos, podrían repetirse polémicas y argumentaciones como las que se han esgrimido en el enriquecimiento ilícito.

¿Qué ocurre si el funcionario omitiera el cumplimiento de su deber por ánimo de lucro?

[7] Una omisión típica sería aquélla que ocurriera cuando hubieran transcurrido los plazos determinados (ya sea mediante ley o reglamento) o el tiempo durante el cual la intervención funcional sería oportunamente eficaz.

No es posible dar una respuesta única y acabada, porque si ese ánimo estuviese relacionado con la recepción de una dádiva entonces serían aplicables las disposiciones del cohecho.

Y si no lo fueran deberían ser aplicadas las reglas del art. 22 bis del C.P..

Si la omisión del funcionario público fuese en cumplimiento de una promesa anterior al delito que ha omitido reprimir, entonces otra sería la calificación legal de su conducta, que, en ese caso debería ser considerada como una forma de participación secundaria en el delito que no ha perseguido (*C.P., art. 46*).

Claro que si esa omisión fuese una condición necesaria del delito que se omite reprimir esa participación sería primaria (*C.P., art. 45*).

Todas las variaciones de las actitudes del sujeto punible no sólo condicionarán la calificación legal de actuación, sino que podrán ser merituadas como circunstancias de agravación o atenuación de la pena aplicable (*C.P., arts. 40 y 41*).

Una actuación negligente en el conocimiento claro de los deberes, o en el estado de las actuaciones que deba llevar adelante, no serían punibles en virtud de estas disposiciones legales, pero pueden generar otro tipo de responsabilidades, penales o no.

Escalas Penales.

Como regla general (ya veremos la excepción) el artículo prevé que se aplicará como pena al funcionario público que incurra en este delito, la **inhabilitación absoluta de seis meses a dos años**.

Desde el punto de vista valorativo la escala penal no parece muy consistente en su comparación con las de otros delitos como el incumplimiento de los deberes de funcionario público (*Art. 248*) o el encubrimiento (*Art. 277*), que prevén acciones análogas, con penas más graves por el tipo de pena (*Art. 5*), o porque se prevén más de una. Eventuales concursos ideales (*C.P., art. 54*) harían aplicables estas escalas más graves.

El análisis de las consecuencias jurídicas de este tipo de penas puede leerse al tratar las escalas de los delitos previstos en el art. 273.

En este sentido, a fin de no reiterar aspectos tratados al analizar las escalas penales de los delitos previstos en el artículo 273 del C.P. (dada la idéntica especie de pena), es que en honor a la brevedad nos remitimos a los argumentos allí desarrollados.

Sólo resta destacar que, resulta desafortunada la redacción final del artículo en cuanto señala, que: "*El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la*

persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años,".

Entiendo que resulta desafortunada dicha redacción, por distintas razones: porque la "regla" allí establecida (prueba del inconveniente insuperable, que elimina el tipo), implica una inversión de la carga de la prueba (a pesar de que siempre haya que probarse la omisión del imputado) por la que podría alegarse la inconstitucionalidad de la norma (en lo particular) pues violaría garantías constitucionales, como así también porque resulta sobreabundante[8] ya que, de probarse (que la omisión provino de un inconveniente insuperable) estaríamos en presencia de una causa de justificación a la que le resultarían aplicables la o las disposiciones previstas al respecto en el Título Quinto del Libro Primero de Código Penal (*C.P., art. 34 y ccs.*).

Por otro lado, la regla aquí cuestionada resulta ser además una cuestión procesal inserta en un Código de fondo, siendo esta una expresamente materia no delegada al Gobierno Nacional por las Provincias (es decir, competencia pura y exclusivamente reservada a los entes provinciales, conf. art. 121 en concordancia con el art. 75 inc. 12°, ambos de la Constitución Nacional).

Finalmente, vale destacar que ante la eventual existencia de un concurso ideal (*C.P., art. 54*) el artículo 274 del C.P., que podría resultar aplicable, prevé una pena significativamente menor que la del encubrimiento (concretamente, en relación al art. 277 inc. 1° apartado "d" agravado por el inc. 3° apartado "d" del C.P.).

La tentativa y la Consumación.

¿Puede tentarse el delito que analizamos? ¿Es compatible con la tentativa?

La doctrina responde diciendo que es un delito instantáneo y por lo tanto incompatible con la tentativa. Se consuma – se afirma - cuando se vencen los plazos que el funcionario tenía para cumplir con su obligación.

Se consuma con la omisión de la actividad debida, sin necesidad de consecuencias perjudiciales adicionales, basta con la sola omisión del deber de promover, en definitiva no es más que una omisión del funcionario – particularmente sancionada - de cumplir con los deberes

[8] Sobreabundante porque esa expresión: punibilidad a menos que haya existido un inconveniente insuperable que elimine el tipo, es una norma que está demás, porque regula sobre aspectos ya previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

inherentes a su cargo.

Como consecuencia de ese modo de consumación, el delito no admitiría tentativa. Los autores en forma uniforme sostienen este criterio.

Pero no es un respuesta sencilla para nada. La persecución de una infracción penal sólo es viable cuando la acción penal se ha extinguido de alguna manera. Si se extingue por la muerte del imputado ya no tiene sentido alguno la persecución. Pero el problema subsiste con la extinción por prescripción que posee períodos extensos para que opere relacionados con la gravedad del delito cometido, y, por lo demás contados de un modo muy especial que se suspende en ciertos casos y se interrumpe en otros, por ejemplo cuando quien lo ha cometido, comete un nuevo delito. Es decir que dependen de la localización y de la persona imputada.

Tampoco los plazos procesales son ciertos, porque pese a que las investigaciones tienen tiempos para ser realizadas, mientras no transcurra la prescripción de la acción (o eventualmente de la pena), la persecución debe mantenerse.

Es que en muchos casos lo castigado es la mera omisión, no el mero incumplimiento de plazos procesales o de prescripción.

El incumplimiento de los deberes puede perfectamente frustrar todas las investigaciones si es que no se ha realizado oportunamente, en especial cuando el delito recién se ha cometido, pues, como sostienen los criminalistas "*el tiempo que pasa es la verdad que huye*".

Por otra parte si un hecho se puede o no tentar depende no sólo de la descripción legal de que se trate sino de los modos como se interpreten las reglas de la tentativa, como ya lo hemos expuesto; y de las características de las acciones que se juzguen. Un funcionario podría ocultar una actuación para que transcurran plazos legales y otra persona encontrarla, sin que estos plazos hayan transcurrido. Un caso que merecería una discusión pormenorizada.

Los plazos suelen estar reglamentados en las leyes procesales o en los decretos reglamentarios de éstas. En principio, como regla general, deben computarse desde el vencimiento de los mismos, según en la normativa expresa estén establecidos, o de lo contrario, teniendo en cuenta lo previsto por el Código Civil (*Título II: "Del modo de contar los intervalos del derecho", arts. 23/29*).

La Participación.

Si bien es un delito que requiere una calidad específica para ser considerado autor (tal como lo desarrollamos en la cuestión pertinente), aquéllos que no revistan tal calidad, pero que actúen mediando connivencia con quien sí la revista, puede ser sancionados (o al menos perseguidos penalmente) en cualquier grado de participación.

Igual criterio es el que debe seguirse ante la instigación de este delito (*conf. art. 45 –última parte- del C.P.*). En este sentido, si quien instiga el delito previsto en el presente artículo 274 del C.P. no reviste los caracteres propios que a nuestro entender debería de todos modos sancionárselo en su carácter de instigador, siempre que se den los elementos propios de la instigación y el delito en cuestión, haya sido al menos tentado o consumado.

Al respecto por la similitud de este supuesto, es que en honor a la brevedad, nos remitimos a los argumentos desarrollados al tratar este aspecto en el análisis del art. 273 del C.P..

Bibliografía

CREUS, Carlos; y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Derecho Penal. Parte Especial. 2. 7º Edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 2007. Págs. 347 y ss.

DE LA RUA, Jorge. Código Penal Argentino. Parte General. 2da edición. Ed. Desalma. 1997

DOMENECH, Ernesto Eduardo. En: Responsabilidad penal y funcionarios públicos. Capítulo II del Libro Responsabilidad de los funcionarios públicos dirigido por Carlos A. Echevesti. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma editor. Buenos Aires, año 2003. Página 150.

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Administración pública. Tomo III. Ed. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. Págs. 433 y ss.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. Parte Especial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1975. Págs. 327 y ss.

RUSCONI, Maximiliano (Compilador). Delitos contra la Administración de Justicia. Doctrina, Jurisprudencia y legislación comparada. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2001.

MORENO, Rodolfo (Hijo). El Código Penal y sus Antecedentes. H.A. Tommasi, Editor. Buenos Aires. 1923. Tomo IV.

NAVARRO, Guillermo Rafael. Prevaricato del juez y el abogado. Denegación y retardo de Justicia. Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2003.

NÚÑEZ, Ricardo. C. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la administración pública. Delitos contra la fe pública. Tomo Quinto, Volumen II.* Editorial Marcos Lerner. Editora Córdoba. 1992.

PAOLINI, Jorge Omar. El Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios. Ed. La Ley. 1992.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo V. Ed. Tipográfica Argentina. 1988. Págs. 270 y ss.

TERRAGNI, Marco Antonio. Delitos propios de los funcionarios públicos. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza. Primera reimpresión. 2005.

Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española. Por D. Roque Barcia. Tomo Cuarto (P – SZOP). F. Seix Editor. Pág. 399.

Falso Testimonio

Por **Luciana Pierbattisti y Edgardo Salatino**

Art. 275: ***" Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.***

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión."

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

Art. 276: ***"La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.***

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso."

La prueba testifical o de testigos "consiste en la declaración, prestada ante un órgano judicial, por personas físicas que no sean sujetos necesarios del proceso, acerca de sus percepciones y deducciones de hechos pasados concernientes al objeto sobre el cual aquél versa"[1].

Antecedentes Históricos y Legislativos

En atención a que la prueba de testigos es uno de los medios probatorios más antiguos – o el más antiguo casi con seguridad -, el delito de falso testimonio sigue su misma suerte temporal.

Uno de los mandamientos en las tablas de Moisés prohibía levantar falso testimonio y se ha dicho que tal conducta tenía un capítulo dedicado en las leyes de Hammurabi, aunque ello está en discusión[2], mientras que asirios, caldeos, persas, babilonios y egipcios vieron con enorme desprecio al falso testimonio[3].

En el Derecho Romano se castigaba el soborno al testigo y la Ley de las Doce Tablas imponía la pena de muerte para el testigo falso.

Ahora bien, en el ámbito legislativo nacional se incluyó inicialmente al falso testimonio entre las figuras de las falsedades, tanto en el Código Tejedor (Capítulo V del Libro II de la Sección II del Título III), como en el de 1886 y el Proyecto de 1881, hasta que en el Proyecto de 1891 la acción aquí analizada es ubicada dentro de los delitos contra la administración pública y así se mantiene hasta nuestros días.

Bien Jurídico

1 PALACIO, Lino, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 83.
2 Cf. LEVENE, Ricardo (h), *El delito de falso testimonio*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1962. pp. 37/38.
3 Cf. VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la administración pública*, Advocatus, Córdoba, 2005, p 462.

Con mayores o menores diferencias, la doctrina es bastante coincidente al afirmar que lo que se protege es el correcto o normal funcionamiento de la administración de justicia o de la tarea o función jurisdiccional del Estado, "procurándose evitar la construcción errónea de los juicios que formulen los jueces por los datos incorrectos que se les suministren por medio de la conducta prohibida"[4].

Nuñez señala que la figura de falso testimonio "lesiona el interés que existe en que la administración pública se desarrolle normalmente. Este no es un interés que cada miembro de la sociedad pueda invocar como un derecho individual (...) La normalidad de la administración pública es un derecho social de los ciudadanos y por ello el sujeto pasivo del delito que la ofende es la sociedad"[5], en contraposición con cierta jurisprudencia que sostenía el derecho de querellar por parte del sujeto en contra de quien se ha producido el delito[6].

También, se ha entendido que "aun cuando el bien jurídico tutelado en el título XI del Código Penal de la Nación es la administración pública, y específicamente la administración de justicia (…) se tiene en cuenta la existencia de la protección subsidiaria de otros bienes jurídicos igualmente afectados"[7].

Sujeto Activo

El tipo penal en cuestión señala quién puede ser sujeto activo: testigo, perito o intérprete. Sin embargo, también veremos qué ocurre con el caso del traductor.

a) Testigo

Se trata de la persona física que declara sobre hechos que conoce por percepción sensorial[8] y que "se pretenden probar, de modo que no se le puede preguntar sobre hechos fantásticos (…) ya que si responden sobre valoraciones esa declaración no será típica"[9].

Es indiferente si el testigo fue convocado por la autoridad competente o se presentó espontáneamente, lo importante es que esa condición "se cumple en todo aquel que comparezca a prestar declaración en un proceso (…) siempre que no participe en el mismo proceso con otro título que resulte incompatible con el de testigo, por ej. defensor, coprocesado, etcétera."[10].

Buompadre señala con buen tino que, en líneas generales, al testigo se lo concibe como aquel deponente sobre hechos que percibió mediante sus sentidos; reviste esa calidad una vez que haya declarado y su testimonio haya sido valorado, de forma tal que fuera de este concepto quedan las personas que han manifestado no haber percibido el hecho y aquellos que si bien no lo han percibido,

---

4 CREUS, Carlos, Delitos contra la administración pública p 474

5 NUÑEZ, Ricardo C., *El derecho de querella y el falso testimonio*, en *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Penal. Parte Especial: textos completos*, Miguel Ángel ALMEYRA, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 892.

6 Fallos: 251-499; CNCrim. y Correc., "Tentorio, Ángel y otros", 1924/05/16, Rev. La Ley, t. 5, p. 290, en nota; CNCrim. y Correc., Sala VII, "Btesh, Jaime", 1998/04/22; CNCrim. y Correc., Sala VII, "Jussich, Adriana Graciela", 1997/06/12; CNCrim. y Correc., Sala I , "Kovacs, Margarita", 1998/10/27.

7 CNCrim. y Correc., Sala I, causa nro. 35.743, *B.O.A.*, 2009/04/24, disidencia del Dr. Alfredo Barbarosh, citando además el precedente CNCrim. y Correc., Sala I, "Ojeda, Ariel Marcelo", 2008/08/31.

8 NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal. Tomo quinto, Volumen II. Parte especial. Delitos contra la administración pública. Delitos contra la fe pública*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992, p. 162; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina TEA, 1996, p. 306.

9 DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública – II. Doctrina. Jurisprudencia. Jurisprudencia anotada. Jurisprudencia temática. Actualidad…*., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 498.

10 BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, 1ª ed., Buenos Aires, Mario A. Viera editor, 2001, p. 436.

agregan elementos importantes para la investigación. Por lo tanto, concluye que lo esencial del testigo radica en que sobre hechos constitutivos de materia de investigación y que estén relacionados, directa o indirectamente, con la causa[11].

1) Obligación de comparecer. Excepciones. Capacidad para ser testigo

Procesalmente se reconocen ciertos requisitos, capacidades y limitaciones para revestir la calidad de testigo.

Por un lado, el Código Procesal Penal de la Nación dispone la comparecencia obligatoria del testigo en caso de ser convocado a tal fin (art. 240 del CPPN), es decir, constituye un deber cívico, a punto tal que la autoridad competente se encuentra facultada para dar con él a través de distintos medios (arts. 247 y 248 del CPPN).

Como regla general, toda persona es capaz de atestiguar y su testimonio será valorado conforme las reglas de la sana crítica racional (art. 241 del CPPN). Por lo tanto, pueden ser testigos los menores de edad (en ciertos casos y conforme los arts. 250 bis y 250 ter del CPPN), los sordomudos y no videntes, siempre que ello no obste percibir el hecho a través de sus sentidos; los ebrios o dementes sólo estarán imposibilitados para ser testigos de actuación[12], conforme el art. 141 del CPPN. Los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo, no revisten la calidad de testigos[13].

De todas formas, pesa sobre algunos sujetos (cónyuge, ascendiente, descendiente o hermanos) la prohibición de declarar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, a excepción que el delito haya sido cometido en perjuicio del testigo o de un pariente suyo en el mismo grado o más próximo que el que lo une con él (art. 242 del CPPN).

El problema surge en este caso cuando el testigo, si pese a esa prohibición, desea declarar porque considera que puede favorecerlo. Varias son las posturas al respecto**.** Donna considera que no podrán hacerlo conforme esa prohibición[14], otros entienden que la prohibición lo es respecto de la declaración en contra del imputado, no a su favor[15].

Otros, en cambio, se encuentran facultados a abstenerse de testificar en contra del imputado (parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sus tutores, curadores y pupilos), salvo que el testigo sea el querellante, denunciante, actor civil o que el delito fuera perpetrado en su perjuicio o contra un pariente suyo de igual grado o más próximo que el que lo liga con el imputado. En estos casos se le hará saber, bajo pena de nulidad, que cuenta con esta opción (art. 243 del CPPN).

[11] BUOMPADRE, Jorge Eduardo, op. cit., p. 435.
[12] BUOMPADRE, Jorge Eduardo, op. cit. p. 437.
[13] Art. 249 CPPN. En idéntico sentido, "por definición el imputado no es testigo de su propio hecho, tampoco lo es el condenado. Aun cuando declare una vez que su situación procesal ya haya sido resuelta, su exposición debe ser entendida efectuada dentro del marco del ejercicio de su derecho de defensa, por cuanto no sólo no resulta ajeno al hecho en debate, sino porque tampoco corresponde descartar su interés en el resultado del mismo, ello con miras a una posible revisión de su propio caso.", CFCrim. y Correc., Sala II, "Rostagnol Tourn, Adriana", 2006/10/12.
[14] DONNA, Edgardo Alberto, op. cit., p. 499.
[15] BUOMPADRE, op. cit., p. 438, VILLADA, Jorge Luis, op. cit., p. 475, quien coincide parcialmente pues considera que sólo podrán declarar respecto de las circunstancias de la vida del imputado, no así del hecho.

Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho que en relación con el ex cónyuge se debe aplicar analógicamente –*in bonam partem*– el artículo 242 del CPPN, ya que "es valorativamente semejante a los enumerados por la norma, al tutelarse las relaciones familiares que subsisten aún tras la separación legal de los cónyuges, dada la presencia de hijos menores, cuyos intereses superiores deben privilegiarse por sobre la finalidad punitiva del Estado"[16].

Por su parte, algunos sujetos cuentan con el deber de abstención de declarar sobre los hechos secretos que hubieran conocido debido a su estado, oficio o profesión, pero no podrán negarse a declarar habiendo sido relevados de ese deber, salvo los ministros de un culto aceptado; en caso que el testigo invoque ese deber de abstención cuando no corresponda, el juez lo interrogará (art. 244 del CPPN).

Otros testigos, estipulados concretamente por el ordenamiento procesal (art. 250 del CPPN), no estarán obligados a comparecer, y podrán hacer sus manifestaciones por escrito, o bien, declarar donde residan.

Quienes no se encuentren en condiciones de trasladarse para prestar declaración, podrán hacerlo en su domicilio, lugar de internación o de alojamiento (art. 251 del CPPN).

2) Testigo en causa propia

Corresponde analizar qué ocurre con la declaración del querellante, damnificado o denunciante, pues será en "causa propia" o sobre "hechos propios", lo cual trae aparejado ciertos inconvenientes.

Resulta ser un tema bastante controvertido jurisprudencial y doctrinariamente, ya que no hay una postura mayoritaria al respecto. No hay acuerdo "sobre la validez y alcance del testimonio de aquellas personas que tienen algún interés en el resultado de la causa o han participado en algún carácter en los hechos que son motivo de investigación"[17]. Por lo tanto, corresponde analizar si "cualquier mentira en `causa propia´ resulta impune, aunque perjudique y hasta determine la condena de un inocente, o si únicamente queda impune la mentira `en causa propia´ cuando el declarante se autoincrimina (perjudica) al decir la verdad"[18].

Moreno sostenía que tanto el denunciante como el querellante "no son testigos sino partes o auxiliares de la justicia. Si en la acción desenvuelta se han verificado imputaciones falsas, los que la hicieron pueden ser acusados por calumnia o injuria, según el caso, y nada más."[19]. Siguiendo esta línea, algunos consideran que sólo se puede ser testigo en causa ajena. Por lo tanto, no podrán ser considerados testigos, y por consiguiente, no revestirán el carácter de sujetos activos de este delito, el denunciante, el querellante, el damnificado u otra parte interesada[20]. Fontán Balestra indica que, además, tampoco incurrirán en este delito**,** aquellos cuyas declaraciones pueda resultar algún tipo de responsabilidad, o crea que así lo sea, "siempre y cuando el hecho se refiera a aspectos que puedan involucrar al declarante o desmedrar su derecho constitucional de no declarar contra sí mismo"[21]. Por último, Spolanski sostiene

[16] CNFEd. Crim. y Corr., Sala I, "Mottini, Roberto Felix", 2007/09/18.
[17] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 439.
[18] TELLAS, Adrián, *¿El querellante puede mentir impunemente?*, en ALMEYRA, Miguel Ángel, op. cit., p. 896**.**
[19] MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo VI, Buenos Aires, H. A. Tomassi, Editor, 1923, p. 316.
[20] FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal parte especial*, 16ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 898; SPOLANSKY, Norberto E., *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*, en La Ley, t. 140, p. 707; SOLER, Sebastián, op. cit., p. 299, quien agregando como requisito para descartar el falso testimonio que el sujeto declare "sobre hechos en los cuales él mismo es actor", cuyas manifestaciones puedan perjudicarlo.
[21] FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 898.

que, en definitiva, el testigo es quien declara sobre hechos ajenos, es decir, es un tercero que no tiene interés en el asunto; si un sujeto es llamado a declarar bajo juramento, podrá negarse a hacerlo si quiere evitar un perjuicio penal, conforme la justificación del art. 18 de la Constitución Nacional, pero si quería evitar otro perjuicio, no se estaría frente a la figura del testigo, la conducta deviene atípica, ya que no reuniría las características personales exigidas por la ley para ser sujeto activo de delito”[22].

La jurisprudencia tiene dicho al respecto que “el denunciante no reviste calidad de testigo. Ello en tanto su esencia radica en que debe declarar acerca de hechos que se pretenden probar, es decir, que se trata de un sujeto que debe ser ajeno a ellos, a quien se le pide declaración para sostenerlos o desvirtuarlos, es decir, es utilizado como una herramienta, un instrumento, un medio de prueba en la averiguación de la verdad. El denunciante, acusador, no es un medio de prueba, por ende no puede ser captado por este tipo penal.”[23], entonces “no resultan típicas de este delito las manifestaciones vertidas en la ratificación de la denuncia, toda vez que no cumplen un rol probatorio sino que responden a la inquietud de aportar datos que habrán de ser investigados.”[24]. También considera requisito “…para mantener la calidad de testigo la ajenidad con el juicio que debe guardar el deponente”[25].

Otros, en cambio, sostienen lo contrario. Núñez indica que la declaración en causa propia “o sobre `hechos propios´ no excluye la calidad de testigo del declarante. Su efecto es justificar el hecho, sea en razón de la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo cuando ello pueda acarrear responsabilidad penal (…); sea en razón de la coacción (…) o del estado de necesidad”[26]. También se considera que su conducta será típica, pues no pierden el carácter de testigos, aunque podrán haber actuado justificadamente para evitar males hacia su persona o ejercer un derecho de defensa propia[27]. Donna, por su parte, considera que “…sólo se excluyen las personas cuya declaración los pueda comprometer en la causa, específicamente los imputados. Los demás sujetos deberán invocar una causa de exculpación propiamente dicha, o de no exigibilidad, pero su conducta seguirá siendo típica.”[28].

Por último, Buompadre, quien es adepto de esta última postura, sostiene que más allá del interés por parte del deponente y el aporte de datos relevantes aportados respecto del hecho, “la capacidad para atestiguar en un proceso está reconocida expresamente por la ley procesal, que es la que, en definitiva, debe determinar quiénes pueden ser admitidos como testigos y quienes no”[29].

Sobre este punto sólo podemos agregar que no advertimos objeciones a que el denunciante declare como testigo en relación con su calidad de denunciante, lo cual no habrá de implicar que se lo

---

[22] SPOLANSKI, Norberto E., op. cit., p. 707.
[23] CNCrim. y Correc., Sala I, causa nro. 35.743, “B.O.A.”, 2009/04/24. En igual sentido, CNCP, Sala I, 16-07-2007, “Videla, Marcos Eduardo y otra s/ rec. de casación”. Respecto del denunciante, CNCrim. y Correc., Sala IV, causa nro. 28.024, “Scala, Ana María s/ estafa”, 2006/02/27.
[24] CNCrim. y Correc., Sala IV, causa nro. 30.207 “Peralta Adalberto Juan s/desestimación” 2007/02/12.
[25] CNCP, Sala IV, causa nro. 576, “Roldán, Hugo Rolando s/ rec. de casación”, 1997/06/30.
[26] NUÑEZ, Ricardo C., op. cit., p. 163.
[27] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte especial, 2*, 7ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 368, ver también CREUS, Carlos *Delitos contra la administración pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981 op. p. 486.
[28] DONNA, Edgardo A., op. cit., p. 499.
[29] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 441. En el mismo sentido, GOERNER, Gustavo, *El delito de falso testimonio*, en Revista de derecho penal 2004-2: delitos contra la administración pública II, dirigido por Edgardo Alberto Donna – 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 193.

considere un testigo de lo que ha denunciado y, por consiguiente, que pueda imputársele el delito de falso testimonio.

Otra cuestión a tener en cuenta es el tratamiento de la figura del querellante respecto de esta cuestión dada por la legislación en materia procesal. En el caso del CPPN, los arts. 82 al 86 estipulan todo lo referido a este sujeto procesal, pero concretamente el último regula al deber de atestiguar como testigo en el proceso; el art. 384 del CPPN indica en el caso del debate oral que declararán los testigos, comenzando por el ofendido. Por lo tanto, en un principio, y luego de haber analizado las problemáticas suscitadas, se podría concluir que el querellante al declarar como testigo podría incurrir en el delito aquí comentado, porque si se lo equipara con la figura del testigo, tendrá el deber de decir la verdad. Mas, no debemos perder de vista que el art. 430 del CPPN establece que el querellante podrá ser interrogado sin recibirle juramento.

De lo expuesto se deducen dos posibles conclusiones: por un lado, el CPPN lo equipara a la figura del testigo (arts. 86 y 384) y el art. 430 del mismo cuerpo legal no modificó tal postura[30], pero por otro lado "…de ningún modo [el CPPN] permite sostener que el querellante sea un testigo, toda vez al obligarlo a deponer en causa propia se lo exime del juramento de decir verdad y sólo puede ser asimilado en una forma totalmente impropia."[31].

Consideramos que el querellante puede incurrir en alguna de las conductas previstas en el artículo que aquí comentamos, aunque debemos diferenciar ciertos puntos.

Está claro que la víctima es el principal testigo del hecho que la tiene por tal, en cuanto ha podido percibir lo ocurrido a través de sus sentidos. El valor probatorio que emana de su declaración es normalmente de alta intensidad y, en el caso de que declare falsamente, también generará una apreciación judicial de carácter negativo de fuerte poder convictito que podrá producir también, un intenso perjuicio a la administración de justicia.

3) Testigo de actuación

Se denomina "testigo de actuación o instrumentales" a aquellas "que intervienen en la formación de determinados actos procesales, y que se los llama expresamente para proveer a ellos de autenticidad."[32], sea un secuestro, una requisa, un allanamiento, etcétera. Su testimonio no tiene una finalidad probatoria, es decir, no son sujetos de prueba, sino controladores de distintos actos procesales que los revisten de legitimidad, la falsedad en estos casos no será pasible de falso testimonio, sino más bien, de una falsificación de documentos[33].

4) Testigo indirecto

El llamado "testigo indirecto o de oídas" es aquel que no presenció a través de sus sentidos el hecho investigado pero tomó conocimiento por parte de otra persona de su existencia. Puede contribuir su el esclarecimiento a través de lo que le han contado, pero no podrá incurrir en el falso testimonio del

[30] TELLAS, Adrián, op. cit., p. 899.
[31] ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., VIDAL ALBARRACÍN, Guillermo (h.), *¿Puede el querellante cometer el delito de falso testimonio?*, J.A., 2002-IV, p. 373.
[32] CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de derecho procesal penal. Tomo III. Colaboradores del proceso, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 267.
[33] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 441. En el mismo sentido CREUS, Carlos, op. cit., p. 488.

art. 275 del CPN, pues no reviste la calidad de testigo en sentido propio. Núñez entiende que es un testigo "…sobre `lo que dice´, es un testigo de lo que `así se dice´o del `rumor´, pero no lo es respecto del objeto de dicho rumor."[34].

De todas formas, la jurisprudencia ha entendido que "la declaración falaz prestada ante la autoridad judicial competente por una persona que testifica en relación a hechos que ha conocido a través del relato de otras personas, es susceptible de quedar incursa dentro de la figura típica que prevé el art. 275 CPen., mas ello lo será sólo en la medida en que la falsedad tenga aptitud suficiente para inducir a error en orden a las circunstancias relevantes que se ventilan en el proceso en cuestión."[35].

b) Perito

Es aquella persona con conocimientos específicos (pericia) en una técnica, ciencia, arte, industria, etc., llamada por la autoridad competente para emitir opinión o dictamen sobre puntos en particular que serán de utilidad a los fines de dilucidar cuestiones vinculadas con el hecho investigado.

Su dictamen u opinión constituyen un peritaje, usualmente mal denominado "pericia", formado por "todas las operaciones técnicas que realiza un especialista en una materia determinada desde que asume el cargo como tal, hasta la elaboración de su conclusión y presentación del informe definitivo."[36].

Una cuestión relevante constituye la del informe pericial, que es "dar a conocer el contenido de una pericia conforme con determinadas formalidades que establece la ley para su presentación ante la autoridad requirente (puede ser oral o escrito)."[37]. Se advierte que si bien es asimilable al peritaje, ambos difieren entre sí, ya que el informe pericial, debido a la urgencia por medio de la que se confeccionó, no fue controlado por las partes, y para ser incorporado como prueba deberá ser válido para aquellas, a diferencia del peritaje en donde el propio juzgador lo ordenó, conforme la normativa procesal, y las partes lo controlaron.

La falsedad del peritaje se advertirá, probablemente, una vez que fue valorado por las partes y establecida por el juez, a diferencia de lo que ocurre con el testigo en el que en el mismo instante que prestó declaración, se advierte la falsedad[38].

El CPPN dispone en los arts. 253 al 267 todo lo vinculado con el perito y el peritaje. Básicamente, estipula que: el perito deberá contar con el título habilitante respecto de la materia por la que se le consulta y estar inscripto en las listas oficiales[39], deberá aceptar el cargo con carácter obligatorio, podrá ser propuesto por las partes o bien designado por el juez, y dictaminará de acuerdo a los requisitos establecidos en la norma.

La jurisprudencia tiene dicho que encuadra, en un principio, en el delito de falso testimonio la conducta del médico legista que asentó la lucidez y ausencia de lesiones físicas visibles de reciente data

[34] NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 162.
[35] CNCas. Penal, sala III, "Godenzi, Hugo R. y otro", 2003/05/06.
[36] VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 472.
[37] VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 472.
[38] VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 472.
[39] Cuestión muy debatida y discutida jurisprudencialmente, ya que en varios casos se declaró la inconstitucionalidad de esa disposición (arts. 254 y 259 CPPN). En este sentido, CNCrim. y Correc., Sala I, "E., L. E.", 2012/12/28, entre otros.

por parte de detenidos en el marco de una investigación, quienes luego ingresaron a la Unidad de detención registrando lesiones corporales[40].

c) Intérprete. La cuestión del traductor.

Se entiende que el intérprete es aquella persona que "interpreta, explica o busca el sentido de una palabra, un texto o un documento que está expresado en idioma extranjero, en clave o signos"[41].

El problema radica en la propia redacción del tipo penal en cuanto se refiere sólo al intérprete, pero menciona "traducciones" como forma de comisión del delito.

Moreno decía que el intérprete "…verifica [la] versión de expresiones verbales" realizadas por el traductor, a diferencia de aquel, quien "vierte escritos de un idioma a otro", y que la norma se refiere a ambos, ya que "aun cuando emplea la palabra *intérprete*, cuando se refiere al trabajo que ejecutare usa expresamente los términos traducción e interpretación" [42].

Pero de todas maneras el Código Penal no lo hace extensivo, sólo hace alusión al intérprete, no así al traductor. Por tal razón, parte de la doctrina opina que "…el intérprete es el sujeto idóneo a fin de realizar la traducción de documentos o declaraciones que resultan ininteligibles a quienes no tengan una capacitación especial para ello."[43], pudiendo descartar así la figura del traductor como sujeto activo del delito analizado.

El CPPN se refiere sólo a la figura del intérprete, a quienes le son aplicables las mismas disposiciones estipuladas para los peritos (arts. 268 y 269 del CPPN), aunque también hace mención a la traducción.

Tenemos entonces, testigo, perito e intérprete, que realizan respectivamente declaración, informe e interpretación, mas no contamos con la persona que realice la traducción, pues únicamente puede ser formulada por un traductor.

Si bien la traducción y la interpretación pueden contar con elementos en común, se tratan de dos formas diferentes de ingresar un acto al proceso.

Claro ejemplo lo constituye el caso del sordomudo que se expresa mediante el lenguaje de señas y cuya declaración ingresará al proceso mediante el trabajo de un intérprete y no de un traductor, mientras que tampoco cabe duda que quien traduzca un texto en idioma ruso al castellano, por citar un ejemplo, será un traductor y no un intérprete.

De esta manera y sin perjuicio de la casi inexistente jurisprudencia sobre la cuestión, no huelga señalar que la redacción del artículo 275 dejaría impune a quien figura y asume el cargo de traductor, pues una aplicación estricta del principio de legalidad contemplado en el artículo 18 de la Constitución Nacional impediría tal imputación.

Sujeto Pasivo

Autoridad competente

---

[40] CNCrim. y Correc., Sala IV, "V., G. A.", 2002/02/06.
[41] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 450.
[42] MORENO, op. cit., p. 313.
[43] ESTRELLA, Oscar Alberto-GODOY LEMOS, Roberto, *Parte Especial De los delitos en particular*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2007, p. 595, ver en el mismo sentido NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 164.

Resulta ser la administración pública en la medida que sea competente para recibir una declaración testimonial, un informe, una traducción o un peritaje, conforme los procesos legales vigentes, más allá que el sujeto receptor de tales pruebas sea la figura visible del sujeto pasivo. Corresponde aclarar que no todo funcionario público será sujeto pasivo, ya que debe estar investido con la calidad de investigador o juzgador para constituir tal carácter[44].

Tipo Objetivo

a) Acciones típicas

1) Afirmar una falsedad

Se trata de afirmar como verdadero algo que no se conoce como tal, es decir, se afirma, asienta, confirma, asegura "una situación, un hecho o una circunstancia como verdadera, cuando se sabe o se conoce que es falsa."[45].

Moreno consideraba que "se afirma una falsedad cuando se depone acerca de hechos que no están de acuerdo con la verdad de lo ocurrido. Pero no solamente puede la persona afirmar una falsedad cuando asegura que ha ocurrido inexistente, o cuando sostiene que no ha sucedido lo que conoce, sino que puede incurrir en el primer extremo cuando afirme que ha visto u oído una cosa ocurrida pero que él no vio ni oyó. Por lo que la falsedad puede, así, ser absoluta o relativa"[46].

Puede suceder que se conozca como verdadero y se añadan datos falsos de tal entidad que alteren el sentido de lo verdadero, al menos respecto del sentido que eventualmente tenga para el juzgador[47]. Lo que interesa, en definitiva, es la incidencia que esa modificación de la verdad tuvo en la resolución de la causa que se trate[48]. Por lo tanto, la discrepancia radica entre los hechos sabidos y los referidos, no entre el relato y los hechos reales[49].

2) Negar la verdad

Se trata de no afirmar como verdadero un hecho que se conoce como tal, "no es negar que se sabe (…) sino negar lo que se sabe"[50]. Consecuentemente, para llevar a cabo esta conducta el sujeto tuvo que haber sido interrogado sobre un hecho o una circunstancia en particular, y haber negado su existencia.

Para negar la verdad es fundamental que el sujeto conozca lo que se le pregunta pues de lo contrario estaríamos frente a una conducta que no encuadraría en este delito, ya que sería cierto el desconocimiento efectivo del sujeto interrogado, por consiguiente niega la verdad aquel la conoce y no la expresa[51].

3) Callar la verdad

[44] VILLADA, Jorge Luis, op. cit. p. 474.
[45] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 428.
[46] MORENO, Rodolfo (h), op. cit., p. 315.
[47] CREUS, Carlos, op. cit., p. 475.
[48] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 429.
[49] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 306. Del mismo modo, CNCrim. y Correc., Sala I, "Casdoumeq de Ouro, Magdalena Rosa", 2007/09/25; CNCrim. y Correc., Sala IV, "Schteinschanaider, Marlene", 2003/09/29.
[50] CREUS, Carlos, op. cit., p. 475
[51] MORENO, Rodolfo (h), op. cit., p. 315.

Se trata de no decir algo que se sabe, aunque lo más frecuente será que el testigo refiera que ignora sobre lo que se le pregunta[52], de "omitir en todo o en parte la esencia o las circunstancias fundamentales para el juicio de valor que se debe formar la autoridad, sobre aspectos acerca de los que se depone, se informa, se interpreta o se traduce y sobre los cuales se ha tomado conocimiento."[53].

Creus indica que puede tratarse de una omisión o una acción: el primer caso se dará cuando se deje de afirmar lo que se sabe, el segundo cuando se niegue saber algo que en realidad se conoce[54].

Suele confundirse este tipo de conducta con la estipulada en el art. 243 del CPN, mas la diferencia es bastante clara: en el delito mencionado el testigo, perito o intérprete se niega a comparecer o se abstiene de prestar exposición o declaración[55], en cambio, en el de falso testimonio, sí contesta con las observaciones analizadas anteriormente[56]. Soler considera que "la negativa a declarar no puede *engañar al juez* acerca del *contenido* de la declaración, mientras que la reticencia es una forma de engaño. En un caso el testigo dice: me niego a contestar ni sí ni no. En el otro, dice: no sé, y en realidad sabe."[57].

b) Formas: declaración, informe, traducción o interpretación.

La declaración resulta ser el acto por medio del cual el testigo depone oralmente ante la autoridad competente, "acerca de lo que pueda conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados"[58]. Las excepciones a este principio son: 1) si se encuentra facultado para declarar de forma escrita durante la instrucción (art. 250 CPPN); 2) si en el debate se prescinde de su presencia y de su declaración oral, se incorporan sus dichos anteriores (art. 391 CPPN); 3) si las partes prestaron conformidad (art. 355 CPPN) o consintieren su incomparecencia, o caso de emergencia no previsible (si el testigo falleció, estuviera ausente del país, cambió de domicilio, etc.); 4) si el testigo hubiese declarado por exhorto o se lo hubiera ofrecido como instrucción suplementaria o la declaración debiera recibirse en su domicilio si legítimamente no puede concurrir al debate (art. 357 y art. 386 del CPPN)[59].

En cuanto al informe, queda meridianamente claro que se refiere al dictamen pericial como "acto mediante el cual culmina el desarrollo de la prueba pericial y consiste, fundamentalmente, en la respuesta fundada que suministran los peritos a las cuestiones oportunamente fijadas"[60] y no al informe probatorio como "respuesta escrita, emanada de una persona jurídica frente a un requerimiento judicial, sobre datos preexistentes a tal pedido, que estén registrados en dependencias de aquélla"[61]

Por su parte, la traducción y la interpretación son "medios de verter al idioma oficial del proceso (en nuestro caso el castellano)[62] declaraciones formuladas o el contenido de documentos producidos en

[52] FONTÁN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 900.
[53] VILLADA, Jorge L., p. 467.
[54] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 365; CREUS, Carlos, op. cit., p. 475.
[55] DONNA, Edgardo A., op. cit., p. 495.
[56] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 431.
[57] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 307. En igual sentido, FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 900; DONNA, Edgardo, Alberto, op. cit., p. 495; BUOMPADRE, Jorge E., op. cit, p. 431, aunque desarrolla esta diferencia respecto de la conducta de "negar la verdad".
[58] CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La Prueba en el Proceso Penal: con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, 6ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 144
[59] CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit., p. 124.
[60] PALACIO, Lino Enrique, op cit. p. 149.
[61] CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 193
[62] Art. 141 CPPN.

otro idioma, o bien gestos propios de comunicación de algunos impedidos."[63]. Si se trata de un documento, estaremos frente a una traducción; si se trata de declaraciones de testigos o imputados, interpretación.

c) Requisitos

1) Juramento o promesa de decir verdad

Actualmente la norma penal no la estipula como requisito. De todas maneras tanto la declaración como el informe, la traducción o interpretación deben llevarse a cabo conforme el ordenamiento vigente, el cual sí la estipula, pero no constituye un requisito del tipo objetivo del art. 275 del CPN.

El juramento debe haberse formulado respecto del acto en particular del que se trate[64] con excepción de los peritos e intérpretes que en líneas generales ya lo prestaron al inicio de su profesión.

Si la deposición no ha sido prestada bajo juramento de decir verdad, el acto no es válido, por lo que no habrá delito[65], debido a la nulidad del acto, no a la ausencia de un elemento del tipo objetivo[66]. Esto deriva de "la necesidad de que medie una formal advertencia para el declarante en el sentido de que las manifestaciones que haga durante un acto determinado deben ser especialmente cuidadosas, porque pueden acarrearle graves consecuencias"[67].

2) Autoridad competente

Es aquella que se encuentra facultada legislativamente para tomar la declaración, informe, traducción o interpretación, más allá que comúnmente estos sean recibidos por el juez o el fiscal; según el caso, pueden ser jueces federales, nacionales, civiles, provinciales, comerciales, penales, de faltas, etc.[68], es decir, la autoridad debe haber sido establecida formalmente a tal fin, para el caso específico, es decir, "para intervenir en determinados actos que se puede cometer falso testimonio."[69].

Creus, por su parte, entiende que además se debe referir a proceso judiciales, cuestiones referidas con el derecho[70]. Otros entienden que la autoridad competente lo es en la medida que puede recibir declaraciones testimoniales sea cual fuere la materia[71].

En el caso que el testimonio sea recibido por otro juez a través de un exhorto, el delito se cometerá ante el juez que lo reciba, no ante el que lo había ordenado[72].

Algunos son de la idea que el arbitraje de amigables componedores constituye un órgano jurisdiccional de forma tal que pueda recibir declaraciones testimoniales y los testigos pueden ser sujetos activos del delito analizado[73].

---

[63] CAFFERATA NORES, José I., HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit., p. 213.
[64] DONNA, Edgardo Alberto, op. cit., p. 496.
[65] GOERNER, Gustavo, op. cit., p. 199; SOLER, Sebastián, op. cit., p. 305.; NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 165
[66] BUOMPADRE, Jorge E., *Afirmación de una falsedad u ocultamiento de la verdad. Falso testimonio mediante cohecho*, en BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, coordinado por Marco Antonio TERRAGNI, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 89.
[67] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 305.
[68] DONNA, Edgardo A., op. cit., p. 495; SOLER, Sebastián, op. cit., p. 303
[69] CREUS, Carlos, op. cit., p. 478.
[70] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge Eduardo, op. cit., p. 365.
[71] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 302, BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 451.
[72] BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos...*, p. 452; NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 165.
[73] FONTÁN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 903; CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge Eduardo, op. cit., p. 366

Uno de los mayores problemas radica en establecer si la contrariedad entre el testimonio vertido ante la autoridad policial y la judicial, configura el delito de falso testimonio.

Por un lado, la jurisprudencia tiene dicho que esa conducta no constituye tal delito porque “el testimonio es un medio de prueba sólo cuando tiene idoneidad legal para ser hecho valer en juicio, calidad que no poseen las declaraciones ante autoridades policiales (…) [sumado a que] el bien jurídico protegido (…) es la preservación de los elementos probatorios destinados a fundamentar la sentencia (…) carácter que no lo tiene la declaración policial, orientada a obtener datos para proseguir averiguaciones iniciales del sumario.”[74].

Pero otro criterio sostiene que sí configura ese delito, ya que en alguna de las dos oportunidades (en sede policial o en sede judicial) el imputado había faltado a la verdad respecto del hecho que pudo percibir por sus sentidos[75].

d) Aspecto temporal

1) Juramento o promesa de decir verdad

Nos remitimos a lo consignado al respecto, al tratar la cuestión sobre los requisitos.

2) Interrogatorio de identificación

Se trata de comprobar la identidad entre el compareciente y la persona citada, y, a su vez, la relación con los hechos que presumiblemente ha percibido[76].

3) Circunstancias generales de la ley

Las circunstancias generales de la ley constituyen “…una serie de preguntas dirigidas por el juez al testigo a fin de determinar su individualización, primero respecto de su persona (…) y después sobre su vinculación e interés con las partes y con el resultado del proceso.”[77]. El CPPN dispone en su art. 249 el interrogatorio al respecto.

Varias son las posturas respecto de las falsedad vinculadas con las generales de la ley. Algunos son de la idea que la falsedad es típica porque el vínculo del testigo con las partes es importante a la hora de apreciar su testimonio; así se engañaría al magistrado, y se configuraría el delito[78].

Otros entienden que la declaración falsa sobre las generales de la ley no constituye la figura analizada[79]. Los argumentos son varios: las generales de la ley no prueban nada[80]; están fuera de la descripción de las conductas prohibidas por el art. 275 del CPN[81]; la falsedad, ocultamiento o reticencia, deben ser respecto los aspectos que tengan *eficacia probatoria* en cada caso concreto, más allá de su carácter objetivo o genéricamente esencial o no esencial[82]; la falsedad debe ser idónea para inducir a

[74] Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de La Plata, Sala II, Causa N° 4802 caratulada “C., D. R.”, 20/05/2010. Voto mayoritario del juez Schiffrin.
[75] CNCrim. y Correc., Sala IV, “Quintana, Pedro”, 2002/03/07.
[76] JAUCHEN, Eduardo M., op. cit., p. 299.
[77] BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 445.
[78] BREGLIA ARIAS, Omar, y GAUNA, Omar R., *Código penal comentado*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 942, citado por BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos…*, p. 446. En el mismo sentido, CNCrim. y Correc., Sala VII, “Porco de Rivera, M.”, 1982/11/25, Abeledo Perrot N°: 12/1240.
[79] BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos…,* p. 446; GUIDICE BRAVO, Juan F., *¿Comete falso testimonio el testigo que miente sobre las generales de la ley?*, JA 2003-I-412, Cita Lexis N° 0003/009403; SOLER, Sebastián, op. cit., p. 300; GOERNER, Gustavo, op. cit., p. 198.
[80] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 300
[81] GUIDICE BRAVO, Juan F., op. cit.
[82] VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 470.

error al que decide, debe recaer sobre hechos o circunstancias que modifiquen la comprensión del hecho, no sobre las que de ningún modo incidan en su estimación[83], y por último, las generales de la ley no constituyen una declaración sobre el hechos, sino que son preguntas destinadas a individualizar a la persona[84]. También tienen en cuenta que la falsedad debe ser sobre circunstancias del hecho, y las generales de la ley no forman parte de él, ya que podría haber declarado verazmente sobre el hecho y no así, sobre las generales de la ley.

Creus indica que el delito se configurará según el caso concreto, en base a la influencia que tenga la falsedad en las generales de la ley respecto de la decisión del caso[85]. Fontán Balestra no adopta ninguna de las posturas, sino que distingue según haya o no perjuicio[86].

4) Declaración.

La exposición del testigo acerca de los hechos es la parte medular de la prueba testifical, invitándose a la persona a que manifieste cuanto sepa sobre el asunto y luego procediendo al interrogatorio.

Ahora bien, se considera que la falsedad deberá recaer sobre un hecho fundamental o accidental, es decir, que tenga una importancia para resolver el caso en cuestión[87], de forma tal que sea idónea para introducir al juez en un error[88], o alterar su comprensión[89]. Fuera de esas falsedades idóneas quedan aquellas recaídas sobre materias que nada puedan influir en la estimación del hecho[90].

La jurisprudencia tiene dicho al respecto que la falsedad "deberá incidir sobre algo sustancial, que pueda desviar o turbar el curso de la actividad judicial, y no sobre circunstancias secundarias"[91], destacó que si la imputada declaró como testigo en el marco de un juicio laboral, luego de transcurrido varios años, podría haber olvidado los detalles de lo sucedido, y tuvo en cuenta la calidad de la figura del testigo, en tanto es un sujeto ajeno al proceso, que "no pone en ventaja sus propios intereses".

5) Retractación

Retractarse significa desdecirse de lo manifestado y decir la verdad. En líneas generales, la retractación no tiene ninguna consecuencia en nuestro sistema [92], ya que no constituye una causal autónoma de exoneración de pena o justificación, el delito se consuma más allá de cualquier modificación posterior que haga el testigo.

De todas formas es dable no pasar por alto ciertas distinciones. Por un lado, la retractación durante el acto no constituye delito alguno, ya que al no haberse concluido no se ha consumado, el

[83] DONNA, Edgardo A., op. cit., p. 497
[84] CNCrim. y Correc., Sala I, "B., S. C.", 2010/06/07, con cita causa n° 23.087, "Rossi", 2004/08/12, de la misma Sala, entre otras.
[85] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 367
[86] FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 902.
[87] FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 901; SOLER, Sebastián, op. cit., p. 308, quien indica que será esencial, o bien, fundamental, aquello que pueda influir en la decisión del juzgador.
[88] GOERNER, Gustavo, op. cit., p. 180.
[89] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 365; CREUS, Carlos, op. cit., p. 479. En igual sentido, CNCrim. y Correc., Sala IV, causa n° 20.449, "Quinteros, Raúl Orlando s/ falso testimonio", 2007/02/13.
[90] CREUS, Carlos, op. cit., p. 479.
[91] CNCrim. y Correc., Sala IV, "Schteinschanaider, Marlene", 2003/09/29.
[92] FONTÁN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 902

testigo puede "quitar o enmendar algo" de lo expuesto porque pudo desdecirse y el bien jurídico no ha corrido ningún peligro de daño[93].

Por otro lado, si la declaración ya ha concluido, el informe, traducción o peritaje ya fueron presentados por escrito, la retractación no elimina el delito. En definitiva, la retractación sólo será posible en las deposiciones orales, concretamente, en el debate, y en forma escrita si la exposición del sujeto es oral[94].

Soler considera que en este tipo de comportamiento no podría reconocerse más que una causal de atenuación[95].

Más allá de estas apreciaciones, no está demás tener presente cómo se regula esta cuestión en otros países, donde las consecuencias y connotaciones son distintas. Concretamente, en el caso de España la retractación funciona como una excusa absolutoria y está legislada en el art. 462 del Código Penal[96].

Conforme la redacción de la norma, parecería ser que sólo la excusa absolutoria recaería sobre los testigos. La doctrina tiene entendido que, de todos modos, alcanza a peritos e intérpretes, pues, "tal extensión, además de ser equitativa, encuentra su fundamento en que la expresión *`falso testimonio´* del artículo 462 hace referencia al título genérico del delito"[97].

Es un presupuesto básico que el autor se retracte en tiempo y forma, exponiendo la verdad, "… exigencia que ha de ser interpretada como que tal declaración deberá hacerse de manera que tanto las partes como el tribunal puedan escuchar la nueva versión…"[98].

Como requisito temporal, es fundamental que la manifestación se lleve a cabo antes del dictado de la sentencia firme, y según las formalidades previstas.

Tipo Subjetivo

Se trata de un tipo doloso, quedando fuera toda figura culposa. No requiere ninguna intención en particular (a punto tal que puede incurrir en este delito aunque el testimonio haya sido prestado para favorecer), sino que tenga el conocimiento y voluntad de faltar a la verdad u ocultar el conocimiento, es

[93] BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos…*, p. 448.
[94] BUOMPADRE, Jorge E., "*Afirmación…"*, op. cit., p. 90; NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 167, DONNA, Edgardo A., op. cit., p. 502.
[95] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 310.
[96] "Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado".
[97] GRINDA GONZÁLEZ, José, *El falso testimonio*, en HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier – GOYENA HUERTA, Jaime - GRINDA GONZÁLEZ, José – MUÑOZ CUESTA, Javier, *Los Delitos contra la Administración de Justicia*, Aranzadi, 2002. p. 238.
[98] GRINDA GONZÁLEZ, José, op. cit. p. 239

decir, comete falso testimonio aquel que sabe la falsedad de lo dicho u oculta lo que sabe, sin requerir un fin ulterior[99].

En la doctrina se ha discutido qué ocurre si lo expuesto como falso coincide con la realidad, o sea, los casos en los que el agente "cree afirmar algo no ocurrido, cuando en realidad ha ocurrido, o negar o callar algo que ha ocurrido cuando realmente no ha ocurrido."[100]. Algunos, entienden que en este caso, no se configura el delito analizado[101], otros consideran que sí lo hay porque es una afirmación mentirosa de la verdad, contraria al saber del agente[102].

Por nuestra parte, hemos de adherir a la tesis exculpatoria toda vez que, por aplicación del principio de lesividad, la administración de justicia no habría de verse afectada.

En caso de que el sujeto haya incurrido en algún tipo de error, la criminalidad desaparecerá[103].

Consumación y Tentativa

Se trata de un delito de pura actividad y de consumación instantánea al momento de producirse la deposición, informe, traducción o interpretación y que no admitiría la forma tentada, cuestión sobre la que prácticamente existe unanimidad en la doctrina[104], ya sea por tratarse de un delito de peligro abstracto o, de acuerdo a Núñez, por la posibilidad de rectificación en el mismo acto procesal[105].

Particularidades de la Figura

Agravante previsto en el segundo párrafo

Se entiende que la declaración contra el sujeto que está sometido a proceso constituye "toda aquella susceptible de agravar su situación respecto al objeto del proceso, bien tenga por finalidad incrementar su culpabilidad o impedir su no disminución, la apreciación de agravantes o la inaplicación de circunstancias atenuantes o eximentes."[106]

En este caso el sujeto pasivo es la justicia criminal[107], con lo cual habría que evaluar si se da la agravante cuando el falso testimonio se produce en contra del imputado en el marco de un proceso correccional.

Nos inclinamos por encuadrar la cuestión en la figura básica, "ya que sólo mediante analogía podría considerarse que ese procedimiento constituye una "causa criminal"[108].

Falso Testimonio Mediante Cohecho

---

[99] FONTÁN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 905; SOLER, Sebastián, op. cit., p. 311; BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos*…., p. 452; GOERNER, Gustavo, op. cit., p. 201.
[100] CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge E., op. cit., p. 367.
[101] FONTAN BALESTRA, Carlos, op. cit., p. 905.
[102] NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 166. En idéntico sentido, C.Nac. Casación Penal, Sala III, "K.J.", 1997/02/28.
[103] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 312, BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos*…, p. 452, VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 478, quien agrega que además en algunos casos desaparecerá la antijuricidad si el autor mintió para no autoincriminarse, para evitar un mal mayor, para no perjudicarse a sí mismo o si ha sido amenazado o si actúa en legítima defensa propia o de terceros.
[104] SOLER, Sebastián, op. cit., p. 311, BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos*…, p. 454, VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 477, DONNA, Edgardo A, op cit. p. 502.
[105] NUÑEZ, Ricardo, op. cit., p. 168.
[106] RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro, SOBRINO MARTINEZ, Ana, *Delitos contra la administración de justicia. Cuando el delito deriva del propio Sistema de Justicia*, Bosch, 2008 p. 231.
[107] VILLADA, Jorge L., op. cit., p. 474.
[108] D'ALESSIO, Andrés José (Director), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1380

Art. 276: "La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso."

Antecedentes

El antiguo artículo 276 preveía solamente que el sobornante había de sufrir la pena del simple testigo por lo que, entonces, "no se describía la conducta punible ni se hacía referencia a elemento alguno"[109].

La reforma producida por la Ley 17.567 determinó prácticamente que el soborno del testigo fuera una figura autónoma al prever la represión con prisión de seis meses a tres años al que ofreciere o prometiere una dádiva o cualquier otra ventaja a alguna de las personas a que se refiere el artículo anterior, para que cometa falso testimonio, siempre que la oferta o la promesa no fueran aceptadas o, en caso de serlo, la falsedad no fuere cometida.

Con la derogación de esa ley se volvió a una redacción similar a la original con un agregado de importancia trascendental, como seguidamente veremos.

Sujeto Activo. El Sobornante

Aquí no se trata del testigo, perito o intérprete sino de la persona que practica el soborno con aquellos, por lo cual que toda persona puede serlo, lo que incluye, por supuesto, a las partes de un proceso.

El sobornado, entonces, no es sujeto activo de este delito aún en caso en que hubiere aceptado la dádiva y resulta adecuado "poner de resalto la diferencia sustancial que existe entre la conducta del sobornante y la del sobornado. El sobornante es quien ofrece o promete una dádiva o cualquier otra ventaja o beneficio para que alguien cometa falso testimonio; esta conducta, tal como está descripta, responde a la figura autónoma prevista legalmente y que aún se consumaría en forma independiente a la realización del delito por parte del sobornado"[110]

El primer párrafo agregado mediante la última reforma agrava la pena del testigo, perito o intérprete cuya declaración fuera prestada mediante cohecho, con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

Tipo Objetivo

El sobornante sólo es castigado si se comete el falso testimonio. De lo contrario queda impune, ya que no hay un tipo penal independiente como en el cohecho[111], por lo que cabe concluir que este

[109] URE, Ernesto J., *Once nuevos delitos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 99
[110] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, "Gaggero, Ricardo", 25/04/1996.
[111] DONNA, Edgardo A, op cit. p. 504.

artículo trata de la concurrencia de una circunstancia especial calificativa en el delito de falso testimonio referida al testigo, perito o intérprete[112] y la propia conducta del sobornante.

[112] OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Penal y leyes complementarias. Anotados-Comentados y Actualizados*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1975. p. 396.

Privación Ilegal de la Libertad realizada por Funcionario Público

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 143*: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por el doble tiempo:*

1) El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;

2) El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;

3) El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;

4) El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;

5) El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito,

6) El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal, omitiere retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver."

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

En lo que respecta a los antecedentes de la figura en particular prevista en el *art. 143, C.P.*, debe remarcarse en primer lugar que ya figuraba en el código de 1886, pero entre los delitos calificados como *"abusos de autoridad de funcionarios"*. El Proyecto Tejedor, lo contemplaba en el libro de los delitos cometidos por funcionarios públicos, y puntualmente en el capítulo destinado a los *"abusos de autoridad"*. No sufrió modificaciones en 1906[1].-

[1] Ver sobre la evolución histórica y sistemática del Título V en general, en Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo, Digesto de Codificación Penal Argentina, A-Z editores, Madrid; y en Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000. Para una perspectiva de la evolución de los delitos contra la libertad a lo largo del tiempo, ver Donna, Alberto Edgardo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-A, Rubinzal Culzoni Editores, 2005, págs. 112 y ssgtes..-

Asimismo, no es de soslayar que su actual ubicación y punibilidad es producto de la *ley nº 14.616 (del 30/09/1958),* la que introdujo importantes modificaciones en los *arts. 143 y 144*, e incorpora los *arts. 144 bis –previendo conductas que antes eran englobadas en el art. 143 original- y el 144 tercer*. Es consecuencia del Proyecto del Senador Weidman reproduciendo el presentado previamente por el Diputado Ferrer Zanchi, que, en lo medular, rechazaba los múltiples episodios de privaciones de libertad ocurridos durante los años anteriores, y abogaba por un castigo ejemplificador para evitar su reiteración futura[2]. Fue puesta nuevamente en vigencia por la *ley nº 23.077 (del año 1984)*.-

El artículo en cuestión del *código de 1921 (anterior a la reforma del año 58)* fue duramente criticado por Soler –contando con la adhesión de otros destacados doctrinarios, entre los que se enfilan Núñez, Fontán Balestra, Ure, y Buompadre-, por entremezclar pequeñas faltas administrativas con delitos muy graves, y sometidos a idéntica penalidad, sumado ello a que en los antecedentes que sirvieron de fundamento son severamente castigados, o bien en razón de la patente desproporcionalidad sancionatoria que presenta en comparación con otros tipos penales[3].-

Finalmente, también es objeto de previsión en el Anteproyecto de 2.006, con un aumento en la escala penal que se eleva en su máximo a los 5 años de prisión.-

Bien Jurídico.-

Afectación lesiva primaria. Discriminación según cada tipo penal.-

En general, para todos los delitos reprimidos en el *Título V del catálogo de fondo*, y sin perjuicio de las problemáticas derivadas de esta generalización conceptual[4], el bien jurídico protegido resulta ser la *libertad individual*.-

---

[2] Sobre los fundamentos parlamentarios de la aludida legislación ver, Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2° Edición, Hammurabi, 2007.-

[3] Así, ha mencionado Soler (obra citada, págs. 44/45), a modo de ejemplo lo que acontecía en el caso del anterior art. 143 inciso 1º del C.P., donde la penalidad era inferior al simple abuso de autoridad, siendo que aquella figura penal no solo abarcaba el disvalor del ejercicio abusivo de la autoridad (art. 248 del CP), sino que también incluía la privación de libertad de la persona.-

[4] En este sentido, enseña Donna, la dificultad de definir no sólo el bien jurídico protegido, sino de identificar uno común para el título, justificando la sistemática y autonomía actual de estos delitos en razones históricas. Frente a este contexto, propone analizar el tema considerando la idea del interés jurídico entroncado con la *"libertad protegida constitucionalmente"*, dando de este modo mayor amplitud al concepto, y abarcando todas las defensas del individuo frente al Estado y al particular. Asimismo, Soler (obra citada, págs. 3/7) concluye que la dificultad en la sistematización de estos delitos, radica en dos circunstancias puntuales: una de orden histórico (aludiendo al nuevo concepto de libertad a partir de las teorías filosóficas de la ilustración), y otra de índole teórico. Dentro de este último aspecto, centraliza la idea de la pluralidad de sentidos que admite la palabra "libertad" desde el punto de vista de la teoría del derecho, sosteniendo que *"…la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien o interés jurídico, presenta la particularísima situación de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto necesario de toda norma jurídica…"*.-

Tomando como punto de partida lo antedicho, y siguiendo la exhaustiva investigación de Rafecas[5], podemos permitirnos la discriminación de *dos categorías englobadoras* de esos tipos penales, teniendo en miras siempre el arribo a la precisión del tópico en estudio.-

Por un lado, considerando aquellos delitos que centran el núcleo del injusto en el *castigo de la privación ilegitima de la libertad*, recae el interés jurídico-penal en la capacidad del ser humano de fijar su posición espacial, abarcando así lo que la doctrina a identificado como *libertad de movimientos, ambulatoria o de desplazamiento*.-

En la misma línea señalada, en segundo término, adentrando al segmento cuyo estudio se propone centrar en los *arts. 143 a 144 quinto*, y amén de las precisiones que se delinearan de acuerdo al supuesto específico; debe considerarse que los tipos penales que componen el grupo aludido parten de un *presupuesto básico:* cuál es que el *sujeto pasivo se encuentra privado de su libertad (de forma legítima o ilegítima) por un funcionario público*[6]. Entonces en estos casos, la actuación del sujeto activo lesiona a la libertad como *valor supremo e innato del hombre*, pues recae sobre los escasos remanentes de espacios de libertad del detenido, lo que en definitiva se traducen en ataques directos contra su *dignidad personal*. En razón de lo que el legislador recoge el sentido de *libertad personal en su acepción más amplia*, remitiendo a la esencia del ser humano, esto es como atributo básico de la personalidad.-

Afectación lesiva secundaria.-

Ahora bien, en otro orden de ideas, al tratarse de delitos especiales propios, la calidad especial que se requiere en el sujeto activo impone necesariamente la afectación de un bien jurídico de carácter secundario: la *administración pública*[7]. Se trata de una afectación complementaria que campea en la defraudación de la confianza social depositada en el agente estatal respecto a su cabal cumplimiento funcional, es decir se pone el acento sobre las expectativas generales en el correcto desempeño de la función del agente estatal[8].-

---

[5] Rafecas, Daniel Eduardo, La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 74 y ssgtes..-

[6] Es por eso que la doctrina nacional hable de *atentados o abusos funcionales* que afectan la libertad (Creus, Núñez). En esta dirección dice Creus *"...puesto que se trata de abusos funcionales, el autor tiene que ser un funcionario con competencia para disponer o ejecutar restricciones a dicha libertad; el que no tiene esa competencia, si priva de la libertad, lo hace sin abusar de sus funciones, por lo cual -sin perjuicio de la usurpación de autoridad correspondiente- su conducta quedará inserta en cualquiera de los tipos que hemos estudiado precedentemente…"*.-

[7] Desde esta perspectiva, coincidimos con Buompadre al caracterizar a la figura en análisis como propia de los "*delitos de naturaleza pluriofensiva"*.-

[8] Rafecas, texto citado, pág. 77.-

Claro está, que siempre queda incólume la posibilidad que, si no se verifica este *daño concomitante*, pueda encuadrarse el supuesto de hecho como algún otro delito común; o inversamente, si no se da la afectación al bien individual, en alguno de los tipos penales que específicamente se reprimen en el *titulo XI del fondal*.-

Sujeto Activo.-

Se trata de un *delito especial propio*, en la medida en que para su configuración se requiere una cualidad específica en el autor[9], de tal modo y en lo que será una constante en la selección de tipos penales en comentario, se alude al carácter de *funcionario público (art. 77 C.P.).-*

Sin perjuicio de ello, y omitiendo la discusión relativa a tal calidad[10], en el caso particular, se identifican puntualmente los sujetos activos de las conductas reprimidas. Específicamente, el artículo 143, en su inciso 1º, del catálogo de fondo, contiene *dos supuestos típicos autónomos*, por lo que además de presentarse tal condición, deben concurrir otras exigencias del tipo en cuanto al extremo en análisis, pues se imponen mandatos de acción dirigidos a distintos agentes, que cumplen posiciones de responsabilidad dentro del sistema penal bien distintas, y las que además -por su naturaleza- no son intercambiables entre sí[11].-

Bifurcación del *mandato normativo*: repercusión en el *sujeto activo*.-

Por su condición de funcionario público, el autor especial se encuentra en una estrecha *posición de garante respecto a la intangibilidad del bien jurídico* en cuestión, siendo que en cualquiera de los dos supuestos castigados en la norma el sujeto pasivo se encuentra *bajo su custodia –de forma directa o indirecta-*, surgiendo una obligación legal de libertarlo, y por lo tanto, le es

[9] Sobre la clasificación que distingue entre delitos comunes o especiales, y dentro de éstos en propios o impropios, ver Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal Parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002; Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.-

[10] La polémica interpretativa reside en la dogmática penal nacional desde la misma aparición del artículo aludido en el Código Penal Argentino, la cual se acrecienta en razón de multiplicidad de normas allí incluidas que mencionan, y los efectos involucrados, sea cualificando una figura o determinando su propia tipicidad, como así también para condicionar el bien jurídico que se pretende tutelar y el sujeto pasivo o activo de cada una de ellas. No es este el sitio oportuno para evaluar el sentido y extensión de los significados *"funcionario público" o "empleado público"*, ni tampoco los antecedentes legislativos de la normativa, solo se mencionara que la mayoría de la doctrina argentina se ha ido inclinando hacia la aceptación de un criterio equiparativo de ambas nociones, caracterizándose al agente por su participación el ejercicio de funciones públicas, existiendo matices en cuanto al baremo que determine esa calidad (Rafecas, obra citada, pág. 286; David Baigún-Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias, T. 2B, Hammurabi, 2007; Jorge De la Rúa, Código Penal Argentino, 2ª edición, de Palma, 2007).-

[11] Rafecas, obra citada, pág. 353.-

atribuible el resultado lesivo cuando con su proceder genere un aumento del riesgo de afectación de aquel.-

De tal modo, en el *primer supuesto* donde el mandato normativo consiste en *retener* cuando haya debido *decretar* la libertad del detenido, se trata de un *funcionario público con facultades para resolver, y en consecuencia, disponer la libertad de un detenido.* En la generalidad de los casos, el sujeto activo será el *juez* a cargo de la causa, o el magistrado que tiene a su cargo la ejecución de la pena[12].-

Mientras tanto, en el *segundo supuesto* siendo que la orden normativa recae en *ejecutar* la soltura del detenido*, se trata de un funcionario público que efectiva y directamente tiene a un detenido o preso bajo su custodia.* Es decir, un agente cuya tarea funcional es hacer efectiva la libertad dispuesta por el magistrado competente, sin revistar las de controlar la orden respectiva como paso previo al cumplimiento del edicto -siempre que revista las formalidades ordinarias-[13], siendo que la competencia en relación a la situación típica será determinada por la legislación vigente que regule el ámbito de actuación[14].-

Sujeto Pasivo.-

La redacción de la norma habla de *"detenido o preso"*. Ambos términos, refieren a una persona que se encuentra *legalmente* privada de la libertad, sea por motivos *administrativos* (vgr. averiguación de identidad o antecedentes), *contravencionales*[15] o *judiciales* (vgr. aprehensión, detención, prisión preventiva, condena judicial).-

[12] Ibídem, pág. 354. Añade el autor, las excepciones que se pueden encontrar en aquellos casos en los que la facultad de disponer la soltura, se encuentra en manos de agentes administrativos, como el *art. 5º inc. 1º de la ley orgánica de la policía federal* (Decreto ley nº 333/58, modificado por ley nº 23.950), en el cual aparece justificada la restricción en la necesidad de averiguar la identidad de la persona. Sin perjuicio de las criticas de inconstitucionalidad de estas previsiones, la conducta será encuadrable en el tipo penal estudiado cuando se exceda el plazo de diez horas, o cuando se haya indagado positivamente ese dato sin que exista otro impedimento y se mantenga el estado privativo.-

[13] A decir de Donna, en este segundo supuesto el sujeto activo es subordinado y brazo ejecutor del primero (obra citada, pág. 153). Por su parte enseña Rafecas: *"...de otro servidor público que tiene como función específica ejecutar la orden de libertad dispuesta por el magistrado interviniente… carece de facultades de verificación o contralor del contenido sustancial de la orden, debiendo limitarse a verificar su legalidad formal, para entonces darle curso. El funcionario específico, a quien corresponde este cometido, y por lo tanto a quien está dirigido el mandato normativo, surgirá de las leyes que regulan el ámbito de actuación funcional de que se trate..."* (autor y obra citada, pág. 358).-

[14] David Baigún – Raúl Eugenio Zaffaroni, en Código Penal y normas complementarias, Hammurabi, comentario de Federico Delgado, Juan C. Seco y Máximo Lanusse Noguera, pág. 316.-

[15] Así lo sostiene Buompadre, obra citada, pág. 526; siendo seguido a su vez por Donna.-

Este elemento objetivo del tipo –privación de libertad de modo *legítimo*- denota el límite de la figura en análisis con relación al delito de privación ilegítima de la libertad cometida por funcionario público *(art. 144 bis, inc. 1º, del C.P.)*.-

La expresión legislativa entraña *dos categorías distintas* que describen al sujeto pasivo. Así, la voz *"preso"* remite a aquella persona que esta privada de su libertad en un establecimiento destinado al efecto, sea como procesado o como condenado; mientras *"detenido"*, a quien está privada de su libertad en las primeras horas del proceso penal, y que desde el lugar en que dicha detención tiene ocasión es trasladada, transitoriamente, a recintos dependientes de la prevención[16].- Por su parte, desde una perspectiva formal que pone el acento en la situación procesal del *titular del bien jurídico (detenido o preso)*, se ha establecido como parámetro diferenciador que el estado del sujeto pasivo sea: *procesado no condenado*, o *condenado*, respectivamente para cada término[17].-

Tipo Objetivo.-

Primeramente es necesario sindicar que se trata de un *delito de omisión impropia*[18]. Ello porque se incurre en la vulneración de la norma prohibitiva al no decretar la orden de libertad o en no ejecutar dicha orden emanada de funcionario competente (omisiones alternativas), con las cuales automáticamente se está reteniendo ilegítimamente al sujeto pasivo (acción- resultado lesivo)[19].-

[16] Rafecas, obra citada, pág. 360, quien ha indicado que la voluntad legislativa es claramente consistente en ampliar el escenario de protección de la norma desde el mismo inicio del proceso penal. En el mismo sentido, David Baigún – Raúl Eugenio Zaffaroni, obra aludida, pág. 317.-

[17] Buompadre, texto citado, pág. 526; Donna, obra citada, pág. 156; Núñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 152; Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, T. I, 6º edición, Astrea, pág. 291.-

[18] En cuanto al polémico concepto en cuestión, su clasificación, y los distintos criterios diferenciativos que suelen adoptarse, ver Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, y Slokar Alejandro, obra citada. Debe coincidirse con los referenciados autores en tanto la clasificación de los tipos omisivos no es uniforme en la doctrina, resumiéndolo apropiadamente al enunciar: *"Puede decirse que se han seguido muy diferentes criterios clasificatorios, dando lugar a un intrincado panorama donde, con frecuencia, han coincidido denominaciones y disentido conceptos…"*. Enseñan que el criterio diferenciador dominante, plantea que hay tipos en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea que sólo aparecen en forma tal que la norma es siempre imperativa, y en los que el autor es indiferenciado -cualquiera que se halle en la situación típica- (llamados *propios delitos de omisión)*. Contrariamente, la doctrina denomina *impropios delitos de omisión* a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara, requiriendo una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa, y en las que sus autores son siempre calificados, debido a la mayor amplitud de esa formulación se limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica. Finalmente, para mayor profundidad sobre el origen de las clasificaciones de los delitos de omisión impropia, y las diversas categorizaciones, ver Silva Sánchez, Jesús M., 'El delito de omisión. Concepto y Sistema', 2º Edición, Edit. B de F, 2003.-

[19] Se inclinan por encuadrar a la figura en esta categoría, Estrella-Godoy Lemos, Buompadre, Creus, Rafecas, Zaffaroni-Baigún. Este último jurista puntualiza, que dentro de esta clasificación, su especie es de aquellas referidas a un resultado sin equivalencia comisiva, siguiendo a Silva Sánchez -1986:347-348-. La doctrina señala en apoyo la jurisprudencia de la CCC. Fed, Sala I, *in re "Llaver Leonardo"*, en causa nº 31958, del 6/7/2000, en donde expresamente se la indicó incluida

El verbo típico consiste en *"retener"* a un detenido o preso, esto es, impedir que recupere su libertad, manteniendo la detención en incumplimiento de las leyes o la orden de soltura. Es decir, que parte de un *presupuesto básico*, cual es que la libertad del sujeto pasivo se impone a consecuencia de la ley o de una orden judicial[20].-

<u>*Modalidades comisivas* exclusivas del tipo.-</u>

Pero este proceder sólo puede verificarse de dos modos para que llene las expectativas del nivel típico que nos ocupa: sea absteniéndose de *decretar* (primer supuesto) o de *ejecutar* (segundo supuesto) *la soltura* de la víctima[21]. Resulta una duplicidad de comportamientos negativos autónomos.-

Pero además, la soltura debe ser debida *(textualmente dice "…cuya soltura haya debido decretar o ejecutar...")*, ello implica que la libertad del sujeto pasivo debe disponerse *necesariamente* conforme la normativa imperante.-

Las hipótesis fácticas que pueden subsumirse en el tipo penal en cuestión podrían ser fácilmente ubicadas si se repara en el ámbito de actuación de agentes ejecutivos (vgr. la omisión dolosa del policía o del integrante del servicio penitenciario en disponer la soltura de un detenido), pero más difícil es determinar cuándo es debida la soltura en los casos en los que el sujeto activo es un magistrado –primer supuesto delictivo-[22].-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*. La retención del sujeto pasivo debe ser intencional, admitiéndose el *dolo de consecuencias necesarias*, e incluso el *dolo eventual*[23]; es decir el autor debe conocer la situación

en esa clasificación.-

[20] David Baigún – Raúl Eugenio Zaffaroni, obra aludida, pág. 314.-

[21] *Ver supra* lo dicho en relación al sujeto activo del tipo penal y sus comportamientos típicos, para cada una de las modalidades previstas en la norma. Resulta de destacar, la definición de Soler, al indicar que la figura en análisis *"…es una ilegalidad sustancial, mientras que el del inc. 2º, es una ilegalidad por incompetencia…"* (texto aludido, pág. 48).-

[22] Para estos supuestos, debe coincidirse plenamente con Rafecas en que será debida cuando la soltura sea consecuencia ineludible de una resolución, auto o sentencia, propia o de la alzada, que imponga al magistrado una obligación de disponer la liberación del detenido o preso, sea -de oficio o a pedido de parte-, proponiendo así un criterio restrictivo (obra citada, pág. 358).-

[23] Rafecas obra citada, págs. 360/361. Según el autor, Moreno es el único doctrinario que admite el supuesto en casos de "descuido manifiesto" (Moreno, t. IV 1923:379) -en el marco de una crítica a la ausencia de inclusión en el código de fondo de figuras que prevean la punición de casos imprudentes, los que desde su óptica son la generalidad de las hipótesis que se pueden presentar, diferenciándose de lo que acontece en el código penal español (art. 530)-. Sobre las consideraciones generales del tipo subjetivo como integrante de la estructura omisiva, v. Zaffaroni, Alagia, Slokar, obra citada, pág. 583. Estimamos prudente adicionar la cuestión discutida sobre la posición que debe ocupar el *conocimiento de la posición de garante*. Según esos autores las características que hacen a la posición de garante en particular

fáctica en que se enclava el detenido o preso, y plasmar la voluntad de mantener el estado de privación de libertad.-

Se considera como una detención ilegal imprudente la figura del *art. 270 del fondal*, segundo párrafo, la que reprime al juez que *prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima* que podría corresponder al procesado por el delito imputado[24].-

Autoría y Participación.-

Como fuera expuesto previamente, asistimos a un tipo penal que ha sido calificado como *de omisión impropia*. Partiendo de esta eventualidad, el tema atinente a la autoría y participación, lejos de ser una materia sobre la cual sean pacíficas las opiniones doctrinarias, se alzan diversas y variadas posturas. Así, teniendo en cuenta las dificultades que presenta la cuestión, y siendo preciso para emitir conclusiones o adoptar posturas definitivas, realizar un desarrollo profundo y elaborado, lo que excedería el propósito de la exposición; nos limitaremos a señalar –aunque sin ánimo de agotarlas- algunas de las posibilidades de encarar el fondo del asunto. Sentada esta advertencia al lector, resta indicar que las diversas consecuencias a las que se puede arribar sobre el punto dependerán en gran parte de la base metodológica desde la que se inicie el abordaje, incidiendo en la posibilidad misma *–discutida, como se verá-* de establecer parámetros diferenciativos entre la autoría y la complicidad –y por ende de *admitir la coautoría, la autoría mediata, la instigación, y las distintas formas de complicidad-*[25].-

---

pertenecen al tipo objetivo, pero no así el deber de evitar el resultado de ella emergente, que como tal pertenece a la antijuridicidad. En consecuencia, concluyen que: a) el error que recaiga sobre la situación o el estado que funda la posición de garante será un error de tipo que, como tal, eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sin perjuicio de que, en el supuesto de ser vencible, pueda dar lugar a la tipicidad culposa de ésta, a condición de que se den todos los requisitos de esta última; b) el error que recaiga sobre el deber que emerge de la posición de garante (los deberes que incumben como padre, marido, hijo, funcionario, empleado, bombero, policía, etc.) será un error de prohibición (error de mandato) que, en el supuesto de ser invencible, eliminará la culpabilidad (reprochabilidad) de la conducta. Buompadre y Creus también admiten el dolo eventual.-

[24] Con este alcance lo hace Rafecas, obra citada pág. 362, quien lo caracteriza como la única excepción a la impunidad de detenciones ilegales imprudentes, al igual que Núñez y Soler para quienes es un delito culposo. Asimismo, es indicado por Donna (obra citada, págs. 155), aunque se propone la solución mediante la imputación de esta última figura por aplicación del principio de especialidad, solución idéntica a la propuesta por Creus (obra citada, pág. 290).-

[25] Bacigalupo Enrique, 'Delitos impropios de omisión', Edit. Temis, 1983, quien centraliza las opiniones doctrinarias, en dos corrientes antagónicas y extremas bien diferenciadas, no obstante otras teorías intermedias que pueden encontrarse, identificando además los diversos resultados a los que arriban. En resumidas cuentas, comenta, por un lado que, con Armin Kaufman como su representante principal, una vertiente niega que en los delitos omisivos impropios sean viables estas formas de intervención plural de personas en un delito, apuntalando los fundamentos en la idea de que la acción y omisión no se encuentran totalmente desvinculados entre sí *(concepto denominado "principio inverso")*, formulado sobre la base de que lo que en la realización de una acción concurre positivamente –causalidad y finalidad- faltará esencialmente en la no realización. Así, pone el centro de consideración, no en la resolución de cometer una omisión,

Ahora bien, en cuanto a los posibles *autores individuales o directos* del delito en análisis, básicamente debe remontarse a lo esbozado más arriba al delinear el sujeto activo y el tipo objetivo, en lo relativo a las calidades y las conductas necesarias para su imputación penal; aunque sin antes recordar que éste –en su calidad de funcionario público- se encuentra en una especial posición jurídica de cuidador garantizando la integridad del bien jurídico[26]. Podrá ser tanto un *funcionario con competencia* para *disponer la soltura* por sí mismo (por ej., el agente policial que procede al arresto de una persona cuando transcurre el plazo que la ley autoriza para mantenerlo en esa condición); o bien cumpliendo una anterior disposición de autoridad competente que requiere ser completada con su propia decisión (por ej., el director de penitenciaría que tiene que disponer la libertad cuando se ha concluido la ejecución de la pena, según las disposiciones de la sentencia); o que tiene que *ejecutar* la orden concreta y actual de llevar a cabo la soltura de una persona privada de su libertad que le ha impartido una autoridad competente (por ej., el director de la cárcel de encausados que recibe una orden de libertad expedida en un incidente de libertad provisional)[27]. También algún colaborador del magistrado podrá incurrir en la tipicidad penal de la figura cuando habiéndose dispuesto la soltura, no la concretare (ej. omite dolosamente entregar el oficio que así lo ordena a la autoridad competente).-

Respecto de la posibilidad de comisión del tipo penal mediante *autoría mediata*, tratándose de un delito especial propio, es necesario la afirmación de la *calidad especifica en el autor-determinador*, de lo contrario por más que la posea el instrumento (determinado), no será viable penarlo como autor[28].-

---

sino en la resolución de ejecutar la acción mandada, a pesar de la capacidad de ejecución; y en la determinación de la accesoriedad en el dolo del agente. En la dirección diametralmente opuesta (sostenida por Claus Roxin), se parte del concepto de *"delito de infracción al deber"*, en los cuales la idea de dominio del hecho no es decisiva para la determinación de la autoría, identificando elementos y características propias de estos delitos (entre los que ubica a los imprudentes y a los de omisión). La tesitura trae efectos en la accesoriedad y en delitos especiales propios cuando participa un *extraneus* (instigadores y cómplices, en estos casos se soluciona de modo que éste será solo participe por no ser portador del deber especial, aun cuando domine el hecho).-

[26] Sobre la estructura de los delitos omisivos, su clasificación y las diversas fuentes que determinan el posicionamiento del sujeto activo como garante del bien jurídico, ver Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, obra citada. Refieren estos autores que esta especial situación, que la doctrina contemporánea llama la *"posición de garante" (GaranL"enstellung)*, es una teoría que fue primitivamente elaborada por NagIer, quien la consideró como un componente no escrito que se añade al tipo de comisión. Asimismo, la consulta de este material deviene acertada para la ilustración de las distintas formas de participación plural de personas en un suceso ilícito, conceptos que se dan por sentados y que exceden la finalidad del trabajo.-

[27] Todos supuestos mencionados por Creus, obra citada, pág. 290.-

[28] Sentada esta premisa, las opiniones se diversifican en cuanto a los alcances de la atribución penal de responsabilidad al *extraneus*. Así, algunos autores argumentan que la intervención no quedara impune, pues el código argentino lo considera como *autor por determinación conforme el art. 45 del digesto –Zaffaroni-*. En otra postura, Fontán Balestra, obra citada, pág. 413, admite la imputación de responsabilidad por complicidad del agente. Por su parte, Bacigalupo, obra citada, pág. 175, partiendo de la hipótesis admitida por la generalidad de la doctrina –en la cual el extraneus impida

Tratándose de la *coautoría* en los delitos de omisión impropia, las posturas oscilan de forma divergente en la doctrina, según los fundamentos metodológicos de los que se parta, variando entre aquellas que permiten admitirla –con ciertos condicionamientos-, y otras que las descartan de plano[29].-

La *participación criminal* en el hecho doloso cometido por otro, según el grado de colaboración prestado *(arts. 45 y 46 del C.P.)*, siempre estará guiado por el carácter referencial del injusto ajeno, circunstancia de la que se deriva e impone la naturaleza accesoria de la participación *(accesoriedad limitada)*[30].Para el caso del *instigador*, instituto considerado como una forma de extensión participativa típica en el suceso criminoso de un tercero, tampoco son pocas las discrepancias doctrinarias que se alzan al respecto, precisamente cuando se trata de admitir que el sujeto de atrás carezca de la calidad especial[31].-

---

a un tercero obligado por su posición de garante, que cumpla con su deber- se inclina por descartar la punibilidad. Respecto de la posibilidad de la autoría mediata por omisión, ver Roxin, Claus, 'Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal', Séptima Edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 511.-

[29] Así puede aludirse a las siguientes concepciones, aunque sin agotar el análisis de la compleja temática, y solo a los fines de sugerir las problemáticas que se desprenden de la misma. Roxin, Claus, obra citada, pág. 510, quien partiendo del concepto de *delitos de infracción al deber*, sobre el cual asienta su tesis en este ámbito, admite esta posibilidad de coautoría en tanto exista un deber común, y siempre y cuando ambos agentes –*intraneus*- omitan de manera acordada el cumplimiento del mandato normativo. Menciona el caso de los funcionarios que dolosamente acuerdan permanecer impávidos ante la fuga de un preso a quien deben custodiar. No obstante descarta aquellos supuestos en los que uno de los agentes omite y otro actúa positivamente. En una opinión opuesta, Bacigalupo, obra citada, pág. 173, quien siguiendo a Kaufman y partiendo de las características conceptuales que pueden verificarse como definitorias de la coautoría, vale decir resolución común y división del trabajo según esta decisión conjunta, y la falta en el tipo subjetivo de una voluntad de realización que descartaría el acuerdo común, concluye que no sería posible admitir una bifurcación de la infracción al deber que recae en cada agente colocado en la posición de garantía –de manera individual-.-

[30] Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, obra citada, admitiendo expresamente la participación en la omisión, citando como ejemplo al agente que instiga a la omisión del cumplimiento de sus deberes de asistencia familiar (obra citada, pág. 797). Debe recordarse, que han explicado que como la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto (accesoriedad limitada), el partícipe no necesita tener las características del autor, porque no es autor del hecho en forma directa, sino que actúa típicamente sólo cuando lo hace por la vía del hecho del autor (autores citados, obra citada, pág. 792, partiendo de la teoría de Stratenwerlh). De idéntica tónica, Creus, Carlos, Derecho Penal parte General, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 420 y 426, puesto que siguiendo a Núñez menciona *"...quien tiene el deber jurídico de actuar, puede ser instigado o ayudado a no hacerlo…"*, y añade ejemplificativamente los siguientes casos: el empresario que fábula la cesantía de su empleado para que no preste alimentos a su cónyuge; en la omisión de auxilio, quien le facilita un automóvil al omitente para que se retire del Jugar donde debe prestar el auxilio; el que facilita el retiro del guía que deja abandonados a los turistas en la alta montaña. De todos modos, la cuestión no es tan sencilla y reducible a los criterios generales del concepto de *"participe"*, pues deben ser cotejados con argumentos en contra que se levantan para la admisión de la intervención de terceros en la omisión criminal del agente obligado. Desde esta perspectiva, nacen los lineamientos de Kaufman, para quien en esta clase de delitos no es posible aceptar la complicidad, siendo la falta de dolo y de causalidad en el resultado los pilares en los que asienta su teoría (v. detalladamente en Bacigalupo, obra citada, pág. 159). Es admitida la complicidad mediante un hacer positivo, por lo general en forma de apoyo psíquico reafirmando la voluntad de no intervenir del omitente (Roxin, obra citada, pág. 565). Sobre la posibilidad de complicidad mediante omisión, ver Denise Staw, "Algunas cuestiones sobre la autoría y la complicidad por omisión", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Septiembre 2012, fasc. 9.-

[31] Roxin Claus, obra citada, pág. 550 y ssgtes., admite la inducción a cualquier conducta, aún cuando sea una omisión. Asimismo, resulta de interés la crítica de descarte realizada por este autor a la tesis de Kaufman. Por su parte Creus, obra citada, pág. 421, en una línea similar, explica *"…la instigación aparece como una particular forma de participación en*

Consumación y Tentativa.-

Se trata de un delito cuya *consumación* opera en el momento mismo que surge la obligación –*de mera actividad*-, por ley o por mandato de autoridad competente, de liberar al detenido, sea decretando o ejecutando la orden según el caso[32].-

Además de carácter *permanente*, ya que recién se agota en sus consecuencias una vez que el sujeto pasivo es finalmente puesto en libertad, por ese funcionario u otro que revise o descubra la maniobra[33].-

Se postula la inadmisibilidad de la *tentativa* del delito, lo que no resulta dificultoso coincidir si se atiende al momento consumativo[34].-

Particularidades de la Figura.-

Comparación con otras figuras penales.-

Resulta de suma utilidad para su acabada comprensión el cotejo con otros supuestos típicos. Así, no puede identificarse con la figura prevista en el *inc. 6º del mismo artículo*, pues vale adelantar que el autor de este último delito es ajeno a la detención ilegal, y puede ser cometido por otro funcionario en tanto ésta se mantenga en el tiempo -siempre que omitiere, retardare, o rehusare hacer cesar, o dar cuenta a la autoridad del estado del que toma conocimiento-.-

Tampoco debe ser confundida con la *privación ilegítima de la libertad* cometida por funcionarios públicos y castigada en el *144 bis, 1º, C.P.,* pues mientras que en el tipo penal analizado la detención es inicialmente legal, y luego se convierte en ilegítima; en el otro ilícito desde el inicio ya presenta esta calidad contraria a la ley.-

el delito instigado, que puede ser de cualquier carácter, incluidos delitos propios o especiales y de propia mano…". En cambio para Bacigalupo, obra citada, cuando se disuade a otro del cumplimiento de un deber, se es autor directo del delito de comisión (siguiendo a Kaufman a partir de lo que denomina "disuasión" del cumplimiento de un deber), y no instigador de la omisión. La idea se vincula estrechamente a la planteada inexistencia del dolo de omitir en los delitos omisivos en la tesis de ese autor, lo que pude explicarse en palabras de Roxin de la siguiente manera: *"…Donde no es posible resolución del hecho, tampoco cabe provocarla…"* (obra citada, pág. 551).-

[32] Rafecas, Creus, Estrella-Godoy Lemos, y Donna.-

[33] Núñez, Rafecas y Buompadre. Agrega el primero que el lapso temporal en que se extienda la omisión tendrá repercusión directa en el reproche de culpabilidad concretado en la sanción a imponer al autor, en tanto cuanto más tiempo el funcionario retenga ilegalmente a la persona privada de la libertad, mayor será el disvalor del injusto del comportamiento (obra citada, págs. 363).-

[34] Creus, Estrella-Godoy Lemos, Marín, Núñez y Donna. Se ha argumentado la posibilidad de aceptar la tentativa acabada en David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni, "Código Penal y Normas complementarias", Hammurabi, T. 5, pág. 318. Un pormenorizado desarrollo sobre la discusión relativa a la admisibilidad de la tentativa en los delitos de omisión y las diversas posturas sobre el punto, en Enrique Bacigalupo, obra citada, págs. 187 y ssgtes..-

Finalmente, con relación al delito de *prevaricato (art. 270, segundo supuesto, del C.P.)*, se remite a lo expuesto en el punto tocante a la autoría y participación.-

Delimitación material del ilícito.-

A su vez, es necesario establecer los *límites materiales de la tipicidad* desde una perspectiva evaluativa de la afectación al bien jurídico-penal[35]. En esta dirección, si bien se sugiere que una ligera demora más o menos justificada no es típica[36], prácticas que podrían aparentar una intromisión de menor intensidad, como por ejemplo una requisa personal llevada a cabo por un funcionario en la vía pública, cuando es prolongada excesiva e injustificadamente en el tiempo podría derivar en la comisión de una conducta típica.-

Finalmente, a diferencia de otras figuras del capítulo *-como las amenazas (art. 149 bis, C.P.)-* y en directa relación a lo manifestado al inicio en lo tocante al bien jurídico tutelado, el *consentimiento del damnificado* carecerá de eficacia, lo que se justifica en que interesa al Estado no sólo la corrección de sus funcionarios sino también el cumplimiento de la ley, para cuya violación nadie puede prestar un consentimiento eficaz.-

Art. 143*: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:*

2º.- El funcionario que prolongare de forma indebida la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente".-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

Además de lo dicho respecto de las modificaciones introducidas por *Ley nº 14.616* en el punto anterior, en lo atinente a esta figura debe remarcase que el proyecto Tejedor ya la preveía -aunque establecía un plazo de 24 horas para el cumplimiento de la conducta ordenada, lo que condicionaba la consumación al vencimiento del término-. El proyecto de Villegas - Ugarriza y García, como así también el código de 1.886, suprimieron el lapso temporal aludido, e incorporaron el tipo penal como articulo 143 inciso 3º, aunque con una penalidad considerablemente menor (de un

[35] Este posicionamiento material de la tipicidad es representado principalmente en Latinoamérica por Raúl Eugenio Zaffaroni y Juan Bustos Ramírez.-
[36] Moreno citado en Estrella-Godoy Lemos, obra aludida, pág. 87.-

mes a un año, con mas el doble de tiempo de inhabilitación especial). Recién la mencionada reforma de 1958, lo incorpora en su sitio actual[37].-

El Anteproyecto del Código Penal de 2.006, conserva la redacción aunque modifica su localización *-art. 129 apartado b-*, y al igual que en el caso del supuesto precedente, aumenta la penalidad a cinco años en su máximo.-

Bien Jurídico. Remisión.-

Se remite a lo dicho al tratar el *inciso 1º del artículo* en estudio, sin merecer este precepto legal en cuanto al ítem respectivo mayores precisiones.-

Sujeto Activo.-

Se trata de un *delito especial propio*, aunque a diferencia de lo que acontece con la figura anterior, el *funcionario público (art. 77 del C.P.)* a quien está dirigido el mandato normativo, será quien tenga permitido, en virtud de sus facultades y en los casos autorizados legalmente, *proceder a la detención sin orden escrita* de juez competente, teniendo por ello un plazo perentorio para poner a su disposición al detenido.-

Es decir, un integrante de *agencias ejecutivas con desempeño en la función judicial (agencias policiales, y demás fuerzas de seguridad)*, dejando de lado a aquellos funcionarios que cumplan labores penitenciarias[38].-

Sujeto Pasivo.-

No se establecen limitaciones en lo atañe a este tópico, pues la ley solo habla de *"...la detención de una persona..."*.Únicamente debe señalarse que presenta identidad con el caso anterior, en cuanto también parte como presupuesto básico de una *detención legalmente efectuada y que se torna en lo sucesivo ilegítima*, en el caso por ausencia de poner al detenido a disposición del juez competente.-

---

[37] Rafecas, obra citada, pág. 364. Para mayor abundamiento ver, Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo, obra citada.-

[38] Ibídem.-

Tipo Objetivo.-

<u>*Consideraciones generales* del aspecto objetivo.-</u>

Es un *delito de omisión impropia*[39]. Aquí la vulneración del mandato recae en no poner en conocimiento del magistrado competente, en el debido tiempo y conforme las normativas legales estrictas vigentes, al detenido que se tiene bajo custodia (conducta omisiva), prolongando de esta forma su detención, la que a partir de ese momento devendrá en ilegal (acción – resultado lesivo)[40].-

El delito consiste en *mantener la disposición o la autoridad* sobre el detenido más allá de los términos autorizados por ley, evitando transferir esa disposición o autoridad al juez competente[41].-

Es necesario señalar que la regulación de los motivos y las circunstancias en los que se permite la detención sin orden judicial escrita, como así también de los plazos en que -en esos casos- debe ponerse a disposición de la autoridad competente al detenido, es una facultad que corresponde a legislativamente a las *provincias (arts. 18, 23, 61 C.N.)*, por lo que deberá necesariamente compulsarse los respectivos códigos de rito para así permitirse completar los requerimientos típicos de la figura.-

En el ámbito nacional se destaca lo normado por *el art. 286 del CPPN*, el que establece el plazo de *seis horas* para el cumplimiento de ese comportamiento por parte del funcionario policial. En terreno bonaerense, encontramos los *arts. 155 y 156 del CPPBA*, los que imponen la obligación –tanto al funcionario como al particular que aprehendiere en flagrancia- de presentarlo ante el *agente*

---

[39] Lo expuesto previamente sobre este concepto, debe ser complementado con la mención a las problemáticas que origina esta categoría, sin perjuicio de las que ya han sido señaladas. Siguiendo a Zaffaroni Raúl Eugenio, Slokar Alejandro, Alagia Alejandro, texto citado *–quienes hablan de impropios delitos de omisión-*, puede resumirse que el origen radica en que no todos estos delitos así denominados están escritos y previstos, por lo que cuando no lo están, generan una actividad complementaria y "correctora" judicial, que requiere individualizar las características de los autores conforme a los modelos legales que se hallan escritos. Así las cosas, considerando a los tipos impropios de omisión no escritos como "abiertos", se alzan *objeciones constitucionales* contra ellos. Se ha dicho sobre el punto que: *"...La circunstancia de que esta característica del autor en algunos tipos omisivos impropios se encuentre "no escrita" no obedece a un defecto legal…Pese a todos los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que estos códigos por lo menos están violando la exigencia de estricta legalidad. No en vano y desde antiguo se ha criticado la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos, expresión que encierra una pretensión de completividad incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal. No hay una diferencia sustancial entre el casi desaparecido crimen culpae, que pretendía construir un tipo culposo junto a cada tipo doloso, con los pretendidos tipos omisivos no escritos que operarían como falsete de los tipos escritos…"*.-

[40] Buompadre, Creus, Rafecas, Marín, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Baigún-Zaffaroni. En lo medular se remite a lo expresado *ut supra* sobre esta categoría clasificatoria de los delitos.-

[41] Núñez, obra citada, pág. 153, denominando al delito como sustracción de un detenido a un juez. En igual sentido se expide Soler, quien alude a la circunstancia de ausencia de traspaso de autoridad o poder ejercido sobre el detenido refiriendo: *"…reteniéndolo a la propia disposición…"*.-

fiscal "inmediatamente"; sin perjuicio de la triple comunicación del inicio de las actuaciones judiciales, exigida en cualquier caso, por imperio del 296 del mismo cuerpo normativo[42].-

Modo comisivo específico.-

La figura exige para su configuración que la prolongación de la detención lo sea en virtud del medio comisivo allí expresamente descripto: la *omisión de "poner al detenido a disposición del juez competente"*. Esto lleva al análisis de dos matices diferentes:

a) Por un lado, uno que encierra la *puesta en conocimiento* de un modo fehaciente al magistrado competente de la existencia de una persona privada de su libertad. Admitiéndose sobre el punto un *criterio amplio*, tanto en cuanto a los medios por los cuales sería susceptible informarle, como así también a la posibilidad de que esa comunicación sea viable a los auxiliares del juez. Aquí también deben considerarse las distintas figuras que aparecen según cada *diseño procesal de los ritos provinciales*, trayendo a colocación lo referido a los diversos esquemas de las provincias en el ejercicio de la aludida facultad no delegada al estado nacional, dato que no resulta menor si se atiende a que, de ello dependerá quién sea la *autoridad* ante quien se deberá cumplir el mandato legal imperativo para evitar caer en la prohibición típica[43].-

b) Pero además, una segunda consideración, relativa a los *términos materiales de ilícito*, evaluado a la luz del *principio de lesividad*; la que impone que para que el tipo objetivo quede agotado, la *prolongación indebida sea consecuencia exclusiva y directa de la ausencia de puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional* del detenido que se encuentra bajo dominio del funcionario. Es decir, que la hipótesis analizada *ex post facto*, indique que el juez, de haber tenido conocimiento

[42] Es interesante la crítica de Rafecas respecto a la "desconfianza del legislador sobre la actuación policial", la que se evidenciaría de la diferencia de las "normas procesales locales" con otros ordenamientos jurídicos europeos que recurren -comparativamente- a plazos más extensos que los referidos. En este mismo sentido, señala el autor el fallo de la *C.I.D.H. in re "López Álvarez",* en cuanto a la exigencia de un necesario contralor judicial inmediato en las aprehensiones en flagrancia. Asimismo, resulta del caso indicar en relación al tema en danza, sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, los desarrollos de Alejandro Carrió, en particular al abordar las condiciones requeridas para la procedencia de detenciones sin orden escrita y la necesidad de reconocer los motivos previos, los estándares jurisprudenciales, como así también la pormenorizada descripción de la evolución de la jurisprudencia de la CSJN y de la Cámara de Casación Penal en esa materia (en Alejandro D. Carrió, "Garantías Constitucionales en el proceso penal", 4° Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 190 y ssgtes.).-

[43] Buompadre expresa que será el magistrado con competencia para la investigación de los delitos de acción pública (obra mencionada, pág. 527). En el ámbito de la provincia de Buenos Aires será el Agente Fiscal en turno al momento de la aprehensión. Creus por su parte afirma que será típica la comunicación dolosa a un juez que no es competente (texto aludido, pág. 292).-

de la detención en forma y tiempo debido, hubiese ordenado anticipada y necesariamente la inmediata libertad de la persona[44].-

Tipo Subjetivo.-

Es un tipo penal *doloso*. Respecto de la admisión del *dolo eventual* para la verificación del aspecto subjetivo del tipo penal es núcleo de discusión en la doctrina. Así mientras en general es admitida la suficiencia del *dolo eventual*[45], algunos autores sostienen que la inclusión del término *"indebidamente"* en el texto legal, implica la incorporación de un elemento subjetivo del tipo que por lo tanto impone la exigencia de dolo directo en el autor para su configuración[46].-

Autoría y Participación.-

Teniendo presentes las advertencias que fueran reveladas a esta altura de la exposición en el artículo anterior -en torno a los inconvenientes que se derivan de intentar compatibilizar las numerosas opiniones en esta materia con los fines y objetivos de este trabajo-; puede considerarse como *autor directo* del ilícito, al funcionario público que haciendo uso de sus facultades proceda a la detención legitima de una persona, aunque dolosamente omita ponerlo a disposición del juez competente conforme la prescripción formal del digesto provincial. Aquí deberá recapitularse en lo alusivo a la necesidad de concreción del daño sobre el bien jurídico tutelado para que la conducta sea materialmente imputable.-

Son semejantes con el inciso anterior las opciones teóricas, y sus soluciones, que se advierten en esta disposición, en cuanto a la posibilidad de cometer la conducta prohibida por dos o más agentes en calidad de *coautores*, como así también respecto a otras formas de participación –*complicidad o instigación-* y en lo atinente a su comisión por intermedio de un instrumento que la ejecute –*autoría mediata-*, por lo que remitimos a lo antes ensayado.-

Consumación y Tentativa.-

---

[44] Rafecas, obra citada, pág. 367, arribándose a esa conclusión partiendo de una consideración de la ubicación sistemática del delito y de la aplicación del principio de subsidiariedad. Igual solución en Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 322, quienes mencionan la posibilidad de incurrir en un supuesto de tentativa de delito imposible puesto que la consumación, desde esta óptica, depende de la apreciación judicial.-

[45] Buompadre, Creus, Baigún-Zaffaroni.-

[46] Así lo plantean Estrella-Godoy Lemos, obra citada, enrolando en esa opinión restrictiva del elemento subjetivo a Moras Mom-Damianovich.-

Primeramente creemos que no se admite como posible la *tentativa*[47]. Lo cual esta ceñido a que se trata de un delito cuya *consumación* formal opera en el momento en que transcurre el plazo legal en que el funcionario debió haber comunicado la detención al juez competente, sin perjuicio que deberá constatarse la afectación al bien jurídico conforme fuera expresado previamente.-

Aparece redactado como un delito de *carácter permanente*[48], ya que recién se agota en sus consecuencias lesivas y reprochables una vez que el sujeto pasivo es finalmente puesto en libertad.-

Particularidades de la Figura.-

El artículo 143 Inc. 2°, C.P.: *tipo penal abierto y de complemento*.-

En principio, se trata de un tipo penal abierto[49]. Ello pues deberá ser siempre completado en su tipicidad recurriendo a la normativa procesal aplicable al caso según corresponda, tanto para determinar el plazo legal en que deba ser puesto a disposición de la autoridad competente como para la ubicación precisa de ésta.-

Por lo demás, es subsidiario y complementario de los *arts. 144 bis, inc. 1º y 143 inc. 1º del C.P.:* toda vez que en el supuesto bajo estudio el sujeto pasivo esta legítimamente privado de su libertad –de lo contrario podría encajar en el primer caso-, y además porque no ha sufrido una detención ilegal en los términos del segundo artículo aludido.-

De tal modo, el legislador ha previsto estratégicamente abarcar no solo las privaciones de la libertad acontecidas en desapego a la ley, sino también las distintas afectaciones que el bien jurídico pueden sufrir cuando esa restricción sea acorde al marco normativo legal luego de que la autoridad proceda en ese sentido.-

Art. 143*: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:*

***3º.- El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido..."*.-**

[47] Núñez, Baigún-Zaffaroni, Marín. En contra de esta posición Donna, quien sostiene que podría ser discutida.-
[48] Rafecas, Buompadre, Estrella-Godoy-Lemos, Marín, Creus, Núñez.-
[49] Ver sobre este concepto lo dicho por Zaffaroni Raúl Eugenio, Slokar Alejandro y Alagia Alejandro, ob. citada; Juan Facundo Gómez Urso, La tipicidad Penal, FJD Editor, 2005.-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

La norma proviene de los Proyectos de los años 1891 y 1906, siendo que el proyecto Tejedor contenía una clausula similar. Desde su sanción no tuvo modificaciones. El Anteproyecto del Código Penal de 2.006, lo incorpora como *art. 129 apartado "c"*, previendo una sanción que se extiende hasta cinco años de prisión.-

Bien Jurídico.-

Si bien el objeto de protección continúa siendo la libertad personal o individual -resultando de plena aplicación lo expresado sobre el punto en los tipos penales anteriores-, debe adicionarse particularmente que aquí se afecta el derecho de toda persona privada de su libertad, legítima o ilegítimamente, a *comunicarse libremente* con terceros[50].-

Sujeto Activo.-

Estamos en presencia nuevamente de un delito en el cual la calidad de *funcionario público* es necesaria para calificar como autor, aunque por las características de la conducta reprimida, deberá exigirse una *mínima capacidad funcional* que permita la realización de la misma generando un contexto situacional apto para la ilicitud. Es decir, el sujeto activo debe detentar la custodia o guarda del detenido, o al menos el *poder de hecho* sobre aquel para poder calificar válidamente como ejecutor[51].-

En estrecha vinculación con lo expresado, no podrá ser autor del delito el *juez* a cuya disposición se encuentra detenido el sujeto pasivo, en tal caso, si decretara su incomunicación indebida, a todo evento, será imputable esa acción como constitutiva de la figura de *Abuso de autoridad del art. 248 del C.P.*[52].-

---

[50] Debe recordarse la crítica de Donna, al analizar el tema relativo al bien jurídico protegido en el Título, considerándolo asociado a la idea de la *"libertad protegida constitucionalmente"*, concluyendo así en su postura que el interés bajo resguardo reviste una amplitud mayor que la libertad individual, siendo para ese autor el tipo penal en análisis una clara muestra de ello.-

[51] Rafecas, obra citada, pág. 271. Asimismo, lo sostienen Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 89, Baigún-Zaffaroni, pág. 324 y Núñez, pág. 153. Por su parte Creus, pág. 293, explica que el funcionario deberá detentar la *"guarda"*, aclarando que no comete este delito, sino un abuso de autoridad del art. 248 del Cód. Penal, aquel que dispone indebidamente la incomunicación no teniéndola (cita como ejemplo, el del secretario de juzgado que dispone ilegalmente la incomunicación de un detenido que se encuentra en la alcaidía de jefatura).-

[52] En esta postura Núñez, y Creus. En contra, Estrella-Godoy Lemos, considerando que al no estar prevista la limitación en la ley, la interpretación que excluye al juez no es procedente y puede resultar autor mediato de la figura. Buompadre, obra citada, pág. 530, en esta misma línea argumental, señala que el magistrado será el sujeto activo por excelencia, y excepcionalmente lo es la autoridad policial. También es admitido por Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 324.-

Sujeto Pasivo.-

Es el *detenido en sentido amplio*, abarcativo de toda persona privada de su libertad.-

Aunque tomando como base esta afirmación, debe hacerse una aclaración diferenciadora de los tipos penales anteriores, en razón que en éste se *comprenden tanto detenciones legítimas como ilegítimas*, lo que eventualmente podría derivar en la aplicación de normas concursales en relación a otras figuras penales[53].-

Tipo Objetivo.-

Se reprime al funcionario público que incomunicare a un detenido de forma indebida. Por ello para poder colmar las exigencias típicas, la incomunicación debe ser:

a) Abarcativa de todos los medios de comunicación, es decir *total; constante e impersonal*, lo que comprende a cualquier tercero que quiera mantener contacto con el detenido. Debe remarcarse que no alcanzan a ser reprimidos otros *cercenamientos intencionales* -según las leyes penitenciarias vigentes-, tales como restricciones de ingresos de libros u otros objetos inocuos, lo que solo podrá traducirse en una sanción administrativa de la autoridad[54].-

b) Además debe ser *indebida*, lo que implica que debió haberse apartado de la normativa procesal, sea por: ***i)*** no estar prevista para ese caso, ***ii)*** por carecer el sujeto activo de competencia para disponerla –ordenándola sin capacidad o ejecutándola sin orden legitima[55]- aunque mantenga el poder de hecho sobre la víctima[56].-

La discusión se origina, dividiendo a la doctrina nacional, en el siguiente supuesto: cuando la incomunicación es dictada por quien tiene competencia para ello pero se *exceden los plazos legales previstos*[57].-

---

[53] *Vgr. art. 141 bis, inc. 1º, del C.P.*. Buompadre, menciona como únicos supuestos excepcionales de sujetos pasivos *no imputados*, a testigos o intervinientes en reconocimientos en ciertas circunstancias, con citas a los arts. 275 y 283 del código de procedimiento de Corrientes. Por otro lado Rafecas, obra citada, pág. 274, menciona como víctima de este delito al contraventor en la Ciudad de Buenos Aires, con citas al art. 25 de la ley de procedimientos respectiva, y al testigo que comparece mediante el uso de la fuerza pública.-

[54] Rafecas, obra citada, pág. 274, poniendo el acento en la letra de la norma y en una interpretación compatible con la *estricta legalidad*.-

[55] Núñez, pág. 153; Creus, pág. 292.-

[56] Son pacíficos en incluir estos supuestos de procedencia Rafecas, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos, Creus.-

[57] Rafecas, obra citada, págs. 272, se expresa por la negativa de considerarla como típica, pues entiende que no es lo mismo prolongar la incomunicación que disponerla ilegalmente, siguiendo en la idea a Ure, y fundado en el principio de estricta legalidad. Es admitida por Creus, Marín, Fontán Balestra. Con mejor técnica legislativa el art. 531 del Código Español, prevé expresamente esta hipótesis.-

Pero también la incomunicación debe ser indebida desde un prisma reglamentario[58], esto es atentatoria de los reglamentos que signan la cuestión.-

La conducta puede ser cometida: *por acción*, esto es por actos positivos que impiden la comunicación del detenido, pero también por *omisión (comisión por omisión)*.-

Tipo Subjetivo.-

Se trata de un *delito doloso*, el cual admite el *dolo eventual*, por lo que este aspecto de la tipicidad se satisface mediante el conocimiento del agente sobre los elementos objetivos detallados y la voluntad de incomunicar al detenido.-

No se prevé legislativamente su figura imprudente.-

Autoría y Participación.-

De lo dicho en las líneas que preceden, será *autor directo o individual* el funcionario público que –por actos u omisiones- impida de manera indebida y dolosa al detenido que se encuentra bajo su custodia, la libre comunicación –total, constante e impersonal- con terceros.-

Es interesante la discrepancia que suele plantearse en la doctrina en lo tocante a la hipótesis en la que el funcionario público dispone, sin tener la guarda del detenido, su incomunicación ilegal –*vgr. el caso del Juez-*; toda vez que algunos autores plantean un caso de *autoría mediata*, sea que el delito se consume o quede en grado de conato, enrolándose en esta postura quienes parten de no exigir en el sujeto activo un poder de custodia o de hecho sobre el detenido[59]. Debe recordarse que para poder ser autor mediato del tipo penal –especial propio- siempre se necesitarán las cualidades mencionadas previamente, por lo que respecto del desenlace punitivo de la intervención del *extraneus* se remite a los antecedentes desarrollados[60].-

Debe aducirse asimismo la plena aplicación del citado *principio de accesoriedad limitada* que regirá en lo atinente a la *complicidad* de otros intervinientes en el hecho ajeno *(art. 45 y 46 del CP)*,

[58] Toda vez que acierta Creus, al afirmar que no permitir que el detenido reciba visitas fuera de las horas reglamentarias destinadas a ese efecto, no constituye este delito, aunque el detenido esté en calidad de comunicado (obra citada, pág. 293).-

[59] En esta senda de interpretación Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 89. Ver igualmente lo dicho al tratar el sujeto activo de la figura.-

[60] Menciona Creus el caso del que hace ejecutar los actos de impedimento por otro: el oficial sumariante de una seccional que coloca al contraventor en una celda, ordenando al oficial de guardia que no permita que se comunique con nadie (texto citado, pág. 293).-

y la viabilidad de la *instigación* siempre que se verifiquen sus notas relevantes y propias que permitan su imputación.-

Finalmente, cuando las conductas que pretendan subsumirse en el inciso 3º del art. 143 del C.P., consistan en *omisiones dolosas* cuyo resultado lesivo sea equiparable al producido por la acción positiva *(comisión por omisión)*, los problemas en cuanto a las categorías que integran la *autoría en sentido estricto* –es decir, autoría mediata y coautoría- y las distintas formas de complicidad –primaria, secundaria e instigación- resurgen, siendo de aplicable lo ya expuesto sobre el punto[61].-

Consumación y Tentativa.-

La *consumación* del delito se alcanza cuando los actos interruptivos de la libre comunicación logren efectivamente su objeto, esto implica cuando el detenido pretenda comunicarse con un tercero, o a la inversa, y el agente se lo impida alcanzando su propósito.-

Perdurará en el tiempo mientras el estado descripto se mantenga -delito *permanente*-. Es un delito de *resultado*.-

Por otro lado, se *agotará* en sus efectos cuando se levante la incomunicación, sea por parte del agente que la dispuso indebidamente, o bien por otro que advierta la maniobra y la haga cesar, o cuando el detenido de algún modo pueda interrumpirla.-

Creemos que es posible la admisión de la *tentativa* del delito estudiado[62]. Imagínense las diversas posibilidades de que el detenido a pesar de los obstáculos interpuestos por el agente logre comunicarse conforme lo pretendido (ejemplo, se le coarta la posibilidad de mantener comunicación telefónica con familiares pero logra mantener contacto al concretarse la visita programada).-

Particularidades de la Figura.-

Directa vinculación con *normas procesales locales.-*

En primer lugar, no puede pasarse por alto la vinculación de esta figura con normas procesales que autorizan la *restricción del derecho del detenido a comunicarse libremente.* Como se vió oportunamente la incomunicación debe ser *indebida*, ello se involucra directamente con la raíz del instituto. La referencia radica particularmente en aquellas que la permiten con un alegado interés de *reguardo del proceso investigativo* en curso y con el norte de evitar el armado de una versión entre los distintos imputados, o que se facilite el ocultamiento de efectos o pruebas por indicación a

[61] Ver infra al tratar el ítem autoría y participación en el art. 143 inciso 1º del fondal.-
[62] Rafecas, Núñez, Baigún-Zaffaroni.-

terceros[63], de allí que se haya indicado que la figura consiste en una *garantía procesal*[64]. Así, vale destacar lo prescripto en el *Código de Procedimientos de la Nación*, que autoriza al funcionario policial autónomamente a disponer la incomunicación del detenido por el *plazo de 10 horas –improrrogable salvo autorización judicial-*. En este mismo sentido, encuentra notoria similitud el *inciso 8º del artículo 294 del C.P.P.B.A.*, al regular las facultades policiales, permitiendo la incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 152 por un término *máximo de doce (12) horas*, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial[65].-

Complementariamente, desde una óptica eminentemente formal se ha entendido que *"Es una medida de coerción procesal por la que se le impide al imputado mantener contacto verbal o por escrito con terceros para evitar que estorbe la investigación"*, remarcándose que no puede impedirse la comunicación con la defensa *(ver art. 152 CPPBA, segundo párrafo, citado)*[66].-

La incomunicación ilegal: caso de *severidad* especialmente previsto.-

Desde otro prisma, la adopción de esta medida puede ser considerada como un caso especial de *apremio o severidad*[67]. En lo particular, a priori creemos que se vinculará exclusivamente a las características y circunstancias del caso concreto, en función del un sufrimiento abusivo sufrido, que en algunos casos excederá mínimamente las reglamentaciones previstas para el desenvolvimiento del encierro, aunque en otras alcanzará una entidad tal para conformar la categoría de apremio o vejación. Aunque debe adicionarse que la nota distintiva en este caso será el ejecutor del proceder infractorio.-

[63] Respecto de la regulación en los distintos códigos procesales de provincia y de las variantes en los plazos previstos, v. Buompadre, Estrella-Godoy Lemos. En otro orden de ideas, en el marco del análisis del "derecho a contar con un abogado defensor", como derivación del de inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN), Carrió, ob. cit., pág. 401 y ssgtes., aborda la situación de la incomunicación como práctica cotidiana abusiva en el ámbito de la Capital Federal al amparo del anterior código de procedimientos. Contexto en el cual identifica y profundiza el criterio jurisprudencial variante de la CSJN en los fallos "Jorge Antonio" (236:657), "Vélez Carreras" (282:153), y Lambruschini (306:2161), en la que se delimita el alcance de la aludida garantía, en cuanto a la distancia del lugar de alojamiento del detenido con el de asiento del tribunal de juzgamiento. Aunque debe hacerse notar las particulares circunstancias que rodeaban la plataforma fáctica de los casos examinados.-

[64] Núñez, obra citada, pág. 153.-

[65] *Artículo 152, CPPBA: "Con motivación suficiente el Fiscal podrá ordenar la incomunicación del detenido por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La medida cesará automáticamente al vencimiento de dicho término, salvo prórroga por otro término por resolución fundada del Juez de Garantías a instancia del Ministerio Público Fiscal. En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor, en forma privada, inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal."*.-

[66] Irisarri, Carlos Alberto, Código de la Provincia de Buenos Aires comentado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 298. Debe coincidirse con el autor, en que el segundo párrafo incorporado al art. 152 del ceremonial bonaerense *"… desacomoda la vieja crítica de que se instituía para lograr una confesión…"*.-

[67] Así coinciden Soler, Fontán Balestra, y Rafecas, con diversas inclinaciones sobre el punto. Para más, ver *infra* al abordar el *art. 144 bis, incs. 2º y 3º del fondal*.-

A todo evento, debe adelantarse que en el ámbito internacional tales maniobras han sido consideradas contrarias a la dignidad humana en función de asignarles carácter de tratamiento cruel e inhumano que importan cuando son aplicadas en determinados contextos o con cierta intensidad[68].-

Jurisprudencia de la CSJN.-

CSJN, "G. J. C. s/ habeas corpus" (G. 507. XXXIV, 01/11/99).-

Se habilita la competencia de la Corte atento el recurso extraordinario interpuesto por la Fiscalía General ante la Cámara, en razón del rechazo in límine de la acción constitucional de Habeas Corpus interpuesta por un detenido, de parte del juez de primera instancia entendiendo que los hechos relatados resultaban extraños a los supuestos taxativamente previstos en el art. 3 de la ley 23.098, decisorio confirmado por la Alzada respectiva. El objeto de la presentación radicaba en la interrupción de un tratamiento de rehabilitación de un drogodependiente, y la falta de atención médica de un problema urológico padecido por el denunciante, como así también la obstaculización del contacto entre el detenido-denunciante y su defensor de confianza.-

La C.S.J.N., dejó sin efecto la sentencia apelada, afincada en la protección de la dignidad y el respeto de la persona, principios con los que se debe cumplirse toda privación de libertad. Para el caso que nos ocupa son destacables los siguientes considerados: *"Que cabe señalar que la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, concede al interno el derecho a la salud, y obliga a proporcionarle oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos, como así también, a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su abogado, respetando la privacidad de esa comunicación sin otra restricción que la dispuesta por el juez competente (arts. 143 y 158)."(Del voto de los Dres. Belluscio y López). "Que idéntica gravedad reviste la afirmación de G. con relación al incierto destino de sus pedidos de entrevistarse con su defensor. Las limitaciones injustificadas de la comunicación del detenido con el exterior constituyen por sí solas motivo suficiente para considerar indebidamente agravadas las condiciones de detención (conf. doctrina de Fallos: 318:1894); pero si, además, lo que se había denunciado era la obstaculización por parte del personal penitenciario del contacto del detenido con su abogado, la entidad de la lesión a los*

[68] De tal modo, y sin perjuicio de lo que se diga luego, lo sostuvo la C.I.D.H. destacando el carácter excepcional, y los graves efectos psíquicos y morales que ocasiona en sujeto pasivo, en los casos: "Maritza Urrutia" -27/11/2003-, "Bámaca Velásquez", "Cantoral Benavidez" -n° 69, 18/08/2000-, "Faires Garbis y Solís Corrales" -13/03/89-, "Godínez Cruz", "Suárez Rosero vs. Ecuador" -12/11/97-.-

derechos constitucionales del demandante exigía una reacción inmediata, que iba más allá del mero hacer saber al defensor oficial la existencia de un pedido de audiencia." (Considerando 11 del voto de la mayoría).-

Art. 143.- ***"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:***

4º.- El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena (primer supuesto), o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto (segundo supuesto).".-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

La norma proviene del proyecto Tejedor, el que traía un supuesto análogo al actual –aunque refería a "*sentencia ejecutoriada"* y al *"jefe de penitenciaría-*, y al igual que el Código de 1886, lo incluía entre los *"abusos de autoridad"*.-

Fue mantenido en los proyectos de 1891 y de 1906. El Anteproyecto del Código Penal de 2006, conserva la actual redacción, aunque lo incorpora como *art. 129 apartado d*, y al igual que en el caso del supuesto precedente aumenta la penalidad elevándola a cinco años de prisión[69].-

Bien Jurídico Protegido. Remisión y Crítica.-

Es lo que respecta a este tema, no debe apartarse de lo expresado en general para las figuras bajo análisis hasta el momento. Aunque sí parece razonable la *crítica* que parte de cuestionar la afectación que le pudiere generar al bien jurídico protegido en el Título una conducta como la que se reprime en el primer apartado, por lo que se ha opinado que pareciera elevarse al grado de delito una falta administrativa fácilmente solucionable[70].-

[69] La única modificación resulta el cambio del término "reo" por "culpable" (Baigún-Zaffaroni).-

[70] Rafecas, obra citada, pág. 369, aludiendo de manera crítica a la falta de actualidad del tipo penal, en virtud que resulta de mayor importancia, el respectivo computo de pena y su auto aprobatorio –pues de estos se derivan la pena que resta cumplir-, que la existencia del testimonio de la sentencia. De otra opinión, Donna Edgardo (ob. citada, pág. 162) al remarcar la gravedad de la lesión de la maniobra reprimida, en tanto bien jurídico "libertad individual", toda vez que la firmeza del auto condenatorio y la capacidad de la persona de someterse a la ejecución, son los requisitos procesales básicos e ineludibles para que el condenado comience válidamente a cumplir la pena impuesta.-

En lo que atañe al segundo caso estipulado, la atención deberá posarse, como se verá, especialmente en el interés objeto de resguardo a condición de verificarse su tipicidad objetiva.-

El artículo transcripto regula dos conductas punibles claramente diferenciables, y que por sus características dispares, a fin de clasificar la exposición deberán ser abordadas separadamente: ***a)*** *recepción indebida o irregular*; y ***b)*** *colocación indebida*, de reos.-

- **Primer Supuesto: *"recepción indebida o irregular de reos"*.-**

Sujeto activo.-

Se trata también de un *delito especial propio*, pero no sólo se requiere la calidad de *funcionario público (art. 77, C.P.)*, sino en particular, ser el responsable de un establecimiento penitenciario, o bien su reemplazante.-

Los términos del artículo son claros, está dirigido al "*…jefe de prisión, u otro establecimiento penal… o su reemplazante…"* siempre que esté destinado a alojar condenados. Se considera que la referencia normativa impone una interpretación restrictiva y taxativa de los posibles integrantes del círculo de autores del delito.-

Al aludir al *reemplazante*, la norma admite la posibilidad de que el sujeto activo sea quien no detentando tal designación jerárquica, lo sustituya en esa tarea: el funcionario que se encuentre facultado específicamente para esa decisión[71], sin que baste un mero poder de hecho.-

-

Sujeto Pasivo.-

Sólo resultan sujetos pasivos del delito, atento la redacción utilizada, aquellas personas *condenadas* privadas de su libertad por sentencia firme y con pena pendiente de cumplimiento.-

Por lo que no se incluyen supuestos en los que se trate de personas procesadas no condenadas, ni destinadas a cumplir medidas de seguridad[72], ni mucho menos de quienes estén

[71] Marín, Estrella-Godoy Lemos, Creus. Este último, lo describe como el funcionario que está obligado a comprobar la presentación del testimonio válidamente extendido y su correspondencia con la persona que se le entrega, cualquiera que sea su jerarquía (texto aludido, pág. 295).-

[72] Rafecas (siguiendo a Soler -IV 1983:47- y a Moreno -1923:381-), Buompadre, Donna. En relación a la posibilidad de que el *procesado* sea incluido en este tipo ver Estrella-Godoy Lemos, texto mencionado pág. 91, haciendo hincapié en que la delictuosidad de la norma reside en la irregularidad del proceder del funcionario.-

cumpliendo la pena en libertad. Una lectura acorde al principio de estricta legalidad, permite concluir que la intención legislativa al mencionar la expresión reo es la de incluir sólo condenados[73].-

Tipo Objetivo.-

El artículo castiga el jefe de prisión u otro establecimiento penal –o su reemplazante-, cuando recibiere a un condenado sin el respectivo testimonio de la sentencia firme impuesta. Es decir, que el cimiento sobre el que se construye la figura es una *detención legítima y perfectamente válida*, y en donde el sujeto pasivo ha recibido sentencia adversa a sus intereses, siendo trasladado al establecimiento pertinente para su cumplimiento.-

El *verbo típico* está delineado en la *recepción* del reo sin ese requisito, lo que se verifica ante su admisión o ingreso, sin que sea necesario el alojamiento del mismo.-

La referencia al "*testimonio de la sentencia firme*"[74] alude a la constancia documental en que se plasme copia o transcripción de la sentencia condenatoria impuesta, la que generalmente incluye el respectivo cómputo de pena y la fecha de agotamiento de la misma[75].-

Se propone que no sólo la ausencia o faltante del testimonio viabiliza la atribución de responsabilidad penal al funcionario receptor, sino también cuando no se encuentre debidamente autenticado o por algún motivo éste sea inválido[76].-

Como está redactada la norma, no configura el tipo penal el *mantenimiento* de la detención sin el respectivo testimonio si la autoridad lo tuvo al momento de la recepción.-

Comprende establecimientos penales en general, esto es cárceles, penitenciarias o unidades penales, en tanto estén destinados al cumplimiento de la pena.-

Tipo Subjetivo.-

---

[73] Rafecas llega a la misma conclusión fundándola en que si bien la acepción "*reo*", resulta –con una interpretación profana- abarcativa de procesados y condenados, un razonamiento integrador que considere la redacción global del artículo y en el que se atienda a la voz empleada por el legislador a lo largo del mismo *(pues, tanto antes del inciso cuarto como en lo ulterior alude a "preso o detenido")* (obra citada, pág. 370).-

[74] Rafecas, critica el término utilizado, siendo que a su parecer en la actualidad se habla de *copia de sentencia*, proponiendo que sea asociada la expresión con referencia al *art. 494 -segundo párrafo- del CPPN* (ob. citada, pág. 369).-

[75] Creus expresa que se trata de un *exigencia formal de internación*, que puede estar constituido por una copia autenticada de ella o de su parte resolutiva o por la mención circunstanciada de ésta contenida en la orden que dispone el ingreso, expedida por autoridad competente (estas formalidades dependen de las reglamentaciones locales) (obra citada, pág. 294).-

[76] Estrella-Godoy Lemos, Donna, Creus.-

Estamos en presencia de un delito *doloso*, en el cual el autor debe conocer la ausencia del testimonio y tener la voluntad de recibir al reo. Sin perjuicio de las divergencias sobre el punto, se puede admitir su comisión con *dolo eventual*[77].-

No se prevé su figura imprudente.-

Autoría y Participación.-

Será *autor inmediato o directo* del tipo penal reseñado el funcionario público –que colmando las exigencias relativas al grado jerárquico repasadas- dolosamente incurra en otorgar el permiso de admisión, conociendo la carencia o vicios de la formalidad apuntada[78].-

La *coautoría funcional* parecería posible sobre la base del mutuo acuerdo de esos funcionarios públicos que mediante el reparto de tareas desoyeran el mandato prohibitivo.-

También se vislumbra realizable que la figura sea cometida mediante *autoría mediata*, sin presentar dificultades –siempre que se den las particularidades exigidas para el instituto- en los casos en los cuales los intervinientes *(autor mediato e instrumento),* o bien sólo el primero, revista el carácter autoral requerido como elemento del tipo[79].-

Las distintas formas de la participación *–instigación y complicidad-* de igual manera podrían hallarse vinculadas sin inconvenientes a este delito. Huelga reiterar, que es preciso no perder de vista el concepto de referencia en virtud del cual permanece el aporte del tercero *–sea esencial o de cualquier otro modo, arts. 45 y 46 del fondal-* ligado a un hecho principal doloso ajeno.-

Consumación y Tentativa.-

Se trata de un delito *mera actividad*, que se *consuma* en el momento de recibir al reo sin estas formalidades[80].-

---

[77] Estrella-Godoy Lemos, Núñez. En contra, Baigún-Zaffaroni, Creus y Donna, quienes expresan la dificultad de encontrar supuestos en los que el funcionario actúe con esa clase de dolo.-

[78] Según Creus, pueden darse situaciones de error que eliminen la culpabilidad (p.ej., que la persona recibida sea un homónimo de otra con la cual se la confunde y que es la que figura en el testimonio acompañado), y hasta de *error iuris* (sobre la validez formal del testimonio o sobre la competencia del funcionario que aparece autentificándolo).-

[79] Es del caso recordar, las diversas posiciones que rondan sobre el tema, las que van desde propiciar la impunidad del *hombre de atrás*, hasta proponer soluciones por la vía de aplicación de los delitos contra la libertad (coacción art. 149 bis del CP), sin perder de vista las posturas que admiten su complicidad, o bien aquellas que resuelve los problemas acudiendo a la figura del *"determinador"* (Creus Carlos, Derecho Penal Parte General, 3º edición, Astrea, pág. 406).-

[80] Rafecas, Estrella-Godoy Lemos, Marín, Buompadre -quien critica a Núñez por exigir el alojamiento del reo para la consumación del ilícito extendiendo el grado de consumación del delito-. El requisito de su alojamiento también es exigido por Creus (obra aludida, pág. 294).-

Es discutida la aceptación de la *tentativa*[81].-

No obstante, la cuestión relativa al perfeccionamiento delictivo, está íntimamente vinculada a la necesaria afectación al *bien jurídico* que debe exigirse por imperio del principio de lesividad. En este escenario es criticada por Rafecas la interpretación que no considera ese perjuicio, pues sería admitir que se trata de un delito de peligro abstracto y desconocer la ubicación sistemática dada por el legislador a la figura y la realidad penitenciaria en tanto que muchas veces en la práctica implicaría para el detenido una mejora en sus condiciones de alojamiento[82].-

Particularidades de la Figura.-

Escasa aplicación en la praxis judicial.-

Resulta una figura de escasa aplicabilidad, conclusión a la que no es dificultoso arribar, si se repasan las deficiencias y peculiaridades que fueran apuntadas *ut supra*, particularmente las limitaciones en cuanto a los sujetos intervinientes.-

A este panorama debe añadirse las críticas que se ensayan en cuanto al limitado atropello al bien jurídico que pretende tutelar.-

- **Segundo Supuesto: *"colocación indebida de condenados".-***

Sujeto pasivo.-

El *inciso 4º del art. 143 del C.P.*, además de abarcar al supuesto anterior –recepción indebida o irregular-, estipula juntamente la "*colocación indebida de reos"*. De allí que, al igual que la hipótesis previa, sólo abarca *condenados privados de libertad con pena pendiente de cumplimiento*[83].-

Se ha justificado la exclusión actual de los *procesados* como sujeto pasivo de la figura en una circunstancia histórica y legislativa, ya que sería consecuencia de que la *ley nº 14.616* trasladó la previsión hasta su existente ubicación -en la que solo se alude "reos"-. Hasta ese entonces se incluía

---

[81] En contra de su verificación Núñez, Marín. La estiman viable Baigún-Zaffaroni. La misma tesitura es predicada por Creus, señalando a modo de ejemplo el supuesto en que cuando la intervención de otro funcionario impide el ingreso mientras se está realizando la recepción mediante las anotaciones en los libros del penal, antes de proceder al alojamiento de la persona.-

[82] Rafecas, obra citada, págs. 370 y ssgtes., señalando que en la misma postura se sitúa Ure, aunque sin aludir a la objeción sistemática. Asimismo, es destacable el esfuerzo del autor por agrupar los casos en que se intenta justificar la afectación al bien jurídico, que como se adelantara son objeto de duros cuestionamientos.-

[83] Rafecas, Soler, Núñez, Creus. Se remite en lo medular a lo expuesto anteriormente en el primer supuesto en este apartado. Estrella-Godoy Lemos, expresan que algunos autores -entre los que menciona a Ure y Vázquez Iruzubieta- afirman la posibilidad de incluir a procesados apuntalando su opinión en la realidad penitenciaria nacional.-

a toda persona sometida a proceso pues se situaba en la parte final del inciso dedicado al castigo de severidades y vejaciones[84].-

Sujeto Activo. Remisión.-

Siendo que la norma regula juntamente ambos supuestos, sobre los posibles postulantes como autores del delito en estudio ver lo dicho previamente en el primer supuesto.-

Tipo Objetivo.-

La faz objetiva de la figura queda colmada con la colocación del condenado en lugares del establecimiento penitenciario que no sean los señalados a ese efecto.-

Por lo que la acción típica es *"colocar"*, entendida como ubicación o alojamiento en esos sitios indebidos del reo.-

Los lugares del establecimiento en donde se los coloca, son aquellos que reglamentaria o legalmente difieren de los determinados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al reo, o estipulados para la aplicación de sanciones correctivas disciplinarias.-

Pero una vez más debe señalarse que, para su aplicación es menester la verificación en el supuesto de hecho de una efectiva *conculcación del bien jurídico* –sin perder de vista que sigue siendo la libertad individual-, escenario que se evidenciaría a partir de un *empeoramiento de las condiciones de detención* del reo[85].-

Por ello, para dar por cumplido el extremo imputativo en abordaje, el sujeto activo deberá:

i) colocar al reo en un lugar no previsto para ello,

ii) pero además deberá tener disponibilidad en el lugar correspondiente, y

iii) que esa decisión sea perjudicial para la situación del detenido[86].-

Consumación y Tentativa.-

---

[84] Rafecas, obra citada, pág. 276.-

[85] Rafecas, Creus, Buompadre, Marín, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Baigún-Zaffaroni, Núñez. En cuanto a las circunstancias que pueden constituir ese agravamiento de la detención, si bien deben ser valoradas en el caso concreto, de manera general es dable admitir todo tipo de cercenamiento de derechos, como puede concretarse si se reducen las actividades diarias del detenido. Es interesante el comentario de Donna, sobre dos supuestos extremadamente delicados, cuales son los casos de menores alojados con detenidos mayores de edad, y de los acusados de cometer delitos contra la integridad sexual mezclados con la población carcelaria común.-

[86] De lo contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda derivar el proceder del funcionario de tipo administrativa, o aún de índole penal aunque subsumible sólo en un puro ilícito contra la Administración Pública, el comportamiento no será típico en esta figura del capítulo V. Creus menciona como ejemplo, el de colocar al condenado peligroso en una granja con sistema de semilibertad.-

Es un delito *permanente*, que se consuma con el simple acto de colocación del detenido en esos espacios del establecimiento[87], y se prolonga mientras perdure.-

Se admite la *tentativa*[88], lo que sería aceptable si se piensa en supuestos en los que el agente adopte las medidas del caso a fin de disponer la colocación del reo, aunque sin conseguirlo por razones ajenas a su voluntad.-

Autoría y Participación. Remisión.-

Son idénticas las consideraciones que merece esta norma con las realizadas en la ocasión anterior en lo que tiene que ver con los distintos supuestos de co-delincuencia que pueden experimentarse en la práctica.-

Particularidades de la Figura.-

Subsidiariedad implícita con los apremios y vejaciones.-

Se presenta una particular relación con el art. 144 bis incs. 2 y 3º, del C.P., en tanto castigan las *severidades y vejaciones*, pues el tipo penal en análisis es subsidiario de estas figuras. De tal modo, al verificase un aumento efectivo e injustificado del sufrimiento del detenido, excediendo el que se halla ínsito en la colocación indebida del condenado, siempre será permitido subsumirlo como una vejación o severidad según el caso[89].-

En esos casos, la comisión de estos delitos se transforma en un techo, absorbiendo todo el contenido del injusto, y dando lugar a un *concurso aparente* de normas[90]. Lógicamente si se dan los requisitos que serán detallados para las torturas, podrá incluso ser encuadrada en el *art. 144 ter* del fondal.-

Por lo demás, similar crítica que a su predecesor corresponde efectuar atendiendo a su *escasa aplicabilidad*, ya no sólo apuntalada en el estrecho margen de aplicación en función de los

---

[87] Buompadre, Creus, Estrella-Godoy Lemos, Núñez.-

[88] Donna, Núñez, Creus.-

[89] En este contexto resultan atinadas las valoraciones de Soler sobre el punto al mencionar: *"En el inc. 4º se han reunido las figuras que componían antes los incs. 6º y 5º, última parte, remitiéndose al artículo siguiente la primera, relativa a severidades, vejaciones y apremios. Para que esta separación resulte fundada, tomando en cuenta las diferentes escalas penales de los arts. 143 y 144 bis, parece razonable ahora distinguir las vejaciones y severidades que han quedado en el art. 143 sobre la base de considerar que estos hechos consistan exclusivamente en un abuso de autoridad o un específico incumplimiento de deberes, sin que además comporten una tortura o una vejación. Por lo tanto, colocar al preso en un lugar del establecimiento no puede ser colocarlo en una situación que aumente efectiva e inmerecidamente el procedimiento. Colocar al preso en celda oscura de castigo sin que haya cometido la falta que lo autorice, es acción que caerá bajo las penas mayores del artículo 144 bis."* (autor y obra citada, pág. 49).-

[90] Rafecas, Soler, Marín, Creus.-

intervinientes como víctima y victimario, sino también a su vinculación señalada con las severidades y vejaciones.-

Art. 143.- ***"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:***

5º.- El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad, que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo flagrante delito.".-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

El inciso proviene del proyecto Tejedor, y también lo incluían el Código de 1886, y los proyectos de 1891 y 1906[91]. El Anteproyecto del Código Penal de 2006, lo incorpora como *art. 129* apartado "*e*", previendo una sanción de hasta cinco años de prisión.-

Bien Jurídico. Remisión.-

No merece consideraciones particulares, por lo que se remite a lo mencionado.-

Sujeto Activo.-

Sólo pueden ser autores del ilícito los funcionarios públicos, aunque en el caso puntual del *inciso 5º* se castiga particularmente al "*…alcaide o empleados de cárceles de detenidos y seguridad…*". Veamos:

a) En cuanto a la expresión *"alcaide"* debe ser entendido como el *jefe de la alcaidía o cárcel de encausados*, por lo que reviste prístina identidad con el sujeto activo de la figura del inciso 4º analizado previamente[92].-

---

[91] Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 333.-

[92] Buompadre, obra citada, pág. 532. Estrella-Godoy Lemos, mencionan que para el caso que exista en el establecimiento director o jefe, también quedaran comprendidos por ser también empleados (obra citada, pág. 93). Finalmente Creus, menciona que es el jefe del establecimiento de detenidos, nombre tradicional que aún sigue usándose, pese a que administrativamente se menciona con él al que ejerce directamente la custodia de los detenidos en cualquier establecimiento de detención aunque no sea su director.-

b) Se propugna, en general, una interpretación restringida al referirse a los *empleados* de los sitios mencionados como sujetos activos de la infracción, abarcando únicamente *agentes penitenciarios con facultades de recibir detenidos*, y no aquellos dedicados a otras tareas ajenas a esa función específica[93].-

Sujeto Pasivo.-

Se postulan como víctimas del ilícito, atento la ampliación que se origina en comparación con el inciso anterior ante el retome escriturario a la expresión *preso* utilizada en el texto legal, *toda persona privada de su libertad procesada* –cualquiera sea el estado procesal- aunque sin condena[94].-

Tipo Objetivo.-

<u>*Consideraciones generales* de la tipicidad objetiva.-</u>

Se exige para su verificación la *recepción* del *preso* en un establecimiento carcelario de detenidos y seguridad, *sin la orden* de la autoridad competente.-

Esta última expresión está limitada al aval judicial respectivo, esto es a la autorización escrita del magistrado a cargo de la causa en virtud de la cual se dirige la imputación penal al detenido disponiendo su alojamiento, o bien de otra autoridad judicial pertinente acorde al diseño procesal[95].-

Resta señalar únicamente en cuanto a esta referencia normativa, que es propiciada la aplicabilidad de la figura también en los casos donde el permiso presente *algún vicio o defecto formal* que devenga en su invalidez[96], como podría ser aquel que recayere en los datos del alojado. El *error* no sería invocable frente a casos de manifiesta ilegalidad –ej. ausencia de la firma autorizante-[97].-

---

[93] Donna, Estrella-Godoy Lemos, Rafecas, Buompadre -quien indica en la opinión opuesta a Moras Mom-Damianovich, y cita ejemplificativamente el caso, atípico, del *ordenanza o del escribiente* que realizaran el comportamiento descripto-.-

[94] Buompadre, Soler. Sostienen Estrella-Godoy Lemos, que la figura solo excluye al condenado con sentencia firme, el que ya seria incluido en el supuesto del artículo anterior, y comprende al que condenado sin sentencia firme -por estar sometido al régimen de prisión preventiva- (texto aludido, pág. 93). Rafecas, precisa que la diferencia radica en que el sujeto pasivo no estará sujeto al régimen legal de ejecución de pena. Aunque afirma que, a diferencia del inc. 4º -primera parte- en donde no se incluye al procesado, es típico el caso del condenado recibido en cárcel de procesados por ser un preso (obra mencionada, pág. 374). Baigún-Zaffaroni, aluden a la *"persona presa"* por lo que no diferencian entre condenadas o con causas en trámite como sí lo hace el primer supuesto del inciso cuarto (obra citada, pág. 333).-

[95] Se sostiene que de este modo se incluye en la redacción un elemento de *recorte de la anti juridicidad*, el que si bien es exigido a nivel de la tipicidad, no agota la valoración de la antijuricidad de la conducta. Ello pues, un supuesto podría superar el nivel típico, por no existir orden de autoridad competente, pero su accionar podría estar justificado de otro modo (Rafecas, obra citada, pág. 373, siguiendo a Jescheck).-

[96] Estrella-Godoy Lemos, Creus.-

[97] Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 336.-

La ley habla de *"…cárceles de detenidos y seguridad…"*, lo que debe ser entendido en un sentido comprensivo de todo establecimiento destinado a su alojamiento, siempre que no sea para el cumplimento de pena privativa de libertad[98].-

Debe coincidirse, en que queda claro que se descartan los casos en donde la recepción del detenido tenga lugar en centros de detención que no sean exclusivamente destinados a esa finalidad*: clínicas psiquiátricas, régimen de rehabilitación cerrado, comisarias, o institutos de menores*[99]. Aunque si calificarían los establecimientos psiquiátricos cerrados dependientes del servicio penitenciario en los supuestos de encierro por aplicación del supuesto del art. 34 inc. 1º del CP[100].-

Expresión final: *"caso de flagrante delito"*.-

En cuanto a la locución incorporada en la parte final del artículo, como excepción al mandato prohibido: cuando se trate de *flagrante delito*, debe completarse con la incorporación de la normativa procesal respectiva que será la que determinará en qué casos pueda calificarse de tal modo *(arts. 153 y 154 del CPPBA, y 285 del CPPN)*. Sin perjuicio de ello, en virtud de las conductas reprimidas en los restantes tipos penales del artículo y de la normativa procesal vigente, resulta extremadamente reducida la aplicabilidad de esta salvedad en la práctica, pues quedarían excluidos agentes policiales y judiciales.-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*, siendo que se integra el requerimiento del aspecto subjetivo con el conocimiento del agente de la recepción del preso sin el aval pertinente. Sería viable completar este aspecto mediante *dolo eventual*.-

Autoría y Participación.-

Partiendo de la circunstancia de que el tipo penal castiga la recepción de un preso en un establecimiento carcelario sin la orden de la autoridad competente, redundan de manera patente las

[98] Estrella-Godoy Lemos, explican que abarca la recepción irregular del detenido en establecimientos que también alojan condenados (obra aludida, pág. 93). Rafecas señala que la referencia normativa del término "*cárcel"* se encuentra en el *arts. 178 y 180 de la ley nº 24.660*, aludiendo al objeto de estos establecimientos, cual es *retener y custodiar* personas sometidas a proceso. En igual sentido Baigún-Zaffaroni.-
[99] Rafecas, obra citada, pág. 374.-
[100] Baigún-Zaffaroni, obra citada, pág. 334.-

similitudes con la figura del *art. 143 inc. 4º, primer supuesto* –"recepción indebida de condenado"-. Siendo ello así derivamos el estudio de este apartado al tratamiento expuesto en esa oportunidad.-

Sólo amerita la referencia al empleado que no cumple la función de recepción y carece de competencia, podrá ser pasible de responsabilizarlo por la participación en una privación ilegítima de libertad, o podrá incurrir en delito contra la Administración Pública (art. 246, inc. 3º)[101].-

Se ha mencionado que el *art. 144 bis, inc. 1º, CP*, desplazaría la figura del *art. 143, inc. 5º, CP*; caso que se presentaría cuando el sujeto activo de esta última figura procediera además a privar ilegalmente de la libertad[102].-

Consumación y Tentativa.-

Se *consuma* con la recepción del preso sin las aludidas formalidades[103].-

Debe resaltarse que se vislumbra admisible la *tentativa*[104].-

Particularidades de la Figura.-

Ya hemos mencionado la deficiencia en la *técnica legislativa* empleada y la *escasa aplicabilidad* que caracteriza a varias de las figuras que integran el art. 143 del código de fondo.-

Pero quizás sea ésta la que en este aspecto sobresalga del resto. La crítica se vale esencialmente en la voz de cierre de la norma, de allí que resultan objeto de discusión no sólo su utilidad sino las hipótesis que encuadrarían en la excepción. Así, mientras cierta parte de la doctrina nacional la estima inaplicable y obsoleto[105], otro sector intenta establecer cuáles son los casos comprendidos[106].-

[101] Supuesto mencionado por Creus, obra citada, pág. 296.-

[102] Creus, pág. 296.-

[103] Núñez, Marín, Buompadre. Creus entiende al igual que en el supuesto del 143, inc. 4º ya analizado, que se consuma con el alojamiento del detenido.-

[104] Donna, Baigún-Zaffaroni y Creus, quienes creen posible la tentativa (obras citadas, pág. 167, 337, y 296 respectivamente). Núñez y Marín de opinión opuesta.-

[105] Rafecas, realiza una crítica de descarte del supuesto, invocando la obligación procesal de ponerlo a disposición de autoridad judicial competente; y concluye en que es un arcaísmo de los más notorios del código pero a la vez inofensivo, sin aplicación práctica, e inválido por imperio de la garantía del debido proceso (obra citada, pág. 376).-

[106] Soler alude al caso del particular que aprehendiere en flagrancia cuando no pudiere entregarlo a otra autoridad (obra citada, pág. 50), Laje Anaya y Gavier refieren a la aprehensión efectuada por personal del servicio penitenciario (Rafecas, obra mencionada, pág. 376). Por su parte, Buompadre, Creus, y Estrella-Godoy Lemos se limitan a mencionar que estos casos en los que el funcionario –en sentido genérico- o el particular lograren aprehender a una persona, son autorizado por ley.-

Art. 143.- *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el doble tiempo:*

6º.- El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.".-

Antecedentes Históricos, Legislativos y/o Proyectos.-

Proviene del Proyecto de 1891 *(Inc. 10º del antiguo art. 143)*, siendo que la ya aludida *ley nº 14.616* lo pone en la situación actual.-

El Anteproyecto del Código Penal de 2006, lo incorpora como *art. 129 apartado f*, previendo una sanción de hasta cinco años de prisión.-

Bien Jurídico.-

Continúa siendo el centro de resguardo la *libertad individual*, remitiendo a lo ya expuesto en oportunidades anteriores. Sí debe destacarse, que el norte perseguido por el legislador ha sido reprimir las conductas de funcionarios públicos reticentes a colaborar en el descubrimiento de una detención ilegal, o bien que se nieguen a adoptar conductas que pudieren haberla evitado, contribuyendo -de manera indirecta- a su prolongación.-

Sujeto Activo.-

También la literalidad de la norma habla de funcionario competente que tuviere noticias de una detención ilegal. Debe inclinarse por una postura doctrinaria que exige una vinculación especial entre el sujeto activo y los sucesos reprochados, sea porque tenga obligación de hacerlos cesar o la de dar cuenta a la autoridad que deba resolver.-

En lo que respecta a esta *competencia funcional* que impondrá y determinará el mandato normativo, se han reconocido distintas fuentes de las que puede originarse. De tal modo, se destaca que puede derivar del ámbito *procesal penal* o *procesal administrativo*[107]:

a) Dentro del primero, quedan abarcados jueces, fiscales, y el personal policial a cargo de la investigación en la jurisdicción territorial en que se comete la detención ilegal: La regla es que la

[107] Rafecas, obra citada, pág. 379.-

conducta exigida es la de *hacer cesar el delito.* Aunque según el caso, el agente deberá previamente *dar cuenta a la autoridad* que deba resolver –segundo mandato legal- (vgr. el personal policial deberá previamente solicitar orden judicial de allanamiento para irrumpir en la morada en donde se encuentra la persona en cautiverio).-

b) Dentro del segundo grupo, quedan comprendidos los funcionarios jerárquicos de los que depende la unidad operacional en que acontece el delito, sean integrantes de la misma fuerza o bien autoridades superiores ministeriales. También aquí se prevén las dos vías señaladas anteriormente para esquivar el alcance del tipo: *hacer cesar la detención ilegal o poner el conocimiento de quien pueda hacerlo*, reservadas respectivamente para las autoridades superiores de la misma fuerza, o bien de rango superior o intermedio del órgano administrativo o ministerio del que ésta depende.-

Ahora bien, lo afirmado no implica exigir que el funcionario al obrar indebidamente tenga estar *en desempeño de sus funciones*; por lo que, si no lo está, siempre que se mantenga su competencia por la *proximidad de sus deberes funcionales* para la protección del bien jurídico continuará vigente el mandato legal[108].-

El sujeto activo de esta figura en el origen es *ajeno a la detención ilegal*, la que es llevada a cabo por un tercero[109].-

Sujeto Pasivo.-

Será la persona que se encuentre privada de su libertad en virtud de una *detención ilegal*, este es el presupuesto del que principia la atribución de responsabilidad penal en cabeza del funcionario.-

Tipo Objetivo.-

<u>Características generales: delito *omisión pura*.-</u>

Es un delito de *omisión pura*, pues importa un mero incumplimiento al hacer positivo ordenado[110].-

[108] Ibídem. Además menciona el jurista, en una idea contraria y que se inicia en la literalidad de la ley, a Fontán Balestra, quien suprime la calidad de que el funcionario *sea competente* para denunciar el hecho a la autoridad que deba resolver, lo que es criticado por la ampliación inusitada del tipo penal.-

[109] Donna, Rafecas, Creus, Estrella-Godoy Lemos. Menciona Rafecas que deberán seguirse las reglas de la teoría de la imputación objetiva para atribuir el resultado lesivo, en virtud de lo que se le atribuye la prolongación de la situación de cautiverio, ya que a pesar de su competencia funcional para abortar el delito, o dar cuenta a aquella autoridad que pueda hacerlo, permanece con su comportamiento omisivo aumentando el riesgo jurídicamente permitido. Soler, obra citada, pág. 50, alude a que el agente realiza una actuación posterior sin promesa previa expresa o tácita, lo que la distingue de una *connivencia*. Agregan Baigún-Zaffaroni que podría verificarse un acuerdo coetáneo.-

[110] Estrella-Godoy Lemos, Marín. En contra Baigún-Zaffaroni, considerándolo como omisión impropia.-

En este sentido, se ha enseñado que la figura está construida como un delito de *infracción al deber en sentido estricto*[111], por cuanto es indistinto si el sujeto una vez advertida la detención ilegal no hace nada en absoluto o realiza una acción que no implique el cumplimiento del mandato legal[112].-

Desdoblamiento de las *omisiones típicas*.-

El mandato imperativo del tipo penal dependerá de la competencia del funcionario, que oscilará en: **I)** *Hacer cesar* la detención ilegal, o **II)** *Dar cuenta* a la autoridad que deba resolver[113]. La determinación estará condicionada por el *ámbito* en el que se desempeñe y la jerarquía que ocupe dentro del mismo, extremos ya tratados en el apartado dedicado al sujeto activo.-

Tratándose de la segunda opción, cumplida con la conducta legal impuesta, se libera de su posicionamiento de garante y lo transfiere al receptor de la novedad. En tanto en la primera variante, la exigencia será mayor aunque el cese de la ilegalidad de la detención, no siempre llevara al recupero de la libertad de la persona.-

Como ya se dijo la *preexistencia de una detención ilegal, de la que es ajena el agente,* es exigida como presupuesto de procedencia y elemento objetivo del tipo. Se incluyen todas las detenciones ilegales previstas en el título, es decir las infracciones encuadrables en el *144 bis inc. 1º, las del 143 inc. 1º y 2º del C.P.*, pues constituyen *estados de detención ilegal*[114].-

Mandato legal: su nacimiento y cese. Conocimiento de la detención ilegal.-

Los verbos típicos utilizados: *omitir, retardar o rehusar*; denotan en cualquier caso la *reticencia funcional* a interrumpir el iter delictivo aún en curso[115].-

Las conductas son ordenadas y reprochables desde que el agente toma *conocimiento* de la detención ilegítima. Pero además, se establece un *término* al mandato legal -fundado en el objeto del

[111] Ver sobre el tópico Roxin Claus, obra citada, pág. 385.-
[112] Rafecas, texto aludido, pág. 378.-
[113] Buompadre, obra citada, pág. 533, sostiene tomando a Fontán Balestra, que la figura se trata de una sola hipótesis delictiva, que se caracteriza por conductas alternativas, siendo que en ambos casos el funcionario tiene competencia para hacer cesar la detención. El argumento radica en que todo funcionario que tenga conocimiento de un hecho delictivo está obligado a denunciarlo ante la autoridad competente, sino fuera competente quedaría abarcado en el 277 del CP.-
[114] Rafecas, Estrella-Godoy Lemos, Creus. Expresando éste ultimo la inclusión de toda privación ilegal, sea ilegítima desde el comienzo o que adopte esa condición en lo ulterior, siendo que la ley al hablar de detención, se refiere a cualquier privación de libertad (a título de cumplimiento de pena o de cualquier otro), en que el sujeto pasivo se halle a disposición y bajo la guarda de otro funcionario (obra citada, pág. 298).-
[115] Rafecas, obra citada, pág. 379, refiere que la letra del texto legal ha recibido críticas por la deficiencia de la redacción, toda vez que resultarían redundantes, pues retardar o rehusar son variantes del verbo omitir.-

reproche al agente-: es preciso que la detención ilegal de la que toma conocimiento el funcionario *no haya cesado*[116].-

Es indistinto la *forma o el medio* por el cual se tomen esas noticias[117], pero siempre deberán tener cierta entidad como para considerarlas objetivamente ciertas.-

Ello no implica que el *contenido* necesariamente deba informar sobre la ilegalidad de la detención, pues si no lo hace, igualmente será exigible el comportamiento en la medida en que el funcionario por su calidad especial le conste que lo es[118].-

Tipo Subjetivo.-

Es un delito *doloso*, aunque se admite el dolo eventual[119]. Quedaría configurado cuando al presentarse la situación típica, siendo conocida por el sujeto activo, omita voluntariamente ejercer el encargo impuesto por ley[120].-

Autoría y Participación.-

Será *autor directo o individual* del delito analizado, el funcionario público que teniendo competencia que incurra en las conductas prohibidas, recordándose que siempre será *ajeno a la detención ilegal* que sirve de base para la atribución de responsabilidad penal[121]. Se ha mencionado como encuadrable en este delito el supuesto en el cual el juez no decrete la libertad de una persona que se encontraba rebelde o prófuga que resulte habida, cuando la acción penal o la pena se encontraren claramente prescriptas[122].-

---

[116] Desde este hito entrará a regir el art. 277 inc. 1º, d, del C.P..-

[117] A diferencia de otros delitos, vgr. art. 144 cuarto incisos 2º y 3º, en el que el legislador incorpora en la redacción la expresión *"…en razón de sus funciones tomase conocimiento…"*, en esta figura se admite un conocimiento meramente informal o extraoficial.-

[118] Rafecas, obra citada, pág. 382, postulando que la mera alegación sobre la ilegalidad no colmaría esa exigencia típica. Discrepamos respetuosamente con el autor sobre este punto, pues desde nuestra perspectiva, la especial calidad del sujeto activo y su posicionamiento en relación al bien jurídico imponen la carga de indagar aunque sea mínimamente sobre esa circunstancia despejando la eventual duda. Por su parte, Estrella-Godoy Lemos, plantean graduar la exigencia según el mandato normativo que recaiga sobre el agente –hacer cesar, o dar cuenta a quien deba hacerlo-, siendo que para aquel cuya competencia impida hacerla cesar será más amplia, la obligación nace con la *simple noticia* (obra citada, pág. 94).-

[119] Baigún–Zaffaroni, obra citada, pág. 347.-

[120] En contra Buompadre, para quien solo es posible mediante *dolo directo* del agente. Creus refiere que el dolo pide el *conocimiento cierto* (la duda no basta, sin perjuicio de que con ella se incluya la conducta en otras infracciones funcionales que pueden llegar a ser delictuosas, p.ej., la del art. 249, Cód. Penal) de la detención y de su ilegalidad, y la voluntad de no cumplir con las obligaciones que la ley impone al agente (pág. 299).-

[121] De lo contrario será coautor de la detención ilegal en curso. Tampoco se exime de responsabilidad el agente cuya competencia reside en dar cuenta a la autoridad, cuando conoce que ésta está implicada de alguna manera en el delito –rige el principio de confianza- (Rafecas, obra aludida, pág. 378 y 382).-

[122] Baigún–Zaffaroni, obra citada, pág. 316.-

Respeto de la posibilidad de comisión del tipo penal *por autoría mediata*, como establecer una imputación en calidad de coautores, se entiende que no resultaría viable, circunstancia que parte de considerar que la orden legal de actuar nace y recae exclusivamente en la persona -o las personas- del funcionario público que tomen noticias de la detención ilegal cometida por otro.-

El personal subalterno se exime de responsabilidad si da cuenta a su superior cuando no está en condiciones de conocer quién es la autoridad que deba resolver[123].-

La *instigación* a que un funcionario omita hacer cesar una detención ilegal o dar cuenta a la autoridad que si deba hacerlo, como también la posibilidad de que se verifique algún grado de colaboración *primaria o secundaria* en esa omisión, parece posible en tanto se determine al autor a tal proceder o se colabore con el funcionario omitente –sea de un modo sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer, o de cualquier otra forma *(arts. 45 y 46 del C.P.)*-.-

Consumación y Tentativa.-

Se *consuma* cuando el autor infringe la conducta legal, es decir en el primer momento en que estando en condiciones de dar aviso a la autoridad o de hacerla cesar, no lo hace[124]; siendo indistinto si esta concluye con ulterioridad por otros motivos.-

Se postula la inadmisibilidad de la *tentativa*[125].-

Particularidades de la Figura.-

Diferenciación con la *obligación de denunciar genérica (art. 274, C.P.).-*

No debe confundirse, en tanto median importantes diferencias con la obligación de denunciar impuesta en cabeza de todo funcionario público (art. 274, C.P.). De tal modo, además de ser diverso el interés tutelar de las normas y correlativamente las expectativas punitivas, existe ausencia de semejanzas en cuanto mientras el funcionario que omite denunciar *(art. 274 del CP)* no responde por el resultado lesivo derivado de su conducta –toda vez que es un delito de peligro, que afecta a la administración pública, y desconectado de la consecuencia lesiva-.-

Por el contrario, en el supuesto del *art. 143 inc. 6º del fondal,* sí lo hace, pues le es atribuible al agente la prolongación de la detención ilegal de la que tuvo conocimiento e incluso se lo amenaza con idéntica sanción punitiva que a los restantes autores del artículo.-

[123] Rafecas, obra citada, pág. 382.-
[124] Buompadre, Rafecas, Núñez, Estrella-Godoy Lemos.-
[125] Estrella-Godoy Lemos, Creus, Núñez, Marín. Donna, obra citada, pág. 169, y Baigún–Zaffaroni, obra citada, pág. 347, por su parte se inclinan por su admisión.-

De allí que solo pueda ser cometida la *detención ilegal por omisión* en tanto aquella cometida por otro funcionario no haya cesado o agotado en sus efectos.-

Privación Ilegal de la Libertad realizada por Funcionario Público Agravada

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 144: ***"Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años."***

Consideraciones Generales del Artículo.-

Operatividad de la norma: *agravantes del art. 143.-*

El artículo presenta un agravamiento de la sanción penal con la que se reprimen las conductas ilícitas tipificadas en el art. 143 del fondal, estableciendo un incremento en el *máximum* de la escala abstracta figurativa por remisión al art. 142 del mismo cuerpo normativo[1]. Es así que, sólo el límite superior se eleva, de los tres a los *cinco años de prisión o reclusión* en caso de verificarse alguna de las hipótesis allí previstas.-

Como puede advertirse se excluye de la enumeración de las distintas circunstancias que motivan su aplicación al *inciso 4º del art. 142*. La cuestión resulta de toda lógica si se repara en que el supuesto discriminado estipula el agravamiento cuando *"…el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública…"*, ello pues mal podría quien detenta tal envestidura funcional –requisito esencial de las figuras estudiadas-, fingirla o simularla al momento de la comisión de alguna de las acciones que son encuadradas en el 143.-

Nada dice la norma acerca de cómo opera el agravante sobre la pena de inhabilitación especial por el doble tiempo que prevé el artículo agravado (CP, 143). Dos son las posiciones que se

[1] En caso de darse simultáneamente, a pesar de no duplicar el agravante, podrán ser medidos dentro del estiramiento de la pena que permite la nueva escala (CP, 40 y 41). *"Art. 142.- Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1º. si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza; 2º. si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular; 3º. si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor. 4º… 5º. si la privación de la libertad durare más de un mes.".* Las mismas circunstancias resultan previstas como agravantes en el art. 144 bis, último párrafo, para aumentar las penas de todas sus hipótesis delictivas.-

alzan sobre el punto, una que presume que el silencio legal implica un correlato en el aumento también respecto de esta especie[2], y otra, que ajustada al principio de legalidad y sobre la base del *favor rei*, estima inapropiada tal ampliación en perjuicio del imputado[3].-

En cuanto al *aspecto subjetivo* debe mencionarse, que necesariamente a efectos de permitir achacar al funcionario cualquiera de las hipótesis agravantes, el *dolo* del autor debió haber englobado[4].-

Finalmente, se han elevado distintas críticas en cuanto a la *desproporcionalidad* de las sanciones en su cotejo con las reguladas para las mismas agravantes estipuladas en el tipo penal no cualificado *(art. 141, 142, CP)*, en tanto mientras la conminación que amenaza al funcionario público oscila entre los 1 a 5 años en el caso del 144 y en los 2 a 6 años de prisión para la del art. 144 bis in fine, la figura agravada que sanciona al particular va desde los 2 a 6 años de la misma pena[5].-

Enumeración de las Circunstancias Agravantes.-

A continuación, se muestran los presupuestos fácticos que permiten el alongamiento punitivo en cuestión:

1º. *Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza*.-

El fundamento del acrecentamiento radica, según el caso, en el *medio* utilizado o en el *propósito* seguido por el autor. De tal modo, se circunscribe su ámbito de aplicación al uso de parte del agente de *violencias o amenazas ("bis absoluta"*, o *"bis compulsiva", respectivamente)*, tanto por sobre la persona de la víctima como de terceros que estén en condiciones de impedir el delito o intenten hacerlo.-

El primero de los conceptos implica la utilización del autor de una energía física, u otro medio equiparado –narcóticos o hipnosis *(art. 78, C.P.)*-; mientras que el segundo, remite al concepto jurídico clásico, en tanto significa un anuncio de un mal grave, posible e inminente, sobre

[2] Desde esta óptica se llevaría la pena de inhabilitación especial a un máximo de diez años. Sostienen este posicionamiento Creus, Núñez, Fontán Balestra.-

[3] Rafecas, en "La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos", edit. Del Puerto, 2010, pág. 271; y Donna, Alberto Edgardo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-A, Rubinzal Culsoni Editores, 2005, pág. 170.-

[4] En esta senda de análisis, explica Rafecas que el inciso 6º del art. 143, puede presentar problemas de aplicación, debido a la posición que debe ocupar el autor en la figura, la que si bien lo sitúa como garante del sujeto pasivo no lo será de manera inmediata o directa.-

[5] Código Penal y Normas Complementarias, Dirección David Baigún y Raúl Eugenio Zaffaroni, cometario de Federico Delgado-Juan Seco Pon-Máximo Lanusse Noguera, Hammurabi, pág. 370.-

la persona o sus bienes, que puede provenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél[6].-

El agente podrá servirse de ambas modalidades en cualquier momento del *iter criminis* sea para cometer la acción típica o para mantener el estado antijurídico de la misma.-

Las *lesiones* que, en forma prácticamente inevitable y sin las cuales no se podría ejercer la *violencia* aludida, son abarcadas por este tipo calificado[7].-

En cuanto al segmento final del artículo, dedicado a los *fines o motivaciones* del autor, y que alude a los *religiosos o de venganza*, se refiere a los incidentes que influyan en el ánimo del autor a la determinación de cometer el delito.-

Las primeras, se vinculan a asuntos de carácter religioso, en un sentido amplio, y relacionados a la inclinación o creencia que el autor, la víctima o un tercero profesen, independientemente del destino concreto de la conducta[8].-

La segunda, cuando la motivación que guía al autor es un sentimiento de represalia por un hecho anterior perjudicial a él o a un tercero –con cierta relación con como para provocar su actuación-, cuya supuesta o real causación se atribuye a la víctima o a un tercero a instancia suya[9].-

2º. *Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien si deba respeto particular*.-

---

[6] Donna, Buompadre, Creus, Núñez. Este último complementa la idea sentando que no es suficiente la energía física *indirecta* que se ejerza sin contacto físico (p.ej., encerrando a la víctima), ni mediante el engaño que la hace errar a la víctima sobre el carácter del consentimiento que presta para el acto.-

[7] Creus, Soler. Este último, las llama *"lesiones ligeras"* -daños que pueden lógicamente ser considerados como un resultado físico normal de la violencia, como las equimosis pequeñas o escoriaciones-, y menciona que aquellas que excedan ese nivel, concurren materialmente (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, págs. 40/42). Esta inteligencia es cuestionada por otro sector de la doctrina, que entiende que toda lesión que se produce sobre la víctima desatendiendo al daño causado como integrante de la misma privación de libertad, rechazando su absorción por la violencia y propugnan su concurso ideal (Núñez).-

[8] Son variados las hipótesis que mencionan los autores, sea que la conducta tenga como destino atacar o favorecer una determinada religión, o para posibilitar el desarrollo de un determinado acto o ceremonia, o bien para impedirlo, para difundir o imponer una determinada idea, etc.. Dice Creus: *"…sea para apoyar una determinada idea, sea para combatirla, sea por oponerse a cualquier idea de ese carácter (p.ej., la actitud del ateo que combate todas las religiones)…"*. Soler explica que *"…El fin religioso podrá vincularse con los delitos de privación de libertad principalmente con respecto al encierro de que una persona puede ser objeto en un monasterio o del mantenimiento de la clausura a pesar de la expresión de disenso..."*.-

[9] Como se ve, se acepta la venganza directa y también la llamada "transversal", y es indiferente que el fin perseguido con la maniobra se consiga o no. Donna y Núñez coinciden en que no es suficiente el odio que pueda evidenciar el autor.-

Se tiene en cuenta para permitir la figura agravada la *calidad del sujeto* sobre el cual se ejercen las conductas castigadas en el artículo anterior. Es así que, se torna imponible cuando el vínculo sea alguno de los siguientes:

a) ascendiente: por consanguinidad, en línea recta y sin límite de grado,

b) hermano: sea que comparta ambos o sólo uno de los padres (hermanastro), y también en casos de adopción,

c) cónyuge: existiendo matrimonio válido y no disuelto, descartándose el concubinato.-

No se encuentran abarcados parientes por *afinidad*[10] ni tampoco los *descendientes* que han sido excluidos de manera expresa de la enumeración[11].-

Sobre el cierre, se amplía el marco a un grupo de personas que aunque no definido sí es identificado con la frase "*…otro individuo a quien si deba respeto particular…"*, lo que debe ser entendido como referencia a un vínculo específico –no general- entre víctima y victimario que imponga aquella consideración respetuosa[12].-

3º. *Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor*.-

Se asocia el aumento de la pena al *resultado* derivado del ilícito castigado, por cuanto importe un daño grave, que puede pesar sobre: la persona, la salud o los negocios del ofendido.-

La aplicabilidad de este agravamiento estará *condicionada* a que la circunstancia no constituya otro delito castigado más severamente castigado, lo que tiene motivo con el remate de la norma.-

En todos los casos el perjuicio deberá ser *grave*, es decir, de acuerdo al caso concreto y a las circunstancias particulares deberá revestir cierta entidad. Además, tendrá que derivarse de la actividad ilícita misma del agente y no del medio utilizado para arribar a ese desenlace consumativo ilegal[13].-

---

[10] Donna, Buompadre.-

[11] De allí que la mayoría de los autores nacionales, señalan que el motivo del agravante no radica en *el vínculo de sangre*, sino en la existencia de un especial deber de respeto que el sujeto pasivo tiene que observar con la víctima. No obstante, siempre será factible tenerla por suplida la omisión en función de la expresión "*…o de otro individuo a quien si deba respeto particular…"* que se estable como corolario de la cláusula.-

[12] De tal modo, se han utilizado diversas expresiones para caracterizar el lazo entre víctima y victimario: *"particular respeto"* (Estrella-Godoy), *"acatamiento personal"* (Núñez), *"respeto especial"* (Donna). Los autores citan como ejemplos incluidos a los *padres adoptivos, tutores y maestros*.-

[13] En este sentido Creus, quien sostiene que no quedan incluidos los casos en que el daño emerge de la actividad desplegada *para* realizar el ilícito que, si constituye el delito de lesiones, operan en concurso con la privación de

La doctrina comenta que se alude al acaecimiento de un *resultado preterintencional* no abarcado por el dolo del autor[14].-

En cuanto a los supuestos sobre los que puede extenderse el menoscabo, debe decirse que: ***i)*** para el caso que la afectación recaiga *sobre los negocios* del ofendido implica una perturbación en su ocupación, profesión, empleo o trabajo, produciéndole un perjuicio de carácter económico o patrimonial, que incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante[15]; y ***ii)*** mientras que cuando cae sobre la *persona*, afecta bienes jurídicos inherentes a la personalidad, distintos de la libertad misma (por ejemplo, su honor u honestidad), siempre que no se cometan sobre la víctima delitos específicos[16].-

iii) Tratándose del daño sobre la *salud,* la determinación del alcance deberá ser analizada sin perder de vista los diferentes grados de lesiones regulados en nuestra ley penal, considerando la limitación de la parte final del inciso, y partiendo de la base que las *lesiones ligeras* son incluidas en las *violencias del inc. 1º*. Siendo así las cosas, quedarían incluídas las *lesiones leves* –que excedan ese mínimo caudal dañino y representen cierta entidad- y las *graves*[17].-

Claro que no son comprendidas las lesiones culposas o dolosas, aún causadas durante el estado de cautiverio, en forma autónoma o independiente de la privación. En esos casos concurrirán de forma material[18].-

5º. *Si la privación de la libertad durare más de un mes*.-

El agravante funciona haciendo operar el reproche ante un parámetro esencialmente cuantitativo: la *extensión temporal* de la acción.-

---

libertad. Coincidentemente, Estrella-Godoy Lemos y Buompadre, para quienes las lesiones culposas o dolosas causadas de forma autónoma e independiente de la misma privación no es incluida por el agravante, y concurre materialmente (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2° Edición, Hammurabi, 2007, pág. 61).-

[14] Soler, Donna, Buompadre. La expresión inicial del agravante al referirse a *"…si resultare…"* apuntala esta interpretación.-

[15] Estrella-Godoy Lemos, Núñez y Soler.-

[16] Creus Carlos, en Derecho Penal. Parte Especial, Astrea, Tomo I, pág. 283. Soler alude de manera ejemplificativa al escándalo sufrido por una mujer honesta encerrada en una casa de prostitución.-

[17] Partiendo de la escala legal prevista para los distintos grados de lesiones, solo las *gravísimas* priman frente a la agravante en estudio. La doctrina menciona como ejemplos del agravamiento: la enfermedad sufrida por las condiciones de detención, o el aborto sufrido por el shock del evento.-

[18] Creus, pág. 61; Soler, pág. 40/43.-

Se deberá exteriorizar, al menos, por más de un mes calendario[19]; siendo que el plazo se contara según las pautas que dispone el Código Civil[20].-

Art. 144 bis "in fine": *"Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, la pena privativa de la libertad será reclusión o prisión de dos a seis años.".-*

La norma establece de antemano una escala punitiva agravada, que va de *dos a seis años* de prisión o reclusión, para las mismas hipótesis que fueran incluidas en el art. 144, por remisión al art. 142, ambos del código sustantivo.-

El texto, ubicado sobre el final del artículo, tiene repercusión sobre todas la figuras penales contempladas en cada uno de sus tres incisos. De tal modo, siendo las mismas circunstancias las que permiten su funcionamiento para la aplicabilidad de la punición más severa, en honor a la brevedad se remite al tratamiento del punto pertinente, debiendo únicamente resaltarse dos cuestiones.-

Respecto del *inciso 1º, art. 142 CP*, esto es cuando mediaren *violencias o amenazas*, cabe resaltar que en la praxis estarán íntimamente vinculadas a los apremios ilegales, severidades y vejaciones, por ser aquellas el modo comisivo por excelencia de estos delitos, guiados además por motivaciones de venganza[21].-

En segundo lugar, un breve comentario relativo al *inciso 5º*: Cuando la privación libertaria se extienda por más de un mes, en el caso de las figuras criminales tipificadas en los incisos 2º y 3º del 144 bis, CP, habría que evaluar si no podría ser considerada la plataforma como una tortura[22].-

---

[19] Siguiendo a Buompadre, se destacan aquí dos cuestiones, en tanto no incluye casos en los que el alcance temporal sea de un mes exacto, y paralelamente el parámetro lo determinara el mes en que se consuma el delito –que no necesariamente será de treinta días-. En igual sentido Núñez y Estrella-Godoy Lemos.-

[20] Remite en consecuencia a los arts. 25 y 26, CC; en función del art. 77, párr. 2º, Cód. Penal. En igual sentido Creus, Donna, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos.-

[21] Rafecas, obra citada, pág. 269. En este sentido, el Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (creado en el año 2010 por acuerdo entre la Procuración Penitenciaria de la Nación, el Comité contra la Tortura de la Comisión por la Memoria de la provincia de Buenos Aires, y el Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA), en su informe final del 2012, identificó al aludir agresiones físicas, como el segundo contexto más frecuente, a aquellas que tienen lugar frente a "denuncias o reclamos" de los detenidos en los establecimientos penitenciarios federales.-

[22] Por ejemplo el confinamiento en celdas de aislamiento independientemente de los motivos que se aleguen de parte del que las imponga ("seguridad", sanción, etc.) que se prolonga por ese tiempo o más, debiendo recordarse la evolución cuantitativa de las tres figuras que fue analizada.-

Severidades, Apremios y Vejaciones

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 144 Bis: "*Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:*

1º. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.".-

2.- El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales".-

3.- El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años. "

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.-

Este tipo penal no estaba contemplado en el Proyecto Tejedor ni en el de 1.886. Recién se incluye en el Proyecto de 1.891, siendo el fundamento del legislador dar acabado respeto a la garantía normada en el *artículo 18 de la Constitución Nacional*, en cuanto proscribe que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente.-

Se mantiene en el Proyecto de 1906, y con la reforma de *ley nº 11.719* se incorpora al art. 143, inciso primero. Finalmente, la *ley nº 14.616* lo traslada a su actual ubicación y eleva la pena prevista para su comisión[1].-

El *Anteproyecto del año 2.006*, no contiene la materia de prohibición circunscripta en los tres incisos del *art. 144 bis*[2].-

[1] Con anterioridad a la referenciada legislación, los delitos previstos en el actual artículo 144 bis, C.P., en sus tres incisos, integraban el art. 143 original, respectivamente en los *incisos 1º, 8º, y 5º*. Era duramente cuestionado hasta ese entonces por la doctrina, considerando principalmente la diferencia punitiva de sus antecedentes fundantes, no obstante a entender de Soler tal dolencia solo fue superada con la sanción de la *ley nº 17.567* -que llevara la escala a oscilar entre seis meses a tres años de prisión- (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, pág. 44).-

[2] Esta circunstancia es a entender de **Rafecas** una omisión involuntaria fácilmente subsanable en la pertinente y eventual discusión parlamentaria.-

Bien Jurídico.-

El tipo penal en discusión, normativiza y reglamenta penalmente el contenido del artículo 18 de la Constitución Nacional aludido. Se reprime al funcionario público que *ilegalmente privase* a una persona de su libertad, por algunos de los *medios comisivos indicados*: abuso de sus funciones o ausencia de las formalidades previstas por ley[3].-

Deben aquí evocarse las consideraciones que fueran mencionadas al inicio del comentario, particularmente en cuanto a la *constitución dual* del interés de tutela, con referencia a la eventualidad que, si bien en primer término el objeto de reguardo será la *libertad individual*, en un segundo plano, su conculcación viene acordada a la *incorrecta actuación de los agentes estatales*[4].-

Sin perder de vista lo dicho, tampoco puede olvidarse que la circunstancia que un ciudadano se encuentre expuesto frente a la autoridad en el marco de una detención ilegalmente practicada, importará *per se* el peligro de afectación de otros derechos comprometidos no menos importantes que el mencionado[5].-

Sujeto Activo.-

Nuevamente se trata de un *delito especial impropio*, donde se requiere la calidad de *funcionario público,* agravando la penalidad del tipo básico del artículo 141 del Cenal, aunque partiendo de los especiales modos típicos comisivos que indica la norma, necesariamente deberá encontrarse *en ejercicio de sus funciones*.-

[3] Soler denomina a la figura en estudio como *"Detención ilegal*", mientras que llama *"Irregularidades en la forma de ejecutar la detención"* a las infracciones que han quedado agrupadas en el art. 143 CP.-

[4] En palabras de Soler, se adiciona *"...el interés del Estado en la corrección formal y sustancial de los órganos ejecutivos, para cuyos abusos o inconductas nadie puede conceder consentimiento válido."* (autor y obra aludida, pág. 52). De manera conclusiva al analizar el bien jurídico protegido se ha dicho que *"...en el lenguaje analítico hay dos bienes jurídicos en juego, la libertad y la Administración Pública (su correcto funcionamiento); en el lenguaje dinámico y sensible nos enfrentamos a la libertad republicana en tanto que necesariamente vinculada a la relación entre ciudadanos y poderes del Estado: la libertad contextualizada con el actuar público respetando sus competencias como correlato necesario, equilibrio básico que hace posible la alianza entre las libertades y el monopolio estatal de la fuerza legitima."* (Federico Delgado - Juan Seco Pon - Máximo Lanusse Noguera, en Baigún - Zaffaroni, obra citada, pág. 354).-

[5] Así lo reconoció la C.I.D.H. en numerosos precedentes, al mencionar que en esos casos la persona se encuentra en una *situación agravada de vulnerabilidad*, de la cual surge riesgo para la integridad física y su dignidad (entre otros, en los casos "Juan Humberto Sánchez", "Bámaca Velásquez", "Cantoral Benavides"), o en otros términos *"...la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida."* (caso "Torres Millacura Vs. Argentina", del 26/08/2011).-

<u>*La necesidad de contar con facultades genéricas de detención*</u>.-

Se ha exigido otra restricción típica objetiva para atribuir la comisión de esta figura: que de entre las distintas facultades que detenta el agente en virtud de su investidura, se encuentre autorizado a proceder a la detención de personas, sea por el ejercicio de tareas relacionadas con la administración de justicia, o bien atinentes a la prevención, defensa o la seguridad[6].-

La diferencia de encuadre legal no es menor respecto del tipo penal básico *(art. 141 del C.P.)*, pues comparativamente, además de la penalidad evidentemente más elevada –la que se justifica, tanto por el mayor disvalor de la conducta del sujeto activo, como por la mayor afectación al bien jurídico-, también se advierte su relevancia en la posibilidad de invocar por parte del ciudadano ofendido, como causal de justificación, la legítima defensa de sus derechos o de terceros frente a tal accionar del representante estatal.-

En directa relación con lo expresado, debe decirse que la exigencia funcional que recae respecto del autor en esta norma, implica que <u>*no puedan serlo*</u>:

a) los *funcionarios extranjeros,* quienes deberán ser considerados autores de delitos comunes o cómplices primarios del delito cometido por funcionarios nacionales[7];

b) el *ciudadano común*, cuando por expreso mandato legal y en situaciones de excepcionalidad se lo equipara al funcionario público[8]. Esta afirmación comprende también al *personal de seguridad privada*, quienes al igual que los particulares son extraños a la función pública, y por lo tanto las consecuencias de sus conductas en el cumplimiento de su empleo, a todo evento, darán lugar a la atribución de responsabilidad por un delito común.-

Sujeto Pasivo.-

La letra de la ley apunta al funcionario público que *"...privase a alguno de su libertad personal..."*, presentándose controvertidas opiniones que giran en torno al grupo de personas que resultan protegidas por la norma.-

[6] Rafecas, quien llega a esta conclusión valorando el bien jurídico protegido, y especialmente la exigencia legal de que la privación de la libertad lo sea *"con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por ley"*. Siguiendo esta postura, el autor expresa, aclarando que no se trata de una enumeración taxativa, que pueden postularse válidamente para este delito: los funcionarios judiciales, los integrantes de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, y los jueces. Sin embargo, la mayoría de los autores tradicionales sostienen que solo es necesario que esté en ejercicio de sus funciones.-

[7] Rafecas, obra citada, págs. 286. En cuanto a la primera de las soluciones posibles el autor indica el precedente jurisprudencial dimanado del TOCF *in re "Arancibia, Clavel"*; mientras que para la segunda salida teórica menciona el fallo de la JFCyC en el caso *"Automotores Orletti"*.-

[8] Claros ejemplos resultan los *arts. 284 del CPPN, y 154 del CPPBA*, y en igual sentido el *art. 240 del C.P.*.-

En una primera aproximación podremos separar entre aquellas versiones que no efectúan discriminación alguna; o contrariamente, las que sólo lo limitan a quienes siendo titulares del bien jurídico gozan de cierta disponibilidad del mismo, matizándose dispares las fórmulas empleadas para definir tal extremo.-

En general, se circunscriben al parámetro que considera la *capacidad de expresar su voluntad*[9].-

Parece ajustado el concepto brindado por *Diez Ripollés*, al expresar que será sujeto pasivo *toda persona que tenga capacidad volitiva natural de movimiento*, ello independientemente de la relevancia jurídica que ésta tenga, o de la posibilidad de la víctima de captar el significado de su decisión, o bien de las limitaciones físicas que pueda presentar (ej. inmovilizados de forma absoluta, en tanto se les coarte los medios que permitan su desplazamiento)[10].-

Desde esta última perspectiva, quedarían excluidos de la selección: los *retrasados mentales profundos*[11], los *niños de corta edad*[12], los *esquizofrénicos*[13], y las *personas inconscientes*[14].-

Respecto de la posibilidad *del detenido legalmente de ser sujeto pasivo de esta figura,* ello, en tanto se considera que continúa detentando un remanente de libertad que aún puede en ese estado ser coartado; se ha argumentado, que conforme la sistemática que luce nuestro código, esta opción debe ser descartada toda vez que se han previsto otras figuras para esos casos, las que absorben la totalidad del disvalor del injusto y priman sobre este tipo penal -*apremios ilegales, severidades, torturas, arts. 144 bis inc. 2º y 3º, y 144 ter-*[15].-

Tipo Objetivo.-

<u>*Alcance* y *delimitación* de la prohibición normativa</u>.-

El fondo de la figura consiste en *privar de la libertad a otro,* lo que tiene repercusión en la restricción de la *libertad física, de movimiento o locomoción*[16]: esto implica colocar a la persona en

---

[9] La mayoría de la doctrina nacional opta por esta postura conceptual. Entre ellos, Creus, Rafecas, Soler, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Buompadre.-

[10] Mencionado por Rafecas, obra citada, pág. 293.-

[11] Buompadre, Rafecas.-

[12] Creus. Buompadre, alude al "niño de pocos días" (autor y obra citada, pág. 515). Rafecas señala la sentencia dictada por la *CCCFed in re "Acosta", causa "ESMA"*, donde se considero a los niños nacidos en cautiverio como sujetos pasivos de este tipo penal.-

[13] Buompadre.-

[14] Buompadre, Soler, Creus.-

[15] Rafecas.-

[16] Buompadre la resume como *"...la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo u otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o Estado) interfiera*

una situación de limitación efectiva de su capacidad individual de establecerse en el espacio, es decir, de impedirle movilizarse fuera de los límites impuestos por el autor[17].-

Son receptados tanto los impedimentos de movimientos queridos por la víctima, como la imposición de aquellos impulsados por el autor, es decir que se divisa un *contenido positivo y/o negativo*[18].-

De lo mencionado, se deriva que no quedan incluidas aquellas conductas que constituyen una *mera dificultad* a la auto-determinación libertaria[19], siendo irrelevante la circunstancia de que la víctima haya podido liberarse pasado determinado lapso temporal.-

Sí debe adicionarse que no es condición para la tipicidad objetiva la *inmovilización* de la víctima[20], la *abducción*, ni el *encerramiento*, pues es posible la privación de la libertad aún con ciertos límites espaciales o físicos[21].-

Es un delito que puede cometerse mediante *acciones*, admitiendo también su consumación en *comisión por omisión*[22], y podrá ser realizado por *cualquier medio* que posibilite alcanzar la finalidad restrictiva perseguida por el autor[23].-

Los exclusivos *medios comisivos* de la norma.-

---

arbitraria o ilegítimamente en la esfera de reserva o intimidad personal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley..." (autor citado, Derecho Penal Parte Especial, T. I, Mave, Buenos Aires, 2000).-

[17] Soler, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos. Es clarificador el concepto –citado por Donna- de Landrove Díaz, definiéndolo como el *"...despojo coactivo de toda iniciativa personal en cuanto a la libertad de movimientos o posibilidad de desplazamiento…"*.-

[18] Soler, Creus, Donna, Núñez, Estrella-Godoy Lemos.-

[19] Por la claridad que denota el caso, vale mencionar el ejemplo al que alude Rafecas para aclarar la atipicidad de conductas que tiendan exclusivamente a obstaculizar la libertad de movimientos sin más, el que atribuye a Landrove Díaz (1999:440), relativo al bañista a quien se le sustrae la ropa de la que se ha despojado para bañarse.-

[20] Así, señala Soler en comentario al delito del art. 141 del C.P. -al que remite- que *"...puede privarse a alguien de la libertad sin afectar la libertad de locomoción, como ocurriría si a un sujeto se le colocaran esposas cerradas en las muñecas. Por eso, es más exacto hablar de libertad de movimientos, como lo hacen Binding y Manzini…"*, o incluso cuando el medio elegido por al autor implica en sí mismo un desplazamiento no querido por la victima: *"...La detención puede tener lugar a pesar del desplazamiento en el espacio. Puede producirse en un vagón de tren. Puede consistir en conducir un automóvil más allá de los deseos de la persona conducida sin derecho ni consentimiento, de modo que liberarse importe, cuando menos, el riesgo de tirarse del vehículo en movimiento…"* (obra citada, pág. 35).-

[21] Rafecas, Creus, Soler.-

[22] Rafecas, Núñez, Buompadre, Soler, Estrella-Godoy Lemos. Buompadre menciona -entre otros- como ejemplo típico el caso del usuario que no puede abandonar el medio de transporte por negarse el conductor a parar y abrir la puerta.-

[23] Son incluidos en general, sin perjuicio de las circunstancias que agravan la figura *(art. 144 in fine)*: la coerción, el engaño, el encierro, la atadura, la sorpresa.-

Sintéticamente hasta aquí puede decirse que para ser típico el comportamiento deberá coartar la libertad de otra persona y ser concretado por un funcionario público con el alcance dado. Pero además es necesario que éste actúe *en ejercicio de sus funciones*.-

Este último concepto queda ceñido en tanto la norma exige que la privación sea: con *abuso de facultades*, o *sin las formalidades prescriptas por la ley*. De allí es de donde deriva la *ilegalidad* del proceder funcional reprochable[24], cualidad que torna viable el ejercicio de legítima defensa de parte del damnificado[25].-

Es decir, que éste marco ilegal, desde una *óptica sustancial o formal*, se demanda como *escenario de actuación del funcionario* para la procedencia de la imputación del delito especial, y ello dimana de los exclusivos medios comisivos elegidos.-

Es así, que no quedan abarcadas en este tipo penal las conductas acontecidas en el ámbito privado del funcionario y *desconectadas de su función pública*[26].-

En este caso, la plataforma fáctica decantará en la figura legal base, aún cuando esa calidad haya sido utilizada *como medio o herramienta para la comisión del evento criminoso*. Siempre será aplicable el agravante del *art. 142 inc. 4º del C.P.*, que estipula el aumento de la penalidad cuando *"…el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública…"*.-

[24] Nótese que a diferencia de los términos utilizados en *la figura básica del 141 del C.P.*, aquí el legislador omite remarcar expresamente el *carácter ilegal* que debe revestir la conducta –evitando la expresión *"ilegalmente"*-, lo que resulta de toda lógica atento los modos de comisión que a continuación exige para su tipicidad. Las modalidades comisivas empleadas por el artículo, colman lo que a criterio de la Corte Interamericana conforman las 'garantías específicas en torno a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios', ello en el marco del artículo 7 incs. 2º y 3º de la CADH respectivamente. Ha indicado el aludido organismo internacional que *"…Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad."* (Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, considerando nº 131).-

[25] Cuando la autoridad estatal ejerce coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas su intervención está justificada porque se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación (tipicidad objetiva conglobante), por ello el que sufre la acción del funcionario no puede resistirse ni defenderse legítimamente; por el contrario "*…puede justificarse la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, porque actuando ilícitamente incurriría en una agresión ilegítima habilitante de la defensa del agredido."* (Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, págs. 638/639).-

[26] Rafecas, Creus, Estrella-Godoy Lemos. Se ha indicado como parámetro separativo del tipo penal calificado, la exhibición de un *"…exclusivo y particular interés…"* del funcionario en el atentado contra la libertad (Cámara Penal de Morón, Sala II, 08/10/91. Citado por Donna en Derecho Penal Parte Especial, pág. 267).-

Siguiendo con esta línea de análisis, ha quedado claro que se regulan *dos modos comisivos*[27], que pueden darse de forma alternativa o conjunta, y que configuran elementos de recorte de la antijuricidad:

A) Privación libertaria con Abuso de las funciones:

Se exterioriza cuando el funcionario estatal que priva de la libertad carece de facultades de detención, o bien detentándolas, las usa en situaciones que no son las legalmente previstas, o de un modo arbitrario o abusivo.-

Debe recordarse lo mencionado al tratar el punto relativo al sujeto activo del tipo penal, ocasión en la que se ha indicado la necesidad –aunque discutida- para algunos de que se verifiquen además en el funcionario *facultades genéricas de detención*, ello pues en esta tesitura si se careciera de esta competencia, no se colmaría el tipo objetivo del delito. Desde ya debe aclararse que, para aquellos que prefieren excluir como requisito de la tipicidad este extremo, será encuadrable en el *art. 144 bis, inciso primero del fondal*, cuando la maniobra privativa la ejecute un funcionario público aún sin esa competencia específica para detener[28].-

Se habla de un desvío, *extralimitación o exceso*, en la utilización de las potestades otorgadas al agente por la reglamentación pertinente. En tanto, el funcionario actúe dentro de los límites impuestos por las normas que regulan su actuación, el delito no tendrá lugar[29].-

Se suele diferenciar entre el abuso *funcional propio e impropio*, según el supuesto esté o no previsto en la normativa como hipótesis frente a la cual el funcionario puede privar legítimamente de la libertad ambulatoria[30].-

---

[27] Cierta parte de la doctrina considera que estos conceptos introducidos por el legislador configuran especies del género *"abuso funcional"* (Donna, Núñez, Creus).-

[28] Creus, Donna, Soler, Núñez, Buompadre. El primero cita como ejemplo típico el supuesto del inspector municipal que para labrar un acta de infracción priva de la libertad al infractor para hacerle firmar la constancia respectiva. Asimismo, Soler al explicar que este abuso puede asumir tanto un *aspecto jurisdiccional, como uno substancial*, *"…Hay abuso en el primer sentido cuando ordena o dispone la privación de la libertad un funcionario público que no tiene facultades para ello. Pero el hecho de tener facultades genéricas no quiere decir que el funcionario munido de ellas sea dueño de tomar cualquier medida. El hecho de éste puede ser sustancialmente abusivo también, como ocurre cuando un comisario envía al calabozo a un citado no infractor, no detenido en virtud de alguna expresa disposición procesal (testigo)…"* (autor y obra citada, pág. 51).-

[29] Rafecas. Parte de considerar que el ejercicio coercitivo privativo de la libertad llevado adelante por el poder estatal resulta ser parte de lo que denomina *actividades estatales toleradas*, en tanto son consideradas indispensables para el desempeño de instituciones vinculadas a la administración de justicia, las que solo se justifican en la medida que sean acotadas dentro de ciertos límites.-

[30] Rafecas, obra citada, pág. 328. Es también usual en la doctrina, la clasificación que divide entre *incompetencia absoluta o incompetencia relativa* del funcionario para detener, según éste carezca de esa facultad, o teniéndola la ley no la prevea para el caso en que la ejercita (Estrella-Godoy Lemos, Soler).-

B) Privación libertaria sin las formalidades prescriptas por la ley:

A diferencia del anterior, aquí hay un ejercicio sustancialmente legítimo de la facultad de detención, pero que incumple las formalidades prescriptas por la normativa o reglamentación para disponerla o ejecutarla. Es decir, se halla *un mal uso de la función*, ello pues estando presentes los requisitos sustanciales y de competencia funcional, el ejercicio de la privación de libertad es formalmente incorrecto[31], circunstancia que es conocida por el autor.-

Las formalidades que deban rodear el procedimiento estarán indicadas por la legislación local vigente en materia de solemnidades, principalmente se desprenderán del *código de procedimientos* penal de cada provincia.-

Se suele considerar que encuadrada en este delito: la detención sin que medien las razones de excepción dispuestas por la ley, o sin la orden judicial pertinente para ello, cuando es practicada sin exhibirla al destinatario, o cuando presenta defectos formales esenciales.-

Incidencia del *consentimiento de la víctima.-*

Resulta *irrelevante* a los efectos de afirmar el injusto el consentimiento que pueda brindar el damnificado. Es una diferencia notable con la figura básica del *art. 141 del C.P.*, lo que resulta entendible si se atiende en que en este último caso la protección radica en un bien plenamente disponible por su titular.-

Por el contrario, en el tipo penal analizado se protege un bien jurídico asentado en un doble pilar, que no sólo involucra la libertad personal del individuo sino también el correcto uso de las facultades ínsitas en los agentes públicos, y el que además supone un resguardo de principios superiores fundamentales de todo estado democrático de derecho, los que se verían en cualquier caso conculcados[32].-

Sin perjuicio de lo expuesto deberá verificarse al menos un *disenso positivo* de parte de la victima[33].-

---

[31] Rafecas, Soler.-

[32] En igual sentido, Rafecas, Buompadre, Fontán Balestra, Estrella-Godoy Lemos, Soler y Donna. Se remite en lo medular a las consideraciones expuestas al explicar las características del bien jurídico protegido según las distintas posibilidades del conjunto de normas penales objeto del cometario, y a la apuntada finalidad del legislador señalada en los antecedentes del artículo (en relación a la necesidad de brindar acabado respeto práctico del art. 18 CN). No obstante, no es pacíficamente admitido este posicionamiento, encontrándose en una opinión opuesta Creus, quien sostiene *"... recuérdese que no estamos en presencia de un delito contra la Administración pública, sino de delitos contra la libertad, cuyo ataque no se puede dar contra quien, voluntariamente, auto limita esa libertad. El que voluntariamente concurre a una oficina pública acompañando al funcionario que requiere su presencia en ella, no puede decirse que haya sido privado de su libertad..."* (obra citada, T. II, pág. 301).-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*, por lo que no se incluyen aquellos procederes en los que la irregularidad, sea por ejercicio abusivo o por ausencia de las formas legales, provenga de la *imprudencia* del agente.-

La figura admite el *dolo eventual*[34].-

No son exigidos *elementos subjetivos distintos del dolo* para colmar este aspecto, siendo irrelevantes las *finalidades* que motivaron el obrar del sujeto activo, aunque sí necesariamente el autor debe estar en pleno conocimiento de que actúa con abuso funcional o incumpliendo las formas legamente prescriptas[35].-

Consumación y Tentativa.-

Es un delito de *resultado* y de carácter *permanente*.-

Por lo tanto esto determina, que se *consuma* con la efectiva privación de libertad del sujeto pasivo, siempre considerando la afectación al bien jurídico protegido, y se prolonga mientras no cesa el estado de sometimiento[36].-

Vinculado con este último extremo debe señalarse que, por imposición del principio de lesividad, se exige una mínima continuidad temporal de la acción restrictiva[37].-

En general, es admitida la *tentativa*, la que acontecerá cuando el funcionario despliegue las maniobras tendientes a la restricción de la libertad del individuo, aunque sin llegar a su cometido por razones ajenas a su ámbito decisorio[38]. Piénsese en un caso en que el agente sin motivo alguno comience una persecución sin lograr a concretarla por resistencia del otro.-

Autoría y Participación.-

---

[33] Soler. Enseña el autor que *"…el que encierra a un sujeto que permanecerá cerrado exactamente mientras duerma, no comete el delito de privación de la libertad…"*.-

[34] Rafecas, Donna. Buompadre, puntualiza que basta con "dolo común".-

[35] Rafecas, Donna, Núñez, Creus. En esta línea lo entendió la CSJN en causa "Abraham Jonte, Ronaldo Fabián s/ Recurso de Casación", sentencia del 07/12/2011, fallo que será comentado en el apartado pertinente.-

[36] Núñez al abordar la figura básica del 141 del C.P., alude que *eventualmente será de carácter permanente*, pues verificada la privación de libertad, ésta puede o no prologarse (Núñez, Ricardo, 'Manual de Derecho Penal', 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 152, pág. 149). En igual sentido pareciera expresarse Buompadre al sostener que sólo *en ciertos momentos* logrará tener esa cualidad (obra citada, pág. 517).-

[37] Rafecas, obra citada, págs. 80 y 313. En contra, Buompadre (obra citada, pág. 518). Desde la perspectiva en ciernes, vale traer a colación que tiene dicho la CIDH que sólo basta que haya durado breve tiempo para que se configure dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos una conculcación a la integridad psíquica y moral (Casos "Juan Humberto Sánchez", "Bámaca Velásquez", "Cantoral Benavides", entre otros).-

[38] Creus, Muñoz Conde, Donna, Estrella-Godoy Lemos, Núñez.-

El *autor directo o individual* de esta figura será el funcionario público que privase dolosamente a una persona de su libertad, abusando de sus funciones o sin las formalidades prescriptas legalmente: El policía que detiene a un ciudadano acusándolo de un delito que sabe que no cometió, o con una orden judicial dirigida a un homónimo a sabiendas que no es él. La conclusión no amerita precisiones más que recordar la necesariedad de efectiva lesión del bien jurídico tutelado, y el conocimiento del agente que su actuación funcional es abusiva o desapegada a las normas ceremoniales.-

Sobre la posibilidad de cometer la figura mediante el concurso de dos o más personas *–en calidad de coautores-*, atento su carácter de delito especial propio, se precisará que todos los intervinientes revistan la calidad de funcionario público, de lo contrario se ingresará respecto de aquel que la careciere, en el terreno de la *complicidad necesaria* cuando el *extraneus* detente la dominabilidad del plan fáctico delictivo[39].-

El requisito relativo a la función del sujeto activo señalado, también es aplicable para el caso de la *autoría mediata*[40].-

Es viable atribuir el resultado lesivo en calidad de co-autor, al funcionario público aún cuando su intervención tenga lugar luego del inicio del suceso, siempre que conociere la ilicitud del comportamiento previo de los restantes integrantes y los secunde en resto del tramo del crimen *(coautoría sucesiva)*[41].-

[39] Rafecas, pág. 321. El requerimiento señalado –dominio del suceso en virtud del plan criminal y su función específica decisiva en la ejecución total-, resulta determinante para construir la “coautoría funcional”, siempre que se den sus restantes requisitos admitidos por la doctrina (es decir: decisión común y ejecución según el plan seleccionado). Es por eso, que verificada su participación en la decisión delictiva, a pesar que el acto no implique ejecutar específicamente la ilicitud reprimida por la norma, será coautor cuando su aporte sea esencial al consorcio delictivo (Ej. El custodio del cautivo, o el jefe del grupo de secuestro). En el mismo sentido Buompadre (pág. 515).-

[40] Son diversas las posiciones para el caso de ausencia del requisito autoral, propiciándose la impunidad del *hombre de atrás*, o solucionarlo por la vía de aplicación de los delitos contra la libertad (coacción art. 149 bis del CP). Otras posturas admiten la complicidad del agente extraneus, y también se alzan aquellas que resuelven los problemas acudiendo a la figura del *"determinador"* (Creus Carlos, obra citada, pág. 406). Para el caso del juez como autor mediato de este ilícito, sostiene Rafecas que para un verdadero dimensionamiento disvalor de la conducta deberá imputarse juntamente las normas del delito de prevaricato (obra citada, pág. 327).-

[41] Rafecas, obra citada, pág. 318.-

Por último, en lo atinente a la *complicidad*[42] e *instigación*[43], todo individuo –sea que revista las especiales cualidades previstas en la norma, como quien no las posea- podrá *participar en el delito ajeno* bajo estudio, mediante su aporte o influencia que, en mayor o menor medida, contribuya al ilícito en cuestión.-

Particularidades de la figura.-

Referencia a las *detenciones por averiguación de identidad.-*

Partiendo del proceder abusivo típico de la figura, y enmarcadas en las facultades que disponen los integrantes de las fuerzas policiales, deben ser mencionadas -a modo de introducción del lector en el tema, excediendo el eje de esta nota y sin intensión de concluirlo- las llamadas *detenciones por averiguación de identidad* del ciudadano.-

El tópico se liga de forma directa con un conjunto de supuestos de hecho que se caracterizan por ubicarse en un delgado límite separativo de la configuración del delito analizado. Dentro del escenario detallado, no podrán perderse de vista además las aprehensiones llevadas a cabo en supuestos encuadrados como de *flagrancia*, o para "certificar antecedentes" o en el marco de requisas personales, como así también las privaciones de libertad en el marco de procedimientos falsos.-

Nos interesa puntualizar, atento la multiplicidad de casos que suelen presentarse en la práctica y el empobrecido -cuando no nulo- contralor judicial, aquellas hipótesis en las que la demora se oculta bajo los ropajes de indagar meramente la identidad personal de un ciudadano que circula en la vía pública.-

Circunscripto al territorio bonaerense, la materia es regida por la Ley nº 13.482 (promulgada por decreto nº 1391/06 del 20/6/06, publicada el 28/6/06 BO Nº 25439)[44], denominada de *"Ley de*

[42] Fue condenado en calidad de partícipe necesario del delito de Privación Ilegal de la libertad agravada (art. 144 bis, inc. 1º, en función del 142, CP) en concurso con Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público, al agente que en el marco de una privación ilegal libertaria dispuesta por un policía respecto de un ciudadano que fuera recogido en la vía pública en estado de ebriedad, no procedió a dar anoticiamiento a sus familiares, ni a brindar comunicabilidad telefónica, omitiendo prestar especial cuidado al estado que presentaba la víctima (enfermedad psiquiátrica); cuando revestía en ese contexto secretario de las actuaciones prevencionales y poseía las llaves de los calabozos [T.O.C. nº 3 de La Plata, 25/09/12, "B.L.P., N.L.A. s/ Torturas seguida de muerte – Encubrimiento agravado", causas nº 3950 y 3548].-

[43] Se ha considerado encuadrada en esta figura a título de instigador la situación de quien impartió la orden de detención, habiendo excedido el marco territorial de sus funciones e incumplido las formalidades prescriptas para dicho procedimiento (CNCorr. Sala VI, 10/10/86, citado por Donna, pág. 273).-

[44] La citada legislación deroga la *ley nº 12.155* –que había entrado en vigencia el 05/08/98-, la que a su vez abolió el cuestionable *decreto-ley nº 9551/80* que en su artículo 13 preveía: "Sin perjuicio de las restantes atribuciones que por esta ley y su reglamentación se otorgan a la Policía de la Provincia para el ejercicio de su misión, podrá proceder a la detención de toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida, en circunstancias que lo

Unificación de las normas de Organización y Funcionamiento de las Policías de la Provincia de Buenos Aires", la que establece en su *art. 15 inc. "c"* expresamente la facultad de para limitar la libertad personal. Tal autorización estatal se habilita en aquellos casos en que sea necesario conocer la identidad de un ciudadano, en circunstancias que razonablemente lo justifique, y siempre que se niegue a identificarse o no tenga la documentación que la acredite[45].-

Sentado el interés del asunto y el marco normativo regulatorio, en primer lugar debe concluirse que resulta plausible el texto actual en su cotejo con el *decreto-ley nº 9551/80,* no solo en cuanto a la disminución del plazo extensivo de la *demora* a la mitad del tiempo, sino también el recorte -*al menos formal*- de los motivos por los cuales se permite tal proceder a la agencia administrativa. En este sentido, la letra empleada por la norma impondría una doble limitación, estableciendo dos requisitos que se elevarían de manera conjunta como condicionamientos a la autoridad:

i) La necesidad del conocimiento de la identidad del ciudadano demorado deberá estar justificada por *circunstancias razonables*.-

ii) La *imposibilidad o negativa de la acreditación* de la identidad.-

Pero no obstante el notorio avance señalado en la materia, la cuestión en la actualidad no deja de ser problemática y preocupante. Es que un tema aparte y no de menor relevancia, aún presumiendo que la normativa en ciernes resulte compatible con las garantías estatuidas en la Constitución de la Nación, lo constituirá el análisis de aquel contexto que haya respaldado la intervención del uniformado: esto es cuáles deben ser aquellas circunstancias razonables que la justifiquen.-

Redundan meridianas las críticas que pueden alzarse sobre la expresión empleada en la norma, la que lejos de ser precisa, taxativa y/o delimitada, exhibe notorios quiebres por su vaguedad, amplitud y delegación en el propio agente de aplicación de la medición de los parámetros necesarios. He aquí la capacidad de enmascarar en esa frase legal las tradicionales maniobras de *etiquetamiento y selección criminalizante*[46].-

---

justifiquen o cuando se niegue a identificarse. Esta detención no podrá prolongarse más tiempo que el indispensable para aquellos fines, sin exceder el plazo de veinticuatro (24) horas" -el subrayado es propio-. Es la llamada comúnmente en la jerga *"doble A"*.-

[45] Continúa esta norma reglamentado el procedimiento y el plazo aplicable, al referir: *"Tales privaciones de libertad deberán ser notificadas inmediatamente a la autoridad judicial competente y no podrán durar más del tiempo mínimo estrictamente necesario, el que no podrá exceder el término de 12 (doce) horas. Finalizado este plazo, en todo caso la persona detenida deberá ser puesta en libertad y, cuando corresponda, a disposición de la autoridad judicial competente."* -el subrayado es propio-.-

[46] Esta selección penalizante presente en todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder con el fin de imponer una pena, es el denominado *proceso de "criminalización"*. Ubicándonos en etapa secundaria (criminalización secundaria), esto es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente,

Debemos partir de la regla que impide toda privación de la libertad (CN, arts. 16 y 18)[47], si no lo es en virtud de orden judicial emanada de autoridad competente o de ser sorprendido el individuo *in fraganti* en la comisión de un delito, contravención o falta[48].-

A todo evento, aquellas circunstancias deberán ser minuciosamente plasmadas en las actuaciones de rigor. Reseñas atinentes al tiempo y lugar, pormenorizando la hora exacta de la intervención, el detalle del escenario que justifique el accionar, las alegaciones del ciudadano interceptado, la inexistencia de la documentación requerida, su estado médico inicial y al momento de la soltura, entre otros, son incidentes que no podrán ausentarse[49]. Solo así el debido contralor ulterior

---

se la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, y la somete a la agencia judicial, quien en su caso admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria *("prisionización")*. Colocándose en una función 'descollante' a este respecto a las agencias policiales (Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, pág. 7 y 13).-

[47] Si bien el artículo 18 de la C.N. reza textualmente "arrestado", no debe ser acotado al concepto técnico procesal de la palabra. A entender de Donna, deberá ser abarcativo de las distintas formas reguladas en los códigos procedimentales locales que en cualquier caso impliquen la restricción de ese derecho (obra citada, pág. 173).-

[48] En este segundo caso, nos referimos a la necesidad de verificar una *causa razonable* para proceder a la detención, justificada en circunstancias, datos, indicios que hagan presumir la comisión de un ilícito y la participación en el mismo, sumado a la *urgencia* en la efectivización de ese poder coercitivo como pilares básicos. Sobre los límites que deben regir estas intervenciones en uso de las facultades policiales resulta de suma utilidad los parámetros sentados por la C.S.J.N. in re "Daray" (fallos, 317:1985, 22/12/1994) donde se aludió a llamada "la causa razonable" como valladar legal y constitucional. Ello sin perjuicio de la mutación del criterio a la se arriba ulteriormente en el caso "Fernández Prieto" (fallos, 321:2947, 12/11/1998), donde la elevada vara sentada en el precedente aludido fue atenuada. Se trata de una temática compleja y extensa cuya profundización sobrepasa el objeto del presente. Ver detalladamente sobre la evolución jurisprudencial y demás alcance de la garantía, en Carrió, Alejandro, "Garantías constitucionales en el proceso penal", Hammurabi.-

[49] En tal sentido, lo sostuvo la CIDH, indicar "Particularmente, el artículo 7.2 de la Convención establece que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. Al respecto, el Tribunal considera pertinente recordar que el artículo 7 de la Convención Americana protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En tal sentido, para los efectos del artículo 7 de la Convención, una "demora", así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención. En tal sentido, la detención del señor Torres Millacura, aún si fue realizada para fines de identificación, tuvo que haber sido debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo. Al no haber sido registrada la detención del señor Torres Millacura, la Corte considera que los policías incumplieron
uno de los requisitos previstos en la Ley 815 y que, por lo tanto, el Estado violó los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento." (Caso "Torres Millacura Vs. Argentina", considerandos nº 74 y 76, fecha sentencia 26/08/2011).-

jurisdiccional será posible[50] y aquella facultad no devendrá en una *carta en blanco* para la detención de personas por parte de las agencias ejecutivas[51].-

Los bordes son delgados, y las soluciones en aquellas provincias en las que leyes como estas tienen vigencia[52], se logran desde el plano judicial por medio de la *declaración de inconstitucionalidad de normas* regulatorias de tal facultad por ser supuestos inconciliables con los postulados de nuestra carta magna[53], lo que demuestra la necesidad impostergable de un replanteamiento legislativo del tópico.-

Lo cierto es que, resulta incuestionablemente desproporcionado, a luz de las posibilidades tecnológicas actuales[54], argumentarse de manera razonable la necesidad estatal de demorar más allá de un lapso prudencial, y menos aún desplazar a una sede policial, al indocumentado al exclusivo fin de constatar ese único dato[55].-

---

50 Es que de otra manera, si la actividad administrativa no pudiera ser controlada en una instancia judicial ulterior, la exigencia se tornaría ilusoria. A la misma conclusión se arriba, si se alivianaran para el privador perteneciente a aquella fuerza de seguridad los requisitos impuestos a los jueces para coartar idéntico derecho.-

51 En estos términos lo ha sostenido la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, al afirmar*: "... deben limitarse dichas facultades policiales, por cuanto la averiguación de identidad no constituye una carta en blanco para que la policía prive de libertad a cualquier ciudadano que les resulte sospechoso, ya que ello constituye un agravio para el Estado de Derecho y una injerencia arbitraria y abusiva en la intimidad de las personas [art. 7 inc. 3ero CADH; art. 17 inc 1 PIDCyP]."* (CAyGMdP, Sala 2da c. 10852 "Wekesser, Martín s/ incidente de nulidad", de fecha 4.10.2006, reg. 246).-

52 La salvedad se asienta en la previsión de la Constitución de La Rioja la que prohíbe expresamente la posibilidad de detener personas por averiguación de antecedentes (art. 24).-

53 Tal el caso resuelto por el Sr. Juez titular del Juzgado de Garantías nº 4 de la ciudad de Mar del Plata, Dr. Juan Francisco Tapia, en *causa "G. Lucas Oscar s/ Habeas Corpus Preventivo"*, en fecha 30/06/2008, en relación al inc. 3º de la ley nº 13.482, destacándose la violación de la garantía primaria libertad, los principios de igualdad, de razonabilidad, de legalidad y control judicial efectivo, en tanto tal facultad puede ejercerse mediante una simple consulta informática a la Jefatura Departamental respectiva desde la vía pública. Destacó el magistrado aludido que de lo obrado en el supuesto examinado, la practica demuestra que, a pesar que el interceptado detente su cédula identificadora, la detención se practica para la averiguación de la existencia de medidas impeditivas, lo que en definitiva sería asimilable al derogado instituto de averiguación de antecedentes (punto e, del considerando VI del decisorio). En igual sentido, con citas al mentado precedente, en la Capital de la provincia de Catamarca, en fecha 03 de abril de 2013, en el legajo caratulado bajo Expte. Nº 043/13 *"Actuaciones referentes a irregularidades s/ procedimientos policiales y detenciones arbitrarias"*, a cargo del Dr. Mario Rodrigo Morabito -Juez de Menores de Segunda Nominación de Catamarca- declarando la inconstitucionalidad del inciso "b" del art. 8 del Decreto-Ley Provincial Nº 4663, en tanto faculta al personal policial a la detención de toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se nieguen a identificarse.-

54 Se remarcó en el aludido fallo de la Pcia. de Catamarca *"…los medios telefónicos y técnicos que la ciencia ha puesto a disposición de todo el mundo, en especial del Estado, permiten averiguar rápida y prácticamente sin molestias los datos que la policía, según su proceder, necesitaba investigar, por lo que la falta de los mismos o la falta de coordinación del Estado para realizar este tipo de procedimientos de identificación no puede recaer en un perjuicio concreto de ningún ciudadano catamarqueño."*.-

55 En este sentido, se ha mencionado *"Un funcionario no puede detener con fines de identificación personal cuando no hay razones serias para sospechar la comisión de un delito (ley nº 23.950); por ende, la privación del derecho a la libertad ambulatoria con pretexto de mera identificación constituye una agresión ilegítima, pues de lo contrario ello significaría la supresión de la orden judicial requerida por la Constitución (art. 18)."* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 'Derecho Penal, Parte General', Ediar, 2002, págs. 639).-

La cuestión se agrava aún más en tanto la práctica indica que el lapso temporal reglamentado, cuando es respetado, en la generalidad de los casos es dilatado hasta su máximo, como así también al atender al exclusivo ámbito de clandestinidad en que suelen acontecer con la consecuente generación de un clima claramente propicio para permitir o fomentar la afectación impune de otras garantías básicas, y a la luz de la banalidad social con que se conoce el tema. Ni que hablar de los perjuicios que se desprenden cuando se advierte que el sujeto pasivo de la medida no alcanza la mayoría de edad[56].-

Hipótesis concursales con otras figuras del catálogo de fondo.-

De tal manera, se admite la relación concursal de la privación ilegal de la libertad con la aplicación de *severidades, de apremios ilegales y torturas (arts. 141 bis, inc. 2º y 3º, y 144 ter del C.P.)*, propiciándose para alcanzar una real dimensión del disvalor de injusto su encuadramiento en los términos del *art. 55 del C.P.*[57].-

De igual modo, se tornaría posible frente a la comisión de *delitos contra la integridad sexual*, siempre y cuando la restricción ambulatoria se extienda por un lapso superior al necesario para la realización de aquellos ilícitos del *Título III del Libro Segundo del Código Penal*[58]. Es que pasado ese segmento temporal esencial, la restricción libertaria se autonomiza, y concurre de forma ideal integrando el mismo hecho jurídico *(art. 54, C.P.)*.-

[56] En este sentido, sobre esta temática específica minoril el fallo resuelto en fecha 30/10/2008 por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de La Plata, en los autos *"Defensoría Oficial de Responsabilidad Juvenil nº 16 s/ Habeas Corpus" (causa nº 15918)*, donde se hubo declarado la inconstitucionalidad del art. 15 inc. "C" de la ley nº 13.482 en lo que respecta a la detención de personas menores de 18 años de edad. Así, luego de ocuparse con igual solución de las infracciones contravencionales pautadas en el decreto-ley nº 8031/73, partiendo de la incompatibilidad de tal facultad con el nuevo sistema de responsabilidad juvenil inaugurado con ley nº 13298 y 13634, y valorando los principios receptados en los actuales estándares internacionales (CDN); consideró que resulta desproporcionada, tildándolas de arbitrarias, ilegales y por ello inconstitucionales. Asimismo, igual solución procesal se adoptó en el fallo dictado en autos *"RAVINO, JUAN MANUEL S/ HABEAS CORPUS-HABEAS DATA"* (Expte. Nº 915/10, del Juzgado de Garantías del Joven nº 2 de Mar del Plata, sent. de julio del 2011) con relación al último párrafo del art. 15 de la ley nº 13482, en cuanto prevé el plazo de 12 horas para la detención en casos de jóvenes que fueran fehacientemente identificados, toda vez que la constatación de capturas o paradero puede realizarse en escasos minutos y desde la vía pública; y del inc. c) del art. 15 de la ley 13.482 -prevé la posibilidad de detener a los jóvenes en los casos que se nieguen a ser identificados o no tengan la documentación que acredite la identidad- ya que la misma podría corroborarse por medios alternativos.-

[57] Soler, Rafecas. Ver lo analizado *infra* en el delito reprimido en el *art. 144 bis inc. 2º, C.P.*.-

[58] En estos casos, debe mencionarse que el art. 119 del C.P. prevé entre sus agravantes -para los supuestos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal-, en el apartado e), que la pena se elevará si "…El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas *policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones…"*, será de ocho a veinte años de reclusión o prisión. Rafecas, expone que si la comisión de este delito implica un grave sufrimiento en el sujeto pasivo, y se dan los demás requisitos de la tortura, será la figura del art. 144 ter, C.P., la aplicable desplazando aquella figura; considerando la mayor escala penal y el bien jurídico protegido (obra citada, pág. 191).-

Frente a la comisión del delito en análisis, quedará absorbida la conducta subsumible *a priori* en un *Abuso de Autoridad*, en tanto importará incurrir en alguna de las tres acciones que contempla el *art. 248 del C.P.*[59].-

No sucede tal fenómeno, cuando importe el ingreso en morada o casa de negocio ajena -dependencias o en el recinto habitado por otro-, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo, o bien cuando sea allanado sin las formalidades legales o en los casos previstos por ley, donde eventualmente concurrirá idealmente con el delito de *'Violación de Domicilio' (art. 150 del C.P.) o 'Allanamiento Ilegal' (art. 151 del C.P.)*.-

En el caso que la figura del *art. 144 bis, inc. 1º, C.P.*, sea cometida mediante *Amenazas,* se resolverá encuadrando el sustrato fáctico en el *agravante del último párrafo* del mismo artículo *–ello en función de la remisión del art. 142 del fondal-*, salvo que el amedrentamiento sea acompañado por el uso de armas, *caso en que las amenazas resultarán 'Calificadas'*, y dará formación a un *concurso ideal (art. 54, C.P.)*.-

Desde ya que, si en el marco de un mismo contexto fáctico, la privación de la libertad se concreta de manera ilegal respecto de *dos o más individuos*, la responsabilidad penal de los funcionarios deberá abarcar la dual afectación del mismo bien jurídico protegido, en consecuencia, ese proceder deberá ser imputado conformando un *concurso real*[60].-

<u>*Parámetros de diferenciación con otras figuras.-*</u>

Es preciso señalar los contrastes entre la figura analizada y otros tipos penales que pueden lucir *prima facie* aristas tocantes:

i) Así, la divergencia con el supuesto que se castiga en el *art. 143, inc. 1º, C.P.,* resulta de cotejar que en éste último tipo penal la detención de la persona es inicialmente legal y luego se convierte en

[59] Art. 248, CP, prevé: *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que: a) dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o b) ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o c) no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere*. Pero exclusivamente, tal confusión acontecerá cuando el proceder infraccionario del agente recaiga *en el acto mismo privativo de la libertad* (Ej. El funcionario que priva de la libertad sin orden judicial ni con los motivos excepcionales que estipula la legislación procesal, no podrá ser responsabilizado paralelamente por no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe). Se trata de lo que la doctrina llama '*delito complejo'*.-

[60] Se ha decidido: *"La unicidad de la acción no es idónea para fusionar en un solo hecho, dos elementos subjetivos y dos resultados: si los coautores quisieron detener a dos personas, y ejecutaron esa resolución criminosa, ofendiendo dos libertades, resulta indiferente que ejecutaran esa determinación simultáneamente con un solo acción o sucesivamente con un pluralidad de acciones… Concurren esos hechos real y no idealmente"* (TS Córdoba, 28/03/69, "Carino Armando Victorio", en igual sentido CNCrim. y Corr., 4/11/52; mencionados por Estrella-Godoy Lemos, pág. 103, puntos 5 y 6).-

ilegítima; mientras que en el primer caso del *art. 144 bis*, la actuación del funcionario reviste tal carácter desde el mismo origen de su maniobra.-

ii) Tampoco puede confundirse con la *figura básica*, prevista en el *art. 141 del C.P.*, pues radican medulares características distintivas en cuanto al *sujeto activo*, en las *modalidades típicas* de comisión normativizadas en el tipo cualificado, y en el interés que se protege con inmediata repercusión en el consentimiento que pueda prestar el damnificado.-

Jurisprudencia de la C.S.J.N..-

CSJN, "Abraham Jonte, Ronaldo Fabián s/ Recurso de Casación" (sent. del 07/12/2001, Expte. A.17.XXXVI.REX).-

Al dictarse sentencia condenatoria respecto de *Ronaldo Fabián Abraham Jonte*, imponiendo la pena de un año de prisión en suspenso e inhabilitación especial por el término de dos años, al considerarlo penalmente responsable del delito de *Privación ilegal de la Libertad -art. 144 bis, inc. 1°, del Código Penal-*, la interposición contra dicho pronunciamiento de recurso extraordinario, generó el abocamiento en la cuestión del máximo tribunal. En lo que interesa a este análisis, la Corte realizo consideraciones atinentes al elemento subjetivo requerido por la figura. Los embates defensistas alegaban que la sentencia del tribunal sentenciante careció de un análisis adecuado de la conducta intimada, al omitir un razonamiento comprensivo de circunstancias relevantes –entre ellas, en qué radicaba la ilicitud, en base a qué elementos se le adjudica el dolo requerido por el tipo penal, y por qué motivo se descartan las explicaciones que el acusado mismo diera-[61].-

En este fallo, dictado en fecha 07/12/2011, la C.S.J.N. se expide en torno al tópico referenciado, mencionando la necesidad que se confirme el *conocimiento del autor que la privación libertaria resultaba arbitraria o abusiva en el caso concreto*; estableciendo el Procurador Fiscal de la Nación en su dictamen, cuyos fundamentos hizo propios el Tribunal, que *"…no resulta pertinente deducir el dolo solamente del resultado de la acción gravosa. Conviene recordar en este punto, que esta clase de privación ilegal de la libertad exige la conciencia de que la conducta es sustancial o formalmente arbitraria y el conocimiento positivo de la ilegalidad del acto…"*.-

[61] En este contexto, debe señalarse que el imputado, funcionario policial, argumentó como versión alterna haber detenido a los nombrados en virtud del legítimo ejercicio de su cargo, pues concurría la situación prevista en el *art. 1º de la ley nº 23.950*, esto es, existían circunstancias debidamente fundadas que hacían presumir que los jóvenes habían cometido, o estaban por cometer un delito o una contravención y, por otro lado, no habían acreditado fehacientemente su identidad.-

De tal modo, se sostuvo que los agravios esgrimidos por el recurrente no implicaban meras disconformidades con la valoración probatoria del órgano de juicio, sino que las conclusiones del decisorio lesionaban principios de índole constitucional. Ante ello, se declaró procedente el recurso extraordinario y se dejó sin efecto la sentencia apelada, devolviéndolos para que se dicte un nuevo fallo con arreglo a los lineamientos establecidos.-

Por lo demás, en relación a los parámetros que deben guiar la actuación de las fuerzas de seguridad en materia de detenciones sin orden judicial, en los momentos iniciales del proceso, alecciona el tema la profundización en la doctrina sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes jurisprudenciales en los cuales tuvo oportunidad de encarrilar estos asuntos, especialmente en cuanto a la validez de la prueba obtenida en ese contexto. Un análisis de tales criterios, excedería el trámite del presente trabajo, de modo tal que sólo se mencionaran algunos precedentes que, siempre que se tenga precaución en reparar en la mutabilidad de las posturas adoptadas por el tribunal en el decurso de sus plurales composiciones y cada contexto fáctico que sirvió de escenario, constituirán materia que no puede dejar de consultarse.-
Cabe resaltar en este sentido, lo resuelto en las causas: ***"Daray"*** *(Fallos 317:1985),* ***"Fernández Prieto"*** *(Fallos 321:2947),* ***"Tumbeiro"*** *(Fallos 325:2485),* ***"Peralta Cano"*** *(Fallos 333:1674),* ***"Monzón"*** *(Fallos 325:3322)* y ***"Szmilowsky"*** *(Fallos 326:41)*.-

Art. 144 bis:- ***"Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años, e inhabilitación especial por doble tiempo:***

2.- El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales".-

3.- El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años. "

Antecedentes Históricos, y/o Legislativos, y/o Proyectos.-

Tanto en el código de 1.886 y en el Proyecto Tejedor la figura formaba parte de los *abusos de autoridad (art. 243)*.-

El traslado a este título aconteció con el código de 1.891 *(art. 143)*; lugar donde se mantuvo hasta que, con la reforma establecida mediante *ley nº 14.616*, pasó al actual *art. 144 bis en su inciso 2º*, manteniendo su texto aunque aumentando la penalidad sancionatoria.-

Bien Jurídico.-

Se ha opinado que el interés que se pretende proteger se orienta hacia el *remanente de libertad* del que dispone todo detenido en virtud de ser sujeto de derecho, y que atañe directamente a su dignidad como persona, y a aquel derecho, como *atributo de la personalidad.* Es decir que, *tanto en el inciso 2º como en el 3º* del artículo *144 bis*, y más enfáticamente en el *artículo 144 ter del Código Penal*, deja de ser castigado puntualmente el ataque directo a la libertad de desplazamiento o locomotiva, y más allá de la denominación que pueda dársele, la figura se asocia puntualmente a las pautas que imponen ciertos *estándares mínimos* establecidos por la Constitución Nacional juntamente con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en relación a la *forma en que debe llevarse a cabo toda medida de encierro*[62].-

En este sentido, también se ha sostenido que la libertad individual que se intenta resguardar mediante la disposición, se ve conmovida a raíz de ciertos *procedimientos* que se caracterizan por su *carácter mortificante* que se imponen al sujeto pasivo, la que encuentra asiento en su derecho de evitar tales sufrimientos, y en no ver agravada con ellos la detención –preventiva o por condena- que ya sufren[63].-

En fin, el núcleo de defensa se acerca a mantener la incolumidad de la *integridad personal* de todo ciudadano que, aunque sea de manera ocasional y momentánea, se encuentre condicionada por el proceder ilegítimo, menospreciante y humillante de un funcionario al que el Estado le ha conferido el uso de la fuerza pública para que oficie como fiel guardián de sus derechos constitucionales[64].-

---

[62] Rafecas, Daniel Eduardo, La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 217/221. Debe recordarse la diferenciación que hace el autor, como estrategia expositiva de su tesis doctoral, al dar tratamiento conjunto a los delitos cuyo objeto de castigo recae en las características que presenta esa privación de libertad ("delitos que hacen al cómo de la detención" por oposición a la otra categoría que llama "delitos que hacen al sí de la detención"); y en este contexto, la necesidad que las conductas reprimidas tengan lugar en un marco de cautiverio de la víctima.-

[63] Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, T. I, 6º edición, Astrea, pág. 302. Puede advertirse la diferencia que el autor propone en su concepto en función de cada una de las hipótesis típicas del artículo.-

[64] Ha dicho la CIDH: *"La Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del ius cogens."* (Caso "Torres Millacura vs. Argentina", considerando nº 84, fecha sentencia 26/08/2011)

Puede concluirse sin hesitación alguna, que las figuras incluídas en los *incs. 2º y 3º del art. 144 bis, C.P.*, se ven identificadas con el concepto de *"tratos crueles, inhumanos y degradantes"* emanado del ámbito internacional de derechos humanos, del que huelga remarcar su importancia en virtud de la jerarquía que se le ha dado a los tratados que le sirve de sustento[65], ello sin perjuicio de la cláusula de garantía que incorporara ya el constituyente de *1853* a nuestra Carta Magna[66].-

Sujeto Activo.-

La literalidad de la norma habla del "*…funcionario que desempeñando un acto de servicio…"* cometiere las vejaciones o aplicare los apremios ilegales.-

Abarca entonces en primera medida, como potencial autor de la conducta criminosa, conforme hemos venido diciendo hasta aquí, al *funcionario público* cuyo concepto fuera abordado oportunamente.-

Requisito típico complementario: desempeño de un *acto de servicio*.-

Pero además como complemento típico legal se requiere que el agente se encuentre desempeñando un *acto de servicio* al momento de la ejecución ilícita, esto es: un acto propio de su actividad.-

Las discrepancias en la doctrina tienen génesis ya en este punto, en cuanto a las competencias que debe detentar el agente para calificar válidamente como autor ante tal exigencia. Dicho de otro modo, se debate si cualquier funcionario público puede cometer este delito, o si se requieren determinadas características en el acto de servicio que este desempeña.-

Así, amén del retome de la cuestión en lo venidero, una parte de los juristas no designa exclusión alguna en las tareas propias del funcionario, bastando que pueda ser incluido en los términos del *art. 77 del fondal*[67]. Otro sector en cambio ha exigido, que el agente realice las conductas ilícitas en un contexto puntual: al *momento de la detención o mientras esta perdure, sea*

[65] Su prohibición ha sido consagrada reiteradamente con un carácter absoluto, inderogable y ajenizado de cualquier tipo de circunstancias que pretendan justificarlas, tales como guerras, amenazas de guerra, lucha contra el terrorismo, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interno, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas (Cfr. C.I.D.H., en "Caso Tibi", "Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri", "Caso Maritza Urrutia").-

[66] En esta dirección, refiere Donna que el bien jurídico protegido en el precepto legal en estudio se asienta en el cumplimiento de las garantías dimanantes del *art. 18 C.N.*-

[67] Estrella-Godoy Lemos, Creus, Buompadre, Donna. Mencionan los primeros que comprende a cualquier funcionario, aunque *"…no tenga facultades para detener a las personas o guardar presos, aún a aquel cuya actividad en la administración ninguna vinculación tenga con la prevención o represión de delitos o contravenciones, o con el mantenimiento del orden público."* (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2° Edición, Hammurabi, 2007, pág. 99).-

legal o ilegal, con lo que el acto de servicio funcional encontraría límite en una conexión necesaria con este escenario[68].-

Sujeto Pasivo.-

La delimitación del segmento afín a las personas que son abarcadas por la figura como *víctimas*, atañe forzadamente a la anticipada discusión doctrinaria en torno a la necesidad que la conducta típica esté vinculada -o no- a un *acto funcional privativo de libertad.* Es que el artículo alude en su texto a *personas de manera genérica* sin brindar más datos.-

Por lo que partiendo de este contexto se identifican dos criterios antagónicos:

1.- Una tesis que se asienta en la *ausencia de referencia expresa* en el pasaje del articulo a la necesidad de que se trate de una persona detenida, y que por lo tanto, no exige que la conducta del funcionario este conectada con un accionar coactivo[69].-

Por este motivo, la acción vejatoria o apremiante debería recaer sobre una *persona que no esté detenida*, pues en tal caso la hipótesis sería absorbida por el supuesto legal que a continuación reprime el inciso siguiente[70]; o bien se afirma que resultaría indistinto que esté o no en esa condición pues el criterio diferencial entre ambos apartados recaería en que el funcionario careciera o tenga respectivamente la guarda del sujeto pasivo[71].-

2.- Una teoría que se sostiene en la existencia entre los apremios o severidades de una vinculación con la privación de la libertad cometida por un funcionario, es decir que ese estado es el que sirve de marco a las conductas criminalizadas, sea por estar el *sujeto pasivo detenido* o porque aquellas *sean ejecutadas en el mismo acto de su detención*[72].-

[68] Rafecas, Soler. Menciona el primero de los doctrinarios una necesidad que recaería en la vinculación entre el autor y sus específicas actividades funcionales con el bien jurídico protegido, que lo posicionan en *calidad de garante* de su protección; vale decir, de evitar que la libertad del otro, ahora restringida válidamente o no por su accionar, sea afectada más allá de los límites constitucionales permitidos. Sólo esa *especial relación de poder* lo hará pasible de la atribución de responsabilidad penal que corresponda (obra citada, pág. 221 y ssgtes.). Debe adelantarse que este dato se vincula a la discusión que más adelante será expuesta, en cuanto a la necesidad que exista una privación de libertad que sirva de marco a las modalidades comisivas en cuestión.-

[69] Entre sus sostenedores debe agregarse a Buompadre, Donna, Núñez y Creus.-

[70] Núñez, expresando en ese sentido: *"No se trata de relaciones entre la autoridad y un detenido o preso, sino de las que presupone todo acto de autoridad respecto de un particular, cualquiera que sea la ocasión en que se produce."* (Núñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 155). Así lo resolvió la CNCrim. y Corr., Sala VI, 07/06/05, en causa nº 25243, al procesar como presunto autor del delito previsto en el art. 144 bis inc. 2º, a un suboficial por haber asestado un bastonazo en una manifestación a un camarógrafo de televisión (citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 112, punto 25).-

[71] Buompadre, Donna, Estrella-Godoy Lemos.-

[72] Rafecas, Soler. El primero de los autores define al sujeto pasivo como *todo aquel que se encuentre sometido a una relación funcional de poder*, que por mínima extensión que tenga en el tiempo, implique una restricción de su libertad locomotiva. Sostiene su postura en una interpretación sistemática e histórica del tipo, en el principio de *lex stricta*;

Creemos que esta posición es la más adecuada, compatible con el bien jurídico cuya tutela se pretende y acorde con la sistemática y ordenamiento propuesto en el Título. El *límite* siempre estará dado por la condición de *preso -en sentido amplio-* del sujeto pasivo, caso en el cual siempre será considerado en el inciso tercero del mismo artículo.-

Tipo Objetivo:

Los *verbos típicos* empleados por la norma.-

Se castiga, como se transcribió al comienzo, al funcionario público que desempeñando actos de servicios, *cometiere vejaciones* o *aplicare apremios ilegales*.-

Siendo de este modo entonces, la cita verbal típica estará constituida por las siguientes maniobras: **a)** *"cometer"* vejaciones, o **b)** *"aplicar"* apremios ilegales; esto es en cualquier caso un mismo comportamiento: *imponerlos, ejecutarlos o infligirlos*.-

Vejaciones y *Apremios ilegales*: Concepto. Distinción. Alcance.-

Llegados a este punto, tanto las *vejaciones* como los *apremios ilegales* en tanto elementos del tipo deben ser conceptualizados, empresa ésta que necesariamente irroga la tarea de referencia consistente en repasar anticipadamente la noción central del *art. 144 ter del fondal: la tortura.-*

Siguiendo a Rafecas[73], se puede mencionar que un primer *parámetro* implica un umbral mínimo de afectación de los derechos del sujeto pasivo, que recae en la concreta conculcación de su dignidad personal. La segunda frontera por su lado, está construida sobre la siguiente idea: el sufrimiento no deba llegar a ser de tal intensidad que constituya la aplicación de *torturas*.-

Inaugurando una la consigna que propone el establecimiento de ribetes distintivos de cada modalidad, debe adelantarse que se las ha diferenciado por su distinto grado de *intensidad afectivo*.- Siendo así, y a pesar del silencio de nuestro Código sobre el punto, podemos delinear las siguientes definiciones:

---

excluyendo aquellos supuestos de hecho que no guardan relación con el carácter protectorio que ha querido dar el legislador en este título ni con la esencia de las conductas que se han querido castigar en esta figura, los que a todo evento deberán reconducirse a otros delitos comunes (vgr. la represión policial de manifestaciones, los tratos verbales denigrantes en el ingreso de espectáculos públicos o en declaraciones testimoniales, en las academias de instrucción militar, en allanamientos). Asimismo, señala de manera crítica a la postura antagónica que se intentan superar los cuestionamientos relativos al bien jurídico y a la sistematicidad del título, recurriendo a un sentido laxo del mismo o aludiendo a la protección de otros intereses (obra citada, págs. 221/222 y 225).-

[73] En el apartado "fronteras del comportamiento típico", el autor inicia el segmento considerando tales extremos como un *piso y un techo* respectivamente, que delimitan el alcance del tipo penal en tratamiento (obra citada, págs. 226/228).-

Vejaciones: todo *tratamiento denigratorio o humillante*, sea físico o verbal, practicado con el exclusivo propósito de mortificar al destinatario, atacando su *sentimiento de dignidad* o de respeto que merece como persona y con el que espera ser tratada[74].-

Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en cuanto a ese concepto jurídico, el cual es vinculado al origen etimológico de la palabra. En la doctrina internacional de los derechos humanos el término es asociado a los *tratos degradantes*.-

Es *en sí misma un fin*, por el cual el autor busca *denigrar, agraviar, humillar o mortificar a la víctima*, independientemente del móvil ilegal[75] que lo guíe[76]. Esta es la cualidad que la caracteriza, y a la vez la diferencia del apremio ilegal en donde la finalidad radica en conseguir algo del receptor.-

Se ha puesto de resalto, que posee un contenido aflictivo más acentuado en el *aspecto psicológico o moral* de la persona que en el físico, ello a pesar que se pueda manifestar lógicamente mediante *actos materiales* como insultos, patadas, cachetadas, o actos ridiculizantes[77].-

---

[74] Creus, Estrella-Godoy Lemos. En el mismo sentido, Buompadre explica que *"…afectan su decoro como persona…"*.-

[75] Así el fallo del Tribunal en lo Criminal nro. 3 de Bahía Blanca, *causa nro. 858, caratulada: "Vargas, Carlos Adolfo s/ apremios ilegales"*, estimando que los vejámenes son conductas que deben analizarse desde la tesis restrictiva que entiende que sólo pueden llevarse a cabo con personas privadas de la libertad (con citas a Soler y Rafecas)los que deben entenderse como todo trato denigratorio o humillante hecho con el propósito de mortificar o aumentar el sufrimiento del destinatario que es un fin en sí mismo, y sobre la base de la falta de vinculación de la conducta con una privación de la libertad, valorando que el motivo de las conductas recayó *"…derechamente (en) una actitud represiva orientada a enjugar la resistencia de la víctima y su progenitora…"*; absolvió al imputado por la atipicidad respecto de la figura seleccionada por el MPF, toda vez que además la acción penal respecto de las lesiones se encontraba prescripta.-

[76] En esta línea, lo resuelto en fecha 06/12/2011, por la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en causa Nº 46.662, caratulada "B., R. A. y otros s/ recurso de casación", al establecer que *"El delito de vejaciones, reprimido por el artículo 144 bis inciso tercero del C.P., se configura cuando un funcionario público, que tiene en sus manos el poder que le otorga la función, molesta, hace padecer o maltrata a una persona, tanto física como moralmente, de modo ilegítimo, dispensando un trato antirreglamentario, violatorio de lo normado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, humillando y mortificando al sujeto pasivo, atacando su sentimiento de dignidad y el respeto que merece como persona, denigrándola, siendo el acto vejatorio del autor un accionar encaminado a producir humillación en el sujeto que lo padece y que lo mortifica moralmente para la reprochabilidad de la conducta la motivación que lo haya determinado. Por el contrario, las severidades consisten en tratos rigurosos que pueden traducirse en atentados contra la incolumidad personal, en particulares modos de mantenimiento o detención del inculpado, en la privación de actividades que tiene derecho a realizar, o bien, en restricciones indebidas…"*. En el caso, el tribunal confirmó la sentencia condenatoria en relación al delito del art. 144 bis inc. 3º del CP, respecto de funcionarios policiales que prestando servicio en la Seccional Primera de la Comisaría de Luján, ingresaron al sector de calabozos de la dependencia, donde se encontraban alojados alrededor de cuarenta detenidos, y blandiendo distintos elementos –en su mayoría con forma cilíndrica de tipo romo contundente (cables, palos y mangueras de goma), aplicaron a los allí alojados múltiples castigos corporales, obligándolos también, previo trasladarlos a los zurrazos hacia el patio de la seccional –alambrado en su techo-, y conocido en la jerga carcelaria como "jaula", a desnudarse y prosternarse de rodillas, espetándoles improperios y vituperios con tono humillante y mortificante a su dignidad humana.-

[77] Creus, obra citada, pág. 302. Constituye "prima facie" el delito previsto en el *art. 144 bis, inc. 2°, CP (vejaciones) en concurso ideal con el delito de lesiones leves (art. 89, CP)*, la conducta oficial de la PFA, consistente en dirigirse a un menor, a quien creyó ver apoderarse ilegítimamente de una gaseosa en un maxi-quiosco, insultarlo y empujarlo contra unas heladeras y pegarle dos cachetadas. Expresó el órgano interviniente *"Así, aún de ser cierta su versión en cuanto a la sustracción de la botella que habría observado mientras estaba detenido a la espera que lo habilite el semáforo, no*

<u>Apremios ilegales:</u> consisten en el ejercicio de *presiones*, psíquicas o físicas, para obtener un determinado comportamiento a cambio del apremiado. El origen del concepto debe ubicarse en una perspectiva histórica, particularmente identificada y orientada hacia la consecución de una confesión del imputado como prueba por excelencia[78].-

Es la *especial meta* perseguida por el autor lo que la caracteriza, y la contrasta -como quedara dicho- de la anterior modalidad comisiva. De tal modo, se advierte entre los actos apremiantes y lo que se persigue del apremiado, una *relación de medio a fin*[79].-

La letra de la ley califica al apremio como *ilegal* a condición de permitirle ser típico. Lo que implica que existen ciertos comportamientos permitidos por el ordenamiento jurídico, en pos del cumplimiento de determinados objetivos: sea para el cumplimiento de una orden legítima o la obtención de una prestación –siempre del mismo tenor- de parte de su receptor[80]. Siendo así, se observa la distinción con el concepto anterior, si se repara entonces en que hay acciones que la ley no consiente en ningún caso, como las que constituyen vejaciones[81].-

---

actuó conforme lo ordena la normativa legal vigente ante la comisión de un delito "in fraganti", sino que increpó al niño y lo sometió a esos actos vejatorios, pese a que desde un primer momento –al decir del damnificado y sus amigos- le pedían que lo dejara pues S. no estaba sustrayendo objeto alguno, tal como también en ese momento le dijera el comerciante. De este modo, la actuación de B. merece un reproche penal y, por ello, debe continuar sometido a proceso." (Causa 35.801 – caratulada: "B., I. N. Sobreseimiento". Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sala I, rta. 21 de mayo 2009).-

[78] Rafecas, obra citada, pág. 235. Indica que el fundamento de su inclusión radica en abarcar los momentos iniciales del proceso, particularmente la aprehensión policial y las maniobras desplegadas a fin de encarrillar la investigación mediante la obtención de datos sobre el ilícito pesquisado, contexto en que destaca las llamadas "*confesiones espontáneas"*.-

[79] *"La figura del artículo 144 bis inciso 3° del Código Penal contiene dos clases de conductas: los premios ilegales y las vejaciones. Los primeros, se cometen con el fin de la obtención de algo. En cambio, las vejaciones se agotan en sí mismos, más allá del móvil que los guíe, puesto que sólo intentan humillar o denigrar a quien los padece"*, conforme la Sala III del TCPBA en fecha 29/10/2009, en la causa Nº 5.926 caratulada "G., J. F. s/ Recurso de Casación".-

[80] De un modo ejemplificativo pueden mencionarse los comparendos judiciales de detenidos para cumplimiento de actos procesales. Enseña Rafecas que se trata de un elemento de recorte normativo, que permite al funcionario público llevar a cabo tales comportamientos –*"coertio"*-, que son en principio típicos, los que se rigen por la normativa que regulan el ejercicio del poder penitenciario (obra citada, pág. 242). En palabras de la cámara 5ª Apel. Criminal Mendoza, 09/04/91, autos 'Fiscal c. R.P.M.W. y M.G., V.G.': *"...El adjetivo ilegal que califica el apremio evidencia que ciertas medidas apremiantes pueden ser legales pero se tornan ilegales cuando no aparecen justificadas de hecho. Medidas legales pero injustas."* (citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 106, nº 15).-

[81] Soler expone sobre el tema: *"Bajo estas figuras caen dos clases de acciones: aquellas que la ley no consiente en ningún caso y aquellas que, siendo legalmente posibles, son arbitrarias en el caso concreto. Con respecto a la primera categoría, ciertas formas de mortificación están prohibidas por preceptos constitucionales: toda especie de tormento y los azotes, C. N., art. 18. En realidad, la misma disposición constitucional fija, además, el límite de la coerción: la estrictamente necesaria como precaución. Todo exceso, aunque sea "a pretexto de precaución" genera responsabilidad. Las medidas lícitas son las contenidas en los reglamentos. En consecuencia, cualquier transgresión de esos límites constituye delito, siempre que, de acuerdo con el precepto constitucional, represente una mortificación para el detenido. Pero el delito puede también ser cometido aplicando una medida legal en sí misma; pero no justificada de hecho. La palabra "ilegal" está empleada aquí en un sentido muy amplio, comprensivo tanto de la ilegalidad formal como de la sustancial."* (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, pág. 53).-

Debe subrayarse asimismo que el término se asocia en la doctrina internacional a los *tratos inhumanos*[82].-

Tipo Subjetivo.-

Se trata de un *delito doloso*, en el que sería suficiente con la verificación de un *dolo eventual* en el agente[83].-

La *finalidad* perseguida en el caso de los apremios ilegales debe haber sido querida para permitirse ser típica la conducta aflictiva *–constituye un elemento subjetivo distinto del dolo-*, emergiendo en este punto serias dificultades probatorias de tal extremo, ello sin perjuicio de la posibilidad de atribuir en esos casos la misma figura penal aunque en su modalidad vejatoria considerando que la penalidad resulta ser idéntica.-

Autoría y Participación.-

Los actos apremiantes o vejatorios pueden ser impuestos mediante la *actuación individual o grupal de funcionarios* en el desempeño de su cargo. Cuando estos obren conjuntamente, conservando el dominio funcional y siguiendo un plan previo, su *aporte activo* a la empresa criminal, podrá ser punible a todos ellos en calidad de *co-autores*. La imputación de la maniobra a una multiplicidad de personas, dependerá pura y exclusivamente de cada supuesto de hecho, de las características y contenido de las conductas ilegales[84].-

Pero debe indicarse que la infracción penal podrá ser cometida mediante *comisión por omisión*, siendo reprochable la *inacción* del agente frente al conocimiento de un acto típico practicado por otro, cuando se encuentre en ejercicio de su cargo y este imponga facultades de resguardo de la integridad física del damnificado.-

---

[82] Ver sobre este concepto, Carlos Mahiques, 'La noción jurídica de tortura', Educa, 2003.-

[83] Rafecas, Buompadre. Señala no obstante el primero de los autores, diferencias en virtud de la naturaleza y las características de cada modalidad, así mientras que en las vejaciones habrá de apreciarse dolo directo; en los apremios ilegales el dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado -debido a la finalidad del autor- (obra citada, pág. 234). Para Creus y Donna solo es admisible el dolo directo.-

[84] La responsabilidad penal no necesariamente deberá implicar la ejecución de propia mano de parte del agente de la conducta típica, ej. la aplicación del golpe, sino que podrá ser reprochable también la actitud consistente en realizar otras conductas imprescindibles para el designio delictivo colectivo. Se considero coautores del delito de vejaciones en concurso ideal con lesiones leves, a funcionarios policiales que procedieron a golpear a un conductor ante su negativa a descender del rodado, pese a que no se mostrara agresivo ni intentara huir del lugar, considerando que su conducta no se adecuó a los principios de razonabilidad, sino que eligieron un uso abusivo de la fuerza que entrañó fuerza física, valorando que el uso de la misma sólo es legítimo cuando su despliegue es necesario e imprescindible, y que siempre debe ajustarse y ser proporcional a las particularidades del caso (STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 12/05/2011, "O.,L.A. y otro". Citado por Donna en 'El Código Penal y su Jurisprudencia', pág. 219).-

En lo que concierne a las variantes que se despliegan para el caso de carecer el sujeto activo de la especial condición que se requiere para ser autor de la figura –tanto directo como mediato- se remite a lo expuesto con anterioridad en el comentario. Huelga señalar que a diferencia del *art. 144 ter del digesto penal*, se carece de una reglamentación expresa de esa situación[85].-

Desde ya será perfectamente viable, siempre que se acrediten las exigencias propias del concepto, la *instigación* y *participación* de funcionarios o terceros.-

Consumación y Tentativa.-

La ilicitud penal en tratamiento se *consuma* en el mismo momento de la afectiva aplicación del acto sobre el sujeto pasivo, tratándose de un delito de *consumación instantánea.-*

A partir de ese hito, según la clase de apremio o vejación de que se trate, la antijuridicidad del injusto se mantiene hasta tanto opere su *agotamiento* en virtud del cese del padecimiento, tanto sea por una decisión voluntaria o no del ejecutor *–delito permanente-*.-

Se trata de un delito de *resultado*, pero no obstante para su consumación no es necesaria la verificación de *lesiones* de ningún tipo[86], aunque si servirán como parámetro para la categorización de la agresión y para la medición de la pena, ello sin perjuicio de la posibilidad de la concurrencia formal entre ambas figuras penales.-

Se admite la *tentativa*.-

Particularidades de la figura.-

Relaciones concursales del ilícito con otras penalidades.-

En cuanto a la *privación ilegal de la libertad*, es posible admitir el concurso material tanto con el *art. 144 bis inc. 2º y 3º (art. 55 CP)*, aunque necesariamente deberá verificarse que la afectación al bien jurídico no resulte exclusivamente de la conculcación que aquella lleva ínsita en sí misma[87].-

[85] El *art. 144 ter, CP, inc. 1º, segundo párrafo*, estipula: *"Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos." -en relación a los previstos en el primer párrafo para el tipo doloso básico-.* Soler enseña para los casos del inciso 2º y 3º en estudio que: *"En todas estas hipótesis, aunque se trata de delitos especiales, es posible la participación accesoria de sujetos que no revistan la calidad de funcionarios, o que sean funcionarios de una jerarquía distinta a la requerida para el autor principal."*.-

[86] En este sentido, el ST Rio Negro, 30/09/99, "Alcaraz" (citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 119, punto 37).-

[87] Sostiene Soler que *"Nada tiene que ver con la privación misma de la libertad el hecho de imponer al que ya está preso -legal o ilegalmente- vejaciones, apremios o severidades ilegales. Si el autor de éstas es, además, autor de la ilegal privación de la libertad, debe responder por las dos infracciones en concurso real."* (autor y obra citada, pág. 52).-

Respecto a las *lesiones leves (art. 89, C.P.)*, se torna compleja la situación si se atiende al agravante previsto en el último párrafo del *144 bis (que remite al 142 inc. 3º,* y agrava la pena a una escala de dos a seis años de prisión, si *"…resultare grave daño a la persona, a la salud… del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor…")*. Aunque los tribunales tradicionalmente lo han hecho encuadrar en una hipótesis concursal partiendo de la heterogeneidad de los bienes jurídicos tutelados[88], se ha propuesto considerar el supuesto como un *concurso aparente*, aplicándose la figura en estudio por su mayor penalidad represiva[89].-

Con las *lesiones graves*, el tema deviene en una solución distinta en tanto que podría darse el supuesto de concurso ideal, atento la penalidad que se aumenta para el caso del agravante del *art. 92 en función del 80 inc. 9º del C.P.* elevándola a una escala que va desde los de tres a los diez años de prisión[90]. Finalmente, en cuanto a las *lesiones gravísimas*, se admite la posibilidad que por la gravedad nociva de la ofensa que llevan intrínsecamente sean identificadas -su propia naturaleza- con actos de tortura, de hecho el *art. 144 ter -en su segundo inciso, segundo párrafo-* estipula expresamente la escala represiva para el caso.-

También puede concurrir con los ilícitos que se individualizan en el *art. 143, C.P.*, en sus *incisos 1º, 2º, 4º -primera parte- y 5º* del fondal, que fueran desarrollados previamente.-

Finalmente, tratándose de casos de apremios ilegales, en tanto por definición se pretende obtener un determinado comportamiento del sujeto pasivo mediante la imposición de las aflicciones, cuando se consiga una declaración o confesión del imputado, se podrá presentar un *concurso ideal con la falsedad (ideológica)* volcada en el acta respectiva por el actuario que haya intervenido. Ello en tanto, cuando menos habrá podido omitir dolosamente ese dato, plasmando como voluntaria una deposición que no lo fue.-

En esta línea de análisis, si el *propósito* buscado se centra en obtener dinero, cosas o documentos, la figura castigada en el *art. 144 inciso 2º o 3º del código sustantivo* se subsumirá en el delito de *extorsión (art. 168 C.P.)*, ya que es reprimido con una pena mayor –de cinco a diez años de

---

[88] CNCrim. y Corr., Sala VI, 29/12/00; Cám. Apel. Crim. Concepción del Uruguay, 12/11/57; TOC nº 9, 04/04/06; CNCrim. y Corr., Sala I, 04/03/05, "Estrada" (citados por Estrella-Godoy Lemos, pág. 103 y ssgtes., puntos 7, 13, 24, 27).-

[89] Rafecas, obra citada, pág. 232. Quien propugna la misma solución aún para el caso de que opere el agravamiento del *art. 80 inc. 9º del C.P, en función del art. 92* que prevé el aumento si el autor abusare de su función o cargo, cuando fuere *integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario*.-

[90] Rafecas, obra citada, pág. 233.-

prisión-, siendo que el disvalor que importan los apremios es incluido en la *intimidación* que exige aquella figura[91].-

Idéntica sanción punitiva para ambas modalidades.-

A pesar del diferente rigor afectivo que pueda ejercer sobre el sujeto pasivo y de los contrastes conceptuales que se puedan ensayar, ambas modalidades son castigadas con *idéntica penalidad: prisión o reclusión de uno a cinco años, e inhabilitación especial por doble tiempo*.-

Desde esta óptica, se propugna en la doctrina un reajuste de *lege ferenda* que advierta, corrija y repare en el distinto grado de rigor de cada modo de tratamiento, ello sin perjuicio del amplio margen que prevé la escala punitiva para la graduación judicial de la sanción *(C.P., art. 41)*.-

Jurisprudencia de la C.S.J.N..-

Vinculados a los actos iniciales de la investigación penal, y al significado que desde un plano histórico-etimológico se les ha dado a los *apremios ilegales*, en tanto parámetro apreciativo en el contexto de la valoración judicial como elemento de prueba cargoso, no pueden dejar de mencionarse las llamadas *confesiones espontáneas*.-

Suelen ser la esencia perseguida de este delito cuando es cometido por funcionarios policiales en los albores de la pesquisa, obteniendo valiosos pero ilegales datos para encarrilarla, valiéndose de opresiones sobre el detenido. Informaciones sobre otros intervinientes en el ilícito o ubicación de la res furtiva desapoderada, son el norte pretendido mediante su aplicación.-

De tal modo, resulta de suma utilidad al menos aludir de forma enumerativa la jurisprudencia emanada del máximo tribunal argentino en los fallos ***Montenegro*** *(303:1938)* y ***Francomano*** *(310:2384)*, en los cuales se evaluó el valor convictivo y la principalmente la validez de aquellas expresiones, propiciándose la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente por ser la concreción de la violación de garantías constitucionales.-

Art. 144 bis: ***"Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años, e inhabilitación especial por doble tiempo:***

[91] Ibídem, pág. 247.-

3.- el funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.”.-

Antecedentes Históricos y/o Legislativos, y/o Proyectos. Bien Jurídico Protegido. Remisión.-

Se remite a lo expresado en el supuesto anterior en lo atinente a ambos extremos.-

Sujeto Activo.-

También el sujeto activo de la figura debe lucir la calidad de *funcionario público (art. 77, C.P.)*, pero el círculo de postulantes resulta más acotado. La consecuencia anida en la expresión *“... a los presos que guarde…”* seguida al tiempo verbal típico imponer empleado por la norma. La introducción indica que: sólo podrá serlo un *agente estatal que tenga a su cargo la guarda del preso.-*

Siendo así el alcance de la voz cobra absoluta relevancia. De tal modo implica que sólo los funcionarios públicos cuyas funciones consistan en la *custodia de la integridad* del detenido –directa o indirectamente- podrán serlo[92].-

Esto comprende tanto aquella guarda que se ostente de forma permanente, como la que sea detentada de hecho u ocasionalmente, en tanto esa tarea sea abarcada dentro de sus competencias funcionales[93].-

Pero no sólo aquellos que guardan de manera inmediata o directa pueden ser autores, sino también quienes lo hagan de forma mediata o indirecta, en tanto se verifique una vinculación entre aquel como garante de la protección integral del detenido.-

Es decir conclusivamente, que tanto puede cometer el delito aquel guardia o custodio, como el director o Alcaide del establecimiento penal en el que el preso se encuentra alojado.-

Va de suyo, que para el caso en que el funcionario que lo aplique, no esté guardando al detenido -en los términos referenciados-, quedaría cubierto su proceder igualmente por el supuesto anterior *(CP, inc. 2°, del art. 144 bis)*.-

---

[92] El art. 9º de la ley nº 24.660, prescribe que *“La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder.”*.-

[93] Estrella-Godoy Lemos, Rafecas, Soler, Creus, Buompadre, Donna, Núñez.-

Sujeto Pasivo.-

La norma exige que se trate de un *preso*. El término incluye a *toda persona que esté privada de su libertad en un establecimiento penitenciario* destinado a ese efecto: al de guardarlos. Lo caracterizará el personal operativo que allí se desempeñe, con una labor preparada y entrenada para ello, y la reglamentación disciplinaria interna aplicable.-

Por ello, se presupone que su estado de detención debe ser *legítimo*.-

El alcance de la palabra debe ser asociado con un *concepto amplio*, que incluirá tanto a sujetos condenados como procesados privados de su libertad de manera preventiva, independientemente de la denominación que se les otorgue a la situación procesal y al sitio en que se aloje[94].-

Lo dicho no debe ser entendido como limitativo del *ámbito espacial* en que pueden tener lugar las conductas potencialmente encuadrables en la norma, pues el tipo penal incluye también aquellas aplicadas durante traslados, o bien en sitios de alojamientos provisorios. Desde el mismo momento en que el detenido es puesto a *disposición de hecho de la autoridad penitenciaria* ingresa bajo el amparo del tipo penal[95].-

En síntesis, el alcance de la figura queda sellado por la calidad de la persona y no por la circunstancia situacional en que las maniobras puedan tener lugar, lo que a todo evento coadyuvará a desentrañar aquella característica.-

Tipo Objetivo:

Identidad del *verbo típico* y las *modalidades comisivas*. Remisión.-

Tanto las *acciones típicas* como los conceptos de *vejaciones y apremios ilegales*, no difieren de lo analizado oportunamente en ocasión de afrontar el estudio del *inciso 2º*.-

Nota distintiva de la figura: *Severidades*.-

Como quedo sentado la esencia sancionatoria de la figura hace foco en el funcionario público que impusiere *severidades*, vejaciones o apremios ilegales, *a los presos que guarde*.-

[94] Como fuera mencionado en el marco del abordaje del art. 143 inc. 5º, C.P., resultan incluidos los menores de edad internados en Institutos. En igual sentido para la figura en análisis, lo sentenciado por CNCrim. y Corr. Sala IV, 23/03/05, "Fernández Raúl" (citado por Estrella-Godoy, pág. 120, punto 44). En cambio, no son abarcados los detenidos en *comisarias* por ser ajenos al concepto.-
[95] Rafecas, obra citada, pág. 254.-

Pero se adicionan a las modalidades reprimidas en el artículo anterior la aplicación de *severidades.* Pueden ser definidas como toda imposición que determine un aumento del sufrimiento del detenido *contrario o abusivo a las reglamentaciones* que regulan la vida intramuros, siempre que no alcance la categoría de apremio o vejación.-

La nota que demarca esta noción se concentra en el desapego a la reglamentación que delinea el tratamiento de reclusos que supone un agravamiento de su detención, es decir en el carácter *anti-reglamentario del procedimiento*[96].-

Pero vale remarcar que siempre resultarán subordinadas o residuales de la intensidad de las otras modalidades.-

El choque de la medida con el estatuto que rige la materia puede tener diverso origen. Se dijo ya que se abarca toda orden que aumente la aflicción del detenido, lo que en general puede provenir tanto desde una *perspectiva sustancial* como *formal*:

a) por ser *contraria* a la reglamentación: por ausencia de previsión absoluta, o en particular para determinado supuesto, o bien por estar directamente prohibida por esas disposiciones;

b) por ser *abusiva* de aquella: por su aplicación más intensa, sea durante más tiempo que el estipulado o en condiciones más severas;

c) por ser impuesta por *autoridad no competente* para disponerla[97].-

Tipo Subjetivo. Consumación y Tentativa. Autoría y Participación. Remisión.-

Siendo asuntos totalmente compatibles y sin necesidad de efectuar aclaraciones, teniendo la precaución de identificar las cualidades que distinguen la modalidad central de la figura, se remite a lo dicho en los puntos pertinentes del parágrafo anterior.-

Particularidades de la figura.-

Escenarios fácticos típicos de comisión.-

[96] Estrella-Godoy Lemos las definen como *"privaciones innecesarias y abusivas, privaciones abusivas de derechos o beneficios"*. Núñez y Buompadre la caracterizan como *tratamientos rigurosos y ásperos* que se aplican al preso.-

[97] Explica Soler que *"…toda vejación es antirreglamentaria, de acuerdo con el art. 18 de la C.N. Por lo cual tanto puede cometerse este delito azotando a un preso (castigo prohibido) como poniéndolo en celda especial o privándolo de visitas (castigos lícitos). En estos últimos casos, la delictuosidad puede derivar de la incompetencia misma del funcionario que los aplica. Un guardián tiene menos facultades que un inspector, éste menos que un alcaide y éste menos que un director. Pero inclusive tomada la medida por el funcionario competente, aquélla puede constituir vejación si de hecho no está justificada, y ha sido dispuesta en conocimiento de su injusticia."*.-

Se trata de contextos en los que por las características que los denotan, la propagación configurativa de las conductas ilícitas constitutivas del *inc. 3º del 144 bis del C.P.*, en la modalidad que trasunta en eje de la figura, resulta altamente alcanzable.-

Teniendo siempre como principio rector la mínima afectación del respeto de la *dignidad personal de todo detenido*[98], es válido mencionar:

a) La aplicación abusiva de *sanciones y castigos* en el marco del cumplimiento de una pena o de cualquier detención, supuestos en los que para encajar en la norma en estudio no deberán estar previstas en la reglamentación, o bien excederse cualitativa o cuantitativamente de sus previsiones, o ser dispuestas por quien no tiene competencia para ello.-

b) El *ejercicio de fuerza* de parte de personal penitenciario en el trato de presos, el que sólo está permitido para el ejercicio de las facultades inherentes a la función *(excepcional)*, siempre que sea *proporcional y razonable* la relación entre el medio empleado y el fin perseguido[99]. Ello sin perjuicio de que sea considerado como una agresión ilegítima que habilite la resistencia del agredido[100].-

c) Las hipótesis típicas pueden estar enlazadas e iniciarse en circunstancias que ilegítimamente impuestas puedan repercutir en *agravamientos de las condiciones de detención*,

---

[98] En esta senda valorativa, la C.I.D.H. ha sentado en reiteradas ocasiones que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal (cfr. lo resuelto en los casos "Tibi", "Instituto de Reeducación del Menor", "Bulacio", "Neira Alegría y otros", "Cantoral Benavides", entre otros).-

[99] En el derecho interno está determinado por el art. 77 de la ley nº 24660, y el art. 205, que estipula que los programas de formación, actualización y perfeccionamiento del personal penitenciario contendrá el estudio de las Reglas Mininas para el Tratamiento de Reclusos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Particularmente este último reglamento, adoptado por Asamblea General (resol. 34/169, del 17/12/1979), prevé que ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º, en concordancia con el art. 2º), y en su artículo 3°, reza que "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas (en el mismo sentido, ver los comentarios incorporados al propio reglamento). También resulta provechoso la mención de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990). Finalmente, también en el ámbito internacional, se ha mencionado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del art. 5º de la Convención Americana (CIDH, 17/09/97, "Caso Loayza Tamayo vs. Perú").-

[100] Así, Zaffaroni, Alagia y Slokar "…El derecho a la integridad física se afecta cuando el empleo de fuerza o violencia contra el sospechoso de la comisión de un delito o contra la persona cuya conducta es necesario interrumpir, supere los límites de la racionalidad en el ejercicio del deber de coacción directa. El funcionario actuará violando su deber y, por ende, se legitimará de defensa contra él cuando aplique fuerza innecesaria, lo arrastre de los cabellos o lo golpee cuando ya no pueda ofrecer resistencia, o lo haga en la cabeza cuando pueda golpear una parte no vital. Sin duda que configura una agresión ilegítima el uso indebido del arma reglamentaria, por su mayor entidad lesiva. Más allá de cualquier disposición reglamentaria, es una agresión ilegítima el uso de un arma con poder letal sólo para detener a quien se fuga sin ejercer violencia o habiendo cesado en ella." (autores citados, en obra referenciada, pág. 640).-

traducibles en restricciones de derechos reglamentados concedidos a favor de quien se encuentra privado de su libertad en virtud del ejercicio del poder punitivo estatal[101]. Tal entorno, por caso vale indicar: hacinamiento, aislamiento, falta de luz natural y de ventilación, carencia de elementos indispensables para el descanso y la higiene personal, restricciones del contacto familiar, han sido calificadas en los términos de *tratos degradantes o crueles* por la jurisprudencia internacional[102], pudiendo generar responsabilidad del Estado argentino en el ámbito internacional. Pero este panorama no debe prestarse a confusiones, con la *responsabilidad penal* que pueda corresponde a los agentes que se desenvuelven en las esferas administrativas. El reproche estará siempre asociado a los principios básicos que rigen la materia: acreditación individual de conductas típicas, a la inexibilidad de otras ajustadas a derecho en el contexto particular, ceñido a un caso concreto y puntual, a la afectación al interés material objeto de tutela, y en el que deberá acreditarse su intencionalidad aflictiva.-

Consideraciones generales comunes a todas las modalidades comisivas tratadas.-

1) Se tratan de *conceptos unitarios*: lo que implica que aunque la letra del artículo aluda pluralmente a vejaciones o apremios ilegales, ello *no multiplica el delito* si son cometidos dentro de un mismo contexto circunstancial y contra un mismo sujeto. Paralelamente, cuando se aplican las dos modalidades combinadas, se debe estar por aquella que implique un mayor disvalor en la acción – peculiaridad que en principio apunta a los apremios ilegítimos, en tanto sea factible su acreditación, en razón de las especiales motivaciones existen en el sujeto activo-[103].-

2) Formas de comisión: Pueden ser cometidas tanto por actos *comisivos,* como así también mediante *comisión por omisión (omisión impropia)*.-

3) Mayor disvalor de injusto frente a multiplicidad de sujetos pasivos: Si las conductas aflictivas son impuestas en un mismo contexto a dos o más personas, el funcionario responderá por todas dando lugar a un concurso real *(art. 55 C.P.).* Es que la multiplicidad de subjetividades evidenciadas, de resultados típicos exteriorizados y de bienes jurídicos lesionados, es preponderante

[101] En función de ello, se torna relevante un *nutrido plexo normativo* que conforma un amplio marco regulatorio del tópico. Los arts. 5.2 y 6 de la CADH, 10 del PIDCP; Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 –XXX-, del 9 de diciembre de 1975); la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984); Reglas Mínimas para el Trato de reclusos de la ONU, entre otros.-

[102] En tal dirección lo ha resuelto la Corte Interamericana en los casos "Lori Berenson Mejía vs. Perú" -25/11/2004-, "De la Cruz Flores vs. Perú" -18/11/2004-, "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay" -02/09/2004-, entre otros.-

[103] Rafecas, Creus, Estrella-Godoy.-

por sobre la fusión que pueda experimentar el acontecimiento ilegal histórico en el plano de la realidad.-

Evolución cuantitativa y/o cualitativa de la intensidad del sufrimiento. Influencia en el desarrollo del iter criminis.-

Interesa en este apartado poner de relevancia un particular fenómeno que pueden experimentar las maniobras que resultan castigadas en los artículos que fueron presentados, y que incluye además las atrocidades que se mencionarán a continuación *(C.P., art. 144 ter)*. La referencia involucra la *evolución cuantitativa y/o cualitativa* que en el desenvolvimiento del iter criminis pueden exteriorizar los sufrimientos que constituyen el núcleo de los malos tratamientos y penas.-

En esa senda, se subraya que pueden existir ciertos casos de acrecentamiento gradual entre cada una de las especies aludidas, encontrando su tope final en la comisión de la máxima conculcación a la personalidad humana esperable que se encarna en el delito de tortura.-

Es decir, funcionaría un *rango intensivo ascendente* entre los diferentes géneros castigados. Resta añadir sólo que el orden de bravosidad anunciado, presenta lógica con la secuencia enumerativa típica dada por el legislador nacional en el título al establecer el organigrama del *art. 144 bis* del muestrario penal en su valoración conjunta con el siguiente.-

De tal modo, las acciones menos gravosas funcionarían como actos preparatorios o incluso como inicio ejecutivo en muchos casos del tipo penal más lesivo, aunque éste los comprendería en la merituación del disvalor de la obrar reprochable[104]. Es más, muchas veces podrá ocurrir que el avance del curso criminal llegue a contener la muerte de la propia víctima, funcionando el agravamiento del *inc. 2º del 144 ter* del código represivo argentino.-

Agravantes comunes para todas las figuras del art. 144 bis.-

Se trata del párrafo final del artículo que reza de la siguiente manera: *"Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incs. 1º, 2º, 3º y 5º del art. 142, la pena privativa de la libertad será reclusión o prisión de dos a seis años."*.-

[104] Señala Rafecas, el caso del aislamiento en áreas de separación en el marco de una detención legítima llevada a cabo en establecimientos penitenciarios destinados al alojamiento de reclusos, cuya reglamentación establece la delimitación temporal máxima por el cual puede imponerse (quince días, art. 87 inc. 'E', ley nº 24660), concluyendo el jurista que iniciando en una sanción legal permitida puede derivar en una severidad, y cuando supera excesivamente en días o meses aquellos bordes, ingresar en el terreno de los apremios ilegales o incluso del art. 144 ter del C.P., y siendo que los bienes jurídicos involucrados son absolutamente homogéneos esta figura siempre absorberá el disvalor de aquellas conductas previas.-

La norma establece de antemano una escala punitiva agravada, que va de *dos a seis años* de prisión o reclusión, para las mismas hipótesis que fueran incluidas en el art. 144, por remisión al art. 142, ambos del código sustantivo.-

El texto, ubicado sobre el final del artículo, tiene repercusión sobre todas la figuras penales contempladas en cada uno de sus tres incisos. De tal modo, siendo las mismas circunstancias las que permiten su funcionamiento para la aplicabilidad de la punición más severa, en honor a la brevedad se remite al tratamiento del punto pertinente, debiendo únicamente resaltarse dos cuestiones.-

Respecto del *inciso 1º, art. 142 CP*, esto es cuando mediaren *violencias o amenazas*, cabe resaltar que en la praxis estarán íntimamente vinculadas a los apremios ilegales, severidades y vejaciones, por ser aquellas el modo comisivo por excelencia de estos delitos, guiados además por motivaciones de venganza[105].-

En segundo lugar, un breve comentario relativo al *inciso 5º*: Cuando la privación libertaria se extienda por más de un mes, en el caso de las figuras criminales tipificadas en los incisos 2º y 3º del 144 bis, CP, habría que evaluar si no podría ser considerada la plataforma como una tortura[106].-

Jurisprudencia de la CSJN.-

CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", 3/05/2005 (V. 856. XXXVIII).-

El fallo resulta dictado a raíz de la interposición por parte del *C.E.L.S. (Centro de Estudios Legales y Sociales)* de un habeas corpus colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.-

Su fundamento residía en la superpoblación y el consecuente hacinamiento que éstas debían padecer, sumado a la existencia de un estado edilicio deplorable de conservación e higiene, careciendo de

---

[105] Rafecas, obra citada, pág. 269. En este sentido, el Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (creado en el año 2010 por acuerdo entre la Procuración Penitenciaria de la Nación, el Comité contra la Tortura de la Comisión por la Memoria de la provincia de Buenos Aires, y el Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA), en su informe final del 2012, identificó al aludir agresiones físicas, como el segundo contexto más frecuente, a aquellas que tienen lugar frente a "denuncias o reclamos" de los detenidos en los establecimientos penitenciarios federales.-

[106] Por ejemplo el confinamiento en celdas de aislamiento independientemente de los motivos que se aleguen de parte del que las imponga ("seguridad", sanción, etc.) que se prolonga por ese tiempo o más, debiendo recordarse la evolución cuantitativa de las tres figuras que fue analizada.-

ventilación y luz natural, sin ningún tipo de mobiliario, sin que se garantice la alimentación adecuada de los reclusos, lo que deviene en el aumento de los riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas, y violencia física y sexual[107].-

Como pautas dispositivas del decisorio, previo a realizar un repaso sobre la situación en las comisarias bonaerenses y los limites excesivos de la detención en prisión preventiva, y el análisis de la normativa internacional aplicable, la C.S.J.N. resolvió declarar que las *Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas*, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención, disponiendo que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos, como así también de toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.-

CSJN, "Urricelqui Evaristo Manuel s/ Privación ilegítima de libertad, Vejaciones" (sent. del 09/03/1973).-

En el caso un integrante de la policía federal argentina (Comisario) ordenó cortar el pelo a una persona detenida, pese a su manifiesta disconformidad.-

La Corte revocó el auto del inferior que disponía el sobreseimiento definitivo, en tanto consideró que no se podía descartar la verificación del elemento subjetivo –"propósito agraviante"- que demanda la figura del *art. 144 bis, inc. 3º, C.P.*, sobre la base de considerar las circunstancias en que habría acontecido, y discrepando particularmente en la consideración efectuada por la cámara sentenciante en cuanto calificó la conducta reprochada al funcionario como *"…actitud docente, y atribuible al exceso de celo moralizador equivocado, pero sin que denote ningún fin vejatorio…"*.-

[107] El órgano original receptor, Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, rechazó en el inicio el hábeas corpus, al considerarse incompetente invocando que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales. Ante ello, la actora interpuso recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley, declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y contra ese pronunciamiento se interpuso un recurso extraordinario, que fue denegado, y finalmente dio lugar a un recurso de queja.-

Torturas

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 144 ter: ***"1º. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.***

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.-

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos.-

2º. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.-

3º. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.".-

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.-

La tortura ha tenido distintas manifestaciones a lo largo de la historia de la humanidad[1]. Ha sido vinculada como neto instrumento de adoctrinamiento social e imposición ideológica, como medio de sometimiento colectivo demostrativo de poderío colonial y de conquista[2], o ha funcionado a modo de eje central del procedimiento penal, sea como medio para obtener elementos de prueba o bien como modalidad punitiva en sí misma[3].-

[1] La proyección sobre el caso argentino, ver el trabajo de Ricardo Rodriguez Molas, 'Historia de la Tortura y el orden represivo en la Argentina', Buenos Aires, EUBA, 1985. Para el caso español ver la excelente obra de Francisco Tomás y Valiente, 'La tortura en España', Barcelona, Ariel, 1994.

[2] Válgase por caso mencionar respectivamente los horrores padecidos por millones de personas en los campos de concentración y exterminio del nacionalsocialismo en el siglo pasado, en los diversos centros clandestinos de detención que fueron instalados en la última dictadura cívico-militar en nuestro país, o la empresa colonizadora puesta en marcha sobre los nativos en el continente americano, por las potencias europeas a partir del siglo XV, con la instalación de su brutal sistema esclavista.-

[3] Al respecto, en una interesante reconstrucción de sus objetivos a lo largo de la historia, señala Langbein que primero se utilizó para conseguir pruebas para obtener un veredicto de culpa conforme a los criterios "legales" de la época; luego solamente se la podía utilizar frente a la existencia previa de prueba circunstancial que generaba la posibilidad de obtener un mandato de tortura judicial, o también se la utilizaba sobre condenados por crímenes capitales o de alta traición para obtener datos para impedir ataques contra el Estado. ('Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien

Particularmente nos interesa profundizar ésta última noción, podríamos decir *jurídica*, que resulta asociada al uso monopólico de las *violencias públicas* por parte del Estado[4], cuya delimitación precisa ha resultado tradicionalmente compleja y ambigua[5], pero que en todo caso se vincula a las prácticas *institucionales ilegales*[6]. Resulta franco aclarar primariamente que una pretensión reconstructiva histórica que intente ser completa y agotadora del tema ameritaría el proveimiento de un trabajo exclusivo sobre el tópico, por lo que sólo nos limitaremos en este segmento a enunciar ciertos sucesos o períodos que desde nuestra perspectiva merecen destacarse.-

Así, debe mencionarse que inicialmente esta técnica comenzó siendo estatalmente permitida, legalizada y reglamentada, para recabar *confesiones*. Nos referimos, a un *sentido procesal* de esta práctica, es decir, a la *llamada tortura judicial*[7].-

Su origen se remonta a las prácticas de los pueblos antiguos, a los *sistemas jurídicos greco-romanos*[8]. En el *derecho griego* era admitida, junto con los juicios de dios, como medio de realización probatoria ordinaria, especialmente para los testigos y tendiente a la averiguación de la verdad, aplicándose primero a los esclavos -que no eran dignos de declarar-, aunque incluyó a los hombres libres luego[9]. Por su parte en la *Roma pre-cristiana*, comenzó como una práctica privada *(quaestion)* también sólo aplicable a aquel grupo carente de derechos, hasta ampliar sus receptores -a

Regime', University of Chicago Press, 1977).

[4] Conf. Max Weber, 'Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva', México, Fce, 2003.

[5] Conf. Eligio Resta, 'La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia'. Barcelona, Paidós, 1995.

[6] Señala Carlos Mahiques, que la acepción comúnmente admitida en la historia del derecho incluye a la tortura no entre las penas, sino como un medio de investigación utilizado en los procedimientos penales (en 'La noción jurídica de tortura', Educa, 2003. Pág. 19). En esta inteligencia, también deriva la primera acepción dada a la palabra en la actualidad por la Real Academia Española, entendida como un "Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo." (RAE, vigésima segunda edición).-

[7] En la actualidad el empleo de la tortura continúa siendo monopolizado por los poderes estatales, siendo ésta la nota relevante del concepto que se terminará de delinear. Pero ese control, salvo excepciones puntuales, ya no se ejerce desde una órbita legalizada a la luz de las reglas procedimentales sino por el contrario, se concreta de forma abusiva, ilegítima y clandestina; aunque las finalidades también siguen cercanas a las necesidades de la 'administración de justicia' y vinculadas a los sectores más desfavorecidos u oprimidos. En conclusión, en nuestros tiempos, sea por motivos probatorios, de averiguación de la verdad, o como medio para imponer y mantener el orden en los establecimientos destinados a la prisionización, la tortura encuentra plena vigencia habiendo mutado su objeto de persecución a otras esferas de la sociedad.-

[8] Remarca Mahiques, obra citada, pág. 31, que suele decirse que, a diferencia del derecho continental europeo, el sistema anglosajón no conoció la tortura, al menos en el ámbito procesal en que se manifestó en aquellos ordenamientos. Aunque esa conclusión, refiere el autor no estiba en razones de humanidad, sino en un tema exclusivamente relacionado al diverso procedimiento por el cual se daba formación a la convicción judicial necesaria para emitir sus fallos.-

[9] Maier Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, 1b, Hammurabi, 1989, pág. 32.-

partir de la época del Imperio- y alcanzar a todo ciudadano acusado de la comisión de delitos ubicables en el laxo concepto de *lesa majestad*[10].-

Su etapa de máximo apogeo se sitúo en la baja edad media, puntualmente en los *siglos XII a XVIII*, con la instauración del modelo *Inquisitivo*. Con la implantación de este modo de enjuiciamiento, la tortura fue situada en la cúspide probatoria, poniéndose el acento en una visión de efectividad, y reemplazando el preconcebido fundamento de su empleo que giraba en torno a la calidad del sujeto pasivo o del delito. La confesión se transformó en el fin mismo del procedimiento *("el precio de la victoria")* y los tormentos en la herramienta por excelencia, previéndose la regulación específica de los *"instrumentos"*, incluso como garantía del imputado para evitar su aplicación indiscriminada y moderar sus efectos físicos[11].-

Puntualmente, señala Diego Zysman[12] diversos hitos en la literatura y la normativa epocal. Por un lado, destaca entre las primeras obras jurídicas que abordaron el tema exhaustivamente a aquélla conocida como *Tratactus de tormentis*[13], aparecida en el siglo XIII. Por otro, argumenta que han sido no sólo la *Constitutio Criminalis Bambergensis, la Carolina o las Ordenanzas Francesas de 1539 y* 1670, las que receptaron la tortura sino antes en el derecho español, fueron contempladas por el Fuero Juzgo –que había conservado las normas sobre tortura de la monarquía visigoda- y las Siete Partidas -por medio de las cuales se efectuó la recepción del derecho romano Justiniano y de la doctrina de los glosadores- destinando éstas últimas el título XXX "De los tormentos" a su consagración.

---

[10] Rafecas Daniel Eduardo, "La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos", edit. Del Puerto, 2010. Ha explicado Maier, obra citada, pág. 45/46, que el método era tan conocido como discutido entre los romanos, pero no por una cuestión de humanidad, sino desde el punto de vista de su idoneidad. Asimismo, destaca positivamente el sistema de prueba sustentado por el derecho romano, en tanto desaparece el sentido subjetivo, mítico, como medio por el que la divinidad mostraba la razón de uno de los contendientes, y el combate judicial; para dar paso al conocimiento objetivo, histórico, al sentido de prueba como reconstrucción histórica de un acontecimiento por los rastros que había dejado en el mundo.-

[11] Maier, obra citada, págs. 57 y 63. Asimismo, ver la exposición en cuanto a los presupuestos históricos políticos que posibilitaron el nuevo régimen, que sin dudas resultan determinantes de la estructura del procedimiento y la ideología en que se asienta, y lo relativo a la valoración de la prueba ("sistema de pruebas legales") que tornó en la mayoría de los casos, decisivamente necesaria una confesión del imputado para poder fundar una condena. Esto es, a decir de Mahiques *"La confesión, "la reina de las pruebas", justificaba el recuso de la institucionalización de la tortura..."*, pues el reemplazo de las pruebas irracionales por el de las pruebas legales reveló rápidamente sus debilidades, la imposibilidad de sustentar una condena sobre presunciones, y la confesión arrancada por tortura quedaba como último recurso para fundarla (autor y obra citada, págs. 55/56). Sobre la evolución histórica de las ideas sobre la prueba y el papel del tormento hasta su progresiva supresión, ver el clásico Tratado de la prueba en materia criminal de Karl Mittermaier, publicado traducido al español en 1979 por editorial Hammurabi en Buenos Aires.

[12] Sociología del Castigo, Buenos Aires: Editorial Didot: pág. 79.

[13] Zysman, cit.: págs.. 82 y 83, se refiere a diversos autores como por ejemplo Antonio Quevedo y Hoyos, Gandino, Bartolo, Baldo y Marsilis, Gambiglione, Clarus, Matteu I Sanz, Menoccio, Damhouder y Farinaccious..

Esta receptación tuvo su necesaria proyección en el ámbito de conquista colonial. Así, es que entonces, en Latinoamérica, las colonias europeas recibieron las influencias de la metrópoli también en lo atinente a las formas procedimentales de juzgamiento penal, procedentemente principalmente de los cuerpos normativos antes aludidos. Por tanto, la justicia eclesiástica se desplegó como una muestra más de la imposición cultural[14].-

Sin perjuicio de ello, ya en tiempo ulterior con el soplido de los aires independentistas y en particular en nuestro país, la prohibición de estos tratos logró ser receptada ya en el mismo texto original de la *Constitución Nacional de 1853*. Así, embebida en las ideas liberales contemporáneas de la época[15], representadas por figuras de la talla de Cesare Beccaria[16], Pietro Verri[17] o Jeremy Bentham[18], se incorpora expresamente en su artículo 18 la clausula de abolición *"de toda especie de tormento y los azotes"*. No obstante ya con anterioridad, fruto de las ideas independentistas, la *Asamblea del año 1813* había erradicado formalmente la esclavitud, prohibido la tortura en el proceso penal y mandado a inutilizar sus instrumentos.-

Mucho más adelante en el tiempo, y a pesar del sostenimiento en el tiempo de las prácticas de tortura, no puede dejar de mencionarse como lamentable hito histórico nacional, el período autoritario que sobrevino hacia finales de marzo del año 1976 en el país[19]. Sin dudas, el más cruel, irracional y feroz despliegue estatal de fuerza que tuvo lugar en nuestra historia moderna, acaeció con la última *dictadura cívico militar*. La doctrina de la lucha contra el enemigo que se pretendió

[14] Rafecas señala que la intensidad del modelo punitivo desplegado preponderantemente por la Iglesia en Latinoamérica no logró alcanzar el grado que tuvo en España, ello atento que solo ejercía sus efectos sobre los bautizados (quienes eran un escaso porcentaje del total de la población), como así también, debido a las grandes distancias territoriales, a las fuertes tensiones políticas con el poder delegado, y a los escasos recursos (obra citada, pág. 28).-

[15] Tradicionalmente se señala que la abolición de la tortura judicial, al menos desde el plano formal, fue producto de las *ideas iluministas* que se comenzaron a desplegar desde el siglo XVIII en Europa como replica a las políticas imperantes de la época. Frente a su visión censuradora comprensiva de todos los ámbitos de la sociedad, no podía el derecho penal ni sus procedimientos permanecer inmutables a los postulados de aquel movimiento que encontraba su principal basamento en la razón humana. Señala Maier: *"...ya en el siglo XVIII habían surgido las primeras voces críticas en contra del sistema de persecución penal, indignadas por el procedimiento más odioso que ella utilizó para cumplir sus fines: la tortura."* (autor y obra citada, págs. 105/112). Para un pormenorizado desarrollo del 'proceso abolicionista', desde una postura crítica a la argumentación tradicional y remarcando las dificultades de singularizar los factores que habrían contribuido a su manifestación, ver Mahiques Carlos, en la obra citada, Primera Parte, Sección 2, titulo 2.-

[16] Ver Tratado de los delitos y de las penas. México, Porrúa, 1992, traducción al español del original en Italiano *Dei Delitti e delle Pene*, Milán, 1764.

[17] Se alude a Verri, como uno de los más vivaces opositores en sus conocidas *"Observaciones sobre la Tortura"*.

[18] Ver Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, EJEA, 1971, traducido del francés por Manuel Ossorio Florit, de la Obra *Traité des preuve judiciares,* Paris, 1823.

[19] Sobre el particular, y con referencias a períodos previos y posteriores, ver la completa investigación llevada adelante por Pablo Gabriel Salinas "La Aplicación de la Tortura en la República Argentina. Realidad Social y Regulación Jurídica" Buenos Aires: Editores del Puerto.

infiltrar como justificante, bajo el ropaje de la *seguridad nacional*, y los embates criminales sistemáticos al amparo de la clandestinidad, fueron las premisas básicas de los asaltantes de la democracia en pos de la eliminación de todo aquel rotulado con el mote de *subversivo*[20].-

La maquinaria represiva (policial y militar) del Estado puesta al servicio de aquellas ideas, en el contexto de lo que fue autodenominada la *guerra contra la subversión*, esgrimiendo la preservación de esa seguridad nacional como escudo, en el marco de su denominado *"Proceso de Reorganización Nacional"*, llevo a miles de personas a ser dispuestas en centros destinados a la detención y tortura, con un futuro incierto que se debatía a exclusivo decisionismo de sus captores, bajo condiciones de humillación en las cuales el *desaparecido* era despojado de todo rasgo inherente a la *calidad de persona*[21].-

Con el retorno de la vida republicana, los reclamos populares de verdad, castigo y justicia por los crímenes cometidos se alzaron al unísono en la sociedad. De ese proceso de democratización comenzado en el año 1983, se destaca la creación de la CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) y la publicación de su informe *"Nunca Más"*, así como las reformas legislativas experimentadas y el principio de los juzgamientos a las Juntas Militares en 1985 que culminó con la condena de la mayoría de sus integrantes, siguiendo un infausto derrotero decorado por leyes de impunidad finalmente invalidadas, lo que permitió la reapertura y actual encauzamiento del juzgamiento de infinitud de gravísimos hechos ocurridos en aquél contexto[22].-

[20] Conf. Emilio García Méndez, Autoritarismo y Control Social. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

[21] Como dijo la Cámara Federal al fallar en la sentencia que puso fin al Juicio a las Juntas Militares (causa nº 13/1985, del 9 de diciembre de 1985), la que confirmó extensamente el plan sistemático de exterminio: *"...el tormento fue, en la enorme mayoría de los casos, la forma indiscriminadamente aplicada para interrogar a los secuestrados. No existe constancia en autos de algún centro de cautiverio donde no se aplicaran medios de tortura y, en casi todos, la uniformidad de sistemas aparece manifiesta. Sólo pueden señalarse pequeñas variantes de tácticas o de modos, pero al pasaje de corriente eléctrica, los golpes y la asfixia, se repiten en casi la totalidad de los casos investigados, cualquiera sea la fuerza de la que dependía el centro o su ubicación geográfica..."*.-

[22] Esta etapa de incipiente reorganización democrática fue parcial y momentáneamente suspendida por las llamadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y más tarde por los indultos presidenciales que pretendieron la pacificación nacional. Las "leyes de impunidad" fueron derogadas por ley nº 25.779, aunque la Corte Suprema de Justicia ya se había expedido declarando su inconstitucionalidad, habilitando la reapertura de los juicios (Conf. CSJN, Fallos, 328:2056).-

En lo que atañe a los *antecedentes legislativos* de la tipificación penal en tratamiento en el derecho interno nacional, fue recién con la *ley nº 14.616*[23] que se reprime este delito por intermedio de la introducción del *art. 144 tercero* al catálogo de fondo.-

Pero fue mediante la *ley nº 23.097*[24], inspirada en aquel espíritu parlamentario sancionatorio de las atrocidades cometidas en un pasado reciente, que se introdujeron importantes modificaciones en el capítulo:

a) se agravó la penalidad prevista en el anterior *art. 144 ter*, reformulando a la par los términos de su redacción y previendo una definición de lo que se debía entenderse por *"tortura"* –*inc. 3º*-, y

b) se incorporaron al Código Penal *dos nuevas figuras*: *i)* las omisiones funcionales punibles conexas aquella *(art. 144 quater, CP)* y *ii)* la permisión o facilitación negligente de la misma *(art. 144 quinque, CP)*, que serán abordadas en lo venidero.-

Bien Jurídico.-

Sin dejar de lado lo expuesto en ocasión de abordar el tema en su vinculación con el *art. 144 bis incs. 2º y 3º del C.P.*, vale adicionar que es claro que en estos casos en donde la *dignidad de la persona* sufre su mayor arrebato, al punto de alcanzar el aniquilamiento de todo rasgo de humanidad que la cualifique[25].-

Debemos recordar que se trata de un delito de *naturaleza pluriofensiva*, involucrando también la libertad en su sentido más extenso y amplio, comprendiendo la integridad psíquica y moral de la persona, la vida, la dignidad humana, el honor[26], e incluso de manera secundaria la corrección en el

[23] Sancionada el 30/09/1958. Su texto reprimía con una pena inferior a la actual y refería a la aplicación de "tormentos". Estipulaba: *"Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere, a los presos que guarde, cualquier especie de tormento"*. Asimismo, se elevaba el máximo hasta los quince años si la víctima fuese un perseguido político o si resultare la muerte de la persona torturada. Señala Rafecas que en la actualidad las nociones de tortura y tormentos, otrora sinónimos, se han ido separando conceptualmente de su antiguo alcance que se limitaba a la obtención de la confesión en el marco de un procedo judicial (obra citada, pág. 86).-

[24] Sancionada el 28/09/1984, y publicada en B.O. el 29/10/1984.-

[25] En este sentido el "Protocolo de Estambul" ('Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes', adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), menciona que la tortura destruye deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras, atacando la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor. Refiere Edgardo Donna que la tortura *"… es el desconocimiento de la otra persona como tal…"*, verificándose una situación extrema en donde el dilema es seguir o no siendo un ser humano (autor citado, "Derecho Penal Parte Especial", T II-A, Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 185).-

[26] Conf. Rivera Beiras, Iñaki, La impunidad de la tortura y las obligaciones de los Estados en el marco internacional y estatal en *Torturas y Abuso de Poder,* Anthropos, Barcelona, 2006 : pág. 47, siguiendo en el punto a De la Cuesta Arizmendi, Jose Luis, *El delito de Tortura. Concepto, Bien Jurídico y Estructura típica del art. 204 bis del Código*

desempeño de los funcionarios estatales. La *desproporción* de la posición ocupada por quien la aplica y aquel que la recibe es patente.-

Por ello, la prohibición *absoluta* de la tortura pertenece hoy en día al dominio del *jus cogens* internacional, es *inalienable* y constituye una norma imperativa del derecho internacional *consuetudinario*, postulándose que tal obligación *no debe suspenderse* siquiera en las circunstancias más difíciles que puede atravesar un estado[27].-

Sujeto Activo.-

El *funcionario público* como autor imprescindible.-

En primer lugar, el tipo penal se construye sobre la figura del *funcionario público* como *autor esencial* del delito, con el alcance genérico que le ha sido dado a esa calidad hasta aquí (art. 77, CP). Además de ello, siguiendo la línea desarrollada para las figuras anteriores, se necesitará que el agente revista facultades generales para la privación de la libertad[28], siendo que se construyen en este segmento similares discusiones doctrinarias que las señaladas en las figuras precedentes.-

Como veremos más adelante, el sujeto pasivo de la tortura debe encontrarse privado de su libertad, aunque no sea necesario para conseguir la autoría criminal que el mismo agente que la impone haya también procedido a su detención (sea esta legal o ilegal), ni tampoco que aquel se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario.-

De esta pauta es de donde deriva el *carácter imprescindible* de la intervención de la autoridad pública para la existencia de la figura misma.-

---

Penal. Barcelona: Bosch : págs. 25 y 26.

[27] Convención Interamericana contra la Tortura, art. 2, párr. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7. Es reiterada la jurisprudencia de la CIDH en ese sentido, descartando justificaciones de cualquier tipo, tales como: guerras o amenazas de guerra, la llamada lucha contra el terrorismo, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflictos internos, situaciones de suspensión de garantías constitucionales e inestabilidad política interna o calamidades públicas). Entre otros, lo ha sostenido en los casos "Penal Miguel Castro Castro", párr. 271; "Baldeón García", sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 117; y "García Asto y Ramírez Rojas", sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 222. El artículo 2.2 de la Convención Interamericana contra la Tortura no admite interpretación restrictiva ni limites situacionales, sólo una visión de ese tenor es compatible con una valoración global del sistema interamericano de derechos humanos. Mahiques indica que la interdicción de la tortura es de aquellos derechos inderogables, esto es cuya prohibición no es posible suspender, para lo cual señala la imposibilidad de alegar ningún motivo, como puede ser la calidad de la persona (en virtud de la calidad del delito cometido, o su condición de detenido o alienado), del lugar donde sea ejercida (bajo la pretensión del menor nivel de desarrollo) o de las circunstancias excepcionales del estado (autor y obra citada, págs. 207).-

[28] Rafecas, obra citada, pág. 109. Para Creus como la ley no distingue y tampoco funciona aquí la exigencia de que se trate de un funcionario que 'guarde personas privadas de libertad', cualquiera que detente aquella calidad, fuere cual fuere la repartición a que pertenezca (siempre que a ésta le esté asignada competencia para privar de libertad) puede ser autor (Creus Carlos, Derecho Penal Parte Especial, pág. 307). En contra Buompadre, Estrella-Godoy Lemos, quienes postulan un criterio amplio del concepto.-

El *particular* autor contingente: Condiciones de su responsabilidad.-

En segundo término, acorde con los antecedentes vividos durante el gobierno de facto saliente, el legislador del año 84' añadió al primer párrafo del artículo en cuestión, un agregado que pretendió la atribución de responsabilidad penal por hechos de tortura a los *particulares* que los impusieren[29]. La expresión sumada en el segundo párrafo del nuevo primer inciso: "*Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descriptos"*, ha dado lugar a disímiles variantes interpretativas.-

Debe aclararse de antemano que tal mutación no implicó la transformación de la figura en un delito común, en tanto como fuera anticipado, el accionar privado deberá presentar una necesaria *conexión con la actividad funcional*[30].-

Es decir, que para la imputación de los graves actos violentos al particular será menester identificarse una ligazón con la autoridad: sea porque obró bajo su dirección, aquiescencia o consentimiento, o porque de cualquier otro modo le haya *posibilitado o facilitado* las condiciones para el despliegue de la tortura.-

[29] Tal decisión del estado argentino en materia de política criminal, resulta conciliadora con la postura sentada por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Tanto la carta sobre torturas adoptada en el marco de la ONU (art. 1º, alude a la instigación, consentimiento o aquiescencia del funcionario público) como en el ámbito de la OEA (art. 3º, también refiere a maniobras instigadoras), propician un concepto de autor que considera a los particulares, aunque siempre se requerirá la participación -en un sentido genérico del término- de funcionarios estatales.-

[30] Es que la intervención del Estado resulta la esencia del delito, su razón de ser. Menciona Rafecas que los hechos cometidos por particulares desvinculados de toda función estatal no constituyen tortura. El autor se apoya en una lectura considerativa de la semántica del término, de las razones históricas y en la 'ratio legis' del delito –fundada en abusos funcionales-, como así también, atendiendo a la anterior fórmula legal según el texto de la ley nº 14.616 (autor y obra citada, pág. 110). En la misma dirección, la Sala 1ª del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires, en Causa N° 33.747, *"Andrada Gustavo Marcelo s/ recurso de Casación"*, en fecha 13/10/2011, al establecer *"...la tortura es un delito especial que sólo puede ser cometida por un funcionario público o por un particular que actúa bajo su amparo. De tal modo que los actos de los particulares desconectados de la actividad funcional, no constituyen tortura… En otras palabras, no es posible desligar a los extraneus de la actividad desplegada por el agente estatal."; y continúa explicando, "El Código Penal, es tributario en este tema de los textos convencionales y de su génesis histórica por la cual, la tortura no es compatible con un delito común. Su utilización en un contexto institucional recaía sobre personas privadas de la libertad por funcionarios del Estado que, abusando de su calidad y de sus atribuciones, infligía los tormentos sobre las mismas, buscando generalmente alguna declaración autoincriminatoria, delatoria o como simple forma de castigo."*. Buompadre si bien admite la posibilidad de intervención del particular cuando se verifica su vinculación con una relación funcional, lo califica como un supuesto de "delicta comunia" (obra citada, pág. 553). Concordante con fundamento en la Convención contra la Tortura, se pronuncia Jose Luis De la Cuesta, ob. cit: 33..-

En otros términos, la tortura del particular[31] tiene que ser infligida a quien puede ser víctima del delito según lo especificado en el párrafo primero de la norma, en tanto se encuentre privada de su libertad por un funcionario público (sea de conformidad o apartándose de las previsiones legales)[32].-

Sujeto Pasivo.-

Será una *persona privada, legítima o ilegítimamente, de su libertad*[33].-

Pero únicamente cuando la privación del individuo tenga como base una *relación funcional* podrá ser sujeto pasivo del delito, conexidad que podrá apuntalarse por haber procedido la autoridad a su restricción locomotiva dentro (vgr. cuando es aplicada a un interno de una penitenciaría) o fuera del marco permitido por la ley (caso de las detenciones ilegales, encuadrables en los términos de los *arts. 144 bis inc. 1º o algún supuesto del art. 143 mencionados)*[34].-

---

[31] En contra, se ha pronunciado alguna jurisprudencia aislada (TOC nº 3 de Mar del Plata "V.O.V. s/ robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego", del 22/4/2011), pretendiendo extender la interpretación legal hacia un caso en padecimientos propinados en el marco de un delito contra la propiedad, lo que ha sido objeto de severas y fundadas críticas (conf. Laino, Nicolas, ¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de tortura? en La Ley, año 15, nº5, junio de 2008; y Kierszenbaum, Mariano, "La autoría y la participación en un delito especial. A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de 'torturas' en *Autoría, Infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires: Ad hoc), por afectar el principio de legalidad.

[32] La norma responsabiliza al particular cuando "ejecute los hechos descriptos", es decir las torturas, y no cuando su comportamiento corresponda con otro despliegue conductual. En este sentido, explica Creus, tomando como base la estructura redactiva, que la integración del párrafo al mismo inciso y con expresa remisión al párr. 1º, *"…ata la punibilidad del particular a todas las características que el delito asume en dicho párrafo…"* (autor y obra citada, pág. 308).-

[33] Buompadre, obra citada, pág. 551, precisa que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, este o no privada de su libertad, partiendo de la interpretación del texto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas crueles, Inhumanos y Degradantes incorporado a la CN; pero aclara que se trata de una modificación sólo en apariencia pues la mecánica de la tortura impone necesariamente la privación de la libertad de la persona.-

[34] Creus, Donna, Rafecas. Así lo entendió la Sala II de Casación de la Provincia de Buenos Aires *"…En efecto, en el delito de imposición de torturas previsto en el art. 144 tercero inc. 1º del Código Penal, según la ley 23.097, aún cuando la ejecución de la conducta quede a cargo de particulares, el sujeto pasivo debe ser una persona detenida legítima o ilegítimamente por la autoridad, cuya privación de la libertad tenga origen en una relación funcional sin que pueda entenderse que la disposición se refiera también a las personas secuestradas por los mismos particulares pues lo contrario importaría una indebida extensión de la punibilidad establecida en el tipo objetivo, en tanto la segunda parte de ese inciso remite a los hechos descriptos en el párrafo primero… Si el legislador hubiera querido independizar al particular de la conducta típica relacionada con la condición del sujeto pasivo, habría adoptado una metodología distinta mediante la conformación de un tipo independiente…De manera que, no resultando la privación ilegal de la libertad de un acto de la autoridad, sino que tuvo su origen en la comisión de un robo, estimo que por este motivo también debe considerarse erróneamente aplicado el art. 144 tercero inc. 1º del C.P."* (sent. del 10/02/2004, causa nº 10.323). En contra Núñez y Estrella-Godoy Lemos, quienes admiten que la privación libertaria también puede ser practicada por un particular, y respecto de estos puede reputarse la legalidad o ilegalidad de su actuar. En el primer caso sostienen, la legitimidad derivaría de las facultades excepcionales en que los códigos de procedimientos habilitan a la restricción locomotiva.-

Como está estructurado el artículo, y más allá de lo que se dirá, cuando la limitación libertaria fuera ejecutada por el mismo particular, el supuesto de hecho deberá encuadrar en las figuras comunes, básicas o agravadas según sus particularidades *(CP, arts. 141, 142, 142 bis)*, adicionándoles el concurso con los resultados lesivos ocasionados a partir de los tipos penales respectivos.-

Tipo Objetivo.-

Definición y alcance del término *"tortura"*: núcleo del tipo.-

El *núcleo del tipo penal* lo constituye la imposición de cualquier clase de tortura. Entiéndase: aquellos actos que supongan un grave sufrimiento (psíquico o físico) a una persona privada de su libertad, sea legítima o ilegítimamente, ejecutados de manera intencional por agentes estatales o por particulares que obren bajo su amparo, sin que deba atenderse a la motivación que se persiga con ellos.-

De tal modo, esta concepción a nuestro parecer comprende *tres elementos basilares*: **a)** la *intensidad* del padecimiento infligido, **b)** la *intervención funcional* (directa o indirecta) en el hecho que le sirve de sostén, y **c)** la irrelevancia en la indagación de las *finalidades* específicas de los intervinientes.-

Asimismo, creemos que resulta receptivo de la real esencia de la noción, que deviene compatible con las consideraciones actuales en función de la adopción de un criterio amplio en el ámbito internacional de los Derechos Humanos, valorando como criterio diferenciador el grado del sufrimiento infligido a la víctima[35].-

[35] La definición acuñada resulta compatible a los propósitos de los instrumentos internaciones de Derechos Humanos, de su jurisprudencia, y de las propuestas doctrinarias sobre el tema. Iniciando un recorrido tripartito en la evolución del concepto de tortura y apremios ilegales, que incluye las opiniones doctrinarias en cada etapa, luego de la sanción de las leyes nº 14.616, 23.097 y de la reforma constitucional de año 1994, Buompadre sostiene que el art. 144 ter -inc. 3º- actualmente ha sido implícitamente derogado por la incorporación de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanas y Degradantes, con rango constitucional a partir del art. 75.22, CN modificada en el año 1994, primando su concepto por sobre la ley nacional (en igual sentido, Donna, obra citada, pág. 194). El fundamento radica en la interpretación de sus arts. 1° y 2°, perspectiva desde la cual el apremio ilegal surge definido del art. 16-1 en tanto: *"… actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1°…";* siendo la diferencia entre ambas modalidades, no solo la intensidad, sino también la finalidad perseguida por el autor –que no podrá ser de aquellas reservadas exclusivamente para la tortura- (Buompadre, Jorge E, 'Derecho Penal Parte Especial', Edit. Mave, T I, págs. 543 y ssgtes.).-

El legislador argentino ha pretendido ensayar una definición en la nueva redacción del *artículo 144 ter, C.P.*, no obstante son los *instrumentos internacionales de Derechos Humanos*[36] que se abocan al tema de manera especializada[37], los que brindan una orientación complementaria para la delimitación adecuada y definitiva del concepto. Así, vale mencionar en forma particular:

a) La *Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de la ONU*[38], que en su *art. 1º*, prevé: *"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia."*.-

b) La *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA*[39], que en su *artículo 2º*, estipula: *"Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal,*

---

[36] No puede dejar de mencionarse las referencias del Estatuto de la Roma, en el artículo 7. 2.e. en cuanto estipula que: *"…Por 'tortura' se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas…"*, lo que ha permitido caracterizarlo como un crimen internacional (véase al respecto, Natalia Barbero, Análisis dogmático-jurídico de la tortura. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011).

[37] Similar interpretación hace Edgardo Donna (autor y obra citada, pág. 195).-

[38] El instrumento fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución nº 39/46, el 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987 -de conformidad con su artículo 27-. Fue incorporado por nuestro país mediante ley nº 23.338 (del 26/02/87), detentando jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22). Resulta su texto similar al de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Resol. 3452 –XXX- de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1975). También pueden mencionarse como instrumentos del derecho internacional que hacen referencia a la prohibición de la tortura la "Convención para la Prevención y la sanción del delito de Genocidio" de 1948, las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1977, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. En el ámbito del derecho internacional Humanitario, la protección de todas las víctimas de la guerra es recogida mediante los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con más los Protocolos de 1977 adicionales a estos, que fijan normas para el desarrollo de los conflictos armados internacionales e internos declarados, en particular, sobre el trato a las personas que no toman parte o que han dejado de tomar parte en las hostilidades, incluidos los heridos, los capturados y los civiles.-

[39] Fue adoptada el 09/12/85 y entró en vigencia el 28/02/87 -conforme a las previsiones de su art. 22-, cuenta con jerarquía constitucional luego de la última reforma de la Carta Magna. Este concepto fue adoptado por la Corte Interamericana en el caso "Bueno Alves vs. Argentina" (sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 78) para definir la Tortura en los términos del art. 5.2 de la Convención Americana.-

como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”.-

Ambos Instrumentos poseen adicionalmente una definición por exclusión en el sentido de que no serán alcanzados aquellos sufrimientos que sean producto exclusivo de sanciones legítimas, siempre que no lleguen a constituir torturas.-

El primero reza: *“No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”*. El segundo prescribe: *“No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”*[40].-

Esta determinación resulta enormemente compleja, dada la ambigüedad de la violencia legítima que señalábamos previamente de la mano de Eligio Resta, pero en ningún caso puede entenderse como un salvoconducto para vaciar de contenido de la tipicidad de las figuras del capítulo; debiendo propiciarse en todo caso una interpretación restrictiva de las cláusulas aludidas.

Debe remarcarse como fuera adelantado, que la modificación llevada a cabo mediante la *ley nº 23.097*, exteriorizada con la incorporación del nuevo *inciso tercero del art. 144 ter, C.P.*, ha pretendido alcanzar una definición sobre el tópico al establecer: “*Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.”*.-

[40] Debe destacarse que si bien los conceptos internacionales transcriptos presentan una enumeración de los móviles que pueden influir al autor de la tortura a ejecutarla, este listado no es taxativo. En este sentido, presentan al cierre de su derrotero las expresiones *“…o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación…”* y *“…con cualquier otro fin...”*, respectivamente para cada instrumento. A ello se adiciona lo dispuesto en el art. 2º de la Convención adoptada en el seno de la ONU, en tanto reza que *“El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”*. Repárese además que el segundo texto, a diferencia del primero, no califica a los dolores por su intensidad o gravedad, lo que es compatible con el párrafo final del primer artículo al redactar *“…Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”*. Una pormenorizada descripción dogmática y jurisprudencial del alcance de los conceptos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en el ámbito del art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos, en ‘La Noción jurídica de la Tortura’ de Mahiques Carlos.-

Conviene coincidirse en que la noción doméstica aparece meritoria en tanto, de conformidad a la tesitura amplia sentada en el ámbito internacional, se abstiene de mencionar la exigencia de finalidades que guíen al autor.-

Ello no ensombrece las justificadas críticas, tanto por adolecer de una deficiente técnica redactiva, como por continuar manteniendo la expresión "*tormentos*", vocablo que históricamente es asociado a una acepción, en la actualidad superada, comprensiva de aquellos comportamientos intencionales de imposición con fines de prueba.-

La *gravedad del sufrimiento* aplicado y su *valoración judicial*.-

Debe ponerse de resalto que, ni las cartas internacionales ni nuestra ley penal interna otorgan *parámetros diferenciadores* de los otros malos tratos, esto es en lo que respecta a su afectación mínima al bien jurídico para poder ingresar al terreno de la tortura, lo que se patentiza en las dificultades a la hora de encajar un sustrato fáctico determinado en el tipo penal correspondiente[41].-

Sin perjuicio de la defectuosa escritura que caracteriza la definición intentada en la parte final del primer párrafo de artículo en cuestión, lo cierto es que la figura demanda que los sufrimientos impuestos (sean físicos o psíquicos) revistan una *cierta intensidad*. Éste es el baremo delimitativo que lo diferenciará de las otras figuras penales estudiadas[42].-

La aguda *gravedad* que debe revestir el sufrimiento aplicado ha sido introducida como un elemento constitutivo de la tipicidad en su aspecto objetivo, que deberá ser confirmado para la

[41] En este sentido, señala Rafecas que ni la Comisión ni la Corte Interamericana han avanzado a definir el nuevo umbral mínimo de la tortura, remarcando que solo se han expedido en casos en los que ninguna duda queda que la constituyen por brutales y aberrantes (obra citada, pág. 90, nota nº 12).-

[42] En igual sentido, lo sostiene gran parte de los autores nacionales, Rafecas, Creus, Soler, Estrella-Godoy Lemos, Núñez, Marín, Buompadre (con matices). Sobre el punto Rafecas, afirma que la frase debe ser entendida en el sentido que abarca tanto graves sufrimientos, físicos como psíquicos; y remarca sobre la dirección interpretativa de la frase legal: *"No se trata de un cartabón distinto entre el sufrimiento físico y el psíquico, sino una aclaración de que estos últimos también deben ser necesariamente graves para poder considerarse tortura…"* (obra citada, pág. 120). Tal el criterio seguido por la Sala II, Tribunal de Casación Provincia de Buenos Aires, causa nº 46.813, "D.S., V.R. y otro, s/ Recurso de casación", 16/08/2012. También en el fallo 94.455 de la S.C.B.A. en autos "L, C.A s/ imposición de torturas" del 1º de octubre de 2008. Así el Tribunal provincial al expedirse en el caso en el cual se condenó a agentes del servicio penitenciario Bonaerense por aplicar golpes a detenidos en la UP XV de Batán, se refirió al criterio distintivo de la Tortura de otros tratos degradantes, utilizado por la Casación (considerando el parámetro que toma en cuenta la agudización o intensidad del sufrimiento), indicando que no se vislumbra violación a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes por el sólo hecho de que esa decisión deba emanar del arbitrio judicial, adicionando que el citado artículo 144 ter pueda verse por ello como un tipo penal abierto en el que la materia de prohibición no esté expresada con suficiente precisión (ref. al contenido y alcance del concepto de tortura) (del voto del Dr. Negri). Asimismo, añadió que tampoco tales garantías resultan violadas en tanto la propia ley penal con frecuencia emplea términos de cierta vaguedad, así alude a "negligencia" en el art. 84, "abuso" en el art. 119 (del voto del Dr. Hitters).-

debida imputación penal de la conducta[43]. Entiéndase que muchas veces hablaremos de una *acreditación* en términos probabilísticos, o de idoneidad de los medios empleados para el caso concreto (considerando vgr. condiciones de lugar y tiempo, sujetos pasivo y activo), en tanto se trata de un concepto de neto corte subjetivo, relativo, extremadamente difícil de calcular, y que no necesariamente está vinculado a la determinación e identificación del medio empleado[44].-

La *medida del ultraje* deberá ser graduada caso a caso por el juzgador, conclusión a la que se podrá arribar partiendo de una consideración igualitaria de las personas, complementada por una especial valoración de sus rasgos individuales[45]. Si resulta dificultoso adoptar una definición del acto en sí, más compleja emerge la tarea de subsunción judicial en concreto de un suceso determinado, el que siempre deberá ser analizado prudencial y objetivamente -

[43] No resultan óbice las afirmaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 35/96, Caso 10.832 "Luis Lizardo Cabrera" (República Dominicana, 7 de abril de 1998), en tanto ha sostenido que la Convención *"no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima"*, y a la par establece distintos criterios para calificarla (vale decir: a) debe tratarse de un acto intencional o de un método; b) debe infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales; c) debe tener un propósito; d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero), ello en tanto en última instancia reconoce que *"La Comisión considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima…"* (párrafos 82 y 83).-

[44] Donna menciona un fallo del ST de Entre Ríos en el cual sentó como doctrina que basta verificar que se han aplicado sobre las victima actos crueles e inhumanos objetivamente idóneos para probarle sufrimientos graves (autor y obra citada, pág. 193). También vale adicionar lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (en fecha 09/12/2008, autos caratulados "G., R.R. s/ Rec. de Casación"), al mencionar *"...por mas que no se haya podido acreditar con certeza en la sentencia la existencia de un proceso asfíctico ni el pasaje de corriente eléctrica, de todos modos no quedan dudas de que la víctima, con independencia del método empleado por los agresores, padeció un sufrimiento de similar entidad, puesto en evidencia por la persistencia, el carácter y la gravedad de las lesiones, principalmente aquellas constatadas en los testículos…"*.-

[45] Las sesiones de aplicación de corriente eléctrica, el llamado 'submarino' en sus distintas versiones (seco o húmedo), los golpes de puño, o con palos, cadenas, alambres o látigos, son de las formas normalmente admitidas en la jurisprudencia nacional. Explica Rafecas, que cuando el sufrimiento irrogado aparezca como un *hecho aberrante a los ojos de la comunidad internacional* no se lo podrá encuadrar sino en los lineamientos de la noción de tormentos, debiendo cotejarse a la luz de los principios constitucionales y de la interpretación efectuada por la comunidad internacional (autor y obra citada, pág. 151). La CIDH ha aludido a estas circunstancias específicas valorativas de cada caso como constitutivos de lo que llama *"factores endógenos y exógenos"*, que deberán demostrarse. Los primeros se referirían a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos, remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos: la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal (Casos "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), párr. 74, y "Loayza Tamayo", sentencia de 17 de septiembre de 1997, entre otros). Según la Corte Europea, el nivel mínimo aflictivo *"depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima" (Cfr. TEDH, "Irlanda c. El Reino Unido"*, cit., párrafo 162, citado por Bueno Gonzalo, en "El concepto de Tortura, y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", publicado en Revista Virtual Pensamiento Penal, Edición nº 46).-

La permanente *actualización de los estándares* internacionales que demarcan el delito al ritmo de su mutación social resulta clave en esta empresa[46], y los instrumentos empleados en el acto como también su extensión cualitativa y cuantitativa, serán un dato revelador para la subsunción. En la labor no puede olvidarse de la escala intensiva ascendente que se pusiera de manifiesto al tratar las anteriores formas penales vinculadas a los malos tratos.-

A todo evento, la cuestión no deviene en un tema que pueda minimizarse atendiendo a la notoria diferencia en la penalidad con que en abstracto se conminan los tipos penales involucrados[47].-

Presupuesto del tipo: *estado de detención* de la víctima.-

Como fue anticipado, la exigencia de este estatus de cautiverio (legal o ilegal), con origen en una fuente funcional, se erige en recaudo para colmar la tipicidad objetiva, debiendo remitirse a otras figuras penales comunes en el caso de no ser completado este extremo[48].-

Es la *relación estado-individuo*[49] el elemento que caracteriza -y ha caracterizado en su acepción moderna- la tortura, lo que se desprende del reclamo expreso del legislador, tanto cuando el acto violento sea ejecutado por un funcionario, como si el despliegue es ejercitado por un particular.-

La propia letra de la ley se encarga de establecer el vínculo entre víctima y victimario (estatal). Bastará con que se detente un *poder de hecho* sobre el torturado, que se verifique una relación de disposición aunque más no sea sólo fáctica y por un período necesario para imponer los sufrimientos.-

Modalidades y *tipología* de la Tortura.-

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cantoral Benavides c. Perú" (serie C, Nº 69, 2000, párr. 99); y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en caso "Selmouni vs. France" (dem. Nº 25803/94, 1999, párr. 101). En este sentido, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez (ONU, Consejo de Derechos Humanos 22º período de sesiones), pone el énfasis en las prácticas abusivas en entornos de atención de la salud concluyendo que responden adecuadamente a la definición de tortura, y coincide con los principales elementos que integran dicha definición. Señala Mahiques en referencia al art. 3º CEDH, que el nivel de gravedad de cada calificación no es inmutable, y varía según las circunstancias y el contexto, por ello su escala de conflictividad es considera móvil. Remarca que aquella asignación jurídica pueda variar en el tiempo y aún en un mismo asunto, ejemplificando con lo ocurrido en el ámbito europeo en los casos "Irlanda vs. Reino Unido" y "Herczegfalvy contra Austria" (autor y obra citada, págs. 226/227).-

[47] Repárese en que la figura del art. 144 ter, CP, conmina con la misma sanción punitiva que para el ilícito previsto en el art. 79 del CP. A decir de Soler *"...la severidad de las nuevas escalas responde a una política criminal acorde con el espíritu que inspiró a las autoridades constitucionales electas en 1983..."*.-

[48] Donna, Rafecas, Creus.-

[49] Buompadre, obra citada, pág. 554.-

Delineados los semblantes básicos de la definición medular de la figura, debe advertirse que las *modalidades* que logran adquirir los actos son múltiples y variadas, las que, claro está, pueden darse de manera combinada.-

Se indicó que pueden ser cometidos tanto mediante *acciones u omisiones –comisión por omisión-* e involucrar el empleo de distintos utensilios, instrumentos o sustancias (toxicas o químicas)[50].-

Asimismo, como se dijo, puede manifestarse en términos de afectación *física*[51] *o psíquica*[52] de la persona, aunque cabe desde ya inquirirse si es posible ubicar algún caso concreto de tortura en el

[50] Tal el caso de las exposiciones químicas a la sal, pimienta picante, o gasolina en heridas o cavidades orgánicas, o la tortura farmacológica con dosis tóxicas de sedantes, neurolépticos, paralizantes.-

[51] Las golpizas, quemaduras, abusos sexuales, colgamientos, aplastamientos, sujeciones, cortes, descargas eléctricas, sumersiones, asfixias, son de forma genérica y amén de las variantes que pueden experimentar, las más comunes aflicciones. El Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos, en su informe final del 2012, identificó además los siguientes tipos de agresiones físicas, que nos interesan añadir por ser modalidades específicas y obtenidas del levantamiento de datos en establecimiento penitenciarios nacionales: *Ducha/manguera de agua fría*: es la práctica de meter a las personas sometidas bajo la ducha de agua fría o bien mojarlos con una manguera, se trata de un tipo de tortura que generalmente acompaña a los golpes y golpizas, y es utilizado para borrar las marcas de los golpes en los cuerpos de las víctimas; pero también es empleado como un modo de ocasionar sufrimiento por el frío o la presión del agua. *Plaf-plaf:* se trata de golpes simultáneos con las dos manos en ambos oídos. Pata-pata: son golpes en la planta del pie generalmente con palos. *Puente chino:* se obliga a pasar a la víctima entre dos hileras de penitenciarios que propinan golpes simultáneamente. *Pila/pirámide:* se obliga a varias personas a apilarse unas arriba de otras, generalmente estando desnudas, hasta que quienes están abajo sufren ahogos por el aplastamiento. También puso de resalto que entre los tipos de tortura y/o malos tratos ocupan el primer lugar las agresiones físicas, destacando como los tres primeros contextos más frecuentes, los siguientes en este orden: a) durante riñas o motines b) denuncia o reclamo, y c) requisa de pabellón. Se señala que la causa principal es sumamente significativa en tanto constituye una circunstancia típica sobre la cual el discurso penitenciario intenta justificar el uso de la fuerza frente a la “alteración del orden”, indicando que la casuística demuestra que resultan acciones violentas de un carácter reactivo pero extemporáneo y desmedido. Resulta atrayente la conclusión sobre el punto, al decir: *“En conjunto, la lectura de las tres categorías principales nos demuestra un cambio en la modalidad del despliegue de la violencia penitenciaria que implica cambios correlativos en los modos de gobierno penitenciario de las poblaciones presas. Así se va pasando de un modelo de presión violenta institucionalizada rutinaria a un modelo de violencia reactiva, un cambio que es correlativo de un sometimiento activo y violento a otro de “dejar hacer” (promoviendo la violencia entre las personas detenidas) y desplegar la violencia penitenciaria como represalia y escarmiento. Como indicaciones de esta transformación puede constatarse un aumento en las muertes violentas y las variaciones en las modalidades de aplicación de regímenes de aislamiento”* (informe citado, pág. 43).-

[52] Las falsas ejecuciones a las que se somete a la víctima, obligarlo a presenciar actos de tortura de otras personas, las traiciones forzadas, la agudización de la sensación de desvalimiento, la exposición a situaciones ambiguas o mensajes contradictorios, forzamiento a violación de tabúes o a la realización de prácticas contra la propia religión, la desorientación sensorial, o a dañar a otras personas mediante tortura o cualquier otro maltrato, son fieles exponentes de esta clase. La “tortura mental” es la que se deriva del permanente temor de padecer graves sufrimientos ante una inminente amenaza, ello de acuerdo a las circunstancias de la privación en las que se lo mantiene a la persona. Sobre el punto ha mencionado la CIDH: *“...crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano.”* (caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”), y en idéntica dirección, *“...Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica”.* (Caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, sent. del 27 de noviembre de 2003, Serie C Nº 103, párr. 92).-

que aún luciendo un perjuicio eminentemente corporal no conlleve obligadamente una connotación nociva en el psiquismo de la víctima[53].-

Piénsese, en el marco del derrotero propuesto sobre el variado universo aflictivo multidimensional de la tortura, que sus efectos generadores podrán extenderse de forma directa sobre el destinatario, pero también mediante su aplicación a un tercero con un vínculo parental a éste o incluso meramente ocasional[54].-

Para que un acto pueda calificar en el concepto, no necesariamente debe extenderse en el tiempo ni requiere de una multiplicidad de conductas concatenadas en la sesión. Sino que, válidamente podrá consistir en un accionar fugaz que aisladamente lo configure –choques eléctricos ("picana eléctrica") o la llamada "tortura dental"-.-

No obstante, lógicamente podrá configurarse sobre la base de su *prolongación y/o reiteración sistemática*, aún cuando los actos individualmente considerados o en breves periodos no tengan entidad suficiente[55].-

[53] En este sentido, el "Protocolo de Estambul" ('Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes') alude a la existencia de una mera "diferenciación artificial" al pretender distinguir entre efectos que se provocan sobre uno u otro aspecto (Cap. IV, punto G).-

[54] En este caso, la tortura se despliega sobre un doble sujeto pasivo. Es la llamada "tortura oblicua", definida por Rafecas, siguiendo a Maier, como aquella en la que el autor impone efectivamente graves sufrimiento físicos a una persona detenida, con el fin de producir en otra también necesariamente privada de su libertad, una mortificación psíquica insoportable, con el objeto de forzarla a hacer algo a lo que se resiste, o por cualquier otro móvil (autor y obra citada, pág. 123). Revelador en este sentido, resulta uno de los testimonios vertidos en la Causa nº 13/84 que juzgó a las juntas militares: *"…Así, da cuenta Iris Etelvina Pereira de Avellaneda que oía los apremios a que estaba siendo sometido su hijo Floreal, de catorce años de edad, en otro ámbito de la misma dependencia policial en que se encontraban. Cuenta que oyó el ruego que el menor le hacía para que la madre pusiera fin al castigo contando lo que sabía de la fuga del padre, dato éste que, en definitiva, era lo único que interesaba a los aprehensores. Los tormentos oídos por la madre fueron luego comprobados con el hallazgo del cadáver de su hijo en las costas uruguayas del Río de la Plata…A algunas víctimas se las torturó junto a otras…"*.-

[55] Así las diversas formas de "torturas de posición", consistentes todas ellas en atar o sujetar a la víctima en posiciones antinaturales (retorcidas o hiperextendidas, vgr. el llamado "chanchito", sujeción de pies y manos a la espalda), las "torturas de suspensión", en sus múltiples variantes, o el aislamiento. No puede dejar de mencionarse la denominada "tortura ubicua", que es la que se deriva del efecto acumulativo de las condiciones inhumanas de cautiverio generalizadas y sistemáticas (como lo son el tabicamiento, supresión de la identidad, engrillamiento, supresión de toda forma de comunicación humana, aislamiento en espacios reducidos, padecimientos de connotación sexual, etc.) impuestas deliberadamente al detenido, y que conducen a la despersonalización del sujeto pasivo (Rafecas, obra citada, págs. 128 y ssgtes.). El caso testigo nacional por excelencia sin dudas lo constituirá la permanencia en Centros Clandestinos de Detención (CCD) en el contexto de la última dictadura cívico-militar, lo que de por sí, atento las condiciones de cautiverio que se predisponían, constituían tormentos en los términos de la ley vigente por entonces. Este criterio, que ha sido seguido por la mayoría de los tribunales de enjuiciamiento, permitió mejores posibilidades probatorias principalmente a nivel de la responsabilidad penal de los autores. En este sentido, se expidió el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de La Plata, en causa Nº 5.812.677 "Von Wernich", del 2 de noviembre de 2007: *"…Es así que las condiciones en que se produjo la estadía de las víctimas de autos en los centros clandestinos contienen claramente todos los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito previsto en el artículo 144 tercero del Código Penal…"*. En el mismo sentido, la cámara federal que juzgó a las juntas militares (causa nº 13/84), al sentenciar: *"...durante el secuestro, se imponía a los cautivos condiciones inhumanas de vida, que comprendían a muchos el déficit casi total de alimentación, el alojamiento en lugares insalubres, en los que no podían sustraerse de percibir los lamentos o ruidos*

Sólo resta advertir que la inexistencia de *lesiones o marcas visibles* en la víctima no se elevará como condición indispensable para la ordenación a las características del delito, de hecho en las torturas que se materializan por secuelas de índole moral no será factible hallar rasgos en el cuerpo aparentes.-

Ámbito espacial y *Momento* de la tortura.-

No existen limitaciones en cuanto al *ámbito espacial* en que pueden tener lugar las torturas. La única precaución estará determinada en la circunstancia de que la persona se encuentre detenida, en el sentido que fuera tratado previamente, al momento de padecerlas.-

Siendo así, las conductas típicas se podrán cometer en el mismo lugar donde la persona sea mantenida privada de la libertad durante el período del sometimiento, legal o ilegal, contexto en el cual no puede omitirse el permanente riesgo de violencia física que caracteriza la rutinaria vida intramuros en nuestro país tanto con victimarios de la propia población carcelaria[56] como por parte de personal penitenciario o policial[57].-

Ello no implica necesariamente la perpetración en el interior de una construcción edilicia, sea pública o privada. Siquiera sería ilógico descartar la eventualidad que tenga realización a la

---

que se producían al torturarse a otros cautivos y el permanente anuncio, a través de hechos y de palabras de que se encontraban absolutamente desprotegidos y exclusivamente a merced de sus secuestradores…se desprende el total estado de indefensión en que se hallaban pues, principalmente de hecho aunque también de palabra, se le hacía conocer que se encontraban absolutamente desprotegidos y sometidos a la exclusiva voluntad de los secuestradores. Ya desde el momento mismo de la aprehensión quedaba claro que nadie iba a acudir en su ayuda. Pero a ello se agregaba el encapuchamiento inmediato; el traslado en el baúl o en el piso de un auto, o en un camión, maniatados; la llegada a un lugar desconocido donde casi siempre recibían de inmediato los golpes o la tortura; el alojamiento en "cuchas", boxes, "tubos", sobre un jergón o directamente en el suelo; el descubrimiento de que había otras personas en igual situación que llevaban largo tiempo así; la incógnita sobre cuál sería el desenlace y cuánto duraría; las amenazas de toda índole; la escasa y mala comida; la precariedad cuando no la ausencia de medios para satisfacer las necesidades fisiológicas; la falta de higiene y de atención médica; los quejidos; el desprecio y mal trato de los guardias; y todas las demás vivencias que fueron relatadas con detalle en el curso de la audiencia. También a ello se sumaba, a veces, la angustia de quien había sido secuestrado con algún familiar y que sufría ambos padecimientos simultáneamente. Todo ello debía seguramente crear en la víctima una sensación de pánico cuya magnitud no es fácil comprender ni imaginar, pero que, en sí, constituye también un horroroso tormento…" (capitulo XIII).-

[56] El Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea (Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a), del programa provisional, A/68/150), párrafo 48, recuerda que la violencia entre reclusos puede equivaler a tortura u otros malos tratos si el Estado no actúa con la debida diligencia para prevenirla.-

[57] El informe anual 2012 del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos ya mencionado refleja desde un completo análisis estadístico, valorando como parámetros de cotejo no solo una óptica cuantitativa de hechos acaecidos, sino considerativa de las lesiones causadas, y cantidad de personas intervinientes como agresores, tanto en el ámbito bonaerense como federal (ver en detalladamente en http://gespydhiigg.sociales.uba.ar/rnct/informes-anuales/).-

intemperie (como ser, en descampados o caminos alejados del ejido urbano)[58], o incluso a bordo de cualquier medio y tipo de transporte.-

En cuanto a la *oportunidad* en que se podrán suministrar, parece ocioso indicar que bien serán admitidas desde el mismo origen del impedimento libertario, también durante traslados iniciales o ulteriores de la persona.-

Tipo Subjetivo.-

La aplicación de los actos que funden la tortura deberá ser *intencional*. Habrá que analizar caso a caso, pero en principio resulta bastante con la verificación de, por lo menos, un *dolo eventual* en el agente; aunque algunos autores postulan sólo la admisión de *dolo directo*[59].-

En este carril, para descartar si en definitiva existió la posibilidad de que el autor no haya podido actuar sin representarse necesariamente el resultado lesivo causado y que no obstante haya decidido continuar adelante con la ejecución, el análisis de las circunstancias de comisión será primordial[60].-

Ya se indicó al abordar el concepto de torturas, que el mismo se encuentra alejado a otras *exigencias subjetivas distintas del dolo*, y que las finalidades o motivaciones que persiguió el agente resultan irrelevantes a los fines de la verificación de este aspecto del tipo.-

Consumación y Tentativa.-

---

[58] Así, la plataforma fáctica que le tocó juzgar al Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca, Expediente nro. 885/10, del 13 de abril 2011, encontrando responsables del delito de Torturas a dos agentes policiales que en horas de la madrugada en un camino vecinal, cuando cazadores furtivos se encontraban realizando esa actividad (sin autorización, e ingresando clandestinamente a los campos aledaños para recoger sus presas), cuando patrullaban la zona rural, procedieron a su detención de manera violenta y degradante. Estimó el Tribunal *"...los mecanismos empleados por los imputados como técnica de tortura resultaron los idóneos para conseguir el máximo sufrimiento de las víctimas, tal como lo refirieran M. R. y L. S. quienes resultaron contestes al sostener que en un momento pensaron "que los mataban", lo cual fue coincidente con lo vertido por J. V. R., quien al escuchar los disparos y ver los bultos en el suelo pensó que los habían matado…"* (ver en www.iestudiospenales.com.ar).-

[59] Para Donna y Buompadre sólo es posible admitir el dolo directo en el agente, parten de considerar en este segmento las finalidades mencionadas por la Convención contra la Tortura de la ONU (art. 1º) y la expresión "intencionalmente" en su texto. El primer autor afirma la existencia de cuatro "formas de acción" dentro del tipo objetivo de la figura, las que coinciden con las finalidades esbozadas por el artículo citado, lo que explica la necesidad de exigir aquel dolo en el plano subjetivo.-

[60] En ciertos supuestos, por el tipo de mecanismo, instrumento, o modalidades seleccionadas para la aplicación de la sesión no cabrán dudas sobre la existencia de un dolo directo de parte del agente. En otros el agente no podrá negar que el resultado no fue admitido con su proceder –dolo eventual- (vgr. cuando por la reiteración o duración genere un grave sufrimiento al sujeto pasivo, recordando en este caso las graduaciones ascendentes de la intensidad de cada modalidad que fueran señaladas).-

El delito presenta las siguientes características: es de *resultado*, de *consumación instantánea*, y de *carácter permanente*. Ello determina que se consume en el mismo momento en que se provoquen los graves sufrimientos en la víctima, y que se extienda en ese estado hasta tanto se agoten esos efectos.-

Desde este punto de vista, es que el delito en cuestión admite su *tentativa*[61], más allá de la obligación estatal derivada del artículo 4 de la Convención.

Barbero (ob. cit.: 267), invoca como ejemplos aquellos en que el autor monta un sistema de tortura y el hecho se ve frustrado por razones ajenas a su voluntad, o aquel en el cual comienza a realizar actos de ejecución y pese al propósito de torturar que lo animaba no llegó a producir dolores físicos o psíquicos de la intensidad que requiere el tipo, por circunstancias ajenas a su voluntad.-

Autoría y Participación.-

Conforme a lo que ha sido expuesto hasta aquí, el agente que priva de la libertad a la víctima de la tortura puede o no coincidir con aquel que la aplica. En el caso en que se junte en la misma persona el individuo ejecutor de ambos actos, el reproche deberá ajustarse mediante las normas del concurso real *(art. 55 CP)*.-

También pueden ser impuestos, y generalmente así lo será, por una *pluralidad de personas* que se predispongan mediante un reparto previo de las funciones esenciales destinadas en la sumatoria a ese fin criminal. Su intervención en esa diagramación previa con aquel designio será coautoría aunque no se logre acreditar la actividad concreta que cada uno realizó[62]. A su vez ese grupo, podrá estar compuesto por funcionarios y particulares, que como vimos, con las condiciones expuestas, también pueden ser autores[63].-

En este marco, la responsabilidad penal no necesariamente deberá implicar la ejecución de propia mano de la conducta típica, ej. la aplicación de los golpes o el pasaje de corriente eléctrica, sino que podrá ser reprochable también la actitud consistente en realizar otras conductas imprescindibles (activas u omisivas) para el designio delictivo colectivo pre-ordenado, tanto cuando

[61] Donna, Buompadre, Núñez.-

[62] Tal lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación, en fecha 09/12/2008, autos caratulados "G., R.R. s/ Rec. de Casación", que, partiendo de la presencia de la víctima por espacio de más de dos horas junto a cuatro policías en una oficina de servicio de calle, momento hasta el cual no presentaba lesiones, sostuvo que resulta coautor de este delito cuando a pesar de que *"...No se ha podido determinar con exactitud cuál fue la concretamente la actividad desempeñada por cada uno de los funcionarios en el interior de la oficina de servicio de calle, se sabe que todos actuaron movidos por un plan común de torturar a la víctima y que cada uno de ellos cumplió una función específica conforme ese plan..."* (votos de los Dres. Celesia y Mahiques).-

[63] Se recomienda profundizar la cuestión con el análisis del trabajo de Kierszembaum, ya citado.

la calidad del aporte sea propio del ámbito en el que tiene lugar la tortura, como cuando sea ajenos a esfera corporativa[64]. Incluso la cooperación podría consistir en la mera omisión de su deber funcional[65].-

En esta senda de análisis, debe indicarse que la infracción penal podrá ser cometida mediante *comisión por omisión*, siendo encuadrable aún el funcionario que exteriorice *pasividad* frente al conocimiento de un acto típico practicado por otro, cuando se encuentre en ejercicio de su cargo, siempre que por sus facultades inherentes al mismo asuma funciones de custodia y protección de la integridad física de detenidos o presos. Este supuesto estará supeditado a su grado jerárquico, en correlato con la posición -en mayor o menor medida- de garantía para con la intangibilidad del bien

[64] El caso del médico que está presente en la escena del crimen controlando los signos vitales del torturado y los efectos de los tormentos para evitar su muerte, o el que lo reanima para que estos continúen, o el del capellán que luego de su aplicación aparece para 'aconsejarlo' que brinde datos para evitarla nuevamente. Esta última referencia, conforme lo resuelto por el Tribunal Oral Federal nº 1, de La Plata, in re "Christian Federico Von Wernich" (causa Nº 5.812.677, sent. del 2 de noviembre de 2007), al sostener *"...No tiene en ese sentido ninguna importancia lo dicho por la defensa en cuanto a que Von Wernich llegaba "después" de la tortura. Era precisamente esa la tarea asignada en el grupo que integraba. En efecto, es tan torturador el que enchufa el cable en la pared como el que enciende la radio para que no se escuchen los gritos, el que pasa la picana por los genitales de la víctima, o el que llega después a "aconsejarle" que hable para no ser torturado nuevamente [...] cuando el que llega después a dar esos consejos, es además un sacerdote que se maneja con autoridad ante los carceleros entrando y saliendo a su antojo de las celdas, no es un torturador cualquiera, es uno calificado…"*.-

[65] El aporte esencial ejecutivo pre-acordado del agente al cumplimiento del propósito puede consistir en la sola omisión del deber jurídico correspondiente (coautoría funcional por omisión de sus deberes), como sería el caso del guardia que evita dar cuenta a su superior de la tortura ejecutada por otro, practicada dentro del sector bajo su custodia, en pos del plan previsto de antemano. Esta hipótesis no debe ser confundida con el tipo penal del art. 144 quater inc. 1º ("omisión de evitar la tortura"), ni con la figura culposa del 144 quinque del CP. La interpretación además encuentra apoyo en el *art. 3º in fine de la Convención Interamericana contra la Tortura* al prever que los funcionarios no sólo serán responsables del delito de tortura cuando actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, y cuando lo cometan directamente, sino también cuando pudiendo impedirlo no lo hagan.-

jurídico[66] [67]. De ello, se deduce que no será aplicable tal criterio imputativo para el caso del particular, quien al carecer de tal rol sólo le serán atribuibles otras figuras comunes.-

En tanto que la norma penal en estudio, bajo las condiciones indicadas, admite que la tortura sea aplicada por *particulares*, obliga a indagar la casuística que comprende esa referencia. En primer lugar, resulta de toda lógica que se incluye la responsabilidad de los ciudadanos civiles desvinculados de la administración pública que intervengan en el suceso (vgr. allegados al círculo de los captores, e incluso otros detenidos actuando a instigación y al amparo de aquellos que detentan poder de hecho sobre estos) *–particulares en sentido estricto-*. En segundo lugar, se añade la posibilidad de abarcar hipótesis en las que participen ex funcionarios reintegrados de facto a la función y agentes estatales no nacionales[68].-

El abanico de intervenciones criminalmente responsables que pueden darse en una *estructura verticalista* conformada por agentes públicos en un estado democrático de derecho, cualquiera que sea el ámbito en el que actúen siempre que se verifiquen las condiciones típicas autorales señaladas, es de una colorida gama que involucra la instigación, la inducción y por supuesto la autoría mediata[69].-

---

[66] En este sentido, Rafecas establece para el delito de torturas una graduación acorde a la jerarquía del agente, concluyendo que para el caso del personal enclavado en un estrato superior o igual a la de aquel que aplica los actos prima facie ilícitos, no se presentan dudas acerca de su responsabilidad penal, ello pues siempre le será posible dar una contraorden, o bien para el segundo grupo, influir en la cesación del delito o reunir personal subalterno e interrumpirla por sus medios propios. Mientras que para el supuesto en que el agente revista un cargo inferior, la responsabilidad dependerá del contexto particular, pues se deberá evaluar y determinar la posibilidad de actuar en aquel sentido conclusivo (obra citada, pág. 158 y ssgtes.). Idéntica graduación, con citas al referenciado doctrinario, formuló la Sala II, del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en causa nº 46.813, "D.S., V.R. y otro, s/ Recurso de casación", del 16/08/2012, para descartar la queja defensista apuntalada en la pretensión de legitimar por vía del cumplimiento de un deber como subordinado respecto de agentes superiores, proceso en que se debatía la intervención atribuida a un funcionario policial –finalmente condenado- por la presunta comisión del delito de privación ilegitima de la libertad calificada, en concurso ideal con torturas seguida de muerte.-

[67] La Cámara Nacional en lo Crim. y Correcc. Federal de la Capital, resolvió in re "Etchecolatz, Miguel O." que *"…es responsable del delito de tormentos, cometido en forma reiterada (arts. 55 y 144 ter., C.P.), quien detentando un cargo de responsabilidad en la Policía de la Prov. de Buenos Aires, intervino en acciones en la lucha antisubversiva, donde los detenidos permanecían privados de su libertad sin causa legal o control jurisdiccional y, además, eran sometidos a vejámenes o tormentos en locales policiales dependientes de una Dirección General cuya jefatura ejercían, siendo los autores materiales de los tormentos y custodios de los lugares de detención, personal bajo su mando. No lo exime en el caso al enjuiciado, la circunstancia de que él fue el transmisor de las órdenes que dice haber recibido, en todos los casos, del Jefe de Policía, puesto que las frecuentes visitas que admite haber efectuado a esos lugares, demuestran un cabal conocimiento acerca de lo que allí ocurría, tomando en cuenta la jerarquía que detentaba…"* (Diario de J.A., núm. 5479 del 3/9/86, p. 18, citada por Soler, pág. 58).-

[68] Rafecas, obra citada, págs. 111/112, posando la atención en la actuación de civiles en el contexto de la última dictadura militar en nuestro país.-

[69] Recuérdese que el art. 3º de la Convención Interamericana contra la Tortura responsabiliza a los empleados o funcionarios públicos que, actuando en ese carácter, ordenen, instiguen, e induzcan a su comisión. Por otro lado, merece

Autoría mediata por el empleo de un *aparato de poder organizado*.-

En resumidas cuentas, tal fue la denominación de la tesis suscripta por *Claus Roxin*[70], fundamentada en el dominio del hecho de parte del *"autor de escritorio"*, quien se sirve de la garantía de acaecimiento del resultado delictivo a partir del aparato de poder que conforma, lo que le permite confiar en que el mismo será alcanzado aún cuando algún componente subordinado se negase a ejecutar las maniobras encomendadas.-

Esta teoría, que se presenta como una tercera vertiente de la modalidad autoral que le da su denominación, nace desde un escenario de aplicabilidad que se destaca por sus excepcionales circunstancias fácticas, en tanto asienta el castigo penal en que: *a)* se trate de un integrante jerárquico de una estructura de poder, *b)* ésta organización se presente como instaurada en ajenidad a las pautas constitucionales, y *c)* fungibilidad de parte de quien ejecuta el suceso –subordinado-. En estas condiciones, sólo respecto de aquel integrante se podrá postular la detentación de la *decisión final* del suceso criminoso reprochado[71].-

A pesar de valorar esencialmente el éxito que le asegura al agente (autor mediato) el aprovechamiento del enclave posicional que caracteriza a quienes se encuentran en la base piramidal (ejecutores de propia mano del delito), no se postula que éstos logren eximirse de responsabilidad penal por el acto desplegado.-

Imposibilidad de alegar ficciones jurídicas *excluyentes de la responsabilidad*.-

Culminando el punto debe indicarse que se descarta de plano la opción de que el agente acusado de imponer los sufrimientos pueda ampararse para eximirse del reproche penal respectivo en

mencionarse el caso resuelto por la CSJN, en "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto nº 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional" (del 30/12/1986, fallos 309:05), el cual se consideró a los jefes de los altos mandos de la dictadura militar iniciada en el 76' como partícipes necesarios y no como autores mediatos de los delitos cometidos por inferiores.-

[70] Roxin Claus, en 'Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal', Séptima Edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.-

[71] Así, se ha entendido como requisitos necesarios para tal configuración: I) la existencia de un aparato organizado de poder, II) el cual sea desarrollado desde el Estado, en el marco de la no vigencia de un estado de derecho, III) fungibilidad de los ejecutores directos (Cám. Fed. Tucumán, 15/12/04, "Vargas Aignasse s/ Secuestro y Desaparición", citado por Estrella-Godoy Lemos, pág. 106, punto 17). Nuestra Corte Federal, tuvo posibilidad de sentar su posición en cuanto a la aplicabilidad de esta teoría en el marco de la dictadura cívico militar instaurada en el país a principios del año 1976, el fallo será abordado en el acápite pertinente.-

institutos jurídicos, tales como la obediencia debida, el estado de necesidad, un deber jurídico, o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo.-

Se construye la *premisa* sobre el siguiente mojón: en el complejo de valores éticos que eleva nuestro ordenamiento jurídico al situarse enclavado en la actualidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde ninguna óptica puede ser admitida esta aberrante infracción[72], ello independientemente de las circunstancias que fueren reinantes al momento y en el lugar en que ésta se revele[73].-

Siendo así, la posibilidad que por intermedio de la fórmula legal del *inc. 4º del art. 34 C.P.* se logre la impunidad del agente, debe ser descartada. En efecto, no existirá deber jurídico ni derecho, autoridad o cargo cuyo cumplimiento pueda acoger y consentir válidamente aquellos castigos propios de la tortura.-

El *orden jurídico* no puede permitir jamás este tipo de actos, a pesar de que autorice el ejercicio de coerción directa, pues tal injerencia logrará exceder los límites legales objetivos de

[72] Los instrumentos internacionales del Derechos Humanos que fueron señalados al comienzo para la definición del concepto, prevén normas expresas sobre el punto: La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo 2.3.: *"No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura"*. Su similar nacido en el ámbito de la OEA refiere: *"Artículo 4º, El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente."*. Ni siquiera circunstancias excepcionales permiten la tortura. El artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es claro en este tema, pues si bien admite que *"En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social."* (inc. 1º), tal facultad encuentra límite absoluto respecto de los artículos 6º –derecho a la vida- y 7º -torturas y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes-, entre otros que enumera el inc. 2º.-

[73] Puso de resalto el Tribunal encargado de enjuiciar a los altos mandos de las juntas militares que desplegaron el terror durante el período 1976-1983 en nuestro país (causa nº 13/84 ya citada), al descartar la posibilidad de que, más allá de las causales de exclusión de la antijuricidad expresamente estipuladas en el código penal, las acciones delictivas pudieran tener justificación material en otras hipótesis supra-legales. Estimó *"El tribunal concluye que las privaciones, ilegales de la libertad, tormentos, apremios ilegales, homicidios y robos que constituyen el objeto de este proceso, son también, materialmente antijurídicos. Esos hechos típicos dañaron bienes jurídicos de vital importancia y fueron antisociales, en la medida que, atacando los valores fundamentales de la persona, en los que reposa la vida comunitaria, y subvirtiendo los principales valores del derecho positivo del Estado contradijeron el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común. No fueron un medio justo para un fin justo. Se estableció en el curso de esta fallo que los instrumentos empleados para repeler la agresión terrorista no respondieron ni al derecho vigente, ni a las tradiciones argentinas, ni a las costumbres de la naciones civilizadas y que el Estado contaba con otros muchos recursos alternativos que respondían a aquellas exigencias. Por lo expresado en el párrafo anterior, porque los medios empleados fueron atroces e inhumanos, porque la sociedad se conmovió y se sigue conmoviendo por ellos, no respondieron a las normas de cultura imperantes en la República, cuyo interés común, manifestado a, través de sus más diversas actividades, no está en la guerra sino en la paz, no está en la negación del Derecho, sino en su aplicación. Que no está, ni estuvo nunca, en la regresión a un primitivo estado de naturaleza. Si los ejemplos tienen algún valor, adviértase que la pena de muerte no se aplicó en las últimas décadas, no obstante estar prescripta en el Código de Justicia Militar y, por muchos lapsos en el Código Penal común."* (capítulo sexto, b).-

racionalidad y proporcionalidad[74]. Es decir, de ningún modo, podrán ser alegados esos incidentes sin que razonablemente deban ser calificados como *ilegítimos*, y menos aún resulta imaginable que se imponga un *mandato* de ese tenor en un estado democrático[75].-

Es que, si el fundamento del especial permiso otorgado para realizar una acción típica reside en la preservación de un bien jurídico determinado que se encuentra en peligro, lógica que es seguida por todas las causas de justificación, no es entendible cómo mediante la aplicación de tormentos pudiera lograrse la finalidad.-

Visto de esta perspectiva, la familiaridad del foco utilitarista del tema con la esencia que guía el instituto genérico del *estado de necesidad*, *justificante o exculpante*, es patente[76]. Es más, partiendo de este razonamiento, no pueden sorprender teleologías que pretendan justificar la aplicación de tormentos en pos de la salvaguarda de intereses que al menos, en teoría y abstractamente, sean alegados como equiparables en importancia[77].-

Ahora bien aún en casos extremos, el sacrificio de los principios básicos atinentes a la dignidad humana no puede ceder. No sólo porque resulta contrario al complejo de instrumentos de derechos humanos imperantes y a la par fundantes de compromisos internacionales asumidos, sino además, porque así lo impone el 'principio de superioridad ética del estado' pilar de todo estado de derecho. Pero también se esgrimen razones que están vinculadas a la idea de evitar el riesgoso, y siempre difícil de precisar, poder que brindaría conceder una autorización en tal sentido a pesar que se pretendan establecer límites formales prefijados. Muy probablemente no tardarían en derivar de manera inevitable, en el atropello de otros derechos tal vez de la misma o mayor jerarquía, lo que a la postre terminaría deformando la apariencia del *'mal menor'* alegada por aquellos defensores de la

[74] La resolución nº 1998/38 de la Comisión de Derechos Humanos recuerda a los gobiernos que el castigo corporal puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, o hasta a la tortura, pero no pueden ser considerados lícitos sólo porque hayan sido autorizados en un procedimiento legítimo en su forma.-

[75] Sin agotar el abordaje del efecto de cada construcción a nivel de la teoría del delito en que opere, algunos autores entienden al cumplimiento de un deber jurídico como excluyente de la tipicidad penal objetiva (aspecto conglobante), por descartarse la existencia de un pragma conflictivo (Zaffaroni, Alagia y Slokar).-

[76] Explican Zaffaroni, Alagia y Slokar que en el estado de necesidad el límite justificante o legitimante está dado por la ponderación entre los males evitado y causado, por ello, el inc. 3º del art. 34 lo limita al caso en que se provoca un *mal menor* para evitar un *mal mayor.* Cuando el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, como en el caso de la *tabula unius capax,* podrá haber un estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta (autores citados, 'Derecho Penal, Parte General', Ediar, 2002, págs. 631).-

[77] Piénsese, en los lineamientos construidos por las potencias mundiales desde el inicio de la 'guerra contra el terrorismo' luego del 11/09/2001, o sin ir más lejos, en los fervientes pedidos sociales frente a hechos delictivos igualmente repudiables ello a fin de obtener datos esenciales para el decurso de la investigación con repercusión en el resguardo de vidas en peligro (vgr. casos de secuestros).-

tesitura. La historia de la humanidad ha ejemplificado perfectamente sobre los potenciales desbordes.-

En cuanto a lo que la doctrina denomina *obediencia debida (C.P., inc. 5º del art. 34)*, para referirse al acatamiento que incumbe al inferior respecto de la orden ilegítima emanada del superior, la inteligencia expuesta que valora la calidad execrable del delito sella la suerte hacia la inadmisibilidad de esta causal[78], tal como lo exige el art. 2.2. último párrafo de la Convención.-

De tal modo, la antijuricidad del contenido de una orden que determine la aplicación de torturas a un detenido siempre será *manifiesta*, y por ello, éste mandato inválido sin necesidad de indagar sus formalidades, imposibilitando eludir el reproche penal del integrante de menor categoría.-

Pero por los argumentos que mencionaramos al comienzo del punto y las cualidades propias de su oficio, la inexibilidad de una conducta diversa ni siquiera podrá alegarse por parte del ejecutor bajo la capa de alguna clase o grado de *error de prohibición*, sea directo o indirecto.-

[78] Así, la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 29/10/2009 en la causa Nº 5.926 (Registro de Presidencia Nº 22.108) caratulada "G., J. F. s/ Recurso de Casación", sosteniendo que la eximente no incluye órdenes ilegítimas y la actuación policial (diez funcionarios policiales ingresaron en el sector calabozos de la Comisaría de Munro y, a instancias del Oficial de Servicio, golpearon a los detenidos entre los que se encontraba H. D. N. que sufrió fractura de tres dedos de su mano izquierda) no constituye legítimo ejercicio de la autoridad o cargo. En el mismo sentido, se indicó que: *"La obediencia debida que funciona como causa excluyente de la antijuricidad es la obediencia debida, y la orden manifiestamente delictuosa hay que desobedecerla porque en caso de discordancia entre el imperativo de la norma y la orden del superior hay que obedecer a la ley y no al funcionario superior abusivo."* (TS Córdoba, 28/03/69, "Carino Armando", citado por Estrella-Godoy, pág. 102, punto 5). Finalmente, el Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea (Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a), del programa provisional, A/68/150), examina algunas cuestiones que suscitan especial preocupación, conteniendo recomendaciones específicas para actualizar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, expresando que es crucial que se reconozca expresamente la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en cualquier circunstancia, lo que se debe incluirse en el preámbulo de las Reglas (punto 33), indica que *"...a fin de asegurar que se aplique la prohibición absoluta de la tortura y otros malos tratos como medio eficaz de prevención, el preámbulo propuesto y las consiguientes reglas procesales deben declarar sin ambigüedades que la obligación del Estado de prevenir la tortura también se aplica a todas las personas que actúen, de jure o de facto, en nombre del Estado parte, en colaboración con este o a instancias de él (observación general núm. 2 del Comité contra la Tortura, párr. 7). El Comité contra la Tortura ha señalado lo siguiente: '...no puede invocarse en ningún caso la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar la tortura…Al mismo tiempo, los superiores jerárquicos...no pueden eludir la culpabilidad ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo, o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo (observación general núm. 2, párr. 26)."* (Punto 34).-

La jurisprudencia nacional resulta conteste en este punto[79]. Asimismo, los órganos legislativos, luego de una etapa signada por su adormecimiento, han dado muestras de su intensión formal de regular expresamente la normativa doméstica en adecuación a los estándares internacionales[80].-

Particularidades de la Figura.-

Agravamientos de la penalidad en razón del resultado: Inciso 2º del art. 144 ter.-

[79] Vale por caso mencionar lo ha resuelto en sentencia de fecha 06/12/2011, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en causa Nº 46.662, caratulada "B., R. A. y otros s/ recurso de casación", indicando que los imputados condenados en relación al delito del art. 144 bis inc. 3º del CP, no se hallan comprendidos en la causal de justificación regulada en el *artículo 34 inciso cuarto del C.P. "…toda vez que el cumplimiento de un deber legal nunca puede constituir como ilícito ningún acto, cualquiera sea el conflicto de deberes jurídicos que se impone a su titular, sea en forma concurrente, contradictoria o excluyente, pues siendo consecuencia necesaria que el hecho de que el cumplimiento de uno determine la lesión del otro, cualquiera sea el deber que se trate, la antijuridicidad de la conducta desaparece siempre y cuando el deber que el autor ejecute lo lleva a cabo en cumplimiento de la ley y conforme a derecho, siendo sólo en dicho supuesto cuando la acción carece de ilicitud. De lo contrario, y como ha sucedido en la presente, el accionar de los inculpados no puede ser entendido como cumplimiento de un deber, desde que imponer vejaciones, por el propio contenido que las caracteriza, en modo alguno puede ser catalogado como legítimo, desde que se trata de un accionar antirreglamentario y contrario a las garantías constitucionales y los derechos de los justiciables. Y cuando existe esta clase de contradicción entre diversos deberes, el autor está obligado a optar por aquél en el que predomine un interés superior sobre el de menor valía, de modo que el deber genérico pueda ceder ante el específico."*.-

[80] La ley nº 25.779, finalmente declaró la nulidad de la ley de '*Obediencia Debida'* (nº 23.521, que junto a su par nº 23.492, más conocida como *'ley de punto final'*, conformaron la llamada 'legislación de la impunidad') clarificando una situación que en la realidad ya había sido corregida por la intervención de la CSJN en el fallo "Simón" (328:2056). En este caso, el máximo Tribunal recogió el precedente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso "Barrios Altos" (fecha 14 de marzo de 2001), el que declaró que son *"inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*. Cabe destacar por otro lado, el art. 13 de la ley nº 13.482 prescribe que el personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, en el desempeño de sus funciones deberá adecuar su conducta a los siguientes principios básicos de actuación policial: *"c)… No infligir, instigar o tolerar ningún acto de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o cualquier tipo de circunstancia especial o situación de emergencia pública para justificar la comisión de delitos contra la vida, la libertad o la integridad personal. Toda intervención en los derechos de los requeridos por su accionar debe ser moderada, gradual y necesaria para evitar un mal mayor a bienes o derechos propios o de terceros, o para reestablecer la situación de seguridad pública."*. Por su parte el art. 9º de la ley nº 24.660 alude: *"La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder."*. Además, la legislación en materia penal nacional, estipula (art. 205), que los programas de formación, actualización y perfeccionamiento del personal penitenciario contendrá el estudio de las Reglas Mininas para el Tratamiento de Reclusos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Particularmente este último reglamento, adoptado por Asamblea General (resol. 34/169, del 17/12/1979), prevé que ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos a degradantes (art. 5º).-

La respuesta punitiva frente a la comisión del tipo básico parte de una elevada escala que principia en los ocho años (8) de reclusión o prisión y se alza hasta los veinticinco (25) años de la misma pena, con más la inhabilitación absoluta y perpetua para el funcionario público[81]. Pero se estipula el agravamiento de la penalidad del injusto base en razón de los *resultados* que deriven de la aplicación de las torturas, tanto cuando el autor sea funcionario público como particular.-

Se trata de dos hipótesis para las cuales la pena difiere, y la ley exige que se produzcan *"... con motivo u ocasión de la tortura…"*:

a) *la muerte de la víctima*, donde la pena será de reclusión o prisión perpetua; y

b) *lesiones gravísimas*, siendo la sanción de la misma especie, aunque en una escala que oscila de los diez (10) a los (25) veinticinco años.-

El agravante abarca tanto los *resultados culposos como los dolosos*[82]: es decir, tanto aquellos queridos por el autor como los que son el reflejo de su obrar imprudencial *(preterintencionales)*.-

Esta última posibilidad, cuando se trata de un desenlace fatal, no debe ser confundida con el supuesto del *art. 81 inc. "b"*, en tanto en la generalidad de las hipótesis no puede resultar extraño que el medio empleado pueda resultar idóneo para originarlo, por lo que será aplicable el *inciso segundo del artículo 144 ter* en tratamiento[83].-

A pesar de lo expuesto, deberá existir una *relación de causalidad* entre el resultado –lesión gravísima o muerte- y la tortura para poder ser aplicado el agravamiento[84].-

---

[81] Como resulta sencillo de advertir, con el nuevo texto se equipara la punición de la Tortura a la prevista para el delito de Homicidio, lo que independientemente de la eficacia que pudiere traer aparejada la medida en términos de política criminal, resulta entendible en el contexto político reinante en el país ante el restablecimiento del orden republicano y que inspiró la reforma.-

[82] Creus, obra citada, pág. 308; Rafecas, obra citada, pág. 195. En sentido contrario, Edgardo Donna (en 'Derecho Penal, Parte Especial', 2-A, Rubinzal Culzoni Editores, Sante Fe, 2001, pág. 198). Así también lo entendió la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, con citas a ese último autor, en fecha 16/08/12, en el marco de la causa N° 46.813 caratulada "D. S., V. R. s/ recurso de casación" y su conexa 46.815 "G., J. A. s/ recurso de casación", en tanto a diferencia de lo decidido por el órgano de juicio inferior, estimó que las conductas imputadas no fueron el resultado de actos negligentes, imprudentes, imperitos, o inobservantes de los reglamentos o deberes, sino que las acciones verificadas revistieron en sí mismas, entidad y aptitud causal para provocar la muerte –como efectivamente ocurrió- sin que nada tenga de culposo la colocación deliberada y conciente de objetos que provocan una asfixia mecánica casi inmediata y que son utilizados hasta el límite de la resistencia física y psíquica de un sujeto privado de su libertad y en estado de absoluta indefensión (en el caso se había aplicado a la victima el llamado "submarino seco"), concluyendo *"…En síntesis, tanto el resultado muerte, como el de lesiones, deben poder ser imputados objetiva como subjetivamente a la imposición de torturas, por lo cual se requiere, desde el punto de vista subjetivo y atento a la penalidad, que el homicidio resultante sea a título de dolo, aunque sea eventual…"*. Para Buompadre se trata de un resulta preterintencional que no queda abarcado por el dolo del agente.-

[83] Tal lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación, en fecha 09/12/2008, autos caratulados "G., R.R. s/ Rec. de Casación", votos de los Dres. Celesia y Mahiques.-

[84] Por lo tanto, concurrirá realmente la figura básica con el homicidio simple o agravado, cuando además de la tortura, la víctima sea ejecutada mediante un acto independiente de aquella (Rafecas, obra citada, pág. 197).-

A diferencia de la previsión anterior, redactada por *ley nº 14.616*, el texto actual de la norma ha eliminado como circunstancia agravante la calidad de que la víctima sea un *perseguido político*.-

Dificultades probatorias e investigativas de los delitos de tortura.-

Son numerosos los instrumentos internacionales de derechos humanos que ponen en cabeza de los estados signatarios la obligación de *prevenir, investigar y castigar* estas aberrantes infracciones[85]. No se trata de una actividad discrecional[86]. Empero, desde un plano objetivo, a pesar del riesgo de acarrear responsabilidad internacional, dejando de lado en este trabajo las razones sociológicas que los motivan[87], en función del contexto situacional en que generalmente tienen lugar, como también por los individuos que los protagonizan, el delito de tortura se caracteriza por presentarse como un gran escollo a la hora de la acreditación de la materialidad criminal e identificación de los involucrados, en el camino hacia la búsqueda de la verdad real de lo acontecido.-

[85] Entre otros, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Torturas, arts. 1º, 6 y 8, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, los "Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (Adoptado por la Asamblea de la ONU en su Resolución 55/89 anexo, del 4 de diciembre de 2000), y el "Protocolo de Estambul". También la obligación estadual deriva de la jurisprudencia dimanante de los organismos internaciones previstos en éstos como entes de aplicación y control. Para el caso argentino, ha sido señalado en distintas ocasiones la imposibilidad de desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole las investigaciones sobre estos hechos (caso "Bueno Alves vs. Argentina", párrafo 90), remarcándose también que de otro modo *"…se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación…"* (Caso "Bulacio vs. Argentina", sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 116), e incluso poniéndose el énfasis en el notorio retardo en la investigación sin que exista explicación razonada ("Caso Bayarri vs. Argentina", sent. del 30 de octubre del 2008, párr. 117). Asimismo ver en el apartado pertinente el fallo E. 224. XXXIX. "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal" (del 23 de diciembre de 2004).-

[86] El Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, presentado de conformidad con la resolución 67/161 de la Asamblea (Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a), del programa provisional, A/68/150), párrafo 63 refiere que la decisión de realizar o no una investigación no es discrecional, sino que constituye una obligación con independencia de que se presente o no una denuncia. La decisión del Comité contra la Tortura en el conocido caso "Blanco Abad c. España", en el que se consideró que una demora relativamente breve constituía una violación del artículo 12 de la Convención contra la Tortura, confirma la interpretación según la cual una pronta investigación, para que sea eficaz, debe iniciarse en un plazo de horas o, como mucho, de días.-

[87] Ver al respecto, la nociones de banalización de la tortura y de burocratización de los derechos humanos aludidas, por Iñaki Rivera Beiras, con expresa remisión al trabajo de Hanna Arendt, Eichmann en Jerusalen. Un estudio sobre la banalidad del mal. Barcelona: Ed. Lumen, año 2003.

De entre los distintos medios de prueba tradicionales, además de los *indicios médicos*[88], la acreditación de los extremos de la imputación por vía de la recolección de *testimonios* cumplirá un papel esencial en aquella tarea. Ello, pues según el caso, se podrá contar con el propio relato del damnificado o bien de terceros que hayan tomado conocimiento del hecho por medio de sus sentidos[89].-

Pero este dispositivo acreditativo fundamental para el esclarecimiento, muchas veces puede verse entrometido por el temor de los perceptores a represalias futuras, particularmente cuanto se trate de declarantes (víctimas o no) detenidos en el mismo establecimiento en que evento tuvo lugar[90]. En estos supuestos, sin perjuicio del necesario apartamiento de sus funciones de los involucrados, deberán adoptarse las medidas precautorias adecuadas garantizando a los comparecientes al proceso las *seguridades indispensables* para su integridad personal[91].-

Por esta razón, no pueden soslayarse, como se aprecia en la práctica en forma frecuente, los indicios de oportunidad derivados de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y de las personas,

[88] Los exámenes médicos y psicológicos, revisten vital importancia con el norte de verificar el daño causado por el trato impuesto ("intensidad"), la experticia deberá ser exhaustiva, completada mediante fotografías, radiografías u otros estudios médicos, practicada con la mayor antelación posible, y en lo posible por personal ajeno al lugar de alojamiento en que estas tuvieron lugar en su caso. En esta última dirección, la precaución fue sostenida por la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (sentencia del 22/09/2005, causa N° 19.377).-

[89] En este sentido, se menciona en el informe del año 2012 del Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos (RNCT) *"…reafirmamos que aunque no sean denunciados habitualmente (producto de su naturalización o de los obstáculos en el acceso a la justicia), los testimonios recogidos en el contacto regular y directo con los presos y las presas dan cuenta de las profundas afecciones que esta multiplicidad de prácticas provocan. Esto exige romper con la lógica de la "verdad judicial" en su modelo clásico de "denuncia-investigación judicial-constatación directa, entonces, veracidad de los hechos" como única fuente de diagnóstico sobre el fenómeno. Ello implica superar las concepciones restrictivas de la tortura asociada a la "constatación" de lesiones físicas y colocar en el centro del proceso de verificación de los hechos la palabra de las víctimas…"*

[90] En estos casos, el ya referido "Protocolo de Estambul", estipula que cuando los declarantes se encuentren detenidos, ante la posibilidad que el interrogatorio pueda generar riesgo de sufrir represalias futuras, los entrevistadores deberán tener gran cuidado de no exponerlos en peligro, recomendando que se preferirá una "entrevista en grupo" o bien, se buscará un lugar en el que pueda mantener una entrevista privada y donde el testigo se sienta seguro para hablar con toda libertad (punto C 'Procedimientos para la investigación de casos de tortura', 2, c). Asimismo, sugiere pautas a fin de optimizar la entrevista frente a un potencial torturado, debiendo estimularse que se utilicen "todos sus sentidos para describir lo sucedido", precisa que debe preguntarse "qué es lo que vio, olió, oyó y sintió" (punto C, 1, f).-

[91] Así, además de las posibilidades que prevean los códigos procesales respectivos (vgr. art. 233 bis del CPPBA, incorporado por ley nº 14253), deberán arbitrarse los medios para que esa deposición sea practicada ante autoridades judiciales, y buscándose un adecuado equilibrio entre la reubicación de la persona a esos fines y la evitación de conculcar otros derechos. La ley nacional nº 26.827, que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (sancionada el 28/11/ 2012 y promulgada de hecho el 7/01/2013), y en su art. 54, prevé la articulación de un programa destinado a otorgar protección a aquellas personas privadas de la libertad que se encuentren expuestas a intimidaciones y/o represalias como consecuencia de las denuncias o informaciones que hubiesen proporcionado a los integrantes de ese sistema. Asimismo, es de mencionar el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados de la Ley nº 25.764.-

considerando especialmente que se trata de un núcleo reducido de autores, circunscripto aún más por la especificidad de la división de función pública.

La *inspección judicial* a los establecimientos de detención, se presenta en la actualidad como la forma más eficaz no sólo para prevenirla[92], sino para tomar inicialmente conocimiento de estos actos, e impulsar su investigación desde la *notitia criminis* enterada[93].-

Pero la eficacia del monitoreo se ve aunada a ciertas condiciones que, de no considerarse, arrojará efectos contraproducentes[94]. Se deberá llevar a cabo bajo protocolos de actuación que contemplen evitar poner en riesgo de venganzas futuras a los potenciales denunciantes, brindándoseles garantías de seguridad, y cuidando de no dejar pasar detalles que puedan hacer pensar estar frente a un caso de tortura[95].-

La dificultad demostrativa estará directamente vinculada al cuadro fáctico en el que tenga lugar el acto, siendo una herramienta útil una *reconstrucción histórica -retrospectiva y prospectiva- de lo acontecido*: es decir, la recolección por distintos medios de datos que constaten los instantes

---

[92] La aludida ley nº 26.827, que consagra el Mecanismo Nacional para la prevención de la Tortura, expresamente reconoce las inspecciones como principio esencial (art. 5º), creando el comité nacional contra la tortura y autorizando a concretar monitoreos y entrevistas con personas privadas de su libertad.-

[93] No debemos olvidar las omisiones punibles conexas a la tortura, incorporadas mediante la ley n° 23097, que entre otras tipifica la omisión de denunciar estos hechos (art. 144 quater, inc. 2°, CP). Novedosa e interesante aparece la posibilidad que desde la propia orbita estatal se autorice a funcionarios integrantes de la defensa a representar a las víctimas de estos delitos como querellantes. Así el caso de la Ley Orgánica de la Defensa Pública del Chubut (texto conf. Ley V - N° 139 promulgada por Decreto N° 854/12 del 8/06/2012), cuando en su artículo 20, al regular las funciones de los Defensores Públicos, menciona que, a más de ejercer la defensa de las personas en general en toda causa de naturaleza sancionatoria, acuerda *"…En ningún caso ejerce la representación de quien pretende intervenir como querellante o actor civil en el proceso penal, a excepción del patrocinio y/o representación en causa penal de cualquier persona víctima de tortura, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes y, en general, de violaciones a los derechos civiles y políticos, cometidos por funcionarios Públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de aquéllos o con su consentimiento o aquiescencia, que manifieste su voluntad de denunciar el hecho y/o constituirse como querellante y/o actor civil."*. Los resultados estadísticos obtenidos resultan reveladores de la productividad de la experiencia chubutense (ver más datos y estadíticas en www.defensachubut.gov.ar). Como complemento debe recordarse las "Reglas de Brasilia", al considerar a las personas privadas de su libertad como especialmente vulnerables, promoviendo su efectivo acceso a la justicia (capítulo 2).-

[94] Un buen parámetro lo da la Guía Práctica de "Monitoreo de Lugares de Detención" de la Asociación para la Prevención de la tortura, que partiendo de los beneficiosos resultados que surgen de las visitas a los lugares de detención como forma de prevenir la tortura, estructura las condiciones en las que éstas se deben ser practicadas, abarcando los momentos previos y los preparativos, la visita y entrevista en sí, como así también la realización de los informes y seguimiento.-

[95] De tal modo, el 'Protocolo de Estambul' afirma como primer parámetro: las visitas a los reclusos no deben tomarse a la ligera. Continúa explicando que las desinteligencias que pueden acontecer son susceptibles de generar graves consecuencias, indicando que una visita única sin un seguimiento que garantice la seguridad ulterior de los entrevistados, puede ser peligrosa; y en ciertos casos, una visita no seguida de otra puede ser incluso peor que ninguna visita. Particularmente, menciona *"…Ciertos investigadores de buena voluntad pueden caer en la trampa de visitar una cárcel o comisaría sin saber exactamente qué es lo que están haciendo. Pueden obtener una visión incompleta o falsa de la realidad. Inadvertidamente pueden poner en peligro a unos presos que quizá nunca vuelvan a ver. Ello puede además dar una coartada a los torturadores, que utilizarán el hecho de que personas del exterior hayan visitado su prisión y no se hayan percatado de nada…"* (Cap. IV).-

previos y posteriores a que la víctima haya tomado contacto con los eventuales autores de la tortura[96]; resultando asimismo imperiosa la readecuación de las estructuras y recursos estatales de investigación tanto judicial como pericial para garantizar la posibilidad de satisfacer el mandato de seriedad en la determinación judicial de los hechos de estas características[97].-

Un enfoque especial se ha postulado para aquellos casos en que las graves violaciones a Derechos Humanos provengan de una maniobra sistemática y generalizada impulsada y sostenida por el Estado. En tanto que, probadas éstas prácticas en esas condiciones, la existencia del lugar en el que se ejecutaban (vgr. CCD, en el caso nacional), y la circunstancia de que la víctima haya estado presente en el mismo durante ese período, no se requerirá la verificación del acto concreto o puntual ni de los elementos de tortura, ni del nexo entre éstos y el presunto autor[98].-

La *tortura* como delito de *lesa humanidad*.-

La existencia de actos de tortura perpetrados por funcionarios del estado no significa que deban ser calificados *per se* como *delitos de 'lesa humanidad'*. Para ello deberán verificarse sus notas características, siendo de relevancia el análisis del *art. 7 del* Estatuto del Tribunal Penal

[96] Válido resulta señalar la presunción sostenida por la CIDH para estos delitos, invirtiendo la carga probatoria, poniéndola en cabeza del Estado para meritar su responsabilidad, en los siguientes términos: *"…La Corte estima que los malos tratos y torturas fueron practicados por las mismas personas que secuestraron y dieron muerte a los jóvenes. La Corte al haber establecido que los responsables de estas últimas conductas eran miembros de la Policía Nacional (…) es del caso concluir que los autores de los malos tratos y torturas que se produjeron en el lapso que medió entre la captura y la muerte, fueron agentes del Estado, ya se trate de los investigados y acusados en los procesos internos, o de otros. Debe tenerse en cuenta, al respecto, la presunción establecida por la Corte Europea al considerar responsable al Estado por los malos tratos que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades son incapaces de demostrar que estos agentes no incurrieron en tales conductas."* (Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, considerandos nº 169 y 170. En el mismo sentido sobre la receptación de tal presunción, el TEDH en el caso "Ribitsch c. Austria", sentencia del 4 de diciembre de 1995). Desde ya que, en modo alguno podrá ser considerada una regla aplicable al proceso penal en el que el juzgamiento sea puesto en cabeza de personas físicas.-

[97] Conforme se desprende de las exigencias del sistema interamericano de derechos humanos. Por todos, ver el citado caso "Bulacio vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

[98] En virtud de las especiales características de los delitos, la responsabilidad penal podrá derivar de la acreditación de la relación entre el presunto autor –vgr. responsable del establecimiento-, el lugar de detención y la permanencia de la víctima en el sitio. Ello ha sido una constante presente en los juicios practicados a los principales responsables de los crímenes encuadrados en el plan sistemático instaurado por la última dictadura cívico-militar padecida por nuestro país. La postura encuentra respaldo en la CIDH, organismo que ha sostenido que: *"…una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que ésta última tenga con la práctica general."* (Corte IDH, Caso "Godínez Cruz", Sentencia de 20 de enero de 1989).-

Internacional anexo al Tratado de Roma, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante *ley nº 25.390* –B.O. 23/01/01- (conf. Barbero, ob. cit.).-

Según dicha normativa, por crimen de lesa humanidad deberá entenderse *"…cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque…"*, entre los cuales se menciona la *tortura* (apartado *"f"*), entre otros.-

Es decir que, el alcance estará dado por los términos que califican al ataque, esto es que sea: *"generalizado"* –como sinónimo de 'masivo', desde el punto de vista de los destinatarios de las agresiones-, y *"sistemático"* –que tiene en mentas la existencia de un objetivo político, la perpetración de un acto criminal a gran escala, la repetida y continua comisión de actos inhumanos conectados entre sí, la preparación y uso de significativos recursos públicos o privados (militares o no), y que en la formulación y adopción del plan metódico se encuentren involucradas autoridades militares o políticas de alto nivel[99]-.-

La repercusión práctica más importante de esa categorización se notará especialmente a la hora de alegar frente a ellos la *prescripción* de la acción penal, con consecuencia directa en la absolución del acusado de haberlos cometido. La normativa y jurisprudencia nacional es reiterada en consagrar la inoperatividad de este instituto receptando el criterio sostenido en el ámbito internacional de los derechos humanos en relación a la imprescriptibilidad de estos delitos[100].-

Jurisprudencia de la C.S.J.N.-

CSJN, "Arancibia Clavel" (Fallos 327:3312, sent. del 24/08/2004)[101].-

---

[99] Así fue definido la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en fecha 15/10/2009, en la causa n° 26782. Ver asimismo, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Derecho, René Jesús" (11/07/2007; Fallos, 330:3074). En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha indicado que los crímenes contra la humanidad incluyen *"…la comisión de actos inhumanos […] cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil…"* (Casos "Almonacid Arellano", párr. 96, y "Bueno Alves", párr. 87).-

[100] La "Convención sobre desaparición forzada de personas" -ley nº 24.556, art. VII- y la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" -ley nº 24.584- son los instrumentos que regulan la materia. Asimismo, ver lo dicho por el más alto Tribunal de la Nación en la causa "Arancibia Clavel" (Fallos, 327:3312), y por la CIDH en el caso "Barrios Altos vs. Perú". En el caso "Esposito" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (23/12/04), la inviabilidad del instituto en cuestión fue declarada para una hipótesis en la cual no se verificaban los requisitos de típicos de los delitos de lesa humanidad, pero la recepción de ese criterio tuvo en miras los argumentos dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Bulacio vs. Argentina", y la necesidad de su acatamiento a fin de evitar responsabilidad al Estado Nacional, aunque limitado para ese proceso en concreto sin que quepa a priori establecer reglas generales de extensión a otros similares.-

[101] Presupuestos de hecho: El TOCF Nº 6 condenó a Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el art. 210 bis, incs. a, b, d, f y h del Código Penal (asociación ilícita agravada, ley 23.077) en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado

La Corte valora la aplicabilidad del *instituto de la prescripción* en función de los llamados *delitos de lesa humanidad*[102]*,* reconociendo que la garantía que importa que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia por el transcurso del tiempo, encuentra excepción ante actos que constituyan aquellos crímenes.-

Así, en los considerandos 20 y 21 del voto mayoritario, sostuvo: *"Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda -de la acción o de la pena-, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en los que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un mero hecho histórico anecdótico. En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados. Que la excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se tratan de supuestos que no han dejado de ser vivencia dos por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma."*.-

Pero yendo más allá en su análisis, determina el alcance y el modo de articulación de esta regla ante hechos cometidos con anterioridad a la normativa que le dio receptación expresa en el ordenamiento jurídico internacional.-

De tal modo, optó por su *aplicación retroactiva* en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se estaría forzando el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal: *"Que esta convención [sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra] sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De*

---

de dos o más personas de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo, a raíz del recurso interpuesto por la defensa, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple. La Corte Suprema, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia apelada por la querella en representación del gobierno chileno. El criterio sentado es reiterado en la causa "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario", sentencia del 17 de febrero de 2009.-

[102] *"Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos -entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución-, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional. Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad."* (considerandos 16 y 17 de la mayoría).-

esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos." (Considerando 28).-

CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa" (E. 224. XXXIX, sent. del 23/12/2004).-

Partiendo del precedente *"Bulacio"*, el máximo tribunal nacional entendió que la declarada responsabilidad internacional del Estado Argentino por la deficiente tramitación de aquel expediente, resultaba de cumplimiento obligatoria (art. 68.1, CADH). En consecuencia, proyectó que la confirmación de la decisión del inferior por la cual se declaraba extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado.-

Concluyó: *"…el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al sub lite las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad ("Convención sobre desaparición forzada de personas" -ley nº 24.556, art. VII- y "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" -ley 24.584-)…"*, disponiendo por unanimidad la reapertura de la causa por la muerte del joven Walter Bulacio, revocando la decisión del inferior de declarar extinguida la acción penal por prescripción y sobreseer definitivamente en la causa a Miguel Ángel Espósito, por el delito que había sido oportunamente acusado[103].-

CSJN, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto nº 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional" (30/12/1986, fallos 309:05).-

En el contexto del entendimiento de los recursos extraordinarios interpuestos contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional Federal, mediante la cual se condenó a los imputados *Jorge R. Videla, Emilio E. Massera, Roberto E. Viola*, y

[103] Recién a fines del mes de septiembre del año 2013, luego de 22 años de la muerte de Walter Bulacio, se iniciaron en el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 29 de Capital Federal las audiencias de juzgamiento al ex comisario Miguel Ángel Espósito por el delito de privación ilegal de la libertad.-

Armando Lambruschini[104], y en particular al tratar el planteo defensista que recaía en cuestionar la aplicación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar[105], la Corte tuvo ocasión de practicar importantes observaciones en lo concerniente a la intervención criminalmente responsable de los altos mandos militares por hechos ilícitos cometidos en aquella época, expidiéndose sobre la aplicabilidad de la teoría de Roxin fundada en la utilización del autor de un *aparato de poder organizado*.-

En virtud de ello, el Tribunal afirma que la inteligencia realizada por el inferior -aplicando forzada y analógicamente el art. 514 y declarando a los acusados autores mediatos de esos delitos- ha configurado una *interpretación extensiva* efectuada en perjuicio de los encartados, y les ha atribuido un grado de participación más pleno agravando su situación, lo que está vedado por el principio constitucional de legalidad del régimen penal nacional[106]. Indicó que *"…en las circunstancias*

[104] La sentencia del inferior atacada tuvo por demostrado que en fecha cercana al 24 de marzo de 1976, algunos de los procesados, en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista, que básicamente consistía en: a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto. Asimismo, se garantizaba la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno. Para permitir su cumplimiento, los Comandantes dispusieron que los ejecutores directos fueran provistos de los medios necesarios, ropa, vehículos, combustibles, armas, municiones, lugares de alojamiento de los cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera. Que en virtud de las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados -como los robos producidos, consecuencia del sistema adoptado-.-

[105] Estas defensas argüían que el sentenciante incurrió en un indebido análisis del art. 45 del Cód. Penal, pues sostenían que el art. 514 del Cód. de Justicia Militar no contemplaba un supuesto de autoría, sino que establece una ficción de responsabilidad referente sólo a los subordinados, por lo cual al emplearlo para calificar la conducta de sus asistidos, se ha realizado una interpretación extensiva que afecta la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional.-

[106] El sentenciante inferior analizó el encuadramiento de la conducta de los procesados de acuerdo con las reglas de los arts. 513 y 514 del Cód. de Justicia Militar. Sostuvo así que el primero de dichos artículos establece que en los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las pautas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas situaciones; y que el art. 514 es la excepción a esta regla, pues determina que en los delitos cometidos por la ejecución de una orden del servicio, el único responsable es el superior que la dio; a quien asignó carácter de autor mediato por aplicación del principio del dominio del hecho –que consideró esencial para la determinación de aquél- estimando que coexiste con el autor inmediato voluntario y consciente de la ejecución. Por el contrario, la Corte estableció que la interpretación del art. 514 del Cód. de Justicia Militar que se ha efectuado no resulta adecuada a derecho.-Cuestiona, luego de un breve examen efectuado de la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado, que el sentenciante admite -fundado en la tesis de Roxin- la coexistencia de la autoría mediata, con la figura del ejecutor responsable -autor inmediato-, situación que aún se daría en el supuesto en que se dominara la voluntad de éste a través de un aparato organizado de poder, en el que el ejecutor sería sustituible y no actuaría como una persona individual, sino como un engranaje de aquella maquinaria. En estas condiciones, sostienen que si lo determinante de la

fácticas que se han dado por probadas, el dominio mental del hecho y la realización de acciones extra típicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados; es decir que tal como sucedió en el caso, los que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar los hechos ilícitos analizados son partícipes como cooperadores necesarios, y no autores en los términos del art. 45 del Cód. Penal…”[107]. Es que en definitiva *"…al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho; es decir, que en el "iter criminis", su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendido que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso ésta es ajena a la realización de la acción típica como ejecución…”*.-

Por lo que, de este modo se confirma la sentencia apelada, aunque modificando la calificación en cuanto a la *calidad de la intervención criminal*: de autores mediatos de los procesados deriva a la de ***partícipes como cooperadores necesarios***; manteniendo las penas impuestas oportunamente atención a la equiparación punitiva dispuesta por el art. 45 del Código Penal[108].-

---

autoría delictiva no es la realización de los tipos penales sino el dominio del hecho por fuera de los límites formales de aquéllos, la legalidad de los delitos y de las penas, la "ley previa", queda sin fundamento, y así se lesiona el principio que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional.-

107 Valora en este punto que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que "los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido a proceso civil o militar o eliminado físicamente", con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del "aparato de poder" de Roxin.-

108 El fallo fue dictado con la *disidencia* de los Sres. Ministros Dres. Enrique Santiago Petracchi Jorge Antonio Bacquè, quienes partiendo de la premisa de que, aún en el caso en que el ejecutor de un plan general, los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Refieren *“Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos. Ese es el motivo por el cual, a juicio de esta Corte, el art. 514 del Cód. de justicia Militar conserva la responsabilidad de los superiores, aun en aquellos casos en los cuales ejecutores sean plenamente responsables.”*.-

Omisión de evitar o denunciar torturas

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 144 quater*: "1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que* ***omitiese evitar*** *la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.-*

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo."

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos. Bien jurídico. Sujeto Pasivo. Remisión.-

Ya se expusieron los antecedentes previos a la sanción de la *ley nº 23.097*, nueva normativa con la que el legislador hizo efectiva una intención que, teniendo presentes los horrores acaecidos años anteriores en el contexto histórico de la última dictadura cívico-militar *(1976-1983)*, se afincaba en la sanción penal de todos los eslabones de la cadena estatal que pudieron contribuir de uno u otro modo, de forma directa o indirecta, a esos crímenes.-

Introdujo en el código los novedosos artículos *144 quater y quinque* (arts. 2º y 3º de la ley citada, respectivamente), mediante los cuales se reprimen diferentes hipótesis delictivas funcionales que se vinculan al acto mismo de tortura practicado por otro funcionario[1].-

La lógica de la nueva preceptiva signa el reproche en aquellos agentes que habiendo podido evitar actos de torturas omitieron hacerlo[2], o bien que de forma imprudente contribuyeron decisivamente a su acaecimiento, pero no se olvida de quienes en su calidad de representantes estatales no los denunciaron o arbitraron los medios para investigarlos.-

Siendo de tal manera, el bien jurídico y las víctimas afectadas no difieren de lo expuesto sobre el particular en la sección dedicada a abordar tales tópicos en el tratamiento del *art. 144 ter, C.P.*.-

Inciso Primero: "*1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello."*.-

Sujeto Activo.-

En primer lugar, se trata de un delito *especial propio*, por exigir en el agente la calidad de funcionario público *(art. 77 del C.P.)*, y debe quedar claro, que éste sujeto no interviene en el plan criminal de torturar desplegado por otros.-

La *competencia funcional impeditiva* del acto de tortura.-

Pero además se requiere para ser autor, por exigencia expresa de la norma, que tenga *competencia para evitar* la comisión del delito de *torturas (art. 144 ter, CP)*. Esto es, aptitud funcional para poder impedir esos actos.-

[1] A decir de Soler, figuras autónomas de omisión, que abarcan conductas que antes podrían haberse considerado atípicas (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, T.E.A., Buenos Aires, 2000, pág., 58). Buompadre alude que podría decirse que la nueva ley es *"hija de la democracia"* (autor citado en Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, Mave, pág. 543).-

[2] Rafecas, explica que eran comunes por aquellos días actos que se traducían en meras omisiones -de dar trámite a denuncias, o presentaciones de habeas corpus-, o en concretas acciones -liberación de zonas donde actuaban los grupos de tareas- (autor mencionado, en "La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos", edit. Del Puerto, 2010, pág. 198).-

Dicho esto, es necesario profundizar en la noción central del artículo. Esta especial capacidad funcional impeditiva que debe presentar el agente puede derivarse de dos ámbitos, distinguiéndose entre: **a)** una competencia *procesal*, y **b)** una competencia *administrativa*[3].-

En el primer sentido, se incluyen los funcionarios que gocen dentro de su órbita de competencia para la *recepción de denuncias,* y/o de acciones de *Habeas corpus*, sea por designación de autoridad pertinente para ejercer ese cargo o por corresponder su intervención al encontrarse en turno (ej. funcionarios policiales, comisarios, jueces o fiscales -según el sistema procesal-).-

En el segundo segmento antes mencionado, encontramos funcionarios públicos a quienes les compete administrativamente el funcionamiento de la dependencia en la que se comete el delito, pero que en la estructura jerárquica están por encima de su titular.-

En síntesis, desde este plano y sin perjuicio de lo que se diga en lo ulterior, el sujeto activo deberá presentar dos requisitos: *i)* que sea *ajeno a la repartición* donde se comete la tortura; y *ii)* que además, no tenga bajo su disposición al sujeto pasivo, sea directa o indirectamente.-

Pero además de verificarse esta pauta relativa a la *posibilidad jurídica* que debe detentar el agente, debió haberse enterado del acto cuya evitación se exige en esta figura, y haber tenido *posibilidad material* de interferir abortando el tormento en el contexto en que se le presentó la novedad[4].-

Tipo Objetivo.-

<u>Alcance de la *acción típica omisiva* de la figura</u>.-

Tomando como referencia lo explicado en el apartado anterior, resulta claro que será castigado el funcionario público que teniendo competencia para evitar el delito de torturas, omite hacerlo. La *acción típica* consiste en una manifestación omisiva[5]: *no evitar* la comisión de torturas pudiendo hacerlo.-

---

[3] Seguimos en este punto a Rafecas, obra citada, pág. 203.-

[4] Creus Carlos, en Derecho Penal. Parte Especial, Astrea, Tomo I, pág. 309. Soler, con similar tónica alude a la necesidad que el funcionario invista *poder jurídico y de hecho* suficientes para evitar la comisión de tales infracciones (autor y obra citada, pág. 59).-

[5] Para Rafecas se trata de una omisión impropia sin equivalencias comisivas, que ha sido tipificada expresamente por el legislador, y sin perjuicio de la discusión doctrinaria sobre el punto, el autor propone resolverlo por medio de la teoría general de la omisión; partiendo de la valoración de las escalas penales como pauta interpretativa global, de donde se puede colegir que si bien el legislador le da mayor relevancia que los delitos de omisión propia (ej. Omisión de denunciar), los considera menos lesivos que los casos de comisión por omisión de torturas. También la entiende como omisión impropia Buompadre. Desde otra perspectiva, Sebastián Soler define al caso previsto por el apartado como "de simple omisión" (autor y obra citada, pág. 59). Se advierte palmariamente el parecido con el supuesto del inc. 6º del art. 143 del C.P..-

Pero ello comprende un dual mandato alternativo dirigido al agente, según el avance en el iter criminis que despliegue el autor del acto. De ese modo, importará una orden para *evitar -en sentido estricto-* el delito cuando aún no haya comenzado, o bien, para *hacerla cesar* cuando ya haya tenido inicio.-

Esto implica que el comportamiento sólo resultará reprochado en los casos en los que el delito del *art. 144 ter, C.P.*: *a)* está en curso, y *b)* cuando no ha comenzado a ejecutarse, pero no obstante el agente toma conocimiento de su inminencia[6].-

Es decir, abarca no sólo el inicio de los actos ejecutivos de la tortura –tentativa- y su consumación, mientras perdure; sino también tramos anteriores al comienzo siempre que sea inminente, y -obviamente- luego se concretase.-

Comienzo y final del mandato normativo impuesto.-

Advertido del acto, independientemente del *medio o la vía* por la cual se entera de los sucesos, nace el mandato en cabeza del funcionario de obrar conforme a la exigencia legal.-

La ley no establece, como sí lo marca en el inciso siguiente, que los actos debió haberlos conocido en virtud de sus funciones, es más no indica ninguna referencia a la necesidad de esa noticia, lo que se derivará de las reglas generales de la imputación y de la misma lógica.-

A partir de ese momento, resulta indistinto cómo se exteriorice la omisión del autor: tanto es típico si el agente no concreta actividad alguna, como si realiza otras acciones que sean ajenas a ese fin obstativo del delito, pues en cualquier caso contribuye al desenlace ilícito[7].-

Asimismo, la atribución de responsabilidad penal al agente encuentra un límite: *el cese de la tortura*. Este hito demarca lógicamente la imposibilidad de reprochar la contribución al resultado lesivo, a quien conforme el contexto fáctico en que se ocasionó no estuvo en condiciones de evitarlo.-

[6] Rafecas, Estrella-Godoy Lemos, Creus, Buompadre.-

[7] Es que en cualquier caso el funcionario desoye el deber de actuar frente al acaecimiento de un delito del que toma conocimiento efectivamente. Refiere Donna en este sentido, con citas a Lascurain Sánchez, que *"…esta forma de legislar surge de los principios esenciales que informan la materia, del bien jurídico que está en juego, esto es la dignidad de la persona humana, y, por ende, de la posición de garantía que asume frente a ese bien…"* (Edgardo Donna, "Derecho Penal Parte Especial", T II-A, Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 199).-

En otros términos, luego de la finalización o *agotamiento del delito*, entrarán en juego otras figuras penales, sean comunes o especiales *(arts. 248, 249, 277 inc. 1º del fondal)*, pero no la prevista en el primer inciso del art. 144 quater del C.P.[8].-

La *tortura* como contenido del elemento del tipo objetivo.-

La tortura resulta un elemento integrante del plafón cognoscitivo del agente para verificar el tipo objetivo en el plano material.-

Es la omisión de evitarla lo que se le reprocha al autor en esta ocasión, no cuando se trate de apremios ilegales, vejaciones ni severidades; si así fuere, conformará algún delito contra la administración pública, pero no éste.-

La expresión normativa: *"…la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior…"*, alude a la perpetración del delito de *torturas (art. 144 ter, C.P.)*, que se erige como un componente del tipo, exigiendo su cabal comprensión de parte del autor. Pero además se requerirá mínimamente su acreditación fáctica[9] y la verificación de sus requisitos típicos[10].-

Tipo Subjetivo.-

Es un *delito doloso*, aunque válidamente se admite *dolo eventual*.-

No se reclama ningún elemento subjetivo específico, pero necesariamente el sujeto activo debe tener *conocimiento* de los actos que estos constituyen tortura, y que detenta en ese caso concreto capacidad jurídica y de hecho de contribuir a su cese o evitación[11].-

---

[8] Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 135.-

[9] Nótese que la exigencia acreditativa no alcanzará el grado de lo reclamado en el *art. 144 quinque*, donde como se verá la figura está estructurada de manera dependiente y supeditada al tipo previsto en el art. 144 tercero del C.P., pues necesitará la comprobación judicial previa no sólo de los *tormentos* sino de la determinación de sus responsables, base sobre las que se construirá la imputación de ese ilícito penal.-

[10] La Sala 1ª del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires *in re* "Andrada", sentencia de fecha 13/10/2011, resolvió casar la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Isidro y absolver al acusado, en relación al delito de Omisión de hacer cesar la tortura (art. 144 quater inc. 1º en función del 144 ter del C.P.), que le había sido intimado en su calidad agente policial cumpliendo funciones de imaginaria en la comisaria 5º del Talar. El voto de la mayoría valoró que los actos lesivos fueron realizados por otros sujetos alojados en el mismo lugar, sin que se haya tenido por probado que los autores materiales hayan actuado bajo la dirección, instigación o consentimiento de un funcionario público, elemento esencial como se dijo para poder configurar el delito de tortura. En este contexto, afirmó *"…Así mal puede atribuirse a Andrada el no haber hecho cesar una tortura que no es tal -en el sentido que la propia ley impone-, sino otros delitos distintos, sumamente graves y que merecen la repulsa social, pero que no son actos de tortura."*.-

[11] La jurisprudencia en congruente en esa exigencia. En este sentido, se ha mencionado que para poder endilgar al superior jerárquico a cargo de la repartición policial, el haber omitido algún acto tendiente a evitar las torturas, art. 144, cuarto, inc. 1º del C.P., *"…es necesario demostrar que de ellas tuvo conocimiento, no pudiendo sustentarse la responsabilidad penal en el hecho de la superioridad funcional, subcomisario…"* (fallo "Pagani, Francisco J. s/

El yerro sobre alguno de estos extremos podrá derivar en un *error de tipo* que elimine el dolo consagrando la atipicidad de la conducta, o disminuyendo la culpabilidad, según evaluación que corresponda hacer del caso, de las condiciones situacionales globales y en especial del agente.-

Autoría y Participación.-

En cuanto a la *coautoría*, y la *autoría mediata*, ya fueron señaladas en otra oportunidad a modo de presentación algunas de las discusiones que se plantean en un supuesto de delito de omisión impropia.-

Nos interesa especialmente reparar aquí en un tema que no puede prestarse a confusión. Puede estimarse al grupo de agentes que podrán ser *autores directos* del ilícito bajo examen, como extremadamente cerrado y limitado, cuestión que deviene palmaria si se recuerdan las exigencias típicas a las que se hiciera referencia al abordar el ítem dedicado a los sujetos activos del delito en cuestión.-

Completando, diremos que la atribución del resultado se endilga al agente en virtud de su posición de garante, la que está determinada por su *proximidad relativa* con el bien jurídico (menor que la del agente que tiene a su cargo el detenido, como así también, de quien resulta titular de la dependencia en la que se comete), y nace de la obligación de contralor del debido obrar de sus subalternos[12].-

Ahora en particular, la diversa cercanía al bien jurídico lesionado diferencia las condiciones para postular como autor del *art. 144 ter C.P.*[13]. La puntual aclaración reside para aquellos cargos

Torturas", Cam. Nac. de Apel. Nac. en lo Criminal y Corr., sent. del 20/10/1992).-

12 Rafecas, obra citada, pág. 203 y ssgtes.. Asimismo, ver la opinión de la CSJN en fallos 309:05 que se analiza en lo ulterior. No obstante, en otra verada interpretativa, se ha mencionado que este requisito no se encuentra vinculado a una relación de subordinación jerárquica entre el torturador y el agente receptor del mandato de actuación que impone el tipo penal bajo análisis. Así, Estrella-Godoy Lemos, complementando su postura indicando que también nace el deber de actuar cuando la acción de tortura la comete un particular en el supuesto previsto en el art. 144 ter, inc. 1º in fine, del CP (autores citados, en "Código Penal. Parte Especial", 2° Edición, Hammurabi, 2007, pág. 135). Buompadre, indica que la competencia deriva de la misma jerarquía funcional respecto de los autores. También, la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (n° 26782, sent. del 15/10/2009).-

13 Rafecas, Estrella-Godoy Lemos. La cuestión se dirime siempre por los principios comunes de toda participación, siendo indispensable indagar en el propósito del agente, en tanto haya procurado facilitar o posibilitar el acto, y si tal actitud puede ser entendida como determinante para la empresa criminal. Núñez alude que si su propósito radico en consentir la tortura responderá como cómplice (Núñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal, 2º edición actualizada, Editora Córdoba, 1999, pág. 160), postura que parece ser coincidente con lo manifestado por la CSJN en "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional" (sent. del 30/12/1986, fallos 309:05) al indicar que la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura *"...ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho."*. Ver complementariamente las conclusiones a las que arribamos en la misma sección del art. 144 ter.-

jerárquicos elevados dentro del mismo establecimiento donde tiene lugar el hecho criminoso, en contraste con los puestos de las esferas administrativas de las que ésta dependa. En abstracto: Si se tratara del mismo titular de la sede asiento del crimen dada la proximidad en la que se sitúa con la indemnidad del bien jurídico, su pasividad frente al evento del que tiene conocimiento, debería conducirse directamente al *art. 144 ter C.P.* como una falta penal cometida mediante su comisión por omisión. Mientras que en esta hipótesis delictiva se incluyen, como fuera mencionado al tratar el sujeto activo y el tipo objetivo, funcionarios con competencia administrativa ajenos al asiento de aquel edificio y sin disposición alguna sobre el detenido.-

Son comprendidos entonces, por ejemplo funcionarios que ocupan el tramo superior al titular de la dependencia dentro de la misma corporación –ej. Jefe de circunscripción o Departamental-, pero también se extiende a las esferas gubernamentales –ej. Secretario de seguridad o Ministro del interior-.-

Desde la óptica del autor con una competencia procesal, podrá ser cualquier funcionario de un organismo jurisdiccional frente a una acción de habeas corpus[14]o el juez a cuya disposición se encuentra el detenido.-

Consumación y Tentativa.-

Ha sido comentado que la comisión del delito en cuestión tiene lugar solo *hasta el cese de la tortura*. Pero, una vez tomado conocimiento el funcionario de la comisión en curso de la tortura, o bien de que ésta vaya a cometerse, nace el mandato normativo hacia el agente, y *consumará* el delito con mera la omisión de evitarla teniendo la competencia para ello[15].-

En virtud de las circunstancias aludidas parecería inadmisible la *tentativa*[16].-

Particularidades de la Figura.-

El *diseño legislativo* elegido por la ley nº 23.097: Ilación armónica de las figuras con el *art. 144 ter del C.P.*.-

[14] Donna, obra aludida, pág. 199, menciona al secretario de instrucción que sabiendo de la posibilidad inminente que una persona las sufra de parte de alguna agencia de seguridad no actúe.-

[15] Buompadre y Núñez, refieren que es un delito de *peligro concreto.* Sin entrar al estudio de la legitimidad de esta categoría de delitos, en general se la ha definido como aquella que agrupa los delitos que no requieren una lesión sobre el bien jurídico tutelado sino solo su puesta en peligro o amenaza.-

[16] Núñez, Buompadre.-

La vinculación entre el delito del *art. 144 ter* y el que es ahora objeto de estudio, no sólo se concreta cuando aquella se trasforma en un elemento que debe ser conocido por el agente, sino también en el diseño estructural de tipificación con *efecto cascada* pensado por el legislador de la época.-

Redunda patente la interrelación armónica de los distintos tipos penales reprimidos en el *artículo 144 quater –omisiones funcionales-* con la figura precedente del *art. 144 ter*, en función de la línea seguida por el parlamento en el año 84'.-

En este sentido, se plasma de forma concreta la intensión de abarcar todos los supuestos en donde intervenga un funcionario público frente a una transgresión dolosa constitutiva de torturas, de modo tal que cada delito tipificado asuma un puesto complementario respecto del anterior, evitándose que queden al margen hipótesis delictivas impunes. Por supuesto que esta forma de legislar logra tener su correlato proporcional en las escalas punitivas respectivas.-

Jurisprudencia de la C.S.J.N..-

CSJN, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional" (sent. del 30/12/1986, fallos 309:05).-

En este fallo, cuyos supuestos de hecho ya fueron mencionados, se planteo la cuestión tocante al *inciso 1º del art. 144 cuarto del C.P.*. En el marco de su argumentación la Corte explicó sobre el tema que *"...se sanciona como autor de un delito de omisión al funcionario público que no evita que sus subordinados impongan a personas legítima o ilegítimamente privadas de su libertad cualquier clase de tortura; de donde el tipo penal especializa la figura del art. 248, que se refiere al funcionario que '...no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere...' que son, precisamente, las que definen su competencia…Pero no deben exagerarse los límites de esta forma de autoría, pues la pasividad del agente no tiene que haber respondido al propósito de consentir la tortura, ya que en tal caso, no sería autor del nuevo delito analizado, sino partícipe necesario del delito de tortura, pues habría prestado una colaboración consistente en no cumplir la obligación de actuar que pesaba sobre él, para así facilitar o posibilitar la realización del hecho"*.-

De tal modo, son dos los tópicos en los que focaliza: *a)* entiende a la figura como calificando –"especializando"- al delito de incumplimiento de los deberes públicos, y *b)* puntualiza en la

dualidad que pueda experimentar la intervención de un funcionario que exprese pasividad frente a un acto de tortura cometido por otro.-

Inciso Segundo.- ***"La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competentes. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.".-***

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos. Bien jurídico. Sujeto Pasivo. Tipo Subjetivo. Remisión.-

Se remite a lo expresado en los supuestos anteriores sobre cada uno de los puntos incluidos en el título, ello en virtud que esta figura presenta notorias similitudes con la del inciso 1º. Se detallarán a continuación sus notas relevantes.-

Sujeto Activo.-

El sujeto activo abiertamente es definido por oposición al del supuesto anterior. En este caso, también es un *funcionario público (art. 77, CP)*, pero que carece de aquella competencia funcional requerida en el inciso 1º, esto es: no podrá evitar o hacer cesar el delito de tortura.-

Por ello la exigencia de la norma es menor, pues sólo se limita a requerirles su mera denuncia dentro de determinado plazo a las autoridades competentes.-

Tipo Objetivo.-

Mandato legal: alcance de la *omisión de denunciar*.-

Se pretende sancionar al funcionario público que, tomando conocimiento en virtud de sus funciones, de la comisión de torturas, *omite denunciar el hecho* en el plazo legal indicado a la autoridad competente. En esta hipótesis delictiva, a pesar de su calidad le falta la capacidad abortiva

a la que se hubo hecho referencia en el apartado anterior, y en consecuencia, el agente no resulta garante del resultado lesivo acaecido[17].-

Se lo ha considerado como una *omisión propia doblemente calificada*, tanto por la índole del delito que se omite denunciar y por la calidad del agente[18], aunque también se ha entendido que es un típico caso de *favorecimiento personal (art. 277 inc. 1º, del CP)*[19].-

El mandato normativo que pesa sobre el agente consiste en *denunciar* los sucesos criminales de los que se entera *(art. 144 ter, C.P.)* a las autoridades allí señaladas. Tal conducta deberá ser cumplida en el tiempo establecido por la ley: se impone un *plazo improrrogable de 24 hs.*[20].-

El cómputo del término fatal debe iniciar a calcularse desde el conocimiento efectivo del evento delictivo por parte del funcionario, siendo reputada típica la *denuncia extemporánea*.-

En segundo lugar, se deben analizar las *características de los sucesos* de los cuales se deba dar cuenta a la autoridad. Sabemos que en principio deberán se encuadrables en la figura del *art. 144 ter, C.P.*, pero además es dable destacar que:

a) La noticia sobre los hechos delictivos, debe haberla tomado *en virtud de sus funciones* para que la omisión de denunciar sea válidamente subsumible. Es decir, que la novedad debió haberla advertido en virtud de las tareas propias de su competencia, que desarrolla el autor atento su especial calidad, y no por cuestiones ajenas o extrañas a ella[21].-

b) Las torturas que ha tomado conocimiento el agente*, pueden haber cesado, o bien estar en curso*. Es decir que, el autor puede ser responsable aún luego del agotamiento de la tortura cometida por otro, toda vez que siempre es posible iniciar u orientar la investigación penal de los hechos[22].-

[17] Rafecas, obra citada, pág. 205. Asimismo, lo sostienen Delgado-Seco Pon-Lanusse Noguera, en "Código Penal y normas complementarias", Dir. Baigún-Zaffaroni, T. 5, Hammurabi, 2008, pág. 387.-
[18] Rafecas. Creus sólo alude a una omisión de denuncia calificada por la índole del delito.-
[19] Estrella-Godoy Lemos, Soler.-
[20] Observa Creus que en este aspecto, la ley penal es constitutiva y prima sobre las procesales en cuanto ellas fijen otros plazos (obra citada, pág. 311). La doctrina ha criticado la amplitud del plazo teniendo especialmente en consideración el resultado criminal que se pretende evitar.-
[21] Estrella-Godoy Lemos, mencionan que el conocimiento adquirido extraoficialmente, fuera de su función que le compete, o simplemente en ocasión de la misma, no hacen nacer para el funcionario la obligación jurídica de denunciar (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal Parte Especial, 2° Edición, Hammurabi, 2007, pág. 136). En la misma línea expresa Creus *"…no es suficiente que se trate de un conocimiento que haya podido adquirir en ocasión de la función o al cual haya podido acceder por la función si no pertenece a la esfera de su propia actividad funcional…"* (obra citada, pág. 310).-
[22] Buompadre, Estrella- Godoy Lemos, Rafecas. Se presenta el interrogante de lo que puede acontecer respecto del delito que aún no tuvo comienzo de ejecución. Creus, advierte que de la redacción de la norma puede pensarse que la conducta punible se ampliaría más allá del encubrimiento, comprendiendo a quien, teniendo noticia de que va a cometerse el delito

Autoridades competentes en los términos del tipo penal.-

Finalmente en cuanto al aspecto objetivo del delito, corresponde indicar que para eludir el reproche penal el agente deberá denunciar ante quienes indica la figura.-

Literalmente la ley nombra al *"...funcionario, Ministerio Público o juez competentes…"*. La vaguedad de la redacción impone indagar cuáles son esas autoridades, lo que no escapa a ciertas objeciones opuestas en la doctrina.-

Se ha explicado que la referencia toca a quienes conforman el *círculo de autores del artículo anterior*, pues están incluidos dentro de aquellos que por sus funciones están habilitados para evitar la tortura, pero si ésta cesó en sus efectos, corresponde incoar la denuncia ante quienes deban investigarla[23].-

En cambio, otra postura indica que alude *a todo funcionario* cuya competencia lo habilita para la recepción de denuncias según las normas procesales[24], o bien para investigar o promover la investigación del hecho e individualizar a sus autores[25].-

De cualquier modo, no verifican el requisito en cuestión, y por lo tanto no los exime de responsabilidad penal quienes interponen la denuncia: **a)** frente a autoridades incompetentes en los límites señalados[26], o **b)** ante el superior jerárquico dentro de su corporación.-

Autoría y Participación.-

Las consideraciones hechas en este punto en el artículo previo relativas a la estricta reducción del listado de sujetos que pueden ser autores, han quedado descartadas en este caso. Pues los recaudos en cuanto a la competencia allí previstos no rigen, y sólo es preciso para incurrir en el delito con no denunciar a la autoridad pertinente en el plazo estipulado.-

Pero habrá que analizar de forma armónica el complejo situacional en que tuvo lugar el nacimiento del mandato legal, teniendo en consideración la afectación lesiva al bien jurídico[27] y el

no pone en conocimiento de la autoridad competente tal circunstancia, aunque reconoce que *"...ésta es una conclusión discutible, que puede ser motivo de polémica, a lo que da lugar la imprecisión de la fórmula."*. Partiendo de la expresión contenida en la norma, *"...tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior…"*, se ha entendido que la omisión de denunciar no alcanza delitos futuros o que no hayan tenido comienzo de ejecución (Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 136).-

[23] Rafecas, obra citada, pág. 206.-

[24] Buompadre, obra citada, pág. 568.-

[25] Estrella-Godoy Lemos.-

[26] Buompadre. Estrella- Godoy Lemos, señalan que el error sobre el tópico excluye la culpabilidad.-

error en algún elemento de los que finamente son consignados en el artículo como integrante de la tipicidad objetiva.-

Esto es, por ejemplo, no será igual el disvalor de aquella omisión cuando se trata una tortura que está en curso, que cuando ésta haya acontecido hace un año, o en la misma línea de razonamiento, una denuncia que se incoa pasados diez minutos de la hora veinticuatro de enterado de los hechos, que aquella realizada a la semana siguiente. Desde el otro enfoque sugerido, habrá que comparar el accionar de un funcionario que desoye el mandato legal en análisis cuando equivocó el organismo jurisdiccional que era el competente para recibir su denuncia.-

Consumación y Tentativa.-

Se *consuma* cuando acaece el vencimiento del plazo legal previsto en la norma de 24 hs., aunque habrá que considerar el entramado de hecho para valorar el disvalor de la acción a la luz del principio de lesividad.-

Es así que, se lo ha calificado como un delito de consumación *instantánea*[28], y que no admitiría la *tentativa*[29].-

Particularidades de la Figura.-

Agravante para el *médico omitente: art. 144 quater inc. 2º "in fine".-*

En la parte final del inciso se hace reseña puntual al caso del médico que siendo funcionario público resulte autor del delito bajo análisis, supuestos en los que el legislador ha previsto la imposición como *sanción accesoria* de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por el doble tiempo de la pena que se imponga.-

[27] Ver Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, 'Derecho Penal, Parte General', Ediar, 2002, págs. 126).-

[28] Núñez.-

[29] Rafecas, Núñez, Buompadre. En contra, partiendo de considerarlo como un delito de resultado, Delgado-Seco Pon-Lanusse Noguera, en "Código Penal y normas complementarias", Dir. Baigún-Zaffaroni, T. 5, Hammurabi, 2008, pág. 387.-

La atribución de responsabilidad es *subsidiaria*: estará supeditada a que el galeno no haya participado en la imposición de los actos de tortura[30], y vale decir, sólo juega respecto de la figura de omisión de denunciar (inc. 2º).-

La calidad de *médico-funcionario público* es un requisito típico ineludible para incurrir en el agravante de la pena, por lo que se excluyen otros profesionales de la salud (tales como psicólogos, parteras, enfermeros), pero se ha requerido para su funcionamiento una *vinculación directa* entre el ejercicio de la medicina y la actividad funcional[31].-

La prueba del dolo generalmente será asociada a la confección del informe, documento, o la incorporación de datos en la historia clínica, que oculten deliberadamente las lesiones, heridas o síntomas físicos o psíquicos que revelen esos actos, sin perjuicio que además puede derivar en una imputación concursal con un delito de falsificación[32].-

Sólo queda por mencionar, que habrá que contemplar la posibilidad de que el agente imputado por la presunta comisión de este delito sea amparado en el *secreto profesional*[33] o en una *causal justificante o exculpatoria*.-

Jurisprudencia de la C.S.J.N..-

No existen fallos que involucren directamente este tipo penal en la jurisprudencia del tribunal.-

[30] En este sentido, debemos recordar lo mencionado al evaluar la figura del 144 ter CP, en la sección "autoría y participación", en cuanto la práctica que tuvo lugar en la última dictadura cívico militar consistente en la presencia de médicos en las sesiones de tortura controlando las funciones vitales de la víctima; evaluándose la posibilidad de considerarlos coautores por co-dominio funcional del hecho.-

[31] Núñez, Buompadre, Estrella- Godoy Lemos. Estos últimos sugieren gráficamente, que no estaría incluido el médico con cargos de legislador, intendente, ministro, etc.-

[32] Rafecas, obra citada, pág. 207. El autor señala dos casos: a) el médico que se desempeña en relación de dependencia dentro del establecimiento en que ocurren las torturas, y b) aquel al que recurren los torturadores para eliminar los efectos jurídicos de los intensos dolores causados.-

[33] Creus, obra citada, pág. 311; Núñez, obra citada, pág. 160; Buompadre, pág. 569. Se acerca la cuestión a las premisas éticas que rigen la relación del binomio paciente-médico, particularmente a uno de los principios básicos de la actuación profesional: cual es la confidencialidad, que encuentra receptación en los distintos ámbitos normativos regulatorios sean nacionales e internacionales. El punto debe ser evaluado criteriosamente, máxime cuando sea posible que los sujetos pasivos de estas puedan quedar expuestos a un riesgo a causa de esa revelación. Con menuda claridad se menciona el tema en el 'Protocolo de Estambul' al referir que los profesionales de la salud tienen una doble obligación: una obligación principal ante el paciente de promover sus mejores intereses, y una obligación general ante la sociedad de asegurar que se haga justicia e impedir las violaciones de los derechos humanos. Los dilemas que plantea esta doble obligación son particularmente agudos entre los profesionales de la salud que trabajan para la policía, el ejército u otros servicios de seguridad, o para el sistema penitenciario. Los intereses de su empleador y de sus colegas no médicos pueden entrar en colisión con los mejores intereses de los pacientes detenidos. Cualesquiera que sean las circunstancias de su empleo, todo profesional de la salud tiene el deber fundamental de cuidar a las personas a las que se le pide que examine o trate. No pueden ser obligados ni contractualmente ni por ninguna otra consideración a comprometer su independencia profesional.-

Inciso Tercero: *"Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.-*

Sujeto Activo.-

En función de la redacción brindada por el inciso, el elenco de autores queda reducido exclusivamente al *juez*. En consecuencia, sólo magistrados podrán ser autores, no resultando abarcados por el mandato normativo otros funcionarios que compongan la estructura judicial[34].-

La ausencia de precisión sobre el tópico, permite coincidir en la negativa a efectuar discriminaciones en cuanto al fuero al que pertenezca (penal, civil, comercial, laboral), ni a la instancia o jurisdicción (jueces de grado, camaristas, etc., o fuero federal, nacional, provincial).-

Aunque sí deberá repararse en que, atento las diversas formas de intervención típicas alternativas que impone, para la segunda hipótesis delictiva prevista, necesariamente el autor deberá gozar de competencia para instruir el sumario respectivo. Por lo que generalmente será un magistrado del fuero penal.-

Tipo Objetivo.-

Consideraciones generales respecto de las *conductas típicas.-*

Se trata de una *omisión propia cualificada*, también por el delito de que se trata y por la calidad del sujeto activo que lo comete[35].-

[34] Más allá de las críticas que se alzan sobre el tema y las injusticias que en la práctica podría incurrirse, una interpretación acorde al principio de legalidad y a la prohibición de la analogía, impide considerar otros funcionarios que se desempeñan en la administración de justicia conforme el diseño procesal seguido, vgr. representantes del Ministerio Público Fiscal. A todo evento, serán otras figuras las aplicables (arts. 248, 249, 274, CP). En consonancia con lo expuesto, sostiene Soler que se trata de "*…un olvido del legislador, quien parece haber tenido en cuenta sólo el Código de Procedimientos en materia penal para la Capital y tribunales federales…"* (autor y obra citada, pág. 60).-

[35] Rafecas, obra citada, pág. 210. Alude el autor que la entidad de la figura que comete el delito es lo que justifica el aumento punitivo en la escala del artículo en comparación con el inciso 2º del artículo, la que se iguala a la del inciso 1º. Por su parte, Buompadre refiere que se trata de una *omisión impropia* (obra citada, pág. 571).-

Se reprime al juez que tomando conocimiento -en razón de sus funciones- de un hecho de tortura, *no instruye sumario* o *no lo denunciare* al que resulta competente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas.-

Es decir, se incluyen dos situaciones omisivas típicas alternativas. El magistrado que: ***i)*** teniendo competencia para instruir el respectivo sumario no lo hiciera; y ***ii)*** el que careciendo de tal competencia, no lo denunciare dentro de las 24 hs., a quien sí la detente.-

Sintéticamente entonces, puede decirse que la circunstancia que logra mutar el rigor de la exigencia conductual al magistrado, radica en que *tenga o no aptitud competencial para investigar* esos sucesos.-

Nuevamente, para ambos supuestos típicos, se requiere que el *conocimiento* de los hechos aparentemente cometidos a tenor del art. 144 tercero del código penal, provenga del *ejercicio de sus funciones*, alcance sobre el cual cabe remitir a lo mencionado en el inciso precedente.-

Primer supuesto: magistrado *sin* competencia *para instruir*.-

En este caso, el mandamiento legal consiste sólo en *denunciar el hecho* dentro de las 24 hs. al juez que deba instruir el sumario pertinente. Es decir, al no poder iniciar la persecución del delito por carecer de facultades para ello, se limita la pretensión a que lo comunique.-

Se considera que esta figura opera cualificando el tipo penal previsto en el inciso 2º de mismo artículo analizado[36].-

Si bien en principio la autoridad competente a la que alude la norma será aquella que esté habilitada para instruir el sumario respectivo[37], se admite también que el receptor de la denuncia sea otro funcionario que por ley esté autorizado a ello[38].-

Asimismo, la norma exige que el comportamiento ordenado se cumpla en un *término legal* determinado: *24 horas*. La exigencia implica que el lapso comienza a correr desde el mismo anoticiamiento del juez, y que la realización del mandato ordenado pero extemporáneamente resultará típico[39].-

---

[36] Núñez realiza una división entre las figuras estipuladas en el artículo, considerando el caso del juez no competente para instruir como un agravante de la omisión de denunciar genérica (inc. 2º, 144 quater), y denomina a la restante figura como "*omisión del juez de promover la persecución y represión del delito"* (obra citada, pág. 161). Creus las llama respectivamente "*omisión de persecución calificada"* y *"omisión de denuncia calificada"* (obra citada, pág. 311).-

[37] Creus, Buompadre, Estrella-Godoy Lemos.-

[38] Estrella-Godoy Lemos, Donna. Se ha mencionado que si quien recibe la denuncia es un representante del M.P.F., el hecho será típico pero no punible a tenor del *art. 34 inc. 4º del C.P.* (así, Creus, pág. 312, Buompadre, pág. 571).-

[39] La redacción empleada es poco clara y presta a equívocos sobre si comprende también la instrucción. Marín y Estrella-Godoy Lemos, sólo exigen el plazo legal para este supuesto. Buompadre no realiza distingos entre los supuestos.-

*Segundo supuesto*: magistrado *con* competencia _*para instruir*_.-

Para el supuesto en que el agente posea facultades instructorias, la orden legal recae en ejercerlas efectivamente, disponiendo la investigación de los sucesos de los que se entera. Eso por cuanto constituye un tipo especial con relación a la figura del art. 274 CP que abarca a los funcionarios genéricamente[40].-

La competencia necesaria será la que corresponde a la jurisdicción criminal, la que determinarán las reglas procesales respectivas conforme a la estructura del código vigente, ello en función de los propios términos empleados con indicación expresa al *"sumario"*.-

Se presenta la discusión doctrinaria en cuanto a si operan las pautas internas de distribución de tareas en razón del *turno*, coincidiéndose que el juez, en principio, no quedará exento de responsabilidad, siempre que la intervención del magistrado de guardia sea lo suficientemente celera[41].-

Desde ya que no resultará suficiente la mera disposición judicial para dar trámite a la denuncia, sino que la ley habla de *"instruir"*, lo que impone la necesaria ordenación de medidas de profundización útiles para la averiguación de la verdad en todo cuanto esté a su alcance[42].-

Menudo problema se genera en aquellas provincias en las cuales el código de rito acuñe un sistema acusatorio puro o mixto, por lo que el magistrado tiene prohibido el inicio del sumario de oficio o ante la recepción de la mera denuncia[43].-

[40] Creus, obra citada, pág. 311. El Art. 274 reza: *"El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable."*.-

[41] Dice Creus que el turno no es, en realidad, una regla de competencia sino de mero ordenamiento de materia, por lo que el juez en principio, no se relevará de responsabilidad por aquella circunstancia, salvo en los casos en que la intervención del juez de turno pueda realizarse con la suficiente celeridad como para evitar la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que es la misma efectividad de la justicia que ampara el art. 274. En la misma línea y arribando a idéntica conclusión, se ha argumentado que se tratan de normas administrativas de orden público (Estrella-Godoy Lemos, pág. 138; Buompadre, pág. 571).-

[42] Núñez, menciona que en las legislaciones en las cuales el juez no puede actuar de oficio, después de promovida la acción penal puede serle imputada la figura en caso que no realice o demore injustificadamente las diligencias investigativas, porque *"…instruir sumario no equivale solo a iniciarlo…"* (obra citada, pág. 161). Igual lectura hace Buompadre, siguiendo a Breglia Arias-Gauna, sosteniendo que de otro modo sería fácil eludir el accionar de la ley ordenando la instrucción y luego "cajonear" el expediente (obra citada, pág. 570, nota 78).-

[43] En estos supuestos, siendo que los funcionarios que deben cumplir con la excitación de la jurisdicción son ajenos al espectro de sujetos activos de aplicación de la norma, se ha tildado a la figura de "*inocua"* (Creus Carlos, obra citada pág. 312). Otros autores, sostienen que la expresión *instruir sumario* no debe entenderse desde una interpretación gramatical sino que será cada ley procesal provincial la que determinará su alcance y significado real; por ello, en aquellos casos, el mandato normativo mutará a la necesidad de poner en conocimiento los hechos de quien deba remover ese obstáculo procesal dentro de las 24 hs. para poder instruir (Estrella-Godoy Lemos, obra citada, pág. 138).-

Tipo Subjetivo.-

No difiere en demasía de lo señalado en el inciso anterior. Es un delito doloso, en el que el agente debe conocer los sucesos a los que se alude mediante la remisión que hace la norma al art. 144 ter del CP, y tener la voluntad de omitir denunciar o instruir el sumario respectivo, según la competencia que le sea inherente a la judicatura que represente.-

Autoría y Participación.-

Vale recordar que, como está construido el artículo y en función de la redacción empleada, sólo *magistrados* pueden ser autores del delito; por lo que serán atípicas las conductas omisivas que realicen otros funcionarios que conforme el sistema procesal que goce de vigencia sean llamados a instruir las actuaciones sumariales de los sucesos conocidos.-

En este contexto, eludirían el reproche penal en la provincia de Buenos Aires los integrantes del Ministerio Público Fiscal a pesar de que resultan los titulares de la acción penal pública en el procedimiento de neto corte acusatorio instaurado por ley nº 11.922[44].-

Consumación y Tentativa. Remisión.-

En cuanto al primer supuesto, se remite a las consideraciones efectuadas en el punto precedente, toda vez que presenta las mismas características *consumativas* unidas al vencimiento del plazo estipulado para impetrar la denuncia (24 hs.).-

Para el otro caso alternativo típico, que carga en espaldas del magistrado la instrucción del sumario, la consumación acaece cuando se omita el impulso de la investigación, lo que ante la inexistencia de términos en los códigos o reglamentos, habrá que analizar prudencialmente según las circunstancias del caso[45].-

Se evidencia la inadmisibilidad de la *tentativa*.-

Particularidades de la Figura.-

[44] Estrella-Godoy Lemos, Creus, Donna, Buompadre. En este sentido ver además la ley nº 14.442. En todo caso, será pasible de reproche en virtud del delito genérico del art. 274 del C.P..-

[45] El Comité contra la Tortura en el conocido caso Blanco Abad c. España, consideró que una demora en la investigación relativamente breve constituía una violación del artículo 12 de la Convención contra la Tortura (Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sexagésimo octavo período de sesiones, tema 69 a). Esto impide una exegesis que comprenda la disposición de medidas eficaces como máximo al día siguiente de la noticia criminal.-

Aumento del rigor punitivo atento a la calidad del sujeto activo.-

Se logra advertir un aumento del rigor punitivo en este supuesto en relación al anterior, retomando la pena de *prisión de tres a diez años* que también impone para el tipo penal del inciso primero *–omisión de evitar la tortura-*.-

El detalle encuentra abrigo en la especial calidad del sujeto activo de la figura lo que implica un mayor disvalor de la acción punible, y logra dar proporcionalidad a las escalas que prevé para el caso de la omisión de denunciar genérica del inciso 2º del mismo artículo.-

Diversa manifestación del *Bien jurídico*.-

Mencionamos al comienzo que la tortura aunque delito atentatorio de la dignidad personal, integraba la categoría de crímenes pluriofensivos. También debe recordarse que en el segmento de delitos analizados se implicaba, en segundo término, una conculcación de la confianza social depositada en el agente estatal respecto a su cabal cumplimiento de las tareas asignadas -*administración pública*-. Este interés plural constituye una manifestación específica de aquel afectado con carácter secundario cuando se trata de los ilícitos de los *arts. 143, 144 bis y ter, CP.*. Justamente tanto el inciso 2º como en el 3º, resulta ser perturbado el normal desarrollo de la *administración de justicia*.-

El desenvolvimiento desleal de aquellos funcionarios que no denuncian estos hechos que llegan a sus oídos, o bien que dejan de promover su persecución, complementa la afectación -indirecta- al bien jurídico individual esencialmente tutelado por las normas.-

Agravantes comunes a todos los tipos penales del *144 quater*: *inciso 4º*.-

El último inciso del artículo expresa: *"En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo."*.-

Se trata de un agravante *accesorio general*, previsto para todos los supuestos del *artículo 144 quater*.-

Alude a la imposición de la pena de inhabilitación especial perpetua, que incluye un doble objeto de prohibición: para el desempeño en *cargos públicos* y para *tener o portar armas de todo tipo*.-

Resulta cuestionable, no sólo la técnica legislativa, la que adolece de severas deficiencias, sino también el fundamento de la específica inclusión en este apartado y no en otros como ser propio artículo que reprime la tortura.-

La referencia amplia a *"armas de todo tipo"*, pareciera indicar que sólo comprende las *armas de fuego*, pues son las únicas que pueden ser reglamentadas y que requieren autorización estatal para su utilización[46].-

Claro que resulta viable que sea acumulada al agravante prevista para el *inc.* 3º del artículo que se ocupa del caso especial del funcionario-médico.-

[46] En este mismo sentido, Soler, Núñez, Estrella-Godoy Lemos, Creus. Se descarta la inclusión de *armas blancas o impropias*.-

Torturas posibilitadas por negligencia

Por **Gabriel Bombini y Javier Di Iorio**

Art. 144 quinto: ***"Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario."***

Sujeto Activo.-

En confusa redacción expresa el artículo textualmente que se castiga al funcionario *"…a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo…"* cuando se cometieren las torturas. Diremos, en principio, que se refiere al agente superior de la estructura jerárquica interna de esos organismos, no enumerados taxativamente, es decir a su *titular o jefe.-*

La voz conserva, al igual que el término genérico definido en el art. 77 del código sustantivo, un sentido cercano al dado en el derecho administrativo, siendo aquel agente *revestido formalmente* con ese cargo, con prescindencia del carácter permanente o transitorio/interino que cumpla[1]. No es correcto, por ese motivo, tener por compurgado este patrón por parte del funcionario que *de facto* tiene a su cargo la dependencia al momento de los hechos.-

Condiciones de Procedencia: Tipicidad Culposa.-

Consideraciones básicas generales del tipo penal.-

[1] Rafecas, obra citada, pág. 212. Buompadre, obra citada, pág. 572, pone el acento en que al momento del hecho se encuentre a cargo conforme a la ley de la repartición.-

Es un delito apuntalado sobre la base de una estructura de *omisión imprudente*[2], que asienta la atribución de responsabilidad del agente en el indebido contralor de sus subordinados -autores de las torturas del 144 ter, CP-, lo que podrá exteriorizarse en su: **a)** indebida vigilancia, o **b)** ausencia de adopción de los recaudos necesarios para evitar la tortura.-

Este cuadro será evaluado según las circunstancias del caso, en función de permitir llegar a establecer la siguiente afirmación demandada por la norma: el hecho no se hubiese cometido de haber mediado el debido control.-

De modo tal que implica una suerte de *contribución culposa*[3], en tanto su negligencia aportó las condiciones que posibilitaron de *manera directa* la comisión de ese delito. En este sentido, se la ha vinculado a un perfil funcional *facilitador o permisivo* de la tortura de carácter negligente[4].-

Existe entre el torturador y el funcionario negligente una relación de garantía -*posición de garante*-, de este respecto de aquel, por cuanto es responsable del pertinente contralor de su obrar mientras está en funciones[5].-

Subordinación al delito de *torturas* (art. 144 ter).-

Surge de la simple lectura que la figura está estructurada de manera *dependiente y supeditada* al tipo penal de torturas, pues requiere su acaecimiento para poder ser intimada la colaboración culposa que estamos tratando.-

Se inicia el relato del artículo indicando *"Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero…"*, y se continúa con la siguiente expresión *"...si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido…"*.-

[2] Rafecas, Núñez, Creus, y Buompadre. Para Donna consiste en un delito de omisión impropia.-

[3] No son muchos los supuestos en los que en el catalogo de fondo se castiga una contribución culposa al hecho ajeno doloso. Aunque como bien se ha señalado *"...no se trata de participación imprudente, sino de supuestos de autoría imprudente…"* (Zaffaroni Raúl Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, en 'Derecho Penal, Parte General', Ediar, 2002, págs. 794).-

[4] En estos términos Núñez define a la figura como *"Omisión funcional culposamente facilitadora del delito de torturas"*, mientras que Creus lo hace como *"Negligencia funcional permisiva"*.-

[5] Buompadre, obra citada, pág. 572. En igual sentido, Estrella-Godoy Lemos, aunque limitándola a los hechos que sucedan dentro de la dependencia o la sede a su cargo, fundando la responsabilidad en la negligencia funcional de contralor de los sujetos activos respecto de los hechos que acontecen en su interior, sea que los ejecutores de la tortura sean funcionarios, subordinados o no, o particulares (obra citada, pág. 143).-

Pero además se necesitará la comprobación judicial previa no sólo de los tormentos, sino también determinar sus responsables[6]. Es que sólo sobre estos extremos se podrá construir la imputación de este ilícito penal, como para sostener la vinculación directa entre el aporte negligente y la tortura que se demanda.-

Localización de los sucesos que caracterizan el tipo penal.-

En cuanto al ámbito espacial en que puede tener lugar el delito, una interpretación literal y abstracta del texto indicaría que podrá ser responsabilizado el funcionario sólo cuando los tormentos que sirven de pedestal al que ahora se analiza, sea cometido *dentro de la repartición* o del organismo a su cargo.-

Pero debe convenirse que tal razonamiento es inadecuado. No se encuentra limitado el tópico en estudio por la enumeración que informa el artículo en cuanto a los sitios. La expresión final "*…o cualquier otro organismo…"* como cierre de la enunciación resulta meramente *ejemplificativa y no taxativa*, siendo que además, sólo califica al sujeto activo de la figura, no operando como un elemento normativo del tipo circunstancial.-

De tal modo, no queda restringida a la tortura que se cometa en esos escenarios, pues sería típica también en aquellos casos en que ésta se aplique en edificios no públicos o aún en móviles oficiales, siempre que el personal subalterno se encuentre cumpliendo funciones[7].-

Relación de causalidad entre la omisión culposa funcional y las torturas.-

Huelga señalar que se descartan los comportamientos practicados con una finalidad particular como ocurre en los delitos dolosos, reiteramos, se trata de un delito *omisivo imprudente*. Siendo así, necesariamente se deberá determinar el nexo entre la negligencia del autor y el resultado lesivo realizado por un tercero subordinado.-

---

[6] En la misma línea, destaca Rafecas que difícilmente pueda caber la imputación sin una sentencia condenatoria donde se verifique el acto material del delito, sus autores, y las circunstancias temporales (autor y obra citada, pág. 215).-

[7] Creus, Rafecas. Este último, menciona como ejemplos las torturas practicadas en plena dictadura cívico militar instaurada a partir del año 76' en sitios que en la jerga se los denominaban "cueva o chupadero". En contra de esta postura Estrella-Godoy Lemos, partiendo de una interpretación literal del texto en la valoración de los sitios enunciados, añadiendo que deberá tratarse de edificios públicos aunque no necesariamente destinados a alojar detenidos (obra citada, pág. 143). Soler alude al funcionario a cargo de cualquier *"organismo que reciba detenidos"* (obra citada, pág. 61).-

Para arribar a la determinación del grado de imprudencia penalmente reprochable, y para poder concluir asertivamente sobre la *influencia directa y relevante* de la omisión culposa funcional, se deberán evaluar armónicamente las circunstancias puntuales del caso, aunque algunos autores logran ver un supuesto de responsabilidad objetiva *(versare in re ilícita)*[8].-

Es para evitar la *peligrosa amplitud autoral* que puede desencadenar[9], que se deberá comprobarse la *relación causal* entre la imprudencia y el delito cometido por un funcionario cuyo controlar debía custodiar[10]. Es equivale a decir que, de un análisis *ex post* de la plataforma fáctica del caso, se permita inferir que si la vigilancia del superior era la debida y los recaudos los necesarios, el delito precedente no hubiera tenido lugar[11].-

En conclusión, como requisitos típicos de la figura se deberá acreditar que:

a) el sujeto activo *omitió prestar* la debida vigilancia o adoptar los recaudos necesarios para evitar la tortura, y

b) como consecuencia de ello, que según las circunstancias del caso, se pueda establecer razonablemente que el hecho *no se hubiera cometido* sin la verificación de aquel déficit.-

Autoría y Participación.-

Retomando la línea anterior, no será posible identificar un propósito intencional contributivo de parte del funcionario a cargo de la dependencia o repartición, de lo contrario podrá confirmarse alguna

---

8 Buompadre, siguiendo a Tozzini.-

9 Creus, pág. 313.-

10 Creus, Soler, Estrella-Godoy Lemos, Núñez, Buompadre, Marín. Afirma Buompadre que la conducta punible consiste en no despegar una debida vigilancia o en no adoptar los recaudos necesarios para evitar un hecho de tortura, cuya ejecución se lleva a cabo por no mediar el control debido por parte del funcionario (obra citada, pág. 571). Indicando que la omisión pone la condición para que se cometa la tortura. Creus, al definir la expresión *"...si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado..."*, explica que las circunstancias de aquel delito deben *demostrar con certeza* que él se perpetró porque su comisión fue permitida por la situación creada en el organismo por las omisiones o directamente a raíz de una específica omisión concreta (obra citada, pág. 313).-

11 Para Rafecas se debe partir de las *reglas de la imputación objetiva* para reducir la atribución de responsabilidad, en tanto esa omisión del sujeto activo –en posición de garante por su calidad- implica una violación al deber de cuidado, que *aumenta el riesgo para el bien jurídico*, el que se concreta con el resultado lesivo. Buompadre y Creus, expresan que la omisión culpable que se requiere, solo será la que de *manera directa* diere lugar a que el delito se cometa.-

hipótesis participativa, o incluso de autoría que comprendan las figuras que han sido tratadas en lo anterior[12].-

Claro está que no se admitirá ningún grado de *participación* criminal en razón del arquetipo de culpabilidad que destaca esta clase de delitos.-

Consumación y Tentativa.-

Se *consuma* el ilícito penal con la ejecución del delito de tortura que sirve de base al presente, que reiteramos es cometido por otros[13].-

No se admite la *tentativa* por las características propias señaladas para esta categoría.-

Jurisprudencia de la CSJN.-

CSJN, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional" (sent. del 30/12/1986, fallos 309:05).-

Al abordar este fallo ya comentado, la Corte introdujo consideraciones en torno al carácter del delito estudiado: considerándolo de omisión imprudente. Estableció el tribunal que mediante el *art. 144 quinto* del Código de fondo, *"...se buscó reprimir la conducta negligente del funcionario que está a cargo del organismo donde se impusieran a personas privadas legítima o ilegítimamente de su libertad, tormentos físicos o sufrimientos psíquicos de gravedad suficiente, y que hubiera dado lugar de modo directo a la comisión de la tortura, 'si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiera cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario'. Esta conducta es culposa porque si se tratare de una omisión connivente, y por lo tanto intencional, haría responder al autor como partícipe necesario del delito de torturas, en razón de la mayor jerarquía punitiva de esta figura (arts. 144 ter y 45, Cód. Penal) pero igualmente el autor*

[12] Puede ser objeto, en caso de darse sus requerimientos típicos ya analizados, de reproche por la comisión por omisión de torturas –art. 144 ter, CP-, o bien, participe de ese delito (Núñez, pág. 161, Creus, pág. 313). Esta última postura se encuadra el fallo que citaremos al final del comentario (309:05, 30/12/1986). También podrá incurrir en la figura del art. 144 cuarto inciso 1º o 2º, según los casos. Se remite a lo expuesto en la oportunidad de abordar estos tipos penales.-

[13] Buompadre, Donna.-

tiene responsabilidad autónoma originada en su omisión, no obstante la vinculación de su delito con el resultado de tormentos…" (Considerando nº 27).-

Lavado de activos

Por **Carlos Reggiani**

Art. 303: ***1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.***

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión."

1. Caracterización

El delito de lavado de activos es una manifestación de la criminalidad organizada transnacional y, como tal, motiva la preocupación de la comunidad internacional, expresada en la producción de estándares normativos que procuran la armonización jurídica global.

Nuestro país no se encuentra al margen de esta influencia irradiada a lo largo de los años, que ha impactado sobre la configuración local del tipo penal de lavado de activos en los distintos momentos históricos.

La tendencia legislativa ha estado signada por la mengua al principio de legalidad con la elaboración de tipos penales difusos, al intentar la represión de este tipo de delincuencia organizada, con la finalidad de limitar el poderío económico de las organizaciones "que terminan controlando sectores de manera mafiosa"[1].

Concepto

El lavado de activos es "el conjunto de operaciones y procedimientos por los que bienes de naturaleza delictiva son incorporados e integrados al sistema económico legal institucionalizado, confiriéndoles apariencia legítima"[2].

La incorporación e integración demanda una acción financiera compleja, sofisticada e inteligente destinada a introducir, de manera disimulada, bienes de origen ilícito al sistema económico formal, con la finalidad de que adquieran apariencia de obtención lícita para su aprovechamiento normal.

[1] Cf. Suárez González, citado por Edgardo A. Donna, en "Derecho Penal. Parte Especial", tomo III, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000.
[2] Breglia Arias – Gauna, "Código Penal y leyes complementarias", tomo II, Astrea, 2001.

Antecedentes legislativos y estándares internacionales

La tipificación penal del lavado de activos en nuestra legislación, encuentra su origen en la Ley 23.737[3]: "Artículo 25.- Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado.

Con la misma pena será reprimido el que comprare, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado.

A los fines de la aplicación de este artículo no importará que el hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero.

El tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descritos en la presente ley. Durante el proceso el interesado podrá probar su legítimo origen en cuyo caso el tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización. En caso contrario el tribunal dispondrá de las ganancias o bienes en la forma prescripta en el artículo 39".

Con esta ley la descripción típica del lavado de activos perfila su fisonomía en consonancia con la preocupación internacional de la época, expresada por la Convención de Viena[4], haciéndolo aún en forma previa a su ratificación formal, producida tiempo después por la Ley 24.072[5] (B.O., 14.04.1992).

---

[3] Boletín Oficial, 11 de octubre de 1989.

[4] Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena (Austria) en 1988. En particular, el artículo 3º prescribe: "1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:[…] b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos…".

[5] Boletín Oficial, 14 de abril de 1992.

La descripción penal se caracterizaba –y diferencia de lo que acontecerá en las posteriores reformas legislativas- por la limitación en la consideración del delito precedente necesario para configurar el lavado de activos: la ley penal aborda el lavado de dinero exclusivamente derivado del tráfico ilícito de drogas.

Esta norma penal fue luego derogada por el artículo 29 de la Ley 25.246[6], cuyo artículo 3º sustituye el texto el artículo 278 del Código Penal, introduciendo la represión del lavado de activos a este cuerpo como una forma agravada del encubrimiento:

"Artículo 278: 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí;

b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

c) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277;

2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito; [Este inciso es observado por el Decreto 370/2000]

3) El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277;

4) Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo podrán ser decomisados".

[6] Boletín Oficial, 10 de mayo de 2000.

Con esta reforma pierde exclusividad el tráfico de drogas como delito precedente, pasando el lavado de dinero a tener por antecedente *un delito* cualquiera. Aquí también la actividad legislativa tiende a poner en armonía la legislación penal nacional con las nuevas normas internacionales surgidas, como lo es la Convención de Palermo[7].

Entorno a la influencia de los instrumentos internacionales citados, no puede obviarse la incorporación de Argentina al FATF-GAFI (Financial Action Task Force - Grupo de Acción Financiera Internacional), organismo creado en el año 1989 con la misión de elaborar estándares internacionales en la materia, condensados en *40 Recomendaciones*[8]. En este sentido, "… el ingreso de la República Argentina al FATF-GAFI […] como miembro pleno dio un impulso decisivo al proceso de estandarización del delito de lavado de dinero en el país. La Ley 25.246 […] es

[7] Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en Palermo (Italia) en 2000. En particular, el Artículo 6 prescribe: "1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados; c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí; d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta; e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante; f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas".

[8] Al respecto, Recomendación 1 (R1) expresa que "Los países deberían tipificar como delito el lavado de activos, en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención de 2000 de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)".

consecuencia directa de la decisión del país de participar de este dispositivo transgubernamental: mediante ella se incorporó por primera vez el delito de lavado de dinero al Código Penal…”[9]

Este poderoso organismo transgubernamental, además de emitir estándares globales, impone exigencias a partir de las observaciones sobre el grado de adecuación normativa local y verificación de cumplimiento efectivo de las normas, surgidas en el marco de procedimientos de *evaluación mutua*.

Una de las consecuencias de este dispositivo de *evaluación* sobre nuestro país[10], fue la reciente derogación del artículo 278 del Código Penal por el artículo 2º de la Ley 26.683[11], cuyo artículo 5º introduce el tipo penal de lavado de activos como nuevo artículo 303 del Código Penal.

Terminología

Para denominar a este fenómeno delictivo encontramos el uso indistinto de términos tales como: “legitimación de capitales”, “blanqueo de bienes”, “blanqueo de dinero o de capitales”, “blanqueo de capitales”, “lavado de dinero”, “lavado de dinero o de activos”, “lavado u ocultación de bienes, derechos y valores”, “lavado de activos de origen delictivo”, “lavado de activo”, “reciclaje de dinero”, entre otras[12].

La expresión “lavado de dinero” es utilizada con mayor profusión en el área latinoamericana por influencia norteamericana, siendo su etimología proveniente de las lavanderías utilizadas por la mafia norteamericana para blanquear o lavar el dinero obtenido del tráfico de la cocaína colombiana junto con el dinero obtenido en dichos establecimientos[13].

---

9 Cf. Juan Félix Marteau, “Lavado de dinero: estandarización y criminalización. Notas para una política criminal contra el crimen financiero en la Argentina globalizada”, Enfoques Nº 7, La Ley Thomson Reuters, 2010.

10 Conforme lo expresan sobradamente las versiones taquigráficas de las sesiones de la Cámara de Diputados (04.05.2011) y Senadores de la Nación (01.06.2011).

11 Boletín Oficial, 21 de junio de 2011.

12 Jorge Eduardo Buompadre, “Tratado de Derecho Penal. Parte especial, 3”, 3º edición actualizada y ampliada, Astrea.

13 César Jiménez Sanz, "El blanqueo de capitales" (2009), Edición electrónica en www.eumed.net/tesis/2009/cjs/

En nuestro país, a partir de la Ley 26.476 (B.O., 24.12.2008) de Régimen de Normalización Tributaria, Promoción y Protección del Empleo Registrado con prioridad en PyMES y Exteriorización y Repatriación de Capitales, se popularizó con bastante difusión en ámbitos profesionales y periodísticos, la utilización de la expresión “blanqueo” para referirse al proceso en virtud del cual los activos no declarados al fisco se integran al sistema económico formal a través de mecanismos institucionales promovidos y legalmente previstos, con la consiguiente normalización de la situación irregular del contribuyente. Este *blanqueo* tiene por objeto dinero *negro*, es decir, opera sobre el producto de una actividad inicialmente lícita (el ejercicio del comercio, por ejemplo) fugado del control del fisco. En tanto, la referencia al proceso de *lavado* supone la introducción de dinero *sucio*, el producto de una actividad necesariamente sancionadas penalmente[14].

Bien jurídico

Entorno a las anteriores y derogadas normas penales, existían diversas interpretaciones doctrinarias con respecto al tema, relacionando esta figura penal con lesión de la salud pública, de la administración de justicia y, aún, del orden socioeconómico[15].

A partir de la ley 26.683 que incorpora al lavado de activos en el artículo 303, bajo el nuevo Título XIII -Delitos contra el orden económico y financiero- del Libro II del Código Penal, el bien jurídico es “orden económico y financiero”[16].

Surge de la voluntad de legislador una pauta hermenéutica sobre el bien jurídico objeto de protección al reprimir el lavado de activos: “… la calificación de lavado de dinero como un delito contra la administración pública –es decir, la calificación de un accionar que tiende a perjudicar, dañar o poner en peligro la administración pública o, más concretamente, la administración de justicia- se muestra a todas luces escasa en su determinación, porque este tipo de actividades daña o pone en peligro todo el orden económico y financiero de un país. Es claro que el lavado de activos

[14] Juan Félix Marteau – Carlos Reggiani, “Del blanqueo de capitales al lavado de dinero”, La Ley Online, Diciembre 26, 2008.
[15] Jorge E. Buompadre, ob. cit.
[16] La inclusión de este bien jurídico es una novedad ya que no se encontraba contemplado con anterioridad en nuestra legislación penal.

produce modificaciones en los mercados económicos y financieros de un país y genera graves riesgos para la estabilidad, habida cuenta de los montos que se manejan […] lo cual produce un desequilibrio muy grande en las finanzas nacionales de los países, poniendo en riesgo su estabilidad…”[17].

Asimismo, se ha entendido que, además de afectar la estabilidad del sistema financiero, las acciones de lavado de activos lesionan el desarrollo económico y la libre competencia: “El principio de libre competencia se fundamenta en el concepto de confianza, que es uno de los pilares sobre los cuales descansa la economía de mercado y el desarrollo económico. Pero el objetivo de la criminalidad organizada es infiltrarse en la economía legal y lograr mercados monopólicos que eliminen la libre concurrencia, lo cual es uno de los principales riesgos de los mercados controlados por una organización criminal. Si los gobiernos no pueden controlar el lavado de dinero, estos mecanismos aparentemente legales controlados por organizaciones criminales pueden afectar la demanda de dinero, convirtiendo la tasa de interés y de cambio de los países en vías de desarrollo en altos índices de volatilidad y causando inflación.”[18]

Se trata de un bien jurídico supraindividual o colectivo, cuya afectación opera en desmedro de la estabilidad, seguridad y desarrollo económico-financiero formalmente instituido.

Sujeto activo.

El delito de lavado de activos no exige ninguna cualidad en el sujeto activo, por lo que toda persona puede cometer el delito.

Con anterioridad a la reforma de la ley 26.683 se consideraban excluidos quienes hubieran participado del delito precedente, como expresión del privilegio de autoencubrimiento.

[17] Versión taquigráfica del 4 de mayo de 2011 de la Cámara de Diputados de la Nación.
[18] Ricardo Pinto - Ophelie Chevalier, “El delito de lavado de activos como delito autónomo (Normativa de la República Argentina e Internacional) Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria (2002), JA 2002-III-1340.

Tipo objetivo

El tipo objetivo consiste en transformar bienes provenientes de un ilícito penal y darle una apariencia lícita[19].

Las acciones típicas consisten en convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular y, de cualquier modo poner en circulación.

Existe consenso en cuanto al significado de los siguientes verbos típicos[20]:

- Convertir: convierte quien transforma, cambia, muda una cosa. La acción supone el cambio de un bien obtenido de la comisión de un delito por otro de naturaleza distinta.

- Transferir: transfiere quien cede un bien a un tercero a cualquier título. La transferencia de la cosa comprende tanto su transmisión a terceras personas como su traslado de un lugar a otro;

- Administrar: administra quien tiene el gobierno y la dirección del dinero o de los bienes obtenidos ilícitamente. El giro lingüístico, en este caso, abarca tanto el cuidado como el manejo de estos objetos;

- Vender: vende quien transmite a otro un bien a título oneroso;

- Gravar: grava el bien quien constituye sobre él un derecho real de garantía (por ejemplo, prenda o hipoteca).

- Disimular: disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es[21].

[19] Cf. Edgardo A. Donna, ob. cit.
[20] Seguimos a José Daniel Cesano, "Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 2007, 2, con cita a Jorge E. Buompadre, "Lavado de dinero" en: Daniel Pablo Carrera y Humberto Vázquez (Directores), "Derecho penal de los negocios", Ed. Astrea, Bs. As., 2004, y Andrés José D'Alessio (Director) – Mauro A. Divito (coordinador), "Código penal. Comentado y anotado. Parte especial", Ed. La Ley, Bs. As., 2004.
[21] Cf. Real Academia Española (www.rae.es).

Con respecto a esta acción típica, es menester destacar que, a diferencia de las anteriormente señaladas, constituye una novedad en el tipo penal diseñado por la ley 26.683, ya que no encontraba prevista en el derogado artículo 278 del Código Penal (conf. ley 25.246).

En la Convención de Palermo de 2000, en el artículo 6º, emplea el término *disimular* como propósito de la acción (… la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes…), a diferencia de la Convención de Viena de 1988 que en igual sentido, en el artículo 3º, utiliza el término e*ncubrir* ("…la conversión o la transferencia de bienes […] con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes…)[22].

- Poner en circulación: la expresión "*de cualquier otro modo pusiere en circulación"* supone la ejecución de toda forma de *movimiento de los productos, monedas, signos de crédito y, en general, de la riqueza*[23].

Al igual que el derogado artículo 278 del Código Penal, también el artículo 303 consagra un tipo penal abierto que con esta fórmula pretende abarcar todas las modalidades de comisión posibles[24].

En este sentido, el delito de lavado de activos no escapa de la crítica general que pesa sobre la estructuración legislativa de las figuras delictivas de la criminalidad económica, caracterizada por la

[22] Esta utilización distinta en ambas convencionales ha permitido a alguna doctrina a fundar la represión del *autolavado* como conducta distinta del encubrimiento del delito. Así, el "concepto encubrir implica la acción dirigida a lograr que el crimen cometido o sus consecuencias queden impunes en cuanto no pueda ser aprehendido el criminal y no pueda ser secuestrado el botín obtenido. En cambio el concepto de disimular si bien puede ser entendido como encubrir se diferencia de éste toda vez que no abarca únicamente el concepto clásico del delito de encubrimiento, sino la obstrucción del descubrimiento del origen de una cosa, en el tema en análisis del origen ilícito de los bienes", y reafirmar que "en la actualidad se busca redactar las normas de forma tal que se pueda efectuar un juicio de reproche por el lavado al autor del hecho previo. Al desaparecer el verbo encubrir no hay razón para sostener que se esta penando el encubrimiento del delito propio, toda vez que no se castiga el auto encubrimiento sino la posterior conducta de disimular" (Pinto – Chevalier, ob. cit.).

[23] Conforme la acepción económica del significado de "circulación" de la Real Academia Española, www.rae.es.

[24] Así se sostenía con respecto al empleo del verbo "aplicar" -de cualquier modo- en el tipo penal de la ley 25.246, como género que comprendía entre sus especies a las otras acciones descriptas (Andrés José D'Alessio (Director) – Mauro A. Divito (coordinador), "Código penal. Comentado y anotado. Parte especial", La Ley, Bs. As., 2004).

devaluación de categorías esenciales que son presupuestos tradicionales en el derecho penal nuclear, como lo es la de tipicidad[25].

En cuanto al objeto material del delito lo constituyen los "bienes provenientes de un ilícito penal".

Coinciden las convenciones citadas que *bienes* son los "activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos" [26].

Estos bienes pueden ser el objeto material del delito precedente -"los bienes originarios"- o ser un producto derivado de este -"los subrogantes".

La expresión "provenientes de un ilícito penal" vino a reemplazar a "provenientes de un delito" conforme establecía el artículo 278 del Código Penal. Se entendió que ello elimina la posible discusión en torno a si debería requerirse sentencia condenatoria para su prueba o si, por el contrario, resulta suficiente la mera acreditación de un injusto que, como concepto de delito en abstracto, satisfaga la exigencia típica[27].

El ilícito penal precedente puede ser de cualquier naturaleza y gravedad[28].

Se fija un límite cuantitativo como requisito: la figura establece que el valor de los bienes debe superar la suma de 300.000 pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

---

[25] José Daniel Cesano, "Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 2007, 2.

[26] Definición adoptada por la Convención de Viena, artículo 1, inciso q, y por la Convención de Palermo, artículo 2, inciso d.

[27] Francisco J. D'Albora (h), La nueva ley de lavado de dinero, www.fapla.org.ar

[28] Jorge E. Buompadre, ob. cit.

La suma fijada como entidad económica del ilícito refleja el umbral -predispuesto en abstracto según el criterio del legislador- de afectación o, al menos, peligro cierto del bien jurídico orden económico y financiero.

Anteriormente -siendo el lavado de activos especie de encubrimiento- también se establecía un monto (de 50.000 pesos), lo que resultaba objeto de críticas en tanto cualquiera fuese la suma involucrada, el requisito no se compadecía en absoluto con la naturaleza del bien jurídico administración de justicia[29].

Que se realice "por la reiteración de diversos hechos vinculados entre si", supone receptar legislativamente una práctica habitual en el ciclo de lavado de activos[30], consistente en el fraccionamiento de las operaciones a los efectos de evitar la atención y operatividad de los controles propios de las operaciones que involucran grandes sumas de dinero.

Tipo subjetivo

El delito de lavado de activos es doloso, no admite la culpa[31].

El autor debe saber el origen ilícito de los bienes y, además, tiene que tener por fin que los bienes adquieran la apariencia de tener un origen lícito, con lo cual se exige el dolo directo[32].

Es un delito de intención orientado subjetivamente hacia un fin concreto[33].

---

29 Jorge E. Barral, ob. cit.

30 Usualmente, se identifican como etapas del proceso de lavado: la introducción –colocación, inserción, sustitución–, la transformación –estratificación o diversificación– y la integración –inversión.

31 Existen antecedentes legislativos más remotos que demuestran que el obrar culposo había sido objeto de represión penal por el legislador (*El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito*), no así por el Poder Ejecutivo que vetó la formula al momento de promulgación de la ley 25.246, mediante el Decreto 370/2000. En la ley 26.683 no existió intento de represión en este sentido.

32 Cf. Edgardo A. Donna., ob. cit.

33 Cf. Jorge E. Buompadre, ob. cit.

Consumación y Tentativa

El delito de lavado de activos se consuma cuando se ejecutan las acciones típicas sobre los bienes de origen ilícito con aptitud suficiente para que se produzca como resultado la posibilidad de que éstos adquieran apariencia de origen lícito.[34]

Al ser acciones que son siempre de resultado, admite la tentativa[35], con las "dificultades propias que derivan de su carácter de delito de peligro concreto y de las que habitualmente se presentan en orden a la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos"[36].

Agravantes

La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

El artículo 303, inciso 2, se ocupa de las modalidades agravadas, elevando en un tercio del máximo y la mitad del mínimo "la pena prevista" en el inciso 1 (pena de prisión de 3 a 10 años y pena de multa de 2 a 10 veces el monto de la operación).

Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

En cuanto a la habitualidad, nuestro Código Penal no contiene definición al respecto. Para la Real Academia Española[37], *habitualidad* es la cualidad de habitual; *habitual* es lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito, y *hábito* es un *modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas.*

[34] Cf. Jorge E. Barral, ob. cit.
[35] Edgardo A. Donna, ob. cit.
[36] Jorge E. Barral, ob. cit.
[37] Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, www.rae.es

La idea de habitualidad llevada a la aplicación práctica enfrenta una reñida convivencia en nuestro sistema penal con dos principios supralegales: el principio de inocencia indicaría que para someter al autor a la pena agravada por habitualidad en la realización del hecho, debería requerirse la prueba de condena firme anterior por delitos de lavado de activos pero, a su vez, si se toma en cuenta la condena anterior para la acreditar la habitualidad, se violaría el principio non bis in idem.

La habitualidad debe estar desprovista de toda connotación con el Derecho Penal de autor[38].

Otra agravante se configura cuando el autor realiza el hecho como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza.

La idea de "asociación o banda" remite al artículo 210 del Código Penal que describe a la asociación ilícita como una organización compuesta por *tres o más personas destinada a cometer delitos en forma indeterminada*.

En esta modalidad agravante, el legislador se estaría refiriendo a una asociación de tres o más personas formada para cometer delitos de lavado de activos en forma continuada.

El tipo de organizaciones criminales a las que se alude la norma –en consonancia con la preocupación global por luchar contra la criminalidad organizada- son a aquellas "organizaciones que están asesoradas por profesionales que obtuvieron los mejores promedios en las mejores universidades del mundo; que reclutan su gente entre las personas más altamente capacitadas; que tienen a su disposición la tecnología más avanzada para realizar sus operaciones. Y, lo que es más grave […], nos encontramos ante organizaciones que no están en contra del sistema, sino que se hallan dentro de él y lo usan aprovechando las facilidades que el contexto legal les da, a partir, obviamente, de las lagunas que aquél presenta"[39]

Se requiere que la banda esté formada para cometer delitos de lavado de activos con continuidad, descartando la ejecución de operaciones en forma aislada u ocasional.

---

[38] Edgardo A. Donna, ob. cit.
[39] Cf. Llerena, *Lavado de dinero y sus antecedentes en la República Argentina*, "Revista de la Escuela Nacional de Inteligencia", 1998, núm. extraordinario, citada por Jorge E. Buompadre, ob. cit.

Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

El agravamiento se produce por la calidad de funcionario público del autor, y se equipara al que actúa en ejercicio de una profesión u oficio reglado por el Estado.

Receptación

El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

La norma refleja de manera casi textual[40], las previsiones del inciso 3[41] del artículo 278 del Código Penal, pero lo hace, en un nuevo contexto, generando incongruencias e imprecisiones. El legislador ha intentado profundizar la escisión del lavado de activos con respecto al encubrimiento, eliminando la remisión a las reglas del artículo 277 del Código Penal, aunque conserva la misma escala penal y tipo de pena.

Se trata de quien recibe los bienes que provienen de un ilícito penal para hacerlos aplicar por otro en una operación de lavado de activos.

En tal sentido, constituiría un intento de tipificación autónoma de un acto preparatorio de lavado -si es que el valor de los bienes recibidos supera la suma de 300.000 pesos-, en concurso

[40] Al punto que reitera el verbo "aplicar" que era utilizado y guardaba relación con el artículo 278, 1. a) que reprimía el lavado de activos, expresión que fue abandonada en el tipo penal de la Ley 26.683. En igual sentido, habla de "dinero u otros bienes".

[41] "El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277".

aparente con el delito consumado de algunos tipos del artículo 277[42], en particular, con el inciso 1, c. (*Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: [...] Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito…*), que ni siquiera requiere de la finalidad específica.

Figura atenuada

Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

Con respecto a este supuesto, la ley 26.683 también sustituyo la remisión a “reglas del artículo 277” que preveía el artículo 278, disponiendo, en forma directa, la misma escala penal de 6 meses a 3 años de prisión, si el valor de los bienes de la operación de lavado no supere la suma de 300.000 pesos, introduciendo de esta manera la figura atenuada de lavado de activos.

Pareciera arrastrarse un defecto en la técnica legislativa de la reforma. La remisión que sugería el artículo 278 a las reglas de encubrimiento encontraba justificación razonable en tanto el lavado de activos era un encubrimiento agravado.

El mantenimiento de la vigencia de la norma parece ser producto de la voluntad de legislador de evitar despenalizaciones. En este sentido, se dijo: “…En cuanto al monto como condición objetiva de punibilidad del tipo penal, lo hemos llevado al orden de los 300 mil pesos. Está claro que nosotros no entendemos que lo que quede por debajo de los 300 mil pesos no debe ser punible. Después se incluye otro inciso con una pena menor para el lavado de montos inferiores a ese valor. No queremos generar un espacio de impunidad donde haya una franja de hechos por debajo de determinados montos que no queden perseguidos penalmente o investigados, pudiendo de este modo fomentar el lavado de dinero…”[43].

La norma es incongruente con la idea del lavado de activos como delito del crimen organizado que atenta contra el orden económico y financiero.

[42] Cf. Jorge E. Barral, ob. cit.
[43] Versión taquigráfica del 4 de mayo de 2011 de la Cámara de Diputados de la Nación.

La cuantía de las operaciones de lavado de activos –más allá de la valoración que se haga sobre la suficiencia o insuficiencia del monto fijado para su configuración- es un umbral a partir del cual pueda valorarse la posible afectación concreta del bien jurídico. Cuesta imaginar cómo una operación financiera de 10.000 pesos pueda lesionar el orden económico y financiero.

Extraterritorialidad

Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

Consagra la extensión del principio de extraterritorialidad de la ley penal, fundada en el carácter transnacional de estos delitos y en el marco internacional de ayuda mutua.

Si bien, la norma encuentra justificación lógica, puede ser fuente de conflictos de competencia y, asimismo, considerada transgresora del principio non bis in idem.

Particularidades de la figura

En el artículo 303 se elimina del tipo penal el presupuesto negativo que contenía el artículo 278 en relación con el delito previo: “en el que no hubiera participado”, por lo cual ahora el autor o participe del delito precedente puede serlo también del delito de lavado de activos.

Con esta limitada técnica legislativa se procedió a la represión del autolavado[44] de activos, es decir, de la conducta posterior a la ejecución de un ilícito penal previo, desarrollada por el mismo autor, con la finalidad de disimular la ilicitud del origen de los bienes obtenidos.

[44] Conforme la expresión empleada por el legislador: “… mejorar la tipificación y la estructura legal, para que la Argentina pueda combatir el delito en forma efectiva, el lavado y el *autolavado* de dinero…” (Versión taquigráfica de la Cámara de Diputados).

Sintéticamente, se argumenta en favor de incriminar el autolavado que "el desvalor en la conducta del lavado de dinero tiene un plus que escapa a la figura previa, un afán de lucro tendiente a la supervivencia de la empresa criminal que no siempre está presente en el hecho previo. Y aun cuando el lucro esté presente en la conducta previa, el desvalor del lavado de activos va más allá en tanto implica conductas reiteradas en el tiempo con el objetivo de fortalecer a la organización de una empresa criminal con apariencia de licitud, que va a disputar al Estado la razón misma de su existencia. Va de suyo pues que esta maniobra en la cual participa activamente el autor del hecho previo tiene un desvalor que no puede considerarse incluido en el delito previo"[45]

Conforme se encuentra redactada la norma, es pasible de recibir serios cuestionamientos constitucionales acerca de la legitimidad de la sanción, en tanto se castiga a quien ha intervenido anteriormente en un hecho delictivo por el cual obtuvo una ganancia ilícita, y luego se lo vuelve a sancionar por intentar dar a esa ganancia ilícita una apariencia de legalidad.

En este sentido, las objeciones constitucionales serían: "en primer lugar, la que tiene que ver con la sanción de los actos posteriores copenados en la ilicitud principal. Vale decir, junto a la sanción de un hecho ilícito se castigan todos los actos que, con posterioridad a la consumación, lo único que hacen es agotar la conducta precedente. A modo ilustrativo, con la punición del acto del robo está implícito todo lo que ulteriormente haga el autor con el objeto sustraído, y no se lo volverá a penar por otro delito porque, por ejemplo, haya destruido la cosa. A nadie se le ocurriría condenarlo por el delito de robo (art. 164 del Código Penal) más el de daño (art. 184 del Código Penal), ya que la primera sanción punitiva contiene la previsión absoluta de las etapas posteriores. De esta manera, se estaría sancionando al autor dos veces por el mismo hecho, en contraposición a la garantía constitucional que impide el doble juzgamiento y la doble imposición penal por un mismo hecho delictivo. En segundo lugar, la objeción constitucional se enmarca dentro de la invalidez de amenazar con una nueva respuesta punitiva a quien trata de evitar que lo descubran en la previa comisión delictiva, o en usufructuar el producto del ilícito perpetrado, pues, de tal modo, se lo colocaría en una situación en la cual se lo estaría obligando a declarar contra sí mismo, ya que, de lo contrario, cualquier operación con el producto obtenido por el acto delictivo previo implicaría una nueva actividad ilícita atrapada en esta norma penal"[46]

[45] Pinto – Chevalier, ob. cit.
[46] Alejandro Tazza, "El nuevo tipo penal de legitimación de activos", EDLA, Nº 12 (2011-B).

El legislador no logró, en la letra de esta norma penal, expresar con precisión todos los elementos que completan el hecho prohibido[47] distinto y extraño al delito previo, lo que debió haber hecho en observancia de la máxima taxatividad penal exigida por derivación del principio de legalidad y, asimismo, en salvaguarda de las garantías constitucionales de prohibición de autoincriminación y non bis in idem.-

[47] Tales como, la instrumentación de sofisticas operaciones financieras, el propósito de convertir los activos en lícitos -no solo "la consecuencia posible" de que ocurra- que trasciende el mero aprovechamiento de los efectos del delito previo, eliminar –al menos como especie de lavado de activos- las operaciones de montos insignificantes para el bien jurídico orden económico y financiero

Usurpación

Por **Jonatan Robert**

Art.181: ***"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:***

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

1.- Origen y Evolución Histórica:

En el art. 181 se hayan previstos los delitos de usurpación de propiedad, en la modalidad conocida como despojo, alteración de términos o limites y la turbación de propiedad.-

Bien puede afirmarse –a modo de introducción- que los delitos enunciados acompañaron los diversos momentos históricos de nuestro país. Así y remontándonos dos siglos atrás en el tiempo, se encuentra la labor realizada por el Dr. Carlos Tejedor, la cual fue culminada entre los años 1865 y 1868[1]. En la misma puede situarse el primer antecedente de dichos ilícitos, los cuales estaban consagrados en los arts. 326 y 327 del denominado "Código Tejedor". El primero de ellos expresaba:

> "El que empleando violencia despoje a otro de una cosa raíz, o de uso, usufructo o servidumbre que en ella goce, sufrirá un año de prisión y multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes, según la cantidad de lo usurpado, y la calidad de la violencia. Si el despojo se cometiere por

[1]Cfr. Abelardo Levaggi, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978, 184.-

> fraude o astucia, la pena correspondiente será arresto de uno a tres meses, sin perjuicio de la pena pecuniaria”[2];

mientras que el segundo disponía:

> “En la misma pena de uno a tres meses de arresto, y multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes incurrirá el que para cometer usurpación destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades[3]”.-

Dichos artículos reconocían sus fuentes en el derecho extranjero; así en la nota del art. 326 se citaban como antecedentes los arts. 337 del Código Penal peruano y el 440 del Código Penal español[4]. En este aspecto se señalaba también en la misma:

> “Lo que el Código llama en este Capítulo usurpación, dice Pacheco, se ha llamado por lo común, despojo en nuestras leyes, y por nuestra practica ordinariamente se ha visto como un punto civil, y se ha reparado con la restitución preferentemente, y ante *omnia*, al que lo sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parécenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad publica. Si se obra sabiendo que en efecto es ajeno el derecho o el inmueble no hay necesidad de otra reflexión para convencer de lo que indicamos; aun cuando se obre, y se le usurpe, teniéndole por propio, siempre se comete un atentado con sustituirse a la acción de la justicia”[5].

Por su parte, en la nota del art. 327 se observaba que dicho precepto tiene como antecedentes los arts. 338 del Código peruano, 442 del Código español, 389 y 456 del Código francés, 178 y 181 del Código austriaco, 386 del Código de Baviera, 428 del Código napolitano, 267 del Código brasilero y 689 del Código boliviano. Luego de dicha enumeración se expresaba en la misma:

---

[2]Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, *Digesto de codificación penal argentina*, A-Z Editora, Madrid –España-, 1996, I, 271/272.-

[3]Zaffaroni y Arnedo, *Digesto*, I, 272/273.-

[4]El art. 440 del Código Penal español rezaba: “Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá además de las penas en que incurra por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 20 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 20 a 200 duros”; mientras que el art. 337 del Código Penal peruano establecía: “El que empleando violencia, despoja a otro de la posesión una cosa raíz, o del uso, usufructo o servidumbre que en ella goce, sufrirá reclusión en primero o segundo grado, y multa de veinte a doscientos pesos, según la entidad de lo usurpado y la calidad de la violencia. Si el despojo se verificare en cuadrilla, se aplicará el máximun de la multa y reclusión en tercer grado. Si se cometiere sin violencia y solo por fraude o astucia, la pena corporal será arresto mayor en tercero o cuarto grado” (Alejandro D. Groizard y Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870, comentado y concordado*, Esteban Hermanos Impresores, Salamanca –España-, 1896, VI, 383/384).-

[5]Rodolfo Moreno (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, V, 268/269.-

> "Este delito es quizás el primero de los pueblos antiguos. *Non assunes et transferes*, decía el *Deuteronomico*, términos *proximi tui quosfxerant priores in posessionetua*. La ley romana distinguía en este hecho muchos delitos diferentes según la situación de agente y el fin que se proponía. Cuando el agente tenía por objeto agrandar su heredad, el delito se consideraba grave y se castigaba con la relegación. Si solo había querido quitar a su adversario una prueba, la pena era arbitraria. Si se proponía dañar puramente sin provecho propio, la pena era pecuniaria. Si no tenia en fin otro objeto que apoderarse de los materiales mismos se distinguía el caso de saber que eran mojones o no: en el primero, la pena era la del hurto; en el segundo azotes. La acción criminal no se daba, dice Voet, sino contra el que removía los mojones con dolo malo"[6].-

Con el devenir del tiempo e "incorporando algunas reformas al Proyecto de 1906, y recogiendo antecedentes del proyecto de 1891, Rodolfo Moreno (h) concluyó en 1917 un proyecto cuyo contenido fue la base del Código posteriormente sancionado en 1921"[7]; este fue incorporado a la legislación nacional mediante Ley 11.179, sancionada el 30/09/1921, siendo finalmente promulgada el 29/10/1921 –B. O. del 03/11/1921-; entre los delitos contra la propiedad –y tal como se halla ubicado en la actualidad, en un capítulo autónomo- se encontraba el art. 181, el cual estipulaba:

> "Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1° El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2° El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3° El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión de un inmueble."[8].-

En el año 1968 y mediante el Decreto-Ley 17.567 –sancionado el 06/12/1967, promulgado el 06/12/1967 y publicado en el B. O. del 12/01/1968- se incorporan -por el art. 1 de dicha norma- reformas al articulado penal; en lo que respecta ya concretamente ala temática en estudio, el artículo donde se encontraban previstos los delitos de usurpación, constaba de dos incisos y quedaba redactado de la siguiente forma:

> "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: *1.* El que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.*2.* El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo. La pena será de un mes a dos años cuando, con violencia o amenazas se turbare la posesión o tenencia de un inmueble."-

[6]Zaffaroni y Arnedo, *Digesto*, I, 434/435.-
[7] Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*, -reimpresión-, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, 21.-
[8]Jorge Luis Marín, *El Código Penal Argentino*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, 251/252.-

Como bien puede apreciarse se aumenta la escala penal –tanto en el mínimo como en el máximo-; se incorporan nuevos medios comisivos, como ser *"las amenazas y la clandestinidad"*; por otra parte se amplía la acción –típica-, incorporando diversas modalidades de comisión, habida cuenta que el despojo podría consumarse "*invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes"*, asimismo se establece que éste podría ser *"total o parcialmente"* –clara referencia a la extensión que podía abarcar el despojo en referencia al inmueble objeto de este delito-. Otra cuestión importante fue la supresión de la enumeración –taxativa- de las situaciones que tutelaba, siendo reemplazada por la expresión "*o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él"* –claro está, respetando a la posesión o tenencia vinculada a un inmueble-, con lo cual se establece una necesaria remisión al texto del Código Civil, más precisamente al art. 2503, donde se encuentran estos enumerados.-

Por otra parte, lo que otrora configuraban dos incisos se fusionan en uno con algunas modificaciones: si bien no cambia la figura de alteración de términos o límites –conserva la redacción del texto anterior-, en el caso de la turbación de la posesión, se mantiene la penalidad prevista en la Ley 11.179, a la vez que se incorpora un nuevo supuesto de protección legal: la turbación de la tenencia de un inmueble.-

No habiendo transcurrido siquiera tres años de la reforma antes mencionada, el Código Penal sufrió otra; en este caso mediante la Ley 18.953 –sancionada el 17/03/1971, promulgada el 17/03/1971 y publicada en el B.O. del 18/03/1971- se incorporó el art. 181 bis el cual preveía una agravante de la figura básica, la cual rezaba:

> "La pena será de uno a cuatro años de prisión si el despojo o la turbación se cometiere en perjuicio de alguna administración pública, o por más de diez personas".-

Por medio de la Ley 21.338 –sancionada el 25/06/1976, promulgada el 25/06/1976 y publicada en el B.O. del 01/07/1976, en el marco de un gobierno de facto, claro está- se modificaba otra vez el articulado del Código, volviendo a regir en la materia el texto del art. 181 incorporado por el Decreto-Ley 17.567, con la única diferencia que aumentaba el mínimo de pena previsto de seis meses a un año de prisión. Además de ello, se incorporaba el art. 181 bis el cual se encontraba redactado de la siguiente forma:

> "La pena será de dos a cuatro años de prisión si el despojo o la turbación se cometiere en perjuicio: 1º De alguna administración pública o de sus organismos descentralizados o autárquicos, empresas o sociedades del Estado o de propiedad del Estado, aunque fueren de capital mixto o con participación estatal o cualquiera otra forma económica de organización del Estado. 2º De una empresa o establecimiento que tenga a su cargo un servicio público esencial. 3º De una empresa o establecimiento comercial, industrial, educativo o de asistencia hospitalaria, o el hecho fuere cometido por más de diez (10) personas. Si mediare violencia, amenazas u otra forma de coerción sobre las personas que no participen en el despojo o turbación, la pena será de dos a seis años de prisión, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado".-

Si bien el artículo antes transcripto difiere –ampliamente- del incorporado por la Ley 18.953, establecía diversas agravantes de las figuras básicas de despojo y turbación –no así en torno a la figura de alteración de términos o límites, si se quiere, manteniendo el espíritu de la norma 18.953- fundadas en razón del lugar de comisión, el número de participantes o los medios comisivos empleados respecto de sujetos que no tomen parte en dichas conductas. En el último párrafo, contemplaba un aumento de la escala penal en atención a la motivación o finalidad buscada con dichos actos.-

De la mano con la vuelta de la democracia y como fruto de la actividad del Congreso se encuentra la Ley 23.077 –sancionada el 09/08/1984, promulgada el 22/08/1984 y publicada en el B.O. del 27/08/1984- por la cual se derogaron varios artículos y leyes dictadas durante el último gobierno militar, entre ellas, la 21.338; con esto recobraba vigencia la redacción del Código Penal conforme Ley 20.509 –con algunas modificaciones-, por lo que comenzaba a regir nuevamente el art. 181 oportunamente redactado por el Dr. Rodolfo Moreno (h). Con esta reforma, el mayor cambio resultaba ser la ausencia del texto de la norma de las amenazas y la clandestinidad como medios comisivos –en el inciso 1º-, al volver texto primigenio.-

Por ultimo y mediante la Ley 24.454 –sancionada el 08/02/1995; promulgada el 02/03/1995 y publicada en el B.O. del 07/03/1995- se modifica nuevamente el art. 181, quedando redactado de la siguiente forma:

> "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble".-

Con ello se volvía a una redacción similar a la incorporada por la Ley 21.338 -la cual recogió las principales innovaciones que afloraron en el Decreto-Ley 17567- siendo la única diferencia la escala penal, habida cuenta que la segunda de las leyes referidas preveía un mínimo de un año de prisión, mientras que el texto vigente lo fija en seis meses.-

INCISO 1º: EL DESPOJO:

2.- Bien Jurídico Protegido. Determinación y Alcances:

Habida cuenta que el delito de usurpación de propiedad se encuentra ubicado dentro del Título VI –Delitos contra la Propiedad- del Libro Segundo del Código Penal, será más que claro que el objeto de tutela de dicho ilícito estará vinculado a la propiedad; sobre el tópico resulta por demás ilustrativa la conceptualización realizada por Sebastián Soler quien sostiene que:

> "se incurre en un error al referir el concepto de propiedad al de dominio, definido por el C. Civil, porque en nuestro derecho existe un concepto jerárquicamente superior, porque es constitucional, de acuerdo con el cual esa expresión tiene un significado positivo y vigente más amplio, cual es el del art. 17 de la Constitución Nacional, dentro del cual no solamente están comprendidos los derechos dominiales, sino también, según la interpretación reiteradamente afirmada por la Corte Suprema, los créditos, los derechos a percibir futuras cantidades, el derecho a percibir una renta equitativa, etcétera. En este sentido, se habla de derecho de propiedad como de un verdadero derecho que se ejerce por el sujeto con relación a cada uno de los bienes que están en su patrimonio. De lo cual se deduce que, en este caso, el sentido del título es semejante al que en muchos otros casos usa la ley, cuando se refiere al derecho vulnerado y no a la cosa o al bien mismo que es término de ese derecho. Porque el patrimonio no es un derecho, así como no lo es la persona: "es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos"[9].-

La letra del inciso 1°sostiene que se castigará a quien *"despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él"*; así, y en base a lo plasmado, se puede afirmar que el bien jurídico protegido estará dado por el uso y goce pacifico de un inmueble, representado ello en el ejercicio de la posesión, tenencia o de los derechos reales a los cuales realiza una remisión dicho precepto. Así, corresponde afirmar que no se protegerá a quien sea titular de ellos –es decir, a quien detente el derecho a la posesión, tenencia o a poder ejercer un

[9] Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, 4º edición, 10º reimpresión –parte especial-, Tea, Buenos Aires, 1992, IV, 175/176.-

derecho real previamente constituido-, sino a quien lleve adelante un efectivo ejercicio de las facultades que emergen de los mismos y luego se vea privado de ellos de la forma como lo dispone la letra leguis.-

Así, la jurisprudencia se ha pronunciado afirmando que "el bien jurídico protegido en el delito de usurpación no es el nudo derecho de propiedad, sino la tenencia o posesión de hecho"[10]. En base a ello, será indistinto -a los efectos de la protección penal- que la persona posea o no título, ya que lo fundamental será que se halle efectivamente detentando la posesión, tenencia o se encuentre ejerciendo un derecho real –lo cual implicará una determinada conducta por parte del sujeto que se encuentre gozando de ellas, y permitirá demostrar dicha circunstancia-[11].-

De esta forma, corresponde reafirmar que a los efectos penales, será indistinto que la posesión o tenencia reposen en un título, o en su caso, que éste resulte legítimo. Ello es consecuencia directa de la enunciación contenida en la norma penal; sobre el tópico, Sebastián Soler afirma:

> "La legislación italiana hace referencia a la posesión *pacífica*, con lo cual se distingue el mero hecho de tener la cosa, del hecho de tenerla *legítimamente*. Para nosotros, la situación es semejante, puesto que la ley se refiere a la mera tenencia. Basta, por lo tanto, la existencia de un poder de hecho y consolidado sobre la cosa. El único que no reviste ese carácter es el poder adquirido por despojo del poseedor, mientras éste se encuentra autorizado para repeler la invasión o para recobrar el bien de propia autoridad, de acuerdo con el artículo 2470 del C.C."[12].

En sintonía con lo expuesto por el gran maestro se encuentran Laura Damianovich y Héctor F. Rojas Pellerano, quienes afirman que "la tutela penal se aplica a la posesión real y efectiva, ejercida con prescindencia del derecho o título; por ello comprende tanto la posesión legítima como la ilegítima, sea ésta de buena o mala fe o viciosa"[13]. De esta forma, el análisis deberá centrarse principalmente en la relación que exista entre la persona y el bien inmueble, pasando a un segundo plano el estudio del título

[10] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en marco de los autos "Bertrin Bolbarán, Carmen R.", del 20/09/89; de esta forma se pronunció también el mencionado Tribunal en el marco de los autos "Ogando, Alberto B.", del 07/10/02.-

[11]En este sentido, Jorge Luis Gallegos –*El delito de despojo de la tenencia o de la posesión*, Depalma, Buenos Aires, 1952, 20- supo sostener que "…el solo derecho a la tenencia o la posesión no hace viable la acción penal. Esta protege el ejercicio de esos derechos".-

[12]Soler, 525/526.-

[13]Laura Damianovich y Héctor F. Rojas Pellerano, "art. 181", en Ricardo Levene -h.- (dir.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Zavalía, 1978, Buenos Aires, 365; en este sentido también se pronunció Jorge E. Buompadre, *Derecho Penal, Parte Especial*, Mave, Buenos Aires, 2000, II, 256, entre otros.-

en el cual eventualmente pueda reposar la misma[14]. Estos postulados son receptados por la jurisprudencia, afirmándose que "la tenencia a que refiere el art. 181 del C.P. por su generalidad, abarca a la de origen ilícito en tanto exista un "poder de hecho y consolidado sobre la cosa", lo cual se obtiene sin esfuerzo de confrontar el art. 2470 del Código Civil"[15]. Ello resulta por demás lógico; si una persona cuenta con un derecho a la tenencia o posesión, no puede actuar por su cuenta sin intervención de la autoridad competente para poder hacerse de la misma. Convalidar ese proceder, equivaldría a autorizar el empleo de la justicia por propia mano, lo cual a las claras resulta inadmisible en un estado de derecho.-

Asimismo, se desprende también que la vigencia de aquellas situaciones en las cuales se encuentra la persona, no necesariamente implicarán que tendrá que estar permanentemente en contacto material con la cosa –por ejemplo, una vivienda-, ya que el hecho de la posesión, tenencia o el ejercicio de los derechos reales, no requieren la presencia de la víctima en el lugar –como así tampoco el tipo penal en estudio-, lo que lleva a sostener que si la vivienda se encuentra desocupada y una persona se introduce valiéndose para ello de alguno de los medios comisivos enumerados, se estará igualmente lesionando el bien jurídico protegido, debiendo analizarse a posteriori si el despojo realizado lo fue de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real[16].-

Lo dicho, marca la importancia que reviste el efectivo ejercicio de la posesión o la tenencia –por decir-, lo cual lleva necesariamente a tener que realizar un examen concreto en cada caso, para poder determinar si quien afirma su condición de víctima de un despojo, puede ser considerado como sujeto

[14]Cfr. Cámara del Crimen de la Capital, en el marco de los autos "Delaunay, Odón Godofredo", del 21/07/49 (JA, 1949-IV-422); por su parte la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Manassero, Ernesto E.", del 31/05/95, fue más allá todavía, sosteniendo que "a los fines de la configuración del delito de usurpación, es improcedente el examen en sede penal de la legitimidad o ilegitimidad del título que confiere el derecho a la tenencia. Ello es así puesto que las cuestiones relacionadas con el aspecto instrumental que pueden conferir el derecho a "tener", son propias de la instancia civil".-

[15]De esta forma se pronunció la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "López Perea, Claudia María", del 12/08/04. En aquella oportunidad, la imputada –pese a encontrarse en trámite por ante la justicia civil un juicio de desalojo contra los ocupantes- ingresó en el inmueble, desalojó por propia mano a los ocupantes, para lo cual efectuó el cambio de cerradura del departamento de su propiedad. Al llegar el expediente a conocimiento del Tribunal de Alzada, éste procedió a confirmar el auto de procesamiento dictado en orden al delito de usurpación de propiedad.-

[16] Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala VI, en el marco de los autos "Isaurralde, María Ester", causa nro. 20.596, del 04/03/03; también se pronunciaron de esa forma la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos "M. V. s/ usurpación", del 31/10/03 y la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Moya Terrones, Andrés y otros", del 11/03/04, entre otros.-

pasivo de este delito y encontrar el amparo de la justicia penal. De esta forma, resultará por demás significativa la situación de hecho que detente una persona en relación a un bien inmueble.-

3.- Tipo Objetivo

a) Concepto y acción típica:

Conforme se desprende del texto de la norma, se encuentra reprochada penalmente la conducta de quien despoje a otro; por ello, es necesario delimitar los alcances del término *"despojo"*. La lengua castellana define al verbo *"despojar"* como "privar a alguien de lo que goza y tiene, desposeerle de ello con violencia"[17]. Ésta noción –a la luz de la conceptualización del bien jurídico protegido antes desarrollada- es la que debe otorgársele al verbo contenido en la norma.-

Luego de la aproximación realizada –y teniendo presentes aquellos postulados-, corresponde precisar la significación que el mismo posee en el contexto del delito sub examine. El despojo, como bien lo sostienen José Luis Clemente y Gerardo Sebastián Romero,

> "se caracteriza por una doble exigencia: una *"actividad"*, y un *"resultado"*. La primera dada por el accionar del sujeto activo, que a través de los medios señalados, priva o desplaza total o parcialmente al sujeto pasivo del ejercicio de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, en las formas señaladas por el tipo…El segundo, dado por la necesidad de que el sujeto activo sustituya o subrogue al sujeto pasivo en el ejercicio del poder de hecho sobre el inmueble"[18].-

Así, la persona que lleve adelante el despojo tendrá que privar -con su proceder- efectivamente la posesión o tenencia que gozaba el sujeto pasivo en un momento determinado[19]. En este sentido corresponde afirmar que no habrá privación, y por ende, tampoco despojo de la posesión o la tenencia de un inmueble, si no existe un uso o goce previo por parte de una persona -o de un tercero en su nombre[20]-, ya que éste resulta ser un presupuesto necesario para su configuración[21]; sería ilógico considerar que se podría privar a alguien de lo que no tiene o posee, ya sea por si o por otro.-

---

[17] Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 10ª Edición, puede consultarse en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (acceso el 05-05-2011).-

[18] José Luis Clemente y Gerardo Sebastián Romero, *El Delito de Usurpación*, Lerner Editora SRL, Córdoba, 2005, 83.-

[19]En este sentido, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos "Yemma, Daniel E.", del 16/05/1990, ha sostenido que la acción ejecutiva de este delito consiste en "despojar, lo que meramente ocurre cuando se priva a otro de algo que goza en el momento en que la acción se verifica".-

[20] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Yoder, Simón", del 17/08/05.-

[21]Cfr. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba –Sala Penal-, en el marco de los autos "Leonetti, Cesar E", del 04/09/09.-

También habrá despojo si a la persona que se encontraba llevando adelante las situaciones tuteladas por la norma, se le impide que continúe realizando actos propios de la ocupación que venía ejercitando, lo que ocurre –por ejemplo- cuando se cambia la cerradura de la vivienda donde se venían desarrollando aquellas[22]. Esto es así, ya que "la norma sustancial no distingue entre actos de despojo para ocupar o para repeler el acceso de la víctima, de modo que ambas modalidades constituyen delito"[23].-

Por otra parte y de poder constatarse el efectivo uso y goce de un inmueble por parte de un poseedor o tenedor –o quien se encuentre llevando adelante el ejercicio de un derecho real- habrá que observar si el actuar del sujeto activo se encuentra dirigido a cometer un despojo. Esto resulta de importancia ya que podría ocurrir que la finalidad buscada sea otra; ello sucedería cuando el autor ingresa a una propiedad –en ausencia de su poseedor- mediante el empleo de alguno de los medios comisivos de figuración -como ser el despliegue de fuerza para fracturar una ventana- para guarecerse de la lluvia, retirándose de la misma una vez terminado el temporal. En este caso, al faltar una sustitución o subrogación en la situación de hecho que reposaba en cabeza del sujeto pasivo –posesión-, dicha conducta no podrá ser constitutiva del delito de usurpación, amén que pueda encuadrar en otro tipo penal, por ejemplo el de daños[24].-

b) Objeto Material del Delito:

El objeto material de este delito será necesariamente un bien inmueble determinado. En él es donde recaerá la posesión, tenencia o el ejercicio de un derecho real que detente una persona. Para comprender tal aserción hay que determinar que se entiende por *"bienes inmuebles"* y cuales de ellos son los que podrán ser considerados como objeto material de este ilícito. En pos de ello, hay que

---

[22] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Ambesi, Ana E. y otro", del 31/05/04; de esta forma se pronunció también el mencionado Tribunal en el marco de los autos "Rojas Bocanegra, César y otros", del 29/04/05.-

[23] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos "López, Luis Alberto", del 13/08/07.-

[24] En este sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Dto. Judicial de Morón, en el marco de los autos "Burgos, Oscar J.", del 29/05/90, sostuvo que "entrar en un inmueble no significa despojar de la posesión cuando no se consolida el poder de hecho sobre el mismo por parte del agente, ya que despojar no es sinónimo de penetrar". De similar forma se pronunció también la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Selser, Simón", del 05/11/93 afirmando que "no constituye el delito de usurpación, el ingreso a un inmueble desocupado sin aposentarse ni efectuar cambios, ni colocar implementos que impidan al legítimo poseedor el libre e irrestricto acceso".-

remitirse a los preceptos del Código Civil, de donde puede apreciarse que los objetos materiales susceptibles de tener valor se los denomina cosas; éstas se clasifican en bienes muebles e inmuebles y a su vez, estos últimos –que son los que nos interesan, habida cuenta la redacción de la norma penal- revisten tal calidad por su naturaleza, o por accesión, por su destino o por su carácter representativo[25]. Pero antes de adentrarnos en el tratamiento de los inmuebles, corresponde decir que los muebles son aquellas cosas "que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles"[26], las mismas por ejemplo, resultan ser el objeto material de los delitos de hurto o robo, lo cual es posible justamente por la circunstancia de que se los puede transportar de un lugar a otro, permitiendo de esa forma que se lleve a cabo el desapoderamiento de ellos; dicha circunstancia permite diferenciarlos de los inmuebles –en el ámbito del Código Penal- y es conocida como criterio de la transportabilidad[27].-

Así corresponde decir que los inmuebles por su naturaleza se encuentran definidos en el art. 2314 del Código Civil el cual dice que son "las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre". Estos resultan ser el objeto material del delito en estudio y en los cuales deberá centrarse la atención, quedando excluidos los otros enunciados precedentemente. Ello es así ya que los inmuebles por accesión física[28] solo tienen ese carácter en cuanto se encuentran adheridos de forma definitiva a un inmueble –por ejemplo el marco de una ventana-, pero si se los separa recuperan automáticamente su condición anterior de muebles[29], siendo susceptible de apropiación, como quedara mencionado en el párrafo anterior. Dicha explicación se extiende también a los inmuebles por su destino[30], dado que los mismos resultan ser cosas muebles que adquieren ese carácter por estar vinculados de una forma u otra a uno inmueble, pero si se los desvinculan lo pierden, siendo en consecuencia pasibles de otros delitos,

---

[25] Cfr. arts. 2311, 2312 y 2313 del Código Civil.-

[26] Así las define el art. 2318 del Código Civil.-

[27]Cfr. Buompadre, II, 43.-

[28] El art. 2315 del Código Civil reza: "Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad".-

[29] Cfr. Julio Cesar Rivera, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, II, 358/360.-

[30] El art. 2316 del Código Civil estatuye: "Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente.".-

más no del de usurpación. Por ultimo y en lo que respecta a los inmuebles por su carácter representativo[31], dado que se tratan de instrumentos públicos donde consta la adquisición de derechos reales[32], mal podría cometerse este ilícito en relación a un documento.-

De esta forma y en base a lo precedentemente expuesto, solo podrán ser objeto material de este delito los bienes inmuebles por su naturaleza[33]; entre ellos –y a modo ejemplificativo- cabe mencionar a los fundos o lotes, a las viviendas construidas sobre ellos, o a sus partes, siempre y cuando revistan ciertas características de individualidad –por ejemplo si se usurpa una pieza que tiene un acceso independiente del resto de la casa-. Resulta claro que si a estas últimas en vez de ocuparlas, se las desmantela y se lleva sus materiales a otra ubicación, estaríamos en presencia de otro ilícito –robo-, como ser el caso de que se desarme una cabaña construida en madera.-

En este sentido, también cabe distinguir algunas construcciones que si bien se encuentran erigidas sobre un inmueble, su ocupación ilegal no podría constituir el delito de usurpación, en la modalidad bajo estudio. Así, cabe mencionar a los quioscos de las exposiciones o las carpas que se montan para realizar eventos particulares, dado que dichas construcciones revisten un carácter precario, dada la finalidad ínsita en las mismas lo que trae aparejado que sea la Ley Civil quien les niegue el carácter de cosas inmuebles, considerándolas como muebles, justamente por su carácter provisorio. Lo afirmado también puede hacerse extensivo a los escaparates de ventas de diarios en la vía publica, como así también a los locales de venta de comida al paso o similares; éstos, por lo general se encuentran situados en determinados lugares –como ser en las veredas o en las plazas- en virtud de un permiso

---

[31] Son definidos en el art. 2317, donde se lee que: "Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis".-

[32] Cfr. Claudio Kiper, *Código Civil Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, I, 49/50.-

[33] Esta resulta ser la postura asumida por la doctrina imperante en el tema, en la cual se enrolan entre otros Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 478; Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano, *El Delito de Usurpación*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1960, 14/19; Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal- Culzoni, T II-B, 732/733. Por su parte, Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier –*Notas al Código Penal Argentino, Parte Especial*, Marcos Lerner Editora, Córdoba 2000, T II, 517- propugnan que además de los inmuebles por naturaleza, pueden ser también objeto material de este delito los inmuebles por accesión física, sosteniendo en este sentido que "si bien estos últimos se encuentran inmovilizados por su adhesión y son poseídos junto al suelo del que son accesorios, haciéndolos su separación susceptibles de apoderamiento ilegítimo, a tenor de lo dispuesto en los capítulos I y II de este Título, la hipótesis de los departamentos en propiedad horizontal nos persuade la existencia de casos en que el objeto del delito puede ser también un inmueble por accesión física".-

otorgado a un particular por parte de la autoridad administrativa –por ejemplo un municipio, si el lugar donde se va a situar pertenece al dominio municipal-, y esas construcciones que se utilizan para la explotación mercantil revisten el carácter de bienes muebles y podrían ser considerados inmuebles –por accesión física, los cuales no se encuentran abarcados por la tutela penal de este delito- si las mismas fueran permanentes.-

c) Extensión del Despojo:

Después de determinar cual podrá ser el objeto material de este delito –bienes inmuebles por su naturaleza-, resulta oportuno centran la atención nuevamente en el despojo, más precisamente, en la extensión que el mismo puede abarcar, ya que la norma bien nos marca que podrá ser "*total o parcial"*[34]. De esta forma, podrá despojarse a una persona de forma total cuando se lo prive completamente de la posesión, tenencia o del ejercicio de un derecho real constituido sobre un inmueble; un clásico ejemplo de ello es cuando un individuo ingresa en un inmueble –valiéndose para ello de alguno de los medios comisivos enumerados en la norma- aprovechando que el mismo momentáneamente se encontraba desocupado –como ser las viviendas destinadas al uso de fines de semana o con fines recreativos- y se instala en el, no permitiendo que quien lo poseía pueda ejercer su uso y goce.-

Por otra parte, el despojo será parcial cuando solo se prive de una fracción del inmueble, la cual tiene que estar materialmente demarcada e independizada del resto del mismo-por ejemplo, una pieza o un potrero que posea un acceso propio-, como así también si la porción usurpada del inmueble es determinada sólo por el despojo mismo –lo que podría suceder en el caso de un campo de grandes extensiones en las que se prive a su titular de un sector-[35]. También podrá ocurrir un despojo parcial –aunque no se den las características antes mencionadas- en aquellos supuestos de uso compartido de un inmueble o de espacios comunes dentro de los mismos. Así, y dentro del primer grupo, bien puede mencionarse el supuesto de que varias personas sean co-locatarias y una de ellas prive al resto de una parte de la propiedad, como ser de un baño o de la cocina, cerrando aquellas dependencias con llave no

---

[34] De esta forma se ha pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Esquivel, Eva D." causa nro. 17.298, del 22/02/02.-

[35] Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala 2da., en el marco de los autos "Fiscal v. Videla de Blanco, Amelia S/ Usurpación y Daño", del 03/03/81.-

permitiéndole el acceso a los otros contratantes. En cuanto a los espacios comunes, los mismos pueden encontrarse en aquellos inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal –como ser los edificios de departamentos- en donde ciertas partes del mismo –por ejemplo los pasillos, escaleras, sectores de las cocheras, terrazas, lavaderos, salones de usos múltiples, etc.- son para la utilización de la totalidad de las personas que allí habitan; en este caso, si uno de los individuos residentes despoja al resto de la utilización de alguno de ellos, por decir, la terraza –cambiando para ello la cerradura correspondiente por otra-, dicha conducta se adecuara perfectamente al tipo penal en estudio. En los casos vistos precedentemente, tal proceder tiene que ser mediante la utilización de los medios comisivos previstos; en los ejemplos vistos, la violencia resultaba ser el medio comisivo imperante[36].-

También será parcial el despojo en aquellos casos donde el inmueble se encuentre sometido a las normas del condominio y uno de los condóminos prive al otro del uso y goce de la cosa común; el mismo se encuentre definido en el art. 2673 del Código Civil, el cual reza: "*El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble"*. Su objeto recaerá sobre cosas ciertas y determinadas, pudiendo ser varias al mismo tiempo; de darse este supuesto, implicará que serán considerados como una unidad, poseyendo cada uno de los condóminos un derecho a una parte alícuota de las cosas comunes, más no a una parte individualizada o circunscripta. En el sentido referido, cada uno de los comuneros –mientras dure el condominio o en su caso el estado de indivisión- será titular de una porción ideal de la cosa -un medio, treinta porciento, etc.-, la cual no podrá identificarse con una porción física de la cosa ni adjudicarse que parte corresponde a cada uno.-

Los ejemplos antes vistos, según como se encuentren constituidos los derechos de propiedad, se pueden aplicar perfectamente a los casos de usurpación de un condómino respecto del otro.-

d) Modalidades de Comisión:

[36] En sobradas oportunidades la jurisprudencia nacional ha equiparado el cambio de cerradura de una puerta a la violencia requerida como medio comisivo del delito de usurpación –Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Aranze, Jacinto Rafael", del 14/04/03 y Sala VII, en el marco de los autos "Yoder, Simón", del 17/08/05, entre otros-, lo cual será desarrollado,en debida forma, al tratar en particular los mismos en la parte pertinente.-

De la letra del inciso 1º del art. 181 se aprecian las diversas modalidades en las cuales se puede llevar adelante el despojo; así podrá ser *"invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes"*. En lo que respecta a la invasión, se ha sostenido que dicho término

> "se refiere a la entrada o ingreso en el inmueble, con o sin expulsión de sus ocupantes, para ocuparlo de forma exclusiva o conjuntamente con ellos, privándolos total o parcialmente del uso y goce de los derechos que ejercían. Asimismo, también se considera que habrá invasión cuando se impide la entrada de sus ocupantes, si al momento en que esta se produce, se encontraban ausentes"[37].

De esta forma, se producirá un despojo por invasión cuando un sujeto ingrese a un inmueble –que podrá o no, estar desocupado-, desplegando para ello alguno de los medios comisivos enumerados en la norma, lo cual ocurrirá, por ejemplo, cuando el autor ingresa a una vivienda, no permitiendo que quien lo detentaba continúe en el ejercicio de la posesión o tenencia[38]. Esto último resulta de importancia, ya que el obrar desplegado –traducido en una invasión- tendrá que estar dirigido a privar al sujeto pasivo de la situación que antes detentaba –uso y goce- y de esa forma sustituirlo en la misma, ya que de lo contrario podríamos estar ante la presunta comisión de otro delito –violación de domicilio-, pero no el de usurpación de propiedad en la modalidad bajo estudio, o en su caso, ante un hecho atípico[39].-

Al decir la norma que puede consumarse manteniéndose en él, nos está indicando que de esta forma aquella persona que ingresó a un inmueble en virtud de una causa lícita, por ejemplo en virtud de un contrato –por así decir, locación, comodato, etc.- o de una relación laboral –siendo los casos mas emblemáticos el de los empleados domésticos o porteros de edificios, donde se les entrega una propiedad o partes delimitadas de ellas a los efectos del cumplimiento de las tareas encomendadas- y se prolongan en la ocupación más allá del tiempo correspondiente a la causa que las originó. Aquellas conductas deberán ser acompañadas de la utilización de alguno de los medios comisivos enumerados,

[37]Carlos D. Froment y Belén Cassani, "art. 181", en David Baigún y Eugenio Zaffaroni (dir.) y Marcos A. Terragni (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, VII,746.-
[38]En este sentido, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Abraham, Amni", del 09/02/68, sostuvo que "la acción delictuosa que se contempla en el inc. 1º del art. 181 del Código Penal es la de despojar a otro de un bien inmueble, mediante invasión, expulsión o no dejando entrar pero cuyos efectos se concretan en la consecuente desposesión" (La Ley, 130-99).-
[39]Cfr. Núñez, 486/487.-

para de esa forma poder considerarlas típicas. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el tópico, afirmando que

> "en la especie se exhibe un despojo de la posesión y, como medio comisivo para consumar el hecho, se erige el abuso de confianza consistente en la interversión del título que acordó oportunamente determinadas condiciones, por lo que la permanencia del encausado en el domicilio, a pesar de las intimaciones que se le cursaran, escapa a un marco de legalidad. A su vez, esta línea de razonamiento se nutre de la doctrina que emana del fallo plenario "Contarino, Mario", de esta Cámara, en cuanto se sostuvo que resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado todo derecho a permanecer en la casa que le fuera cedida precisamente en virtud de dicha relación, erigiéndose la negativa a restituirla en una conducta adecuable al art. 181, inc. 1° del catálogo penal"[40].-

También se daría la modalidad en estudio, en aquellos casos donde el ingreso de un sujeto fue promovido por el tenedor o poseedor con una finalidad determinada –por ejemplo, cuando se llama a un plomero para reparar una avería en una tubería o a un pintor, para que cumpla con tareas propias de su oficio- y luego éste decide mantenerse en su interior contra la voluntad de quien le franqueó el ingreso. En este supuesto, la entrada obedeció a una causa lícita, pero su posterior mantenimiento en el mismo, en desmedro de quien se encontraba en su uso y goce, podrá ser constitutivo del delito en estudio[41], máxime si dicha conducta se ve acompañada –además del medio comisivo que aflora en este caso, como ser el abuso de confianza- por el empleo de violencia, al cambiar las cerraduras de la propiedad.-

Por último, y al hablarse de expulsión, debe entenderse por ella que el sujeto activo ingresa al inmueble o ya encontrándose dentro, priva a las personas que detentaban el uso y goce del mismo, modalidad ésta, que no genera demasiados interrogantes. Puede ocurrir que la expulsión lo sea respecto del todo o de una parte de la propiedad en cuestión; dicha conducta bien pude ir dirigida contra la persona que se encuentra ejerciendo la posesión o tenencia, o en el caso de encontrarse estos ausentes, si va dirigida a sus representantes o empleados presentes en el lugar. Un ejemplo de ello, es cuando se

[40] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de la causa nro. 31.760, del 20/06/07; en aquella oportunidad se confirmó el auto de procesamiento dictado por el Juez de primera instancia que procesaba al incusado en orden al delito de usurpación de propiedad, habida cuenta que se le atribuía que luego de culminado su contrato laboral como encargado de edificio de propiedad horizontal, permaneció en la ocupación de la vivienda (portería) y despojó de ese modo al consorcio de copropietarios de la legítima posesión del inmueble, pese a las intimaciones cursadas para que lo deshabite.-

[41] La Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Grimaut, Julio R." consideró que "la interversión del titulo por el cual se detenta un ámbito, puede constituir el delito de usurpación por abuso de confianza, cuando el imputado, de mero detentador del bien, se transforma en tenedor o poseedor, con el consiguiente menoscabo de la tenencia o posesión del título" (La Ley, 124-740).-

expulsa al sereno de un galpón, quien se encuentra en dicho lugar como consecuencia de un nexo laboral, por lo que no puede considerarse que el despojo vaya dirigido hacia él –por no revestir éste el rol de sujeto pasivo-, sino hacia su patrón, quien en definitiva resulta ser la persona que se encuentra ejerciendo alguna de las situaciones antes expuestas, mientras que el primero resulta ser simplemente un servidor de la posesión o tenencia ajena.-

e) Presupuestos del Despojo:

Luego de haber conceptualizado en debida forma el bien jurídico de este delito y su acción típica –el despojo-, precisado donde recaerá el mismo –objeto material-, como así también la extensión que podrá abarcar y sus distintas modalidades de comisión, corresponde dar inicio al análisis de la posesión, la tenencia como así también a los derechos reales cuyo ejercicio se encuentra mencionado –siendo los mismos el dominio y condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres activas, la anticresis y la superficie forestal[42]-, situaciones éstas, donde podrá recaer el uso y goce tutelados por la norma.-

De esta forma, surge como presupuesto del despojo el previo y efectivo uso y goce de un inmueble por parte de un individuo –viéndose el mismo traducido en el normal ejercicio de la posesión o tenencia, por decir-, extremo éste, que perfectamente se puede inferir del texto legal. Éstos resultan ser elementos normativos del tipo penal en estudio; en este caso para su correcta interpretación deberá acudirse al Código Civil donde se encuentran conceptualizadas tanto la posesión como la tenencia –entre otros- por ser temas propios de esa rama del ordenamiento jurídico[43].-

Si bien se hará una referencia a todas las situaciones tuteladas por la norma, la posesión y la tenencia tendrán un rol preponderante, por ser los supuestos que más han motivado la atención de la doctrina y jurisprudencia.-

La Posesión:

---

[42] Cfr. Art. 2503 del Código Civil. La enumeración realizada se complementa con la hipoteca y la prenda, derechos éstos ajenos al ámbito de aplicación de la norma penal, tal como se explicará en la parte pertinente.-

[43] Ver también en este sentido, Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "M., E. T." del 16/12/61 (La Ley, 106-762).-

Pues bien, la posesión se encuentra definida en el art. 2351 del Código Civil, el cual reza que "habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad"; en dicha definición se pueden apreciar los elementos que componen la misma, esto es, el corpus y el animus domini.-

Suele ocurrir que en la práctica se confundan los conceptos de propiedad[44] y posesión. Muchas veces el poseedor resulta ser el titular del derecho de dominio del inmueble en el cual se encuentra, revistiendo esa persona las dos calidades –propietario y poseedor-. Pero puede acontecer que un sujeto sea titular del derecho de propiedad, sin encontrarse ejerciendo la posesión del mismo –por ejemplo quien adquiere un inmueble, y no se efectúa la tradición[45] del mismo por no encontrarse el vendedor en el ejercicio de la posesión-; en este caso, pese a reposar en su cabeza el derecho de propiedad, podría ser considerado sujeto activo del delito de usurpación si desea tomarla por mano propia y encuentra oposición en el actual detentador –teniendo para ello que valerse de alguno de los medios comisivos enumerados en la norma penal-. Tal afirmación encuentra sustento en lo normado por el art. 2468 del Código Civil, que establece que "un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales".-

Aclarado ello, corresponde delimitar los elementos de la posesión; el "*corpus*" puede ser caracterizado como la posibilidad de disponer físicamente de la cosa –en nuestro caso, de un inmueble-, lo cual es fácil de graficar cuando el sujeto esta en contacto material con la misma –por ejemplo, quien se encuentra habitando un departamento-. Para la presencia de este elemento no se requiere un contacto directo y permanente -estar en todo tiempo dentro de la propiedad-, sino que lo fundamental, es la

[44] El derecho de dominio se encuentra definido en el art. 2506 del Código Civil, el cual reza:" El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona".-

[45] Una de las formas de adquisición de la posesión es mediante la tradición, si bien no resulta la única -como se verá más adelante-, es la que con mayor asiduidad se presenta en los negocios jurídicos. Se aplica tanto a bienes muebles como inmuebles, siendo solo de interés para el presente lo concerniente a la adquisición de los últimos, habida cuenta de la formulación del tipo penal del inc. 1ro. del art. 181 del Código Penal. La tradición –en lo que nos interesa- se encuentra conceptualizada en los arts. 2.377 y 2379 del Código Civil; el primero estipula que "la posesión se adquiere también por la tradición de las cosas. Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese", mientras que el restante dispone "la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega".-

posibilidad de disposición; así, si el ocupante desea abandonarlo, lo realiza y cuando quiera, retoma ese contacto directo que antes ejercía. Dicho elemento implica también la facultad de defenderlo ante cualquier agresión extraña, tal como lo autoriza el art. 2470 del Código Civil[46].-

Conforme lo enseña Mariani de Vidal, "esa posibilidad física tiene que ser querida, es decir, debe haber un elemento volitivo para diferenciarla de la mera yuxtaposición local"[47], dicha autora la caracteriza como "una relación de mero contacto físico con la cosa, sin voluntad alguna jurídicamente relevante de tener ese contacto físico"[48]; con ello se diferencia al sujeto que se encuentra accidentalmente en contacto con la cosa –inmueble- de aquel que buscó estar en esa situación –como resultado de un querer activo[49]-, lo cual resulta de trascendencia en el ámbito penal, para saber si quien se encuentra en contacto con la cosa puede revestir la calidad de sujeto pasivo, activo, o por el contrario, ninguna de las dos.-

Corresponde señalar que desde el momento en que el sujeto este en contacto material con el inmueble –con los alcances señalados-, podrá encontrar el amparo de la norma penal en estudio.-

Por su parte, para la configuración del *"animus domini"*, el sujeto que se encuentre en contacto material con la cosa –corpus-, no debe reconocer en otro el derecho de propiedad de dicho bien, es decir, tiene que comportarse como dueño de la misma –lo que implica usar y disponer de ella-. De esta forma, al estar en contacto con la cosa –corpus- y no reconocer en otro un señorío superior –animus domini-, estaremos frente a un supuesto de posesión[50]; si por el contrario ello no ocurre –al existir por ejemplo un

46 El art. 2470 del C.C. reza:"El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa".-

47 Mariani de Vidal, I, 107.-

48 Mariani de Vidal, I, 112.-

49 Sobre el tema, la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, en el marco de los autos "Glastra S.A. c./ Estado nacional y otras", del 30/06/89, afirma en lo atingente a la adquisición de la posesión que "no basta la mera detentación de la cosa, pues lo contrario implicaría confundir ocupación con posesión".-

50 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Josefina Fernández Cancio de Gamarra y otros c/ Adm. Nac. de Parques y Formosa, Prov. de s/ usucapión (prescripción adquisitiva de dominio)", del 29/12/88, Fallos: 311:2842, sostuvo que "para configurarse la posesión es necesario que el poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder sino que esa posesión se manifieste con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad; este elemento subjetivo importa no reconocer la titularidad del dominio en otro, y cuando ese reconocimiento se exterioriza es evidente que no existe posesión, sino tenencia: arts. 2351, 2352 y 913 del Código Civil".-

contrato de locación, lo que implica reconocer en otro el derecho de dominio-, quien detente el bien será simple tenedor –justamente por encontrarse ausente el elemento intencional-[51].-

El animus domini se expresa generalmente a través del corpus; el Código Civil, en diversos artículos enumera algunas situaciones que permiten presumir que la relación que se vislumbra entre la persona y la cosa puede ser considerada como posesión[52], siendo uno de los mas emblemático el art. 2384, el cual dispone que "son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes"[53]. -

Para su obtención, deberán concurrir los elementos que la componen –*"corpus y animus domini"*-; de no encontrarse presentes, no se podrá hablar de adquisición de la misma[54]. Desde el momento en que el sujeto este en contacto material con el inmueble -el cual tiene que haber sido buscado, fruto de un querer activo y no como consecuencia de una relación meramente accidental con el bien- podrá encontrar el amparo de la norma penal en estudio.-

Adquirida la misma su conservación no requiere –por parte del poseedor- estar permanentemente en contacto material con la cosa inmueble o constantemente realizando actos posesorios en la misma[55]. De esta forma, se requiere para que esto ocurra que el sujeto tenga la intención de seguir sometiendo al inmueble al ejercicio de un derecho de propiedad, no reconociendo en otro un señorío superior al suyo, aunque no se encuentre siempre en contacto material con la cosa. Esto se da cuando una persona que no habita una finca –de su propiedad, o respecto de la cual es poseedor- y contrata a otro para la realización

[51] En este sentido se ha pronunciado también la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Dto. Judicial de La Plata, Sala III, en el marco de los autos "Ciccarone, Mirta Flavia c/ Bernal, Ricardo Raúl s/ Desalojo", del 25/08/05.-

[52] Entre otros se encuentran los arts. 2353 –inmutabilidad de la causa-, 2354 –inmutabilidad de la calidad de la posesión-, 2363 –posee el que posee-.

[53]La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Antonio y Bartolomé Devoto c/ Eduardo Cavanagh, después la Provincia de Córdoba c/ Provincia de Santa Fe. Reivindicación.", año 1908, Fallos: 108:310 consideró como actos posesorios la expediciones de caza realizadas en el predio, inspección a los terrenos, su anuncio de venta en público remate y su fraccionamiento en lotes.-

[54]Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Dto. Judicial de Lomas de Zamora, Sala II, en el marco de los autos "Della Casa, Ovidio Horacio c/ Soto, Gustavo Norberto y otro s/ Desalojo", del 22/12/09.-

[55]Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Dto. Judicial de San Martin, Sala I, en el marco de los autos "Álvarez Arigos, Ivana y ot. c/ Suarez, Paulo y otra s/ Interdicto de recobrar", del 17/05/05.-

de trabajos en ella –como ser de jardinería, albañilería, por referir algunos-, paga los servicios –luz, agua, gas- o ofrece la misma en alquiler –recurriendo en ese norte a una inmobiliaria-; el dueño con tal exteriorización de la voluntad, no esta realizando otra cosa que demostrar su sentir, es decir, su *animus domini* respecto de la misma.-

Su conservación puede realizarse también mediante representante, siendo el caso de la tenencia uno de los más emblemáticos, habida cuenta que quien ocupa dicho inmueble reconoce en otro el derecho de propiedad.-

Asimismo, en el ámbito de protección de la norma penal el sujeto debe contar con la posibilidad de tener contacto material con la cosa –por si o por otro en su nombre-, aunque no sea necesario que el mismo sea permanente como se vio. Esa relación debe existir –además del animus- en el momento en que se produzca el despojo ya que no se concibe la protección penal de la posesión solo ánimo desprovista del corpus.-

Lo expuesto en los párrafos anteriores, ha sido receptado por la jurisprudencia; así la Cámara Criminal y Correccional 4ta. de Santiago del Estero, en el marco de los autos "Cheverry, José O. v. Riquelme, René T. s/ Usurpación de propiedad", del 23/03/01, sostuvo que "el ingreso en una casa desocupada mediante alguna de las formas establecidas en el art. 181 del CP., configura usurpación, pues el bien jurídico protegido por la norma comprende la posesión o tenencia de la cosa sin que sea necesaria la presencia de la víctima en el lugar"[56].-

[56]Aquel temperamento fue reiterado por dicho Cuerpo en el marco de los autos "Miranda, Carlos v. Vergara, Miguel A. s/ Usurpación de propiedad", del 31/07/02. De similar forma se pronunció también la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en los autos "Esquivel Eva D." causa nro. 17.298, del 22/02/02.-

Como contracara, la perdida de la posesión puede operar varias razones: algunas veces por la falta del corpus[57], otras del animus domini[58] y en algunos casos, por ausencia de ambos conjuntamente[59]. No debe pasarse por alto que también se pierde por la comisión del ilícito en estudio.-

La Tenencia

La misma se encuentra prevista en el art. 2352 del Código Civil, el cual la define de la siguiente manera: "El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho". Pero también se encuentra conceptuada en otro precepto del mismo ordenamiento legal, siendo este el artículo 2461 el cual reza: "Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa".-

Su nota característica –como se puede apreciar en los artículos antes referidos- es la falta de animus domini por parte del sujeto que se encuentra en contacto material con la cosa –y goza de ella-, lo cual resulta ser justamente el elemento que la diferencia de la posesión[60]. Mientras que en esta última para que se configure es necesaria la presencia del corpus y el animus domini, por el contrario, la tenencia solo requiere que el tenedor se encuentre gozando de la cosa –corpus-, pero reconociendo en otro el derecho de propiedad[61]. Quizás el ejemplo más emblemático resulta ser el del locatario, quien si bien ocupa un inmueble –en virtud de un contrato de locación celebrado, que lo habilita para su uso y

[57]Tal extremo se presenta cuando quien detentaba el inmueble se ve impedido de disponer físicamente del mismo, siendo necesario que dicha circunstancia tenga características definitivas y no una mera imposibilidad temporal. De esta forma, no bastará la mera intención de conservarla –animus domini-, ya que al no poder disponer de la cosa, se perderá la posesión. Ejemplos de ellos son la perdida de la cosa –regida por los arts. 2400, 2451 y 2459 del Código Civil-, la imposibilidad de realizar actos posesorios y la interversion unilateral del titulo.-

[58]Ello ocurre cuando el sujeto que gozaba de ella, pese a continuar detentando el bien inmueble, ya no se comporta como poseedor, es decir, su voluntad –exteriorizada- no se condice con dicha situación jurídica, sino con otra, por ejemplo, la de un simple tenedor. Dentro de este grupo corresponde enmarcar a la traditio brevi manu y el constituto possessorio.-

[59]Cuando ambos elementos se encuentran ausentes al mismo tiempo, su razón de ser puede situarse en la *"tradición"* y en el *"abandono voluntario"* de la cosa inmueble.-

[60]Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Dto. Judicial Lomas de Zamora, Sala I, en el marco de los autos "Rodríguez Carlos Alberto y otros c/ Gentile Víctor Hugo s/ Reivindicación", del 22/05/08.-

[61]Cfr. Domingo C. Cura Grassi, "Derechos Reales: posesión y tenencia. Conveniencia de su distinción", Digesto Jurídico, 2000-3, 78.-

goce- reconoce en otro un señorío superior respecto del mismo, en este caso, el locador con el cual celebro el negocio jurídico[62].-

La tenencia se puede adquirir conforme lo preceptúa el art. 2460 del Código Civil por la simple *"tradición"* de la cosa[63] realizada tanto por el actual poseedor como otro tenedor, como así también por herencia, es decir, la que se origina como consecuencia del fallecimiento de quien la detentaba anteriormente. Así, los sucesores podrán continuar ejerciéndola, siempre que ello se encuentre contemplado expresamente en el negocio jurídico oportunamente celebrado.-

Al igual que en la posesión, para su conservación no se requiere estar permanentemente en contacto material con el inmueble, bastando con la posibilidad de disposición del mismo[64]. En este sentido, la propiedad puede estar ocupada por un tercero, debiendo ser necesario que éste le reconozca dicha calidad –es decir, la de tenedor-; así las cosas, puede encontrarse en su interior una persona que lo represente –en virtud de una relación de mandato-, o pueden encontrarse cumpliendo funciones -por ejemplo los empleados domésticos u obreros contratados para la realización de reparaciones-, pudiendo incluso hallarse en tal situación en virtud de un contrato, el cual puede ser oneroso o gratuito, como ser una sublocación –si se encuentra prevista dicha alternativa en el negocio jurídico originador de la situación de tenencia- o un comodato –al permitir la utilización de una parte del inmueble- respectivamente.-

---

[62] En este sentido, se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Dto. Judicial de La Plata, Sala III, en los autos "C. M. F. C/B. R. R. S/D", del 28/08/05, donde realiza un claro distingo entre la posesión y la tenencia, manifestando en ese aspecto: "Siguiendo a Savigny (fuente primordial de nuestro Código en la materia), puede decirse que el animus domini existe cuando el poder físico sobre una cosa se ejerce sin reconocer en otro un señorío superior en los hechos por actos exteriores, no bastando la mera intención, que muestren a la persona comportándose como si fuera titular de un derecho real, desconociendo respecto de ella la existencia de otro titular. Por el contrario, se configura la tenencia cuando una persona tiene una cosa bajo su poder físico, puede disponer físicamente de ella, pero reconoce en los hechos un señorío superior en otro. Es decir, tiene el corpus pero carece del animus domini".-

[63] El articulo 2460 del Código Civil estipula:" La simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor, o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna".-

[64] La Cámara Penal de la ciudad de Rosario –Sala 3ra.- en el marco de los autos "Gerbis Molina Antonio" de fecha 19/02/85 sostuvo en lo pertinente: "Pueden ser sujetos pasivos de usurpación tanto el poseedor como el tenedor. Ni la tenencia ni la posesión requieren contacto físico permanente entre la persona y el inmueble, la primera exige actos positivos de uso y goce, en tanto que la conservación del ejercicio de la posesión es compatible con la sola intención positiva de la persona y los actos y hechos positivos sólo son necesarios para ponerle término" (Cfr. JA, 1985- IV- 225).-

Lo sostenido, trae aparejado la necesidad de distinguir entre la tenencia interesada y la desinteresada; las mismas se hallan plasmadas en los incisos 1º y 2º del artículo 2462 del Código Civil. Del primero de ellos se puede apreciar que resultan ser tenedores interesados “los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal a tener la cosa, como el locatario, o comodatario”. En este supuesto, quien detenta la cosa tiene un interés directo vinculado a la misma, el cual se traduce en un derecho de poder usar y gozar de la cosa –inmueble- como ocurre cuando se celebra un contrato de locación.-

A su vez, en el segundo de los apartados referidos se contempla la tenencia desinteresada, el cual la describe afirmando que “los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario o cualquier representante”. Como se aprecia de la letra legis, el tenedor pese a encontrarse en contacto material con la cosa, no tiene derecho a usarla ni gozar de sus beneficios.-

Con basamento en tal distingo, gran parte de la doctrina[65] se inclina por afirmar que solo quien detente una *“tenencia interesada”* podrá ser considerado como sujeto pasivo de este delito. En ese norte, Ricardo C. Núñez -entre otros- ha expuesto:

> “Por el contrario, aunque civilmente quedan comprendidos en la clase de simple tenedores (C.C. arts. 2461 y 2462), no pueden ser sujetos pasivos de la usurpación por despojo, porque no ejercen a titulo propio el “corpus” posesorio, los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario o cualquier representante (C.C., art. 2462, inc. 2º). Entran aquí los denominados “servidores de la posesión” (empleados, dependientes, cuidadores, domésticos, etc.). El tercero que despoja a un servidor de la posesión ajena, comete una usurpación cuyo sujeto pasivo es el titular de esa posesión”[66].-

De esta forma al desconocerse tutela penal a los depositarios, mandatarios, empleados, dependientes, cuidadores o empleados domésticos –por nombrar algunos-, quienes pese a encontrarse en contacto material con el inmueble –en virtud de un nexo legal que los habilita a ello-, de acaecer el ilícito en estudio, el rol de sujeto pasivo –en definitiva- le corresponderá al tenedor originario (interesado).-

---

[65] Cfr. Rubianes y Rojas Pellerano, 235/239 y 250; Núñez, 482/483; Laje Anaya y Gavier, II, 516/517; Ariel H. Villar, *Usurpación de Inmuebles*, Némesis, Quilmes, 2003, 39/40, entre otros.-
[66] Núñez, 482/483.-

A modo de ejemplo, podría decirse que si una persona alquila una propiedad –tenedor interesado- y contrata los servicios de una sereno para custodiar el predio –tenedor desinteresado-, en el caso de despojarse a este último, el delito será cometido respecto del primero de los sindicados aunque no se encuentre dentro al momento de llevarse a cabo dicha conducta.-

La tenencia se extingue al perderse la relación con la cosa –inmueble-, lo cual es consecuencia de que la misma solo esta compuesta de corpus[67], como así también por el acaecimiento del ilícito en estudio.-

El Ejercicio de un Derecho Real

Tal como se estipula, la protección del inciso 1º del art. 181 del Código Penal se extiende también al ejercicio de un derecho real constituido respecto de un inmueble[68]. Corresponde entonces definir que se entiende por derechos reales, para luego de ello apreciar cuales forman parte de ese grupo y comprender la diversidad de supuestos abarcados por la tutela penal. En este sentido, las personas en cuya cabeza repose el ejercicio de alguno de estos derechos podrán ser consideradas como sujeto pasivo.-

Así las cosas, bien puede recurrirse a la definición analítica expuesta en su obra por Marina Mariani de Vidal –la cual proviene del Dr. Guillermo L. Allende- donde se expresa que

> "es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius persequendi y al ius praeferendi"[69].-

De dicho concepto pueden apreciarse que los rasgos salientes de esta clase de derechos será la relación que se establece entre una persona y un objeto, la cual se encontrara protegida contra eventuales

[67]Dicha perdida puede acaecer de dos formas distintas; o bien físicamente, con la destrucción material del inmueble –por ejemplo por una crecida de los ríos o mares, cubriendo de esta manera el mismo-, o desde la óptica jurídica, cuando el bien es puesto fuera del comercio, dándose este supuesto cuando el estado -en cualquiera de sus estamentos- expropia una propiedad y la afecta a su dominio privado o publico. Lo sostenido emerge del juego armónico de los arts. 2400, 2451 y 2459 del Código Civil.-

[68]En este sentido, Eusebio Gómez –*Leyes Penales Anotadas*, Ediar, Buenos Aires, 1954, III, 265- sostiene que la privación tiene que ser del goce de alguno de los derechos reales correspondientes.-

[69] Marina Mariani de Vidal, I, 23/24.-

ataques de terceros –entiéndase con esto último, protección otorgada por la legislación civil y no la específica del art. 181 del Código Penal- con herramientas acorde a ello.-

También corresponde indicar que los derechos reales solo pueden ser creados por ley, no encontrándose previsto en la legislación civil que los mismos sean el fruto de la libertad de voluntad de los eventuales contratantes[70].-

En el ámbito nacional, los mismos se encuentran enumerados en el art 2503 del Código Civil siendo ellos el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda, la anticresis y la superficie forestal[71]. De los mismos, deben excluirse en lo que respecta al tratamiento del delito en estudio a la prenda y la hipoteca habida cuenta que la primera tiene como objeto a cosas muebles[72], mientras que la otra, si bien se constituye sobre un inmueble, no existe un desplazamiento del mismo, el cual permanece en poder del deudor[73].-

Corresponde comenzar con los *derechos reales de dominio y condominio*; el primero de ellos se encuentra receptado en el artículo 2506 del Código Civil, el cual reza que “es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. Con ello se quiere significar el derecho de propiedad de un bien –sea mueble o inmueble-, el cual podrá reposar en una o más personas –como se verá en su oportunidad-, lo que le permitirá a quien sea titular del mismo disponer libremente de el, con tal que dicho proceder no constituya un ejercicio abusivo de ese derecho[74].-

[70] Tajante afirmación emerge del art. 2502 del Código Civil, donde se puede leer que “los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.-

[71] El art. 2503 del Código Civil reza: “Son derechos reales: 1° El dominio y el condominio; 2° El usufructo; 3° El uso y la habitación; 4° Las servidumbres activas; 5° El derecho de hipoteca; 6° La prenda; 7° La anticresis; 8° La Superficie Forestal”.-

[72] Ello se desprende del texto del 3204 del Código Civil, el cual estipula que “habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda”.-

[73] Tal afirmación encuentra asidero en el concepto dado por el art. 3108 del Código Civil el cual dice que “la hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”.-

[74] Ello se desprende los arts. 2513 y 2514 del Código Civil donde se aprecia que resulta ser “inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”. El segundo de los preceptos referidos nos indica que “el ejercicio de estas facultades –en una clara alusión a las descriptas precedentemente- no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades”.-

Por su parte, el condominio –el cual resulta ser un desmembramiento del dominio- se encuentra conceptualizado en el art. 2673 del dicho cuerpo legal como "el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble".-

En torno a los mismo, es importante recordar lo señalado por Carlos Fontan Balestra, quien ha sostenido que "no es el título lo que la ley penal protege con la usurpación –en una clara alusión a los derechos de dominio y condominio-, sino la posesión o la tenencia que de él resulta, es decir, al ejercicio del derecho de dominio en tal sentido"[75].-

El *derecho real de usufructo* se halla receptado en el art. 2807 del Código Civil y es definido como "el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia". Un extracto de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires –con cita de prestigiosos autores en materia civil- explica perfectamente los caracteres salientes de este derecho:

> "Sabido es que el usufructo perfecto es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia (arts. 2807y 2808 del C.C.), debiendo conservarla para su devolución al dueño una vez acabado el usufructo (art. 2810 del cit. Cód.). Este derecho se ejerce a través de la posesión de la cosa por parte del usufructuario, quien obtiene de tal modo un beneficio sin intermediario alguno, ni participación del dueño (arts. 2863 y ss. del C.C.; v. Mariani de Vidal, com. art. 2807 en Bueres, Alberto J. Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias, Edit. Hammurabi, Bs. As., 1997, t. 5, p. 900), no revistiendo la usufructuaria la condición de administradora de los bienes en beneficio o por cuenta del nudo propietario"[76].-

En el primer párrafo del art. 2948 del Código Civil se encuentra previsto el *derecho real de uso*, donde puede leerse que "es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia". Párrafo seguido se contempla el *derecho real de habitación*, el cual establece que "si se refiere

[75] Carlos Fontan Balestra, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª edición puesta al día sobre la base del Tratado de Derecho Penal actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 592/593. También, Jorge Luis Marín, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 532.-

[76] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos "Finger de Marchetto, Carlota María Guillermina contra Ferrando de Finger, Guillermina María Elena. Juicio ordinario", en el marco de la causa nro. C-88.438, del 08/03/07.-

a una casa, y a la utilidad de morar en ella –en una clara alusión a los alcances precedentemente expuestos-, se llama en este Código, derecho de habitación".-

Conforme se desprende del art. 2952 del Código Civil[77], serán las partes quienes estipulen los alcances que brindarán a estos derechos, entendiéndose por ello las facultades que le otorgarán tanto al usuario como al habitador en el ejercicio de los derechos correspondientes[78], las cuales -claro está- no podrán colisionar con las disposiciones de la legislación civil. En defecto de ello, o en caso de presentarse vacíos jurídicos, deberán regirse por las previsiones contenidas en el Código.-

El *derecho real de servidumbre* se encuentra definido por el art. 2.970 del Código Civil el cual establece que "es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad". Las mismas pueden ser de tránsito, de acueducto, de recibir las aguas de los predios ajenos y de sacar aguas[79].-

El *derecho real de anticresis* se encuentra receptado en el art. 3239 del Código Civil, el cual la define como "el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses". De ella se desprende que recaerá sobre bienes inmuebles, el cual deberá ser entregado al acreedor anticresista, es decir, éste tendrá que ser puesto en la posesión del mismo con la facultad –emergente de la ley- de percibir sus frutos a los fines de cancelar de esta forma la deuda existente –entiéndase con ello, capital e intereses, en el caso de existir también estos últimos-. A ello debe agregarse que puede utilizarlo personalmente o arrendar el fundo[80] a un tercero.-

[77] El art. 2952 del Código Civil así lo estipula, diciendo que "el uso y el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones siguientes".-
[78] En este sentido, y tal como lo sostienen Miriam Smayesvky y Ana Bracaglia Solá -"La posesión y la tenencia en relación a los derechos reales de uso y goce sobre la cosa ajena", La Ley, 2005-A, 629- "el usuario o habitador tiene la facultad de usar y gozar la cosa, aunque limitado".-
[79] Ellas se encuentran contempladas en los arts. 3068, 3082, 3093 y 3104 –respectivamente- del Código Civil.-
[80] Ello surge del art. 3249 del Código Civil, que en la parte pertinente establece que "puede recogerlos –en una clara alusión a los frutos-, cultivando él mismo la tierra, o dando en arrendamiento la finca".-

Por último se encuentra el derecho real de superficie forestal; este derecho fue incorporado al Código Civil por Ley 25.509[81] -B.O. 29.797, 17/12/01-; la sanción de dicha ley es posterior en el tiempo a la última reforma introducía al inciso 1er. del art. 181 del Código Penal[82]. Marina Mariani de Vidal lo define sosteniendo que

> "es aquél en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo), o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho real temporario, enajenable y trasmisible mortis causae"[83].-

Luego de la breve reseña efectuada de los derechos reales contemplados en la norma penal –y de algunos de sus rasgos salientes-, corresponde finalizar diciendo que quien sea titular de ellos, para poder ser considerado sujeto pasivo de este delito, deberá encontrarse en su ejercicio al momento de constatarse el despojo típico[84].-

f) Medios Comisivos:

Como quedara expresado, la acción típica de este delito consiste en despojar a otro; pero para que dicha conducta pueda reputarse de esa manera, el sujeto activo la tendrá que llevar adelante acompañada de alguno de los medios comisivos enumerados en la norma penal[85], los cuales tendrán que hacerse presentes en alguno de los diversos momentos previstos para su consumación, ya que de lo contrario, tal proceder no podrá ser considerado típico, o cuanto menos, no constituirá usurpación de

---

[81] Se encuentra receptado en el inciso 8vo. del art. 2503 del Código Civil, artículo que antes fue transcripto y en el cual se enumeran los derechos reales consagrados en dicha normativa.-

[82] Como quedo expuesto al tratar la evolución histórica del "despojo", la reforma introducida por la Ley 24.454 –B.O. 28.097, 07/03/95- suprimió las situaciones enumeradas y que eran el objeto de tutela –además de la posesión y tenencia- incorporado la frase "o del ejercicio de un derecho real constituido sobre el".-

[83] Marina Mariani de Vidal, "Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509", La Ley, 2002-F, 1415.-

[84]En este sentido se ha pronunciado la Cámara Penal de Concepción, en el marco de los autos "Nasca, José F. y otros", del 21/03/78 –LL, 980-206- (348 SP), al afirmar que "en la norma contenida en el art. 181 del Cód. Penal la propiedad no se protege en relación al título de derecho real, sino el hecho de la tenencia, posesión o cuasiposesión".-

[85]Ello puede apreciarse en lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos "Ortega Gallo, Ignacio", del 24/11/06.-

propiedad[86]. Así debe decirse que ellos son: la violencia, las amenazas, el engaño, el abuso de confianza y la clandestinidad.-

La necesaria presencia de algunos de los medios comisivos al consumarse el despojo motivó la convocatoria a un acuerdo plenario por parte de los integrantes de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en el año 1969; en el mismo se debatió si la mera negativa a permitir el ingreso de una persona a un determinado inmueble, importa alguno de los medios comisivos del delito de usurpación. La conclusión arribada –por mayoría, de la cual formaron parte los jueces Lennon, Panelo, Argibay Molina, Pena, Vera Ocampo, Rassó, Esteves, Romero Victorica, Frías Caballero y Amallo- fue negativa; merece destacarse parte del voto del Dr. Lennon –al cual adhirió gran parte de los integrantes del plenario- quien sostuvo:

> "Pienso, por mi parte, que la conducta descripta –simple negativa a permitir el ingreso a un inmueble- no entraña el delito de usurpación, pues falta en ella alguno de los medios comisivos taxativamente enunciados en el tipo legal respectivo. En mi opinión, la mera negativa a permitir el ingreso de una persona a un ámbito determinado no importa violencia, ni física, ni moral. Lo primero, porque no hay un despliegue de energía física, que es de su esencia; lo segundo, porque la amenaza de un mal, que la caracteriza, está ausente. Sostener que la mera negativa conlleva necesariamente el anuncio de un mal importa, a mi juicio, el riesgo de extender el alcance de aquélla, sobre la base de una suposición sin sustento en actos externos. Y ese riesgo lleva otro de la mano: ampliar analógicamente el campo propio de aplicación del tipo penal. Equiparar una descarnada prohibición de acceso a un acto de violencia moral, significa tanto como afirmar que aquélla comporta un efecto intimidante, lo cual, a mi entender, es impropio"[87].-

Por su parte, la minoría –que estuvo integrada en la oportunidad por los jueces Fernández Alonso, Prats Cardona, Black, Rébori, Munilla Lacasa y Millan- entendía que "habrá violencia en el supuesto bajo análisis siempre que la negativa verbal exteriorizada sólo pueda ser superada por quien fue despojado a través de un acto de fuerza. Únicamente en esos casos se habrá configurado violencia típicamente requerida"[88].-

---

[86] En este sentido se ha pronunciado a la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos nro. 26.148 del 31/03/05.-

[87] Cámara Nacional Criminal y Correccional, en Pleno, en el marco de los autos "Signorelli Gallo, Adolfo", del 12/12/69 (La Ley, 137-90).-

[88] Florencia Nocerez, "Comentario a los Plenarios Maciel, Contarino y Signorelli Gallo", en Mauro Divito (dir.) y Santiago Vismara (coord.), *Colección Plenarios Derecho Penal y Procesal Penal*, La Ley, Buenos Aires, 2011, 560.-

Dada la forma como se encuentra redactada la norma penal, debe afirmarse que los medios comisivos allí previstos revisten el carácter de taxativos, es decir, que no podrá cometerse este delito si no lo es mediante la utilización de alguno de ellos[89].-

La presencia o no de los medios comisivos enumerados permite también distinguir si nos encontramos ante la presunta comisión de este ilícito en particular, o si por el contrario la presencia de una persona dentro de un inmueble obedece a fines ajenos a los previstos en la norma penal, pudiendo –incluso- ser estos lícitos, por ejemplo, lograr la adquisición del derecho de dominio del mismo mediante la prescripción adquisitiva, mas conocida como "usucapión", instituto éste, de raigambre civilista aplicable tanto a bienes muebles como inmuebles. Es definida como "un modo de adquirir un derecho de propiedad u otros derechos reales (usufructo, uso, servidumbre) por el transcurso del tiempo"[90] encontrándose receptado en el inciso 7mo. del art. 2524 del Código Civil, el cual establece que "el dominio se adquiere…por la prescripción". Para lograr ello es necesario ejercer la posesión del inmueble –es decir, tener la cosa para si-, la cual deberá reunir determinadas características, como ser pública, pacífica, ininterrumpida, con ánimo de dueño y por el plazo legal[91], el cual resulta ser de veinte años[92].-

De esta forma resulta de importancia determinar –en cada caso concreto- si la persona que se encuentra ocupando el inmueble se valió de alguno de los medios comisivos previstos para lograrlo, o si por el contrario, el ingresó ocurrió de forma lícita, lo cual se produciría –por ejemplo- cuando el tenedor o poseedor se priva voluntariamente del goce del inmueble, retirándose del mismo[93].-

---

[89]De esta forma se ha pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Steimberg, C.R.", del 21/02/67.-

[90]Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Dto. Judicial de Lomas de Zamora, Sala I, en le marco de los autos "Tonani, Atilio Jorge y otro c/ Capria Pedro y otros s/ Usucapión".-

[91]Cfr. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Dto. Judicial de Dolores, en el marco de los autos "López, Oscar Bernardo c/ Rivas, Norberto s/ Adquisición de Dominio", del 20/04/04.-

[92]El mismo se encuentra contemplado en el art. 4015 del Código Civil, donde establece, en lo que interesa: "Prescríbese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor…". Sobre este aspecto, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Dto. Judicial de Morón, en el marco de los autos "Cornelli c/ Aslan s/ Posesión veinteañal", del 02/03/93, ha sostenido que "cumplido el plazo legal de prescripción el poseedor se transforma en dueño por el solo hecho de su posesión, con prescindencia del pronunciamiento jurisdiccional que reconozca su derecho o lo declare. La prescripción, en suma, produce la adquisición del dominio por el usucapiente, aunque para la disponibilidad del derecho así incorporado al patrimonio del poseedor y la obtención del instrumento representativo sea menester la sentencia declarativa y la inscripción registral".-

[93] En este sentido hubo de pronunciarse la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos "Poli, Edgardo W. s/ Usurpación de Propiedad", del 31/07/62.-

Luego de lo expuesto deviene procedente comenzar el abordaje de los medios comisivos en particular y la gran variedad de supuestos –frutos del actuar jurisprudencial- que quedan comprendidos dentro de cada uno de ellos.-

Violencia

El primero de los medios comisivos enumerados en la norma es la *"violencia"*; con ella el legislador se ha referido a la *"vis física"*, la cual debe ser entendida como "el despliegue de una energía física, humana o de otra índole"[94], la cual emergerá del sujeto activo y podrá tener como destino a la persona que ostente el rol de sujeto pasivo –es decir, quien se encuentre gozando de la posesión o tenencia-, o a las defensas materiales colocadas por quien se halle comprendido en el ámbito de protección de la norma con motivo de resguardar el inmueble en cuestión; ello resulta de esa manera, ya que la redacción dada al precepto de marras, no diferencia hacia quien tiene que estar dirigida la violencia, por lo cual bien puede tener como destinatario, tanto a las personas como a las cosas[95].-

Así, estaremos ante el primer supuesto, en aquellos casos donde –por ejemplo- se golpee a un individuo en su vivienda con la finalidad de despojarlo de la misma, ya que de esta forma aquel verá anulada o disminuida su capacidad de autodeterminación, la cual se encontraba expresada en la normal disposición del inmueble; mientras que se entenderá que la violencia se ejerce contra las defensas materiales cuando sea desplegada hacia las cerraduras, ventana, etc. –por decir- a los efectos de introducirse a la propiedad con la referida finalidad.-

Su empleo tiene que estar dirigido a llevar adelante la acción típica, es decir, privar al sujeto pasivo de la posesión o tenencia que venía ejerciendo sobre un inmueble, lo cual se ve traducido en "un ataque contra la libertad de decisión de la víctima mediante la cual se obliga a ésta a hacer, omitir o tolerar algo que de otra manera no hubiera hecho, omitido o tolerado"[96]. Lo dicho reviste importancia, ya

[94] Marín, *Derecho Penal*, 532.-

[95] En este sentido, la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos "P. s/ Usurpación", causa nro. 8946, del 20/11/02 hubo de sostener que "La violencia a que alude el art. 181 inc. 1º del Código Penal, debe ser interpretada en un sentido amplio ya que el tipo enmarcado por dicho artículo, no tiene ningún agregado que limite su sentido".-

[96] Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos "P. s/ Usurpación", causa nro. 8946, del 20/11/02.-

que si se despliega violencia con otra motivación diversa de la despojar, estaremos ante la posible comisión de otro ilícito penal, como ser el de lesiones si la misma si dirigió hacia una persona o el de daño si tuvo como destino a las partes de un inmueble, como por ejemplo una ventana o una puerta.-

Asimismo, es importante destacar que la violencia puede estar presente en cualquiera de las modalidades previstas para la consumación de la conducta típica, esto es, cuando se invade el inmueble, o estando dentro, se la utiliza para mantenerse en él, como así también si se la emplea para expulsar a los ocupante del mismo, siendo ello fruto de la redacción actual de la norma, ya que no limita su empleo a una modalidad en particular. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre en el delito de robo –art. 164 del Código Penal- donde la violencia "puede ser verificable tanto en las etapas iniciales del delito, como en el curso del iter críminis y sus etapas finales, a efectos de procurar la impunidad"[97], en el caso de la usurpación "no es posible perfeccionar esta conducta típica incorporando recién después de su consumación la modalidad comisiva que para el despojo prevé la ley"[98].-

Se ha suscitado a lo largo de los años una controversia doctrinal en torno a este medio comisivo, girando la misma en derredor a si debe considerarse la conducta desplegada por el sujeto pasivo dirigida a vencer los obstáculos materiales opuestos por quien llevo adelante el despojo –aflorando como ejemplo emblemático, el cambio de una cerradura en un inmueble- como la violencia requerida por la norma penal. En pos de dilucidar dicho interrogante resulta conveniente recurrir a la opinión de reconocidos autores –quienes expresaron su sentir sobre la cuestión-, para luego observar la postura asumida por la jurisprudencia sobre el tópico.-

Así, Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano respondían afirmativamente a dicho interrogante. Para ello consideraban como el despliegue de violencia a

> "aquellos casos en que el autor transforma lo puesto por el propietario, no solamente para defensa y seguridad del inmueble, sino para reservarse su uso exclusivo. La cerradura, de la que guarda la llave o la da a quien quiere, constituye una manifestación material de que la cosa se encuentra bajo su esfera de custodia, y se ataca esta, cuando se lo tiende a privar de su utilización, lo que ocurre si se cambia una cosa por otra, o se transforma la combinación de la colocada en la puerta del inmueble. Sostenemos que es violencia física sobre una cosa –cerradura- la que se ha transformado para impedir el uso de la llave a su titular, pues si bien no se la destruye existe una

[97] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, en el marco de la causa nro. 26.890, del 26/03/09.-
[98] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa nro. P41.486, del 11/07/91.-

> modificación de las condiciones en que el referido la ha puesto, como manifestación de su señorío sobre el inmueble. Se presenta pues, una situación semejante a la de quien rompe una puerta o una ventana"[99].

La jurisprudencia ha sabido recoger lo expuesto por dichos autores, lo cual puede apreciarse en el pronunciamiento dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en el marco de los autos "Álvarez, Abelardo", del 03/07/64[100].-

De forma contraria a dicha tesitura se ha pronunciado Ricardo C. Núñez quien cuestionaba los argumentos expuestos por Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano para fundamentar a la oposición de fuerza como medio comisivo –representativo de violencia-, expresando que

> "la violencia que este tipo exige es la que usa el autor como medio para ocupar el inmueble, y no, como es la de la fundamentación aludida, la violencia que el sujeto pasivo del despojo debe emplear para vencer a los obstáculos que, sin violencia, ha puesto para su entrada en el inmueble el autor", luego de lo cual concluye que "no existe semejanza entre el ejercicio de una violencia verdadera y la colocación de un cierre en el inmueble o su modificación"[101].-

La postura asumida por Núñez también supo encontrar adeptos en el ámbito jurisprudencial, apreciándose ello en algunos fallos que la receptan[102].-

Hasta aquí se pueden apreciar dos visiones diversas, sobre el mismo tema, pronunciadas por prestigiosos doctrinarios. Con posterioridad a ellas, hubo autores que se fueron inclinando por considerar que la oposición de fuerza debe ser entendida como la violencia requerida por el tipo penal de usurpación en la modalidad bajo estudio, aunque con fundamentaciones diversas a las expuestas en primer término. Así, puede mencionarse la tesis ensayada por Carlos Fontan Balestra quien sostenía que

---

[99] Rubianes y Rojas Pellerano, 78.-

[100] Cfr. La Ley, 116-703. De similar forma se ha pronunciado también la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Duck de Micha, María F.", del 06/10/67 y en el marco de los autos "Del Campo, Pablo", del 21/12/90, entre otros.-

[101] Núñez, 490.-

[102] Así, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos "Núñez Ballejo", causa nro. 36.462, del 16/11/89, sostuvo –con cita de la obra de Núñez- que "la circunstancia de haberse cambiado la cerradura de la puerta de ingreso, aunque dicha acción haya sido dirigida a impedir el ingreso de los propietarios, no constituye esta conducta la acción de despojo exigida por el tipo, pues debe estar dirigida como medio para ocupar el inmueble y no la violencia para repeler el ingreso al mismo, habida cuenta el carácter de instantáneo del delito". En aquella oportunidad se absolvió al procesado en orden al delito de usurpación de propiedad. Sin perjuicio de la tesitura adoptada, corresponde decir que a la fecha de los pronunciamientos referidos, no se hallaba previsto en el texto de la norma las diversas modalidades de comisión de este ilícito, las cuales fueron reincorporadas mediante Ley 24.454, sancionada en fecha 08/02/1995.-

> "la violencia ejercida sobre las cosas, debe recaer sobre las resistencias destinadas a impedir la ocupación del inmueble. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el robo, habida cuenta de que el delito puede consistir en despojar de la posesión o tenencia impidiendo que se continúe en la ocupación del lugar, se ha extendido el concepto a los actos que obligarán a la víctimaa emplear violencia para poder continuar ejerciendo su derecho, tales como la colocación de candados, el cambio de cerradura o su combinación y otros semejantes que constituyen una oposición de fuerza"[103];

pero dicho doctrinario, párrafo seguido, realiza una importante aclaración:

> "Si se piensa que, para la doctrina expuesta, los actos mencionados, tales como poner candado o cambiar la cerradura, configuran por sí mismos el despojo, puesto que con ellos se ponen obstáculos físicos que el anterior ocupante deberá vencer para poder volver a su anterior situación, resulta que la fuerza debe ejercerla el despojado y es posterior a la consumación, circunstancias ambas que la hacen atípica. Parece evidente que no puede ser ésa la fuerza a que se refiere la interpretación que comentamos, sino la que está ínsita en el hecho de poner los obstáculos señalados, oposición de fuerza, como se la ha llamado. Si así no fuera, el delito se consumaría con un acto de la víctima, lo que no parece que pueda sostenerse"[104].-

Por su parte, Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre también se han manifestado a favor de entender a la oposición de fuerza como la violencia requerida por el tipo penal, afirmando en ese sentido que la violencia prevista en la norma resulta comprensiva de aquella que

> "el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquel procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p. ej., cambiar las cerraduras); esto último, que alguna vez puso en duda la doctrina (Núñez y Fontan Balestra), no parece que pueda plantear dificultades en la taxatividad de la nueva fórmula: si la fuerza sobre las cosas es el medio de mantenerse en el inmueble, es un medio comisivo y, por tanto, típico"[105].-

Las argumentaciones expuestas se ajustan perfectamente a la normativa en estudio, máxime se si tiene en cuenta la última reforma introducida en el texto del art. 181 del Código Penal. Así –y como bien lo señalan Creus y Buompadre- al incorporarse como modalidad de comisión el mantenimiento en el inmueble, resulta claro que para poder llevar adelante dicha conducta, el sujeto activo tendrá que modificar las anteriores defensas opuestas por el poseedor, para de esa forma consumar el despojo en la modalidad indicada. Por ello resulta acertado considerar típica la conducta de un condómino que, en

[103] Fontan Balestra, 596.-
[104] Fontan Balestra, 596.-
[105] Creus y Buompadre, I, 614.-

ausencia del otro coposeedor, cambia la cerradura de acceso al inmueble con la intención de continuar ocupándolo exclusivamente, consumándose de esta forma el despojo[106]; la respuesta sería la misma si en vez de cambiarse la cerradura se colocaran tacos de madera en la puerta de acceso, en este caso, desde el interior, lo cual impediría su apertura desde el exterior. Ese actuar, el de cambiar la cerradura o trabar los accesos internamente, es lo que debe ser entendido como violencia[107], ya que quien detentaba anteriormente el uso y goce no podría volver a ingresar al inmueble de la manera que lo hacía anteriormente, por ejemplo, utilizando la llave que abría la cerradura anteriormente colocada.-

Así, se ha considerado que comete el delito de usurpación –mediante el empleo de violencia-, el marido que luego de una discusión con su esposa, cambia la cerradura, y le impide así ingresar al hogar conyugal[108].-

De esta forma, corresponde decir que bien podría consumarse un despojo parcial, si uno de los poseedores le veda el acceso a su consorte en la posesión de un sector de la propiedad -como ser de un baño, o alguna otra dependencia- cambiando para ello la cerradura de acceso a las mismas y no otorgando la llave correspondiente para poder entrar. También ocurriría ello si un locatario -de un departamento- cambia la cerradura de la puerta de acceso a la terraza del edificio, privando a las demás personas que lo habitan de una parte de los espacios comunes del mismo.-

Amenazas

Las amenazas como medio comisivo han sido reincorporadas al texto del inciso 1º del art. 181 del Código Penal mediante la sanción de la Ley 24.454[109]; por ellas debe entenderse a la *"vis moral"* y

[106]De esta forma se ha pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Da Costa, Ana", del 27/03/03.-

[107]De similar forma se han pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Lentini, Claudia M.", del 24/08/92 y la Sala V de Dicho Cuerpo, en el marco de los autos "Wainrib, Alejandro J.", del 09/08/96.-

[108]Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Klein, Carlos R.", del 08/04/03. A mayor abundamiento, dicho cuerpo sostuvo en el mencionado precedente, en lo que interesa: "Si las cerraduras no fueron violentadas, sino cambiadas, la intencionalidad dolosa en el accionar del imputado se dirige a quitar la tenencia pacífica y reconocida que gozaba la damnificada sobre el inmueble".-

[109] Este medio comisivo había estado presentes en otras redacciones anteriores del Código Penal, lo cual fue analizado en detalle al tratar la *"evolución histórica"* de este delito, correspondiendo realizar un remisión a dicho capítulo, donde puede apreciarse todos los vaivenes que sufrió el mismo a lo largo de los años.-

consiste en el anuncio de un mal futuro e inminente dirigido hacia el sujeto que se encuentra gozando de alguna de las situaciones previstas por la norma.-

Éstas tienen que participar de los caracteres básicos de las amenazas -como delito autónomo previsto en el art. 149 bis del Código Penal-, es decir, que aquellas consistan en el anuncio de un mal, debiendo ser este futuro e inminente, el cual tendrá que infundir un miedo en la víctima –lo cual indica que tendrán que ir dirigidas a una persona determinada-, desprendiéndose de ello que las mismas tendrán que ser –también- idóneas, graves y realizables por parte de quien las pronuncia[110].

De esta forma, se ha afirmado que

> "…atendiendo a que el delito de usurpación tiene prevista una pena mas grave, el tipo penal de amenazas resultará excluido por la reglas del concurso aparente, en razón de la relación de consunción existente entre ambas figuras. Si aquellas son calificadas, estaremos en presencia de un concurso ideal de delitos"[111].-

Las amenazas proferidas por el sujeto activo deben tener como finalidad la consumación del despojo y este por otro lado tiene que ser la consecuencia lógica de aquellas[112]. Es de importancia resaltarlo, habida cuenta de lo expuesto en el párrafo precedente, ya que si las mismas son vertidas con mucha antelación, es decir, donde no pueda apreciarse una vinculación objetiva entre las mismas y la conducta reprimida por el tipo penal de usurpación –ocurriendo ello, por ejemplo, si se las profiere en una fecha y el despojo se materializa en otra distante- faltaría el nexo necesario para tener por configurado el tipo penal en estudio. Así, y si luego se vuelven a utilizar para llevar adelante el tipo penal en estudio –y se consuma-, bien podríamos estar ante la presencia de dos hechos independientes, siendo de aplicación las reglas del concurso real previstas en el art. 55 del Código Penal. Lo mismo sucedería si son proferidas luego de consumado el despojo, por ejemplo para consolidar el estado antijurídico, dándose ello cuando se apersona el sujeto pasivo a la propiedad y es amedrentado por parte del usurpador utilizando amenazas para que se retire del lugar.-

[110]Para una mayor comprensión de dichos conceptos ver: Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, en el marco de la causa nro. 25.182, del 06/11/07.-
[111]Froment y Cassani, VII, 749.-
[112]De similar forma se pronuncia Rubén Figari, *Delitos de índole patrimonial,* Nova Tesis, Rosario, 2010, II, 583/584.-

También corresponde afirmar –en el caso de este delito- que las manifestaciones proferidas, fruto de diversos estados de ánimos –como ser estados de ira u ofuscación- no pueden ser considerados como amenazas. En ese entendimiento, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de la causa nro. 36956, del 19/10/09, ha sostenido que “no encuadran en la figura penal de amenazas, los dichos vertidos en el fragor de una discusión, pues no revisten entidad suficiente para increpar, ni anuncian un daño real que efectivamente se llevará a cabo”[113].Así, y a modo de ejemplo, si en el fragor de una discusión entre un propietario y su inquilino, generada por alquileres adeudados por parte de este último, el locador le profiere manifestaciones subidas de tonos –“salí de la vivienda o te voy a matar”-, las mismas tienen que ser entendidas en el marco del contexto donde fueron expuestas, no pudiendo ser consideradas como amenazas a los efectos del ilícito en estudio.-

Por el contrario, se consideró con suficiente entidad el proceder de una mujer, quien mediante el disparo de un arma de fuego, logró intimidar a los ocupantes de una vivienda, consiguiendo que los mismos hagan abandono de ella, consumándose de esta forma el despojo[114].-

Engaños

El engaño, a los efectos de la norma sub examine, debe ser entendido como un ardid o maquinación, el cual estará dirigido a hacer incurrir en error a quien goza del ejerciciode alguno de los derechos enumerados, teniendo como finalidad directa su privación, con la consecuente consumación del despojo[115].-

Al adentrarse en la temática, cabe decir que la doctrina[116], como así también la jurisprudencia[117], le adjudican al engaño la misma significación que posee en la estafa. De esta forma, aquel tendrá que

[113] En ese mismo sentido también se ha pronunciado la mencionada Sala en el marco delos autos “Baguear, Miguel”, causa nro. 22.717, del 16/6/04 y en el marco de los autos “Refojo, Germán Orlando”, causa nro. 34.093, del 10/7/08.-
[114]Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, en el marco de los autos “Correa, Milagros”, del 07/11/89.-
[115] Así la Cámara 1ra. Penal de Tucumán afirmo que “El engaño sólo se da en la usurpación cuando el ocupante de un inmueble es inducido a error, y por obra de él queda privado de la posesión o tenencia” (La Ley, 142-564).-
[116]Cfr. Rogelio Saravia Toledo y Jorge Luis Villada, *“Curso de derecho penal, parte especial”*, Ed. Virtudes, Buenos Aires, 2003, pág. 476; Fontan Balestra, 596/597, entre tantos otros, además de los autores clásicos del Derecho Penal argentino.-
[117]La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Dto. Judicial de La Plata, Sala III, en el marco de los autos “P.A.O. s/ usurpación”, del 06/08/90 sostuvo: “El engaño como medio comisivo funciona de idéntica manera en la estafa que en la usurpación por lo que la simple mentira no puede configurar este último delito”.-

consistir en una actividad realizada intencionalmente, cuya finalidad será hacer aparentar algo falso como verdadero a los ojos del sujeto pasivo, o en su caso, de un representante suyo, como ser un empleado.-

Dicho proceder, es decir, las manifestaciones falsas, palabras artificiosas, etc., emanadas del sujeto activo deberán ir acompañadas de actos exteriores que abalen las mismas. Ellas pueden consistir en utilizar –entre otros- un nombre supuesto, o mediante una calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o por el contrario, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa u algún tipo de negociación[118]. A título ejemplificativo y recurriendo para ello a la calidad simulada -que no es otra cosa que atribuirse una determinada condición que no se posee, ya sea vinculada a un estado de familia o a tareas que desempeña, por decir-, una persona haciéndose pasar por un familiar lejano, logra ingresar a un inmueble y despoja a su legítimo poseedor como consecuencia de la utilización de dicho engaño, ya que la utilización del mismo le permitió que le franqueen la entrada a la propiedad en cuestión. También podría ocurrir ello cuando una persona, haciéndose pasar por oficial de justicia y mediante la invocación de una falsa orden de desalojo, logra despojar al legítimo tenedor de una vivienda.-

Lo expuesto lleva necesariamente a afirmar que el ardid utilizado deberá revestir la entidad suficiente para poder causar el error en el sujeto pasivo, es decir, que el mismo sea idóneo.-

Otra cuestión importante que corresponde aclarar, es la vinculada a si la simple mentira puede ser considerada suficiente a los efectos de este medio comisivo, es decir, si se la puede entender como un engaño. La respuesta a dicho interrogante es negativa, sosteniéndose en este aspecto que

> “no es delictiva, porque a nadie más que a si misma debe imputar la victima el daño sufrido por causa de su propia credulidad. La simple mentira puede creerse o no, mientras que el engaño supone una exigencia de un hecho exterior, es decir, que requiere en el sujeto activo un despliegue de actividad con el objeto de defraudar”[119].

[118]Estas situaciones se encuentran enumeradas en el art. 172 del Código Penal, precepto donde se halla previsto el tipo penal de Estafa. Las mismas no son otra cosa que los medios mediante los cuales se puede configurar aquella figura penal.-

[119] Marín, *Derecho Penal*, 457.-

La jurisprudencia se ha inclinado también en aquella dirección afirmando que “el silencio o la simple mentira carece de entidad suficiente para configurar el ardid o engaño requerido por el delito de estafa”[120].-

Entre el ardid desplegado –en cualquiera de las formas antes vistas- y la consumación del despojo tendrá que existir necesariamente una relación de causalidad. Con esto se quiere significar que la privación al sujeto pasivo de la tenencia o posesión que detentaba tendrá que ser el directo resultado de un error en el cual incurre, error que tiene que haber sido consecuencia del obrar del sujeto activo. No presentándose dicha relación –por un obrar negligente en el sujeto pasivo, o por falta de idoneidad en el engaño utilizado-, la conducta desplegada no podrá ser considerada típica, o al menos, no como un despojo cometido mediante engaño.-

Habida cuenta de los aspectos coincidentes que existen entre la usurpación de propiedad y la estafa, corresponde marcar el eje diferencial entre ambas figuras con la necesidad de evitar equívocos en los casos concretos. De esta manera, si con la utilización del engaño lo que el sujeto activo buscó fue privar del derecho de propiedad a su titular, estaremos ante un supuesto de defraudación, lo que sucedería –por ejemplo- si mediante su empleo se logra que otra persona suscriba un documento por el cual realiza una cesión o transferencia de los derechos que le correspondían en relación a un inmueble que le pertenecía[121] -produciéndose de esta manera el perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo, quien se termina desprendiendo de un bien que le pertenecía[122]-, aunque con ello pueda ocurrir que termine perdiendo también la posesión que antes detentaba. A diferencia de ello, y como en la usurpación de propiedad lo que se busca proteger es el normal ejercicio de la tenencia o posesión, independientemente de la validez del título en el cual pueden reposar aquellas, o aun más, aunque se carezca de él, al consumarse el despojo, lo que el sujeto pasivo pierde es el uso y goce de un inmueble que antes detentaba.-

Abuso de Confianza

---

[120] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de la causa nro. 27290, del 25/08/05.-

[121] Dicho supuesto se encuentra expresamente previsto en el art. 173 inc. 3ro. del Código Penal el cual establece que será reprimido “El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento”.-

[122]Cfr. José Console, *Usurpación de Inmuebles*, La Roca, Buenos Aires, 1997, 33.-

Este medio comisivo se configura cuando el sujeto activo, en virtud de una situación de confianza, ingresa en el inmueble y aprovechándose de ella se mantiene en su interior como ocupante, si antes no detentaba la tenencia, o si ya gozaba de ella –en virtud de una relación jurídica preexistente, como puede ser el caso de un locatario-, permaneciendo en la misma, configurándose de esta forma una "interversión del título", es decir, atribuyéndose uno mejor, mutando de forma unilateral la causa de su ocupación anterior.-

Así, se encuentran aquellos supuestos donde el sujeto activo, valiéndose de la confianza brindada por la persona en cuya cabeza reposa el ejercicio de alguna de las situaciones tuteladas logra ingresar en el inmueble, acceso éste, conseguido de forma lícita. Luego de ello, y aprovechando dicha circunstancia –la cual coloca al sujeto pasivo en una situación desventajosa habida cuenta que no sospecha de las reales intenciones de quien ingresa- lleva adelante la conducta típica, con la consecuente consumación del despojo. En estos casos, el autor del despojo no gozaba anteriormente de la tenencia –como si ocurre en los casos de interversión del título-, la cual consigue luego de aprovechar la credulidad del tenedor.-

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de abordar casos como estos, siendo conveniente rememorar alguno de ellos a los efectos de aportar mayor claridad a la temática en desarrollo. En uno de los traídos a colación se imputaba a un albañil haber cometido el delito de usurpación de propiedad; el mismo ingresó en el inmueble valiéndose de esa condición, ya que habría sido contratado para la realización de trabajos propios de su oficio. La Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "López Luis Alberto" –causa nro. 32.515, resuelta el 13/08/07-, revocó el sobreseimiento dictado por el "A quo" sosteniendo –en lo que interesa- que

> "si bien la forma más típica de abuso de confianza en la usurpación es la interversión del título, no es la única: "pues el delito también puede cometerse por ese medio no estando el autor en la tenencia del inmueble, si se vale de él para lograr la tenencia. Por ejemplo, el pintor a quien se le entregan las llaves para que se realice su cometido y se constituye en tenedor"[123].-

En el caso mencionado, bien puede verse como una situación lícita fue la que posibilitó que el obrero ingresara en la propiedad, circunstancia que luego le permitió llevar adelante el despojo.-

[123] En igual sentido se ha expresado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Morreta", del 24/11/95; también de esta forma se han pronunciado la Sala V, en el marco de los autos "Benítez", causa nro. 18.324, del 25/04/02 y la Sala IV, en el marco de los autos "Aguirre", del 03/12/02, entre otros.-

Quizás uno de los casos más emblemáticos de usurpación de propiedad, es aquel donde el despojo se consuma mediante abuso de confianza, bajo la forma comúnmente conocida como "interversión del título". Este se configura cuando la persona que se encontraba en ejercicio de la tenencia o siendo un representante de la posesión ajena –como ser un empleado- se perpetúa y comienza a comportarse como dueño –si antes detentaba la tenencia-, o en su caso, como tenedor -si su ocupación anterior no era equiparable a esta-, mutando de forma unilateral el título por el cual se justificaba su permanencia en el inmueble, –demostrando tal voluntad mediante actos exteriores-, consumándose de esta forma la conducta descripta en la norma penal.-

Si bien esto ocurre en la mayoría de los casos, no puede negarse que también el poseedor puede cometer este delito mediante la llamada interversión del título. Ello podrá ocurrir en los casos del condominio, en los cuales serán dos o más los poseedores que se vinculen con un inmueble bajo esta modalidad y la exclusión que realice uno respecto del otro, ya sea de una parte común –como ser en los casos de propiedad horizontal- o respecto del todo, cometerá el delito en estudio. A modo de ejemplo, puede citarse el caso de quien aprovechando la confianza dispensada por su consorte en la posesión, se apropia de una cochera –de utilización común- de dos dúplex, construcciones estas sometidas al régimen de propiedad horizontal, lo cual implica espacios de utilización compartida por parte de los copropietarios, negándole a posteriori de aquella conducta el derecho a su utilización con la consecuente consumación del despojo. También podría devenir el mismo resultado, si uno de los copropietarios de una vivienda vacacional se instala en su interior más allá del lapso de tiempo estipulado entre los contratantes y comienza a comportarse como único dueño, con lo cual el resultado será el mismo que en el ejemplo anterior.-

Corresponde sostener que para que se configure la interversión del título se requiere que haya existido previamente una relación jurídica entre los sujetos. La misma puede consistir, por ejemplo, en un contrato de locación; así, el locatario, desconociendo el derecho de propiedad del locador comenzará a comportarse como dueño del inmueble en cuestión –ya sea una vez culminado este o mientras se encuentra vigente-, lo cual se pondrá de manifiesto mediante la exteriorización de su voluntad, traduciéndose ello en actos materiales, como por ejemplo, la realización de obras no autorizadas en el contrato celebrado –ampliación o reformas-, su locación –total o parcial-, el cambio de titularidad de

impuestos o servicios, por decir. Así, y de forma unilateral cambiará el título en el cual reposaba su ocupación, consumándose de esta manera la usurpación de propiedad.-

Por el contrario, si quien reviste la calidad de locatario, una vez finalizado el plazo estipulado en el contrato respectivo no abandona la propiedad, pero a diferencia del supuesto anterior, simplemente se niega a hacerlo, sin desconocer los derechos del locador, dicha conducta resulta atípica ante la norma en estudio. La jurisprudencia lo ha sostenido afirmando que

> "la conducta del imputado de no haber hecho entrega del inmueble una vez concluido el contrato de locación, no configura el delito de usurpación previsto en el art. 181, C.P., dado que el sujeto obtuvo la tenencia del inmueble en virtud del contrato de comodato celebrado con la parte contraria y no hubo existencia de interversión de título, pues siempre reconoció el derecho de propiedad en la persona de su titular. Por ello, para que se configure el delito de usurpación es necesario que el despojo se produzca mediante algunas de las acciones típicas, violencia, engaño, abuso de confianza, clandestinidad, por parte del imputado para despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble. El mero vencimiento del plazo acordado contractualmente para concretar la entrega del bien no puede constituir, por si sólo, usurpación"[124].-

Además de ese nexo jurídico entre las partes, se requiere que el sujeto que se encuentra en el interior del inmueble decida permanecer allí. Dicha estadía, deberá ir acompañada de actos exteriores que demuestren su voluntad de comenzar a comportarse como dueño –si ya se encontraba gozando de la tenencia- o en su caso como tenedor, si la causa por la cual se encontraba en el interior del inmueble no era constitutiva de esta, siendo ejemplo de ello el caso de los empleados domésticos que se mantienen en un inmueble.-

A los largo de los años se han suscitado divergencias interpretativas en torno a este medio comisivo, lo cual motivó la celebración de un acuerdo plenario por parte de los integrantes de la Cámara Nacional Criminal y Correccional[125]. Así, se sometió a consideración de dicho cuerpo, el siguiente interrogante: si la negativa del encargado de casa de renta a abandonar la misma, una vez concluido el contrato laboral, configuraba el delito de usurpación de propiedad. En el seno del mismo se fijaron dos

---

[124] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de la causa nro. 16.296, del 17/09/01. En este sentido se ha pronunciado también la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en el marco de los autos "Gómez, Alberto Luis s/ recurso de casación", causa nro. 3756, del 14/05/02; también puede verse ello en lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Dto. Judicial de San Nicolás en el marco de los autos "L., J. A. s/ Usurpación" del 11/06/91 y en el marco de los autos "C., M. s/ Usurpación de Propiedad" del 17/03/92, entre otros.-

[125] Cámara Nacional Criminal y Correccional en Pleno, en el marco de los autos "Contarino, Mario" del 13/08/64.-

posturas: una de ellas, respondía de forma negativa a la cuestión planteada, siendo propiciada por los Dres. Pena, Frias Caballero, Cabral, Romero Victorica y Rassó. Los votantes mencionados entendían que la sola permanencia del empleado en la vivienda otorgada –una vez finalizado el vínculo laboral- no transformaba aquella detentación precaria en una tenencia, no produciéndose como consecuencia una interversión del titulo por parte de aquél y como consecuencia de ello, no podría hablarse de despojo; así, el Dr. Romero Victorica expresaba que

> “si al extinguirse la relación laboral, se limita a prolongar en el tiempo la situación en que se encontraba, sin modificarla, va de suyo que, aunque siga estando en la cosa, sigue no teniéndola; y que la tenencia continúa en manos del propietario -o de quien por él la ejerza-…Las razones que el propietario tenga para dar por terminada la relación jurídico laboral y sus consecuencias materiales valdrán para lograr -en forma que no incumbe al derecho penal- que el encargado deje de estar donde ya no tiene razón para permanecer; pero no para hacerle entregar o restituir lo que no tuvo ni tiene”.-

Dicha postura resultó ser la minoritaria ya que el resto de los magistrados participantes respondieron de forma afirmativa al interrogante planteado; de esta forma, la opinión mayoritaria fue encabezada por el voto Dr. Munilla Lacasa -al cual adhirieron los Dres. Quiroga, Panelo, Prats Cardona, Negri, Black, Fernández Alonso, Ure, Vera Ocampo, Argibay Molina, Millán y Lejarza-, mereciéndose destacar de éste, tres párrafos, con los que se puede sintetizar el sentir expuesto por el mencionado magistrado. En el primero de ellos puede leerse que

> “Tan pacífica y reiterada orientación jurisprudencial obedece a la muy simple y fundamental razón de que sólo se trata, en la especie, de lo que en doctrina se conoce como "servidores de la posesión". Es decir, personas sujetas a las órdenes del propietario o poseedor, etc., de quien reciben sus instrucciones y a quien le deben obediencia y respeto y cuyas tareas laborales se concretan al cuidado o el aseo del inmueble o a la atención de ascensores y maquinaria. Meros locadores de sus servicios mediante retribución establecida”;

luego de ello y a renglón seguido se expresó que

> “la circunstancia de que algunas veces se les brinde habitación y otras dependencias en el inmueble para el mejor cumplimiento de sus tareas, no es sino una concesión accesoria del contrato principal celebrado relativo al trabajo convenido. La naturaleza jurídica de aquél, la locación de servicios en que consiste, no cambia para las partes, como consecuencia, no hay poder autónomo sobre el ámbito que se les brinda con aquel objeto, ni título alguno sobre el inmueble. Carecen de todo derecho personal sobre la cosa y, disuelta la relación laboral, simultáneamente concluye la precaria ocupación que durante su vigencia les fuera permitida”.-

Por último y a modo de conclusión hay que destacar la siguiente afirmación:

> "Estar en la casa no es estar en la tenencia y el precario contacto material con la misma en virtud del trabajo, no trasunta, ni mucho menos, un poder efectivo, un señorío de hecho y por abuso de confianza intervierte ese título quien, disuelta la relación laboral, pretende transformar por sí y ante sí una "no tenencia" en "tenencia", vulnera los legítimos derechos que protege el art. 181 Código Penal, permaneciendo en el inmueble y privando así a sus titulares del uso y goce que conlleva su personal ejercicio".-

Como consecuencia de lo expuesto, se sentenció que "resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precariamente cedida por esa causa y sin que exista derecho de retención y, por lo tanto, su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación".-

Ello no puede ser de otra manera, ya que si la persona que ocupa un inmueble como consecuencia de un vínculo laboral –el cual no da derecho a la tenencia, sino a una mera detentación precaria, sujeta a los vaivenes del contrato celebrado- decide permanecer en su interior una vez que ha fenecido el mismo –negándose a devolverlo a quien se lo dio como consecuencia de aquél-, ya no lo estará ocupando en virtud de la causa que lo originó, sino en otra que nació de su propia voluntad y en detrimento del legítimo tenedor, ya que lo sustituirá en la misma con su proceder. Lo sostenido se ajusta claramente a las previsiones legales, máxime porque este delito se puede consumar mediante la modalidad de permanencia en el inmueble.-

La inteligencia emergente del plenario "Contarino" perduró a lo largo de los años, apreciándose la misma en gran cantidad de fallos los cuales tuvieron siempre como eje de conflicto la conducta desplegada por personas, que si bien en un momento pudieron ocupar un inmueble en virtud de una relación laboral, al extinguirse esta, lejos de abandonar el mismo, continuaron en su ocupación con la consecuente consumación del ilícito en estudio[126].-

Clandestinidad

Con este medio comisivo se alude a los actos "ocultos" llevados a cabo en ausencia del poseedor o sustrayéndolos al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse, para de esa forma lograr el

---

[126] Ello puede apreciarse en lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Casagrande, Roberto H.", del 07/08/02; de esta forma se pronunciaron también la Sala VI, en el marco de los autos "Simón, José", del 13/12/02, "Annovassi, William L.", del 12/04/06 y "Cajal, Santiago y otro", del 06/07/06 y la Sala VII, en el marco de los autos "Herrera Carlos", del 20/06/07, entre otros.-

ingreso y/o mantenimiento dentro de un inmueble, consumándose de esta manera el despojo. Tal proceder -subrepticio- lo debe ser respecto de las personas que puedan repulsar el accionar del sujeto activo, más no de terceras personas ajenas ala propiedad, como ser vecinos colindantes.-

Si bien en la actualidad la clandestinidad se encuentra prevista expresamente como medio comisivo de este delito, hubo momentos en los cuales ello no fue así, lo que generó que diversas conductas que se declararan atípicas[127]; en este sentido, no obstante a que la víctima podía acreditar el derecho que le correspondía en referencia al inmueble y que se encontraba en pleno ejercicio de la tenencia o posesión, ocurría como contracara que la justicia no podía comprobar la forma de ingreso al inmueble –o el mantenimiento- por parte del sujeto activo, es decir, si había obedecido a la utilización de violencia, engaño o abuso de confianza, dándose el resultado ya adelantado.-

Sobrados ejemplos hay de ello, como ser los casos en los que un individuo o varios se introducían por la noche en una casa, aprovechando la ausencia de su morador o cuando se llevaba adelante dicho proceder en las propiedades destinadas al uso de fin de semana o en periodos vacacionales, en las cuales quien detentaba su posesión o tenencia, la utilizaba de forma esporádica y no como vivienda permanente. La reforma legislativa materializada en la Ley 24.454, con la introducción –nuevamente- de la clandestinidad como medio comisivo, contribuyó a aportar más justicia a supuestos de usurpación de propiedad que antes quedaban impunes.-

Para comprender mejor este medio comisivo debe recurrirse al Código Civil, el cual la define en el art. 2369, pudiendo leerse del mismo que “la posesión es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse”. El contenido de dicho precepto es utilizado para analizar si los hechos concretos llevados ante la mirada del justiciable resultan ser

[127]Lo expuesto puede apreciarse en lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, en el marco de los autos “Orellana, Lucas”, del 29/09/87; de similar forma se pronunciaron también la Sala I en el marco de los autos “Agüero, Susana”, del 21/12/90 y la Sala IV, en el marco de los autos “Haedo, P”, del 25/07/91, entre otros.-

clandestinos[128] y como consecuencia de ello, constitutivos o no del medio comisivo en estudio. Así, cobra importancia lo señalado por Edgardo A. Donna al afirmar –con cita de la obra de Salvat- que

> “para la ley civil, habrá clandestinidad en tres supuestos. Primero, por la ocultación de los actos, como ser la extensión de un sótano a la propiedad del vecino. Segundo, cuando se tomo en ausencia del poseedor, como cuando si el poseedor no está el autor entra en la vivienda. Y tercero, cuando se toma con precauciones para que, quien tenga derecho a oponerse, no se entere, como ser la toma de una casa de noche”[129].-

Suele verse en la practica que este medio comisivo será acompañado –muchas veces- de la utilización de violencia, ya sea para lograr la entrada en el inmueble como para consolidar la misma. Véase el caso de quien ingresa por la noche –claro indicador de un obrar clandestino- forzando para ello una ventana o quien lo hace sin ejercer violencia, pero luego cambia las cerraduras de la propiedad para de esta forma impedir la posterior entrada de quienes disponían de su uso y goce. Esto es importante resaltarlo dado que en oportunidades, el poseedor tomará conocimiento recién después de un tiempo de que ha sido víctima de un ilícito, lo cual implica que el o los sujetos activos podrán ocultar o reparar los daños causados para lograr el ingreso, no pudiendo probarse la utilización de la violencia. Pero si el ingreso nocturno fue presenciado por testigos, esta circunstancia –que puede verse acompañada de otras, como por ejemplo la presencia de conexiones antirreglamentarias de servicios como ser de energía eléctrica o de gas- permitirá acreditar una entrada, la cual se adecúa a un obrar clandestino y configurativo del tipo en estudio. Por esto, corresponde aclarar que los actos ocultos –con los alcances dados- deberán serlo respecto de las personas que puedan oponerse al ingreso del sujeto activo[130], ya que ello será la nota característica que torne clandestino el obrar desplegado[131].-

También debe decirse, que este medio comisivo sólo podrá estar presente para logar la invasión o el mantenimiento. En el primer caso –y más usual- el agente lo utilizará para conseguir el ingreso; el

---

[128] Tal es la inteligencia emergente de lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Gregori, José L.”, causa nro. 26.154, del 05/05/05; también en este sentido se pronunció la Sala I de dicha Cámara, en el marco de los autos “Veramendi Rojas, Henry Paul y otras”, causa nro. 35.540, del 19/08/08, entre otros.-

[129] Donna, II-B, 738.-

[130] En este sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Arias, Gabriela”, causa nro. 21654, del 06/06/03; también de esta forma se pronunciaron la Sala IV, en el marco de los autos “Ambesi, Ana Ester y otro”, causa nro. 26.509, del 09/06/05 y la Sala VII, en el marco de los autos “Aveldaño, Héctor”, causa nro. 27.741, del 17/11/05, entre otros.-

[131] De similar forma se pronuncian Enrique Berguer y Lucila Luque Vidal, *Usurpación por Despojo*, Lerner, Córdoba, 2006, 33.-

segundo, implicará la realización de actos ocultos para lograr el mantenimiento en su interior. Por el contrario, no resultará viable su presencia para lograr la expulsión de los ocupantes, ya que la nota característica de la clandestinidad es justamente la realización de actos ocultos a los ojos de quien pueda oponerse a tal proceder, lo que sería incompatible con la expulsión de los ocupantes, ya que esto implica un contacto directo con estos. Habida cuenta de ello y a los efectos de evitar equívocos, es oportuno distinguir este medio comisivo del engaño y el abuso de confianza.-

El engaño presupone un error causado en el sujeto pasivo, fruto del proceder intencional del sujeto activo, desplegado para lograr el despojo –lo cual implica un contacto o conocimiento previo entre ellos-, mientras que en la clandestinidad, el obrar es oculto, por lo que el despojado, nunca estuvo al corriente de la existencia de este y muchos menos de su sentir. Algo similar ocurre con el abuso de confianza, donde existió -previo a llevarse adelante la conducta típica- una relación entre las partes, lo cual le posibilitó al sujeto activo el ingreso en el inmueble, quien luego y abusando de la confianza dispensada consuma el despojo. Respecto de la clandestinidad, ese franqueo previo basado en una relación de confianza, por lo general no se da.-

g) Sujetos del Delito:

Teniendo a la vista lo desarrollado–en especial aquellos donde se expuso todo lo relativo a la posesión, tenencia y el ejercicio de los derechos reales- es necesario determinar con precisión quienes podrán revestir los roles de "sujeto activo" y de "sujeto pasivo" del delito de usurpación de propiedad.-

Sujeto Activo

De esta forma, corresponde comenzar por decir que el sujeto activo será aquella persona -o personas- de existencia real que lleve adelante el despojo; en virtud de la forma como se encuentra redactada la norma penal -"el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente…"-, no resulta necesario que el mismo revista alguna calidad particular, como si ocurre con otros delitos del Ordenamiento de Fondo[132]. Entonces y como primera aproximación, corresponde decir que no podrán ser sujetos activos de este delito las

[132]Ejemplo de ello, es el art. 273 del Código Penal, donde el sujeto activo sólo puede ser un Juez en actividad.-

personas de existencia ideal, ya que las mismas reciben de los miembros que la conforman, el sustrato indispensable a fin de poder existir en aquél carácter -derivándose de ello la diferente personalidad de la entidad de la de sus miembros integrantes-, lo cual es indicativo de su no existencia en el mundo físico y como consecuencia de ello, aflora su incapacidad de acción. Por el contrario, podrían cometerlo sus miembros, siendo que en este caso el delito se les imputaría, pero a título personal, independientemente de su rol dentro de aquella.-

En ese norte, también debe afirmarse que podrá serlo quien resulte ser el propietario de un inmueble, si con su actuar despoja a quien se encuentra en el ejercicio de la posesión o tenencia, por decir. De esta forma se ha pronunciado la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Tarsia, Mario Arnaldo" –causa nro. 20976, del 14/04/03-, donde sostuvo:

> "El delito de usurpación protege tanto el despojo de la posesión como el de la tenencia, por lo que, el hecho de que el titular del bien sea el propio imputado, no implica que no pueda responder, en principio, por el delito de usurpación de un bien de su propiedad. La conducta atribuida al causante de ingresar al inmueble cuya posesión fue adquirida por el denunciante, cambiar las cerraduras y contratar a una persona para que se quede en dicha propiedad, son elementos que ameritan la revocatoria del sobreseimiento dispuesto en su favor".

Se desprende de dicha inteligencia que también devendría típica la conducta de quien resultando ser el titular registral de un inmueble, despoja de la tenencia a quien se encuentra ocupándolo en virtud de un contrato de locación celebrado, habida cuenta el bien jurídico protegido por este delito.-

Asimismo, podría consumar el despojo –en el rol activo- aquella persona que se encuentre en pleno ejercicio de la posesión o tenencia. Es el caso que se da cuando la propiedad se encuentra sometida a las reglas del condominio[133], o cuando sin estarlo previsto expresamente en el negocio jurídico que le da nacimiento, aquella se encuentra sometida a la acción y voluntad de varias personas, como por ejemplo cuando se alquila una vivienda o un campo, siendo más de uno los locatarios que celebraron el contrato respectivo; al no distinguir la norma los sujetos que pueden llevar adelante el despojo, bien podría suceder que uno prive al otro de la utilización de una parte de la finca o local –por ejemplo de la cocina, una terraza, una habitación, etc.-, como así también del todo –si se lo excluye completamente-, con lo que estaríamos ante un despojo total o parcial de la misma, según sea el caso.-

[133] Este instituto se encuentra previsto en los arts. 2673 y Ss. del Código Civil.-

En el otro supuesto referido –locatarios- la respuesta es coincidente a la anterior, ya que la exclusión del todo o parte que pudiera realizar uno respecto del otro u otros configuraría este delito.-

También podrán ser considerados de esta forma –y por ende su actuar reputado típico- aquellas personas que se encontraban dentro del inmueble, pero su situación jurídica no confería derecho a la tenencia o posesión. Este resulta ser el caso de aquellos individuos que no detentan su uso y goce de forma autónoma, sino tan solo derivada de un vínculo legal que justifica aquella presencia. De este modo, nos encontraremos con los representantes y mandatarios, quienes tienen un acceso limitado al inmueble, obedeciendo éste a un motivo determinado, como cuando el mandatario posee una propiedad que se encuentra a la venta y cumpliendo órdenes de su mandante la muestra a eventuales interesados; en este caso, si excede su cometido y toma la propiedad como suya, el resultado es el que se viene afirmando a lo largo de estos párrafos. Otro tanto sucede con los empleados –por ejemplo, domésticos, serenos, etc.-, quienes resultan ser servidores de la tenencia ajena y por lo tanto su presencia y estadía en la propiedad obedece a la función que cumplen en la misma, por lo que una vez culminada la relación laboral, tienen que hacer abandono, de lo contrario incurrirán en este ilícito[134]. En este sentido, también cabe mencionar a los que tienen derecho a estar en el inmueble, pero el mismo es limitado a partes determinadas, como ser los pensionistas, los huéspedes de un hotel, quien renta un garaje. En estos supuestos, el poseedor o tenedor, no se desprende de dichas facultades, ya que solo permite la utilización de partes perfectamente delimitadas, en las cuales se basó el negocio jurídico celebrado.-

Sujeto Pasivo

En este estadio corresponde delimitar quienes podrán revestir la calidad de sujeto pasivo de este delito. Para ello hay que comenzar por afirmar que dicha condición le pertenecerá a quien se encuentre en el ejercicio de la posesión, tenencia o de alguno de los derechos reales previstos en el ordenamiento civil con los alcances expuestos –entiéndase con esto, el dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, anticresis y superficie forestal-; no alcanzará con ser su titular, se requiere estar en su pleno uso y goce. Así –y como primera aproximación- hay que afirmar que será sujeto pasivo la persona que

[134] Dicha temática fue desarrollada al abordar el abuso de confianza como medio comisivo de este delito, más precisamente, en los supuestos donde se configura la denominada “interversión del título”, por lo que corresponde remitirse a lo expuesto en aquél capítulo.-

se encuentre en su pleno ejercicio –es decir, en el uso y goce del inmueble-, lo que se podrá comprobar mediante los llamados actos posesorios.-

Siguiendo ello, cabe afirmar que podrá ser considerada como sujeto pasivo de este delito una persona de existencia ideal –por ejemplo, una empresa- si se verificarse la usurpación de algún bien inmueble que se encuentra dentro de su patrimonio, como ser un campo o una vivienda[135].-

Para revestir dicho rol, no resultará necesario estar continuamente dentro del inmueble, o que éste siempre se encuentre ocupado por una persona. Lo expuesto puede apreciarse en el decisorio pronunciado por la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal Correccional, en el marco de los autos "Isaurralde, María Ester" –causa nro. 20596, del 04/03/03-, donde se sostuvo que:

> "…puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación no sólo quien de un modo actual y efectivo ejerza la posesión o la tenencia de un inmueble, sino también quien lo tiene desocupado, puesto que la ley penal tutela el poder que cualquier integrante de la comunidad adquiera y esté en condiciones de tener su propiedad…".-

Como contracara de ello, no se le podrá asignar dicho rol a aquellas personas que solo sean titulares de un derecho a la posesión o tenencia; en este sentido, no gozarán de la tutela legal si antes no han adquirido la posesión o la tenencia por alguna de las formas estipuladas en el Código Civil, como ser la tradición. En este caso, si se produjera una ocupación del inmueble, el adquiriente no podría ser considerado como sujeto pasivo, ya que dicha calidad recaería en la persona que hasta ese momento se encontraba llevando adelante la posesión del mismo.-

Tampoco lo serán aquellas personas que se encontraban dentro del inmueble, pero su situación jurídica no confería derecho a la tenencia o posesión, como ser los representantes, mandatarios, los empleados, los pensionistas, etc. Estos individuos, tal como se viera en los párrafo precedentes, si bien pueden ser considerados sujetos activos y por ende cometer este delito, por el contrario no podrán ser reputados como sujetos pasivos, habida cuenta de que su presencia en el lugar obedecerá a una causa

[135]En este aspecto, resulta oportuno traer a colación lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Pascuale, María Victoria", del 22/08/86; en dicho precedente se sostuvo que "corresponde revocar la sentencia apelada y condenar a la procesada por el delito de usurpación mediante violencia (art. 181 inc. 1ºC.P.) por hallarse acreditado que despojó a la sociedad de la posesión del inmueble, al haber sustituido las cerraduras allí instaladas y negar a los directores de aquélla razón social el ingreso a ese bien, no pudiendo ponerse en duda que la sociedad gozaba de la efectiva posesión del inmueble".-

legal, la cual no constituye posesión, tenencia, ni muchos menos el ejercicio de un derecho real. Así y de constatarse la conducta descripta en el tipo penal, deberá considerarse como sujeto pasivo a la persona que efectivamente se encontraba ejerciendo la tenencia o posesión, por ejemplo, el empleador en el caso que el despojado sea su empleado o el mandante si el desplazado fue su mandatario, etc.-

Tampoco podrán revestir la calidad de sujeto pasivo los huéspedes de un hotel, ya que la causa legal que justifica su presencia en el inmueble no es equiparable a la posesión o tenencia; ello ha sido receptado por la jurisprudencia, afirmándose que

> "el contrato de hospedaje constituye una figura contractual "sui generis" que si bien participa de ciertas características de la locación de cosa y de servicios, entraña un contrato innominado por el cual una persona -el posadero- se obliga a prestar a otra -el huésped- determinados servicios a cambio de una suma de dinero, periódicamente exigible. Por ello es que el contrato no trasmite al huésped la tenencia de la habitación, la que se reserva el hotelero en su totalidad, sino que le da simplemente alojamiento y morada"[136].-

De esta forma, si el hotelero –ante la falta de pago- le impide al huésped el ingreso a la habitación que detentaba, aquél no podrá ser considerado sujeto pasivo, y por ende, el obrar del primero será reputado atípico[137] en orden al delito de usurpación.-

4.- Tipo Subjetivo:

Habida cuenta la forma como se encuentra redactado el precepto en estudio, corresponde afirmar que el delito de usurpación de propiedad resulta ser doloso y que el requerido por esta figura no es más que el dolo directo, el cual se presenta cuando "el autor dirige su voluntad incondicionalmente a lograr un resultado que considera consecuencia necesaria de su acción"[138]. Esto ha sido receptado por la jurisprudencia, pudiendo citarse lo resuelto por la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Gallardo, Juan M." –causa nro. 28.480, del 22/03/06- donde se afirmó:

[136]Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Espinosa, Luis A. y otros", del 23/10/91; de similar forma se pronunció también la Sala V, en el marco de los autos "Hung, Chuan H.", del 24/05/05.-
[137]Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos "Hung, Chuan H.", del 24/05/05.-

[138]Righi, 213.-

> "Para que se configure el delito de usurpación se requiere el dolo directo de despojar de la posesión mediante alguno de los medios tipificados: el autor debe conocer que se trata de un inmueble de ajena posesión y debe saber que esta empleando alguno de los medios típicos"[139].-

Dicho fallo resume en pocas líneas los requisitos necesarios que debe conocer el sujeto activo al llevar adelante su conducta: que con su obrar se encuentre despojando a otro de alguna de las situaciones protegidas por la norma en relación a un inmueble –es decir, del ejercicio de la posesión, tenencia o de alguno de los derechos reales contemplados, sea en forma total o parcial-, del cual aquel carezca de derechos y que ello sea como consecuencia de la utilización de alguno de los medios comisivos previstos: violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza o clandestinidad[140].-

En el ámbito doctrinal se suscitaron controversias en torno a la afirmación emitida en el párrafo que antecede; así, Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano pregonaban que el delito de usurpación requería de un dolo específico, el cual les permitía diferenciar esta figura penal de otras que también implican que el sujeto activo ingrese dentro de un inmueble, como por ejemplo la violación de domicilio, prevista en el art. 150 del Código Penal[141]. Esta postura es criticada por Ricardo C. Núñez, quien afirmaba tajantemente que el dolo exigido por el delito de usurpación de propiedad no es otro que la voluntad de privar, mediante alguno de los medios comisivos enumerados en la norma, de la posesión, tenencia o cuasiposesión que reposaban en cabeza de otra persona, sosteniendo –en pos de dicho ideal- que "los motivos que el autor haya tenido para despojar están al margen del tipo delictivo y del dolo del autor, y solo pueden tenerse en cuenta a los fines de fijar la pena aplicable"[142].-

La opinión vertida por Ricardo C. Núñez es la que prevalece hoy en día en el ámbito nacional, siendo comulgada entre otros por Sebastián Soler[143] y Carlos Fontan Balestra[144]; Edgardo Alberto

[139] También se han pronunciado en este sentido la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Miranda, René y otros", del 12/11/02 y la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en el marco de los autos "Fernández, Carlos Alberto s/ recurso de casación", del 16/12/09.-

[140] En ese entendimiento, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Silveyra, María", del 07/04/88, sostuvo que "Corresponde revocar la prisión preventiva decretada en orden al delito de usurpación, al no haberse probado que el procesado actuó con dolo, dado que cambió la cerradura al serle entregada la llave por el locatario, en la creencia de que el arrendamiento había terminado sin que pueda hablarse de la otras modalidades comisivas del delito, ya que pacíficamente le reintegró la posesión del local uno de los inquilinos".-

[141] Cfr. Rubianes y Rojas Pellerano, 57/61 y 349/351.-

[142] Núñez, 496.-

[143] Cfr. Soler, IV, 530/532.-

[144] Cfr. Fontan Balestra, 599.-

Donna resulta más tajante, en cuanto afirma que "…la idea de dolo específico es una redundancia, ya que todo dolo es específico en el sentido de realizar el tipo objetivo. Sin perjuicio de ello, no hay duda de que si el autor no quiso despojar, no habrá tipo subjetivo"[145].-

Así, al analizar la conducta desplegada por el sujeto activo, habrá que determinar si el mismo tuvo el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, es decir, si existía una concordancia entre lo conocido y lo realizado. En este estadio corresponde señalar que la falta de conocimiento por parte del sujeto activo de alguno o algunos de los elementos del tipo objetivo –por decir, los medios comisivos, las situaciones de hecho tuteladas por la norma, la acción típica, el alcance que el despojo puede tener y sus modalidades de comisión- genera la exclusión del dolo por aplicación de la reglas del error de tipo. Ello es consecuencia de que nos encontramos antes un error de características empíricas, "pues el autor le adjudica a su comportamiento o al objeto del hecho, propiedades que objetivamente no tienen"[146].-

Lo expuesto tiene receptación jurisprudencial, afirmándose que "no es responsable por el delito de usurpación el dueño de una casa que creyendo intrusa a una inquilina, conforme a la opinión de dos letrados a quienes consultó, cambia la cerradura de la habitación cuya tenencia tenía aquella, impidiéndole la entrada"[147].-

Asimismo, cabe afirmar que al no prever el delito de usurpación de propiedad un equivalente culposo –como si ocurre por ejemplo en los casos del homicidio o de las lesiones- no resulta necesario distinguir si el error padecido por el individuo resulta evitable o inevitable, dado que haya incurrido en uno u el otro, la respuesta será la falta de tipicidad de su conducta. A modo ejemplificativo bien pude traerse a colación lo resuelto por la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en el marco de los autos "Becerra, Daniel H", resuelta el 27 de septiembre del año 1990; en aquella oportunidad

[145]Donna, II-B, 742.-
[146]Righi, 216.-
[147] Cámara Nacional Penal, en el marco de los autos "Spevak, Moisés.", del 19/03/51 (La Ley, 62-548). En el caso de marras, la Cámara confirmo el sobreseimiento dictado por el juez de primera instancia, afirmando que en el caso sub examine, "ese error provocado por el asesoramiento técnico de dos letrados, prudente y oportunamente requerido por el procesado, sobre una circunstancia de hecho que obsta al conocimiento de la verdadera naturaleza del acto realizado, reviste los caracteres de decisivo por haber sido determinante absoluto del mismo e inculpable porque no puede exigirse al causado otra conducta más diligente para evitar incurrir en él".-

llegaron los autos a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación deducido por la Fiscal del caso contra la sentencia absolutoria dictado por el "a quo". La Cámara, luego de meritaur los elementos colectados, confirmo el decisorio impugnado, señalando:

> "Ante esta más que seria duda, cobra todo su rigor el error de tipo en que creo incurriese Becerra que, aunque excusable excluye el dolo, dejando subsistente la culpa, pues debió haber previsto algo raro en este contrato, donde la dueña no aparecía, existían objetos ajenos y carteles de una inmobiliaria conocida, etc., pero como la forma imprudente o negligente no está prevista para la usurpación, corresponde declarar atípica la conducta del acusado, ya que, a la falla del aspecto subjetivo, hay que sumarle el improbado medio comisivo, aun aceptando la tesis amplia que siempre he propiciado por las razones que ya diese precedentemente"[148].-

De esta forma, será fundamental –en el ámbito de la tipicidad subjetiva- poder determinar la verdadera intención tenida en miras por el sujeto activo al desplegar su obrar, para así analizar si existió coincidencia entre lo querido y lo realizado. Comprobándose ello, bien puede afirmarse que nos encontramos ante una conducta que podrá ser reputada "típica", en nuestro caso ello sucederá, si el sujeto activo sabía que con su actuar estaba despojando –mediante alguno de los medios comisivos enumerados en la norma- a otro sujeto de la posesión o la tenencia que aquél ejercía sobre un inmueble –total o parcialmente ajeno-, en alguna de la modalidades previstas.-

5.- Consumación y Tentativa:

El delito en estudio resulta ser de consumación instantánea[149] -lo cual se desprende de la forma como se encuentra redactado dicho artículo-, debiendo señalarse en ese sentido que la conducta típica –despojo-, se realiza en un solo momento, sin perjuicio del estado ilícito que acarrea luego de su perfeccionamiento y la eventual duración de éste. Ello implica que se consumará en el momento en el cual el sujeto activo prive al sujeto pasivo en todo o en parte de la posesión, tenencia o del ejercicio del derecho real que se encontraba llevando adelante–mediante la utilización de alguno de los medios comisivos enumerados-. Corresponde recordar que dicha privación bien podrá darse en cualquiera de las modalidades de comisión previstas, es decir, mediante invasión, mantenimiento o expulsión. Así, la jurisprudencia ha considerado que

[148] Puede consultarse en JA 1992-II, 85.-
[149] De esta forma se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa nro. P41.486, del 11/07/91.-

> "corresponde condenar por el delito de usurpación y no por usurpación en grado de tentativa a quien cortó con una sierra el candado que cerraba el acceso a la finca y colocó otro en su lugar, luego de lo cual fue detenido; pues el hecho delictivo se consumó, ya que la usurpación es un delito instantáneo de efectos permanentes y se consuma en el momento que se despliegan los medios para cometer el despojo, en este caso, el cambio de candado"[150]

Será importante entonces determinar el momento en el cual el sujeto activo comienza a desplegar los medios comisivos con la finalidad de llevar adelante el despojo, ya que a partir de ese momento deberá situarse al principio de ejecución de este delito y por ende, poder marcar la diferencia entre el delito tentado o consumado[151], como por ejemplo cuando éste, mediante la utilización de violencia, comienza a forzar las defensas materiales de un inmueble para poder ingresar al mismo con la finalidad de llevar adelante la conducta típica.-

Además de ser de consumación instantánea, es de resultado material y efectos permanentes; esto, al decir de José Luis Clemente y Gerardo Sebastián Romero, significa que "su consumación se produce y agota en un momento pero los efectos del mismos se prolongan en el tiempo, siendo de resultado material, por exigir su consumación a la par del comportamiento del autor, que se produzca un resultado de daño efectivo"[152]. Al no producirse el resultado material –despojo- por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, dicho ilícito habrá quedado tentado de conformidad a las previsiones contenidas en el art. 42 y Ss. del Código Penal[153].-

De esta forma, la jurisprudencia ha entendido que

> "incurre en el delito de usurpación en grado de tentativa quien mediante la utilización de un corta fierro y una maza, logra ingresar a un inmueble, que se encontraba desocupado para su venta y perfectamente cerrado con llave por su propietario, con el propósito de ocuparlo, pues, toda vez

[150]Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Pinto, Juan R.", del 27/05/93.-

[151]De similar forma se pronunció la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Di Virgilio, Cecilia", del 04/10/07.-

[152] Clemente y Romero, 135.-

[153]En este sentido, se encuentra lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, en el marco de los autos "Giambuzzi, Jorge", del 03/10/89, donde sostuvo: "El accionar del procesado que ingresó a un inmueble ejerciendo violencia sobre la cadena que aseguraba las puertas de la entrada, siendo detenido momentos después por personal policial, configura el delito de usurpación en grado de tentativa no pudiéndose hablar de delito consumado al no haberse perdido la posesión para quien la ejercía, que es lo verdaderamente requerido por el art. 181 C.P., lo cual debe apreciarse comprobando si se ha dado alguno de los supuestos contemplados en el Código Civil para operar ese efecto".-

que aquél, aunque no lo habite, mantiene la disposición material del mismo, conservando la llave y entrando al mismo cuando lo crea necesario"[154].-

Con buen tino, se afirma que "cuando los medios empleados son los de violencia o amenazas, la tentativa de usurpación por despojo puede confundirse con la turbación de la posesión o tenencia (art. 181 inc. 3º); no hay reglas de interpretación uniformes al respecto"[155]. Por tal motivo, será necesario prestar suma atención a las diversas constancias que se puedan colectar a lo largo de la investigación del mismo –como así también a la intención tenida en miras por el autor-, en pos de poder dilucidar ante que figura penal nos encontramos.-

Habida cuenta las características de este delito, el mismo permite que el autor de tentativa pueda desistir voluntariamente de su intención, siéndole aplicables las previsiones del art. 43 del Código Penal, en cuanto establece que no estará sujeto a pena.-

Por último, corresponde sostener que podrán ser más de uno los sujetos –activos- que intervengan en este delito dado el carácter doloso del mismo, siendo aplicables en consecuencia los principios relativos a la autoría y participación criminal contemplados en los arts. 45 y Ss. del Código Penal. Así, podrá ocurrir que varias personas llevan adelante la totalidad de la conducta reprimida –por ejemplo, cuando dos personas coetáneamente ejercen violencia sobre la ventana de una vivienda para poder acceder a la misma y de esta forma llevar adelante el despojo-, o se repartan las tareas cumpliendo cada uno un rol determinado, sin cuyo aporte el hecho no se hubiese podido consumar -pudiendo darse ello, por ejemplo, cuando uno de los sujetos agrede físicamente al poseedor del inmueble dentro de la propiedad, mientras otro aprovechando dicha circunstancia, lo expulsa al exterior del mismo, consumándose de esta manera el despojo-. En ambos casos, dicho proceder, se encontrará signado por las reglas de la coautoría –concominante en el primer supuesto y funcional en el restante[156]-, previstas en la primera parte del art. 45 del Código Penal.-

[154] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos "Romero, Daniel A.", -causa nro. 34.173- del 18/07/97.-
[155] Andrés José D'Alessio, *Código Penal, Comentado y Anotado, Parte Especial*, La Ley, 1º edición, 2º reimpresión, Buenos Aires, 2007, 557.-
[156] Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Capital Federal, 2005, 612/613.-

6.- Restitución De Inmueble:

En los capítulos precedentes se desarrollaron las cuestiones atingentes al delito de usurpación, a la luz de la normativa del derecho de fondo. Luego de ello corresponde realizar el tratamiento de otras que se encuentran previstas en los ordenamientos de forma y que tienen como destinatario directo al inciso 1º del art. 181 del Código Penal. La razón de ser de las mismas radica en los efectos que conlleva la consumación del despojo: al privarse al sujeto pasivo del uso y goce del bien, a la par de realizarse la correspondiente denuncia, nada obsta que se solicite a la justicia que se hagan cesar los efectos antijurídicos originados como consecuencia de aquél, traduciéndose ello en la restitución del mismo. No puede negarse que en este tipo de procesos penales, quizás el mayor anhelo de la víctima –lejos de perseguir una sanción o el cumplimiento de una pena por parte del presunto autor- sea recuperar el inmueble en el cual se encontraba llevando adelante la posesión o la tenencia.-

Dicha alternativa, en la actualidad, se encuentra prevista expresamente en la mayoría de los Códigos de Procedimiento, como por ejemplo en el art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación o el art. 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires –Texto ley 11.922 y Mod.-; antes de la incorporación de estos preceptos, por lo general se disponía la restitución del inmueble al damnificado recién después del dictado de un pronunciamiento que abordaba el fondo de la cuestión, como ser una sentencia condenatoria dictada por el juez de primera instancia[157].-

[157] De esta forma procedió la Sala 3ra. de la Cámara Penal de Rosario en el marco de los autos "Gerbis, Molina Antonio" del 19/02/85, afirmando que: "Debe distinguirse la pretensión resarcitoria según persiga el restablecimiento del estado anterior al hecho ilícito, o la reparación del daño emergente y lucro cesante, o una compensación pecuniaria del daño moral; la primera se ejercita mediante la acción restitutoria y las restantes por vía de la acción indemnizatoria del daño material y la reparatoria del agravio moral. Precisamente, es la restitución que tiende a restablecer el estado de hecho anterior a la conducta ilícita, la única que puede ordenarse aún sin necesidad de que el damnificado lo demanda, consiguiéndose por esa vía la devolución de la cosa hurtada del inmueble usurpado o del bien indebidamente apropiado. Pero sólo podrá disponerse oficiosamente por el tribunal de tal manera, cuando la cuestión penal concluya en una sentencia condenatoria -CP. art. 29 inc. 2-". (JA-1985-IV, 225); también en este sentido, Cámara Criminal y Correccional de la ciudad de La Plata, Sala II, en el marco de los autos "G. R., J. J. s/ Usurpación de propiedad", del 13/07/90.-

Antes de dicho estadio procesal, puede apreciarse en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el fallo pronunciado por la Cámara Criminal y Correccional de la ciudad de La Plata, Sala IV, donde avalaba la restitución de un inmueble en el marco de un proceso seguido por usurpación de propiedad, luego de que se producía la acusación fiscal, conforme lo estatuían los arts. 213 y Cc. del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires –Texto ley 3589 y Mod., actualmente derogado-[158]. De similar forma procedió la Cámara Criminal y Correccional de Pergamino, en el marco de los autos "Bolassi, Rubén Jesús s/ Formula denuncia" del 07/08/95, pero en aquél momento la fundamentación recayó en otro precepto del ordenamiento de forma bonaerense:

> "Siendo la usurpación de aquellos delitos que en orden a su consumación se nominan permanentes, constituye deber de los magistrados el hacer cesar su comisión y sus efectos, hallándose dentro de sus facultades genéricas (art. 71 del C.P.P.) la orden de inmediata desocupación y entrega provisional del bien afectado siempre que se halle acreditada prima facie la materialidad ilícita del delito en cuestión y verosimilitud del derecho invocado por el damnificado"[159].-

Los fallos aludidos eran la muestra cabal de la necesidad de dotar a las normativas de forma de una alternativa concreta para poder proceder a la restitución de los inmuebles a quienes habían sido despojados de su posesión o tenencia –por decir-, lo cual implica –como correlato- hacer cesar los efectos emergentes de este tipo de delitos.-

Mediante la sanción de la Ley 25.324[160] se incorporó al Código Procesal Penal de la Nación el art. 238 bis., el cual contenía por primera vez una disposición expresa respecto de la temática en estudio. El mismo se encuentra redactado de la siguiente forma:

> "En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del

[158] Así se afirmaba: "La medida "provisoria" de desalojo dispuesta debe quedar supeditada a las armónicas disposiciones de los artículos 213 y concordantes del C.P.P., al no operar en autos los arts. 183 y 184 del C.P.P. La condición de procedibilidad de una medida de tal naturaleza es que existe acusación fiscal"; dicho parecer era reafirmado por la mencionada Sala en el marco de los autos "S., B. H. s/ Usurpación de propiedad", del 27/05/92.-

[159] El art. 71 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires –Texto ley 3589 y Mod.- estatuía los deberes del Juez de instrucción en el marco de un proceso penal, pero no contenía ninguna clausula particular respecto de la restitución de inmuebles en causas iniciadas por el delito de usurpación de propiedad.-

[160] Sancionada el 13/09/00, promulgada de hecho el 06/10/00 y publicada en el B.O. el 13/10/00.-

> inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario”.-

Sobre dicha incorporación sostuvo con total acierto la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala II, en el marco de los autos “N.N.” -causa nro. 27.310, del 28/10/08- que:

> “su sanción legislativa -de reciente data-, fue consecuencia de la preocupación existente en torno al notable incremento de los casos de ocupación y usurpación de inmuebles durante los últimos años, realidad a la cual el proceso penal no brindaba una solución inmediata, pues el damnificado debía aguardar hasta el dictado de una sentencia para poder obtener, según el caso, la restitución del bien de conformidad con lo pautado por el art. 29, C. Pen. o la posibilidad de acudir a la vía civil. Se destacó en sus fundamentos que "...La morosidad judicial aunada con la carencia de mecanismos ágiles y eficaces para obtener la rápida restitución de los inmuebles ilegítimamente ocupados, aparecen hoy como las principales causas de la violación a la garantía constitucional planteada..."-conf. "Antecedentes Parlamentarios", LL 2001-A, p. 188 y ss.”.-

Este artículo opera como “medida cautelar”, ya que la restitución será de forma provisional[161] –lo cual es acertado habida cuenta que su procedencia no se supedita a un estadio procesal determinado- anticipando de esta forma los efectos de una –eventual- resolución definitiva[162]; al ser justamente provisional, nada obsta a que si las circunstancias que ameritaron su dictado varíen, la misma sea dejada sin efecto. Su característica más saliente es el hecho de no requerirse el dictado una sentencia condenatoria para poder llevar adelante la restitución del inmueble al damnificado, lo cual a las claras constituyó un acierto por parte del legislador, al dotar al justiciable de una alternativa concreta para estos casos, reconociendo expresamente un derecho inherente a la victima. La misma, será resuelta por el juez competente, ya que al encontrarnos frente a una medida cautelar –de carácter real-, no puede ser dictada por el agente fiscal, recayendo tal responsabilidad en el órgano jurisdiccional al igual que sucede con otras contempladas en el ordenamiento adjetivo.-

Para su dictado se requiere poder tipificar el evento dentro de las previsiones del inciso 1º art. 181 del Código Penal, siendo aquel el primer estadio de análisis[163]. Si no se puede acreditar “prima

---

[161] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Ren, Osvaldo R.”, del 17/09/02.-

[162] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Ochoa, Horacio Raúl”, del 10/09/09.-

[163] Si bien la norma refiere genéricamente “en las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal”, lo cierto es que esta alternativa solo sería de aplicación a los supuestos contemplados en el inciso 1º de dicho artículo, ya que es el único que contempla entre sus efectos, que el sujeto pasivo se vea desplazado del inmueble, con la pérdida del ejercicio de las

facie" que se ha llevado adelante un despojo de la posesión o tenencia de un inmueble, mediante alguno de los medios comisivos previstos en la norma, esta alternativa no podrá prosperar; si por el contrario, se encuentra acreditada la presunta comisión del delito de usurpación de propiedad, la norma nos indica que puede dictarse la medida cautelar, aún sin el dictado de auto de procesamiento. Si bien la norma es contundente en este último aspecto, lo cierto es que la jurisprudencia ha considerando que debe mediar –previo al dictado de la orden de desahucio- llamado a prestar declaración indagatoria en los términos del art. 294 del Ritual Nacional, sosteniéndose en este sentido que se requiere, cuanto menos, la sospecha de que quien habita el inmueble participó de la comisión del hecho investigado[164].-

La solicitud de restitución deberá ser incoada por el damnificado, rol que recaerá en aquella persona que se haya visto privada del ejercicio de alguno de los derechos contemplados en la normativa de fondo, no siendo necesario que el accionante sea el titular registral del inmueble. Así, si el bien en cuestión se encontraba alquilado al momento de constatarse la comisión de este ilícito, la restitución podrá ser solicitada por el locatario, ya que por su condición de tenedor de la cosa, se encuentra legitimado para ello[165]; lo mismo sucedería en los casos del ejercicio de un derecho real.-

Otro de los requisitos necesarios para su viabilidad se vincula con la verisimilitud del derecho invocado[166] por el peticionante, lo cual resulta ser una nota común a todas la medidas cautelares de esta naturaleza –como ser la de no innovar-; al respecto se ha sostenido que

situaciones tuteladas.-

164 Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Chorolque, María R.", del 25/06/01 y en el marco de los autos "Gómez, Silvia Cristina", del 01/08/05; en este sentido también se ha pronunciado la Sala VI en el marco de los autos "Cincunegui, Juan Bautista s/ entrega", del 04/08/07 y la Sala I, en el marco de los autos "Ocupantes del inmueble sito en Congreso 2765", del 05/06/09, entre otros. De forma diversa se pronunció la Sala V de dicho cuerpo, en el marco de los autos "Ocupantes del inmueble sito en la calle Sarandí 1264/66", del 16/07/07, afirmando que: "el art. 238 bis del código de forma no exige, para su procedencia, la previa existencia de declaración indagatoria por parte del imputado. Sólo reclama la imputación por el delito de usurpación; el pedido del damnificado; la verosimilitud del derecho y, como toda medida cautelar -de eso, en rigor de verdad, se trata-, el peligro en la demora".-

165 En este sentido se encuentra lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Huaroto Lazo, Jaime y otros", del 27/05/02.-

166 Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Ocupantes de Ayacucho 333", del 13/06/02; en este sentido se pronuncia también la Sala I de dicho cuerpo, en el marco de los autos "Raffo, Enrique Eduardo", del 20/06/03.-

> "la pretensión asegurativa no requiere la demostración por parte del interesado de la certeza respecto del derecho que se invoca, sino tan solo la apariencia del mismo, o en los términos de la ley, que el mismo aparezca como verosímil (fumus bonis iuris). Ello así por cuanto no es objeto del procedimiento cautelar la definición del entuerto jurídico con el reconocimiento preciso de quien es el titular del derecho reclamado sobre la cosa sino que el legitimado procesal tan solo habrá de mostrar que su reclamo es viable, posible o creíble por ser quien resultara triunfante al finalizar la tramitación de la causa. En otras palabras, lo que se demanda es "un aceptable grado de verosimilitud" de derecho o probabilidad de existencia"[167].-

En base a lo expuesto y por las particularidades propias de este delito, ocurrirá que en muchas ocasiones se comprobará de forma más sencilla que en otras el derecho invocado por el peticionante, como ser en aquellos casos donde quien reclame la restitución sea el propietario –en cuya cabeza reposa la titularidad registral del inmueble-, o cuando ello sea solicitado por un locatario -quien podrá acreditar dicha circunstancia mediante el instrumento respectivo, en este caso, el contrato de locación-; claro está, que también deberá acreditar que se encontraba en el ejercicio de la posesión o tenencia del mismo, según sea el caso.-

El último párrafo del art. 238 bis establece que "el juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario"; tal decisión –habida cuenta la forma como se encuentra redactado el mismo- es facultativa del magistrado de intervención. A los efectos de fijarla –en los casos que corresponda-, deberá analizarse fundamentalmente la verosimilitud del derecho invocado por el peticionante y la apariencia de responsabilidad del o los presuntos usurpadores. Cuando se encuentren robustecidos estos aspectos, tendría que ser menor la caución exigida al requirente o eximírselo de ella, ya que su razón de ser obedece a los fines de dotar de garantía de una reparación futura frente a los daños y perjuicios que pudiera irrogar la medida en el patrimonio o derechos de los eventuales imputados. El tipo de caución –ante el silencio de la norma- lo estipulará el juez teniendo en consideración las circunstancias antes enunciadas, por ejemplo, juratoria, o real, etc.-

Además de los requisitos mencionados en la letra del artículo en estudio, la jurisprudencia ha considerado que debe existir también "peligro en la demora" en la restitución del bien al damnificado[168]. Dicho requisito suele ser común a todas las medidas cautelares de este tipo –juntamente con la

[167] Mauricio Ernesto Macagno, "Desalojo y restitución de inmuebles en el proceso penal bonaerense (A propósito del nuevo articulo 231 bis., C.P.P.B.A.)", La Ley Buenos Aires, Agosto 2006, 846/847.-

verosimilitud en el derecho y la posibilidad de fijarse una caución- y ya que el mentado precepto ha sido conceptualizado de esa forma, se ha entendido que el mismo debe hacerse presente para su viabilidad. Así, la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el marco de los autos "Veramendi Rojas, Henry Paul y otras", del 18/09/08 ha sostenido:

> "El caso presenta todas las circunstancias de excepción que tornan aplicable la solución establecida por el art. 238 bis, Cód. Proc. Penal. Se encuentra acreditada la titularidad registral del inmueble, existen serios indicios sobre el despojo sufrido y la responsabilidad que en él le cupo al imputado (los que llevaron a homologar su procesamiento), y, finalmente, resulta indudable el peligro en la demora, dado que la damnificada perdió la posesión del bien a los pocos días de su restitución por parte de la Justicia en lo Civil".-

Como puede apreciarse, la puesta en práctica del art. 238 bis del Ritual generó controversias e interpretaciones disímiles entre los órganos encargados de su aplicación; amén de ello, merece destacarse la importancia de contar en el ordenamiento de forma con una previsión expresa que regule la restitución de inmuebles en aquellos casos donde se investiga la presunta comisión de un despojo. De esta forma, y al contar la justicia con una herramienta concreta, se puede hacer cesar los efectos de este delito –reafirmando de esta manera los derechos correspondientes a las víctimas-, siempre y cuando se encuentren acreditados los extremos legales ya vistos, sin que implique ello vulnerar los derechos de los imputados, habida cuenta que no se abrirá un juicio sobre el fondo de la cuestión, sino que tan solo se dictará una medida cautelar, con todo lo que ello significa.-

El precepto antes analizado sirvió de antecedente directo al art. 231 bis incorporado mediante Ley 13.418 al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires[169]; la intención del legislador aparece clara en los fundamentos brindados con motivos de su sanción, afirmándose:

> "La norma cuya incorporación se sugiere facilitará la labor de los magistrados que intervienen en el conocimiento de los delitos descriptos en el artículo 181 del Código

[168] Cfr. Cámara Nacional Crimina y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Lerin, Bautista Roque y otro", del 19/08/03; en este sentido también se ha pronunciado la Sala V, en el marco de los autos "Ocupantes del inmueble sito en la calle Sarandi 1264/66", del 16/07/07 y la Sala I, en el marco de los autos "Maldonado, Carlos", del 21/09/09, entre otros.-

[169] Dicha norma fue sancionada el 21/12/05; promulgada el 09/01/06 y publicada en el boletín oficial de la Provincia de Buenos Aires el 19/01/06.-

> Penal, ya que mediante ésta se faculta expresamente al juez -cualquiera fuera el estado procesal de la investigación penal- para disponer la restitución provisoria del inmueble objeto de despojo, sin otro requisito más que la verosimilitud del derecho invocado. De este modo se armonizan debidamente los derechos de la víctima de la usurpación, con los de quien es indicado como el legítimo tenedor o poseedor, ya que, por una parte permite poner término a los efectos permanentes del delito y por otra, asegura los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de la devolución del inmueble al otorgar la facultad de fijar una caución”[170].-

Dicho artículo se encuentra redactado de la siguiente forma:

> “En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aún antes de la convocatoria a prestar declaración en los términos del art. 308 de este Código, el agente fiscal podrá solicitar al órgano jurisdiccional interviniente que reintegre el inmueble al damnificado. Idéntica petición podrá ser presentada por la víctima o el particular damnificado directamente ante dicho órgano. La solicitud deberá ser resuelta en el menor plazo posible y se podrá disponer provisionalmente la inmediata restitución de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el peticionante fuera verosímil. El reintegro podrá estar sujeto a que se dé caución si se lo considera necesario. Las solicitudes y diligencias sobre restitución de inmuebles usurpados tramitarán mediante incidente por separado”.-

A simple vista se aprecian las semejanzas de este con aquél que le sirvió de antecedente; se trata de una medida cautelar[171], que podrá dictarse en el marco de los sumarios instruidos por infracción al art. 181 del Código Penal[172] y en cualquier estado del proceso –aunque no haya mediado convocatoria a prestar declaración en los términos del art. 308 del Ritual-[173], requiriéndose la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado por parte del peticionante[174], a quien se le podrá requerir –si se considera necesario- que previo al reintegro provisional del inmueble preste caución. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional, el Agente Fiscal –encargado de llevar adelante la investigación penal

[170] Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires, Legislación Provincial, Fundamentos de la Ley 13.418, puede consultare en http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-13418.html (acceso el 10/12/11).-

[171] Cfr. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, en el marco de la causa nro. 35.716, del 20/08/09.-

[172] Se tornan aplicables respecto de artículo, las mismas consideraciones expuestas en la nota 165.-

[173] En este sentido, Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Dto. Judicial de La Plata, Sala I, en el marco de los autos “Suarez N.N. s/ desalojo”, causa nro. S-15993, del 31/03/10.-

[174] De esta forma se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Dto. Judicial de La Plata, Sala III, en el marco de los autos “Rosales, Alberto Manuel”, del 18/08/09, afirmando en lo que interesa: “La ley no exige una certeza para hacer lugar a la cautelar solicitada. Solo exige verosimilitud del derecho (“fumus bonus iuris”)”.-

preparatoria en la Provincia de Buenos Aires- será uno de los sujetos legitimados para solicitar la restitución del inmueble, además de la víctima y en su caso, del particular damnificado.-

En el ámbito bonaerense se cuestionó la validez constitucionalidad de la restitución de inmuebles como medida cautelar –argumentándose para ello que la misma vulneraba los principios emanados del art. 18 de la Constitución Nacional, máxime que para su dictado no se encuentra previsto que los presuntos inculpados puedan realizar el correspondiente descargo, visto esto, como un acto de defensa-, los cuales fueron rechazados –entre otros-por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Dto. Judicial de La Plata, en el marco de los autos "Díaz, Jaquelina y otros" –causa nro. D-16.271, resuelta el 16/04/10- afirmándose para ello que:

> "La esencia de las medidas cautelares –como la que nos ocupa- es la de prevenir los daños que la duración del proceso acarrea. Entre sus caracteres se encuentra el de la provisoriedad, es decir que mantienen su vigencia en tanto subsisten las circunstancias que llevaron a su dictado. Por ello el conocimiento jurisdiccional acerca de la reunión de sus presupuestos es sumario, consistente en un razonable orden de probabilidades sobre la existencia del derecho que pueda asistir al peticionante, es decir la verosimilitud de su derecho. Su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, impidiendo la modificación de la cosa objeto del litigio, así como también que la sentencia resulte ilusoria. Más allá del interés privado del solicitante, hay un orden público que exige que los fallos reciban efectivo acatamiento. Y una necesidad de que el proceso cumpla su función acabadamente…La lentitud del proceso de conocimiento no puede conspirar contra el proceso mismo…toda vez que se cuente con la apariencia de un derecho y exista riesgo en la demora, no ha de retacearse el otorgamiento de la medida precautoria (conforme Eduardo N. de Lazzari, en "Medidas Cautelares", 2da. edición). Por ello, escuchar a las partes, previamente a su dictado, puede desvirtuar los fines propios para los cuales fueron creadas, y se dictan las medidas cautelares".-

Lo expuesto resulta por demás acertado, sobre todo si se tiene en cuenta que al tratarse de una medida cautelar, la misma es provisional y por ende, sujeta a modificación en caso de cambio de las circunstancias que la motivaron, no implicando su dictado considerar responsable del delito sub examine a quien en definitiva resulte desalojado del inmueble en cuestión.-

INCISO 2º: DESTRUCCION O ALTERACION DE TERMINOS O LIMITES

7.- Bien Jurídico Protegido. Determinación y Alcances:

El bien jurídico protegido por este delito resulta ser la tenencia y la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble; al igual que en el supuesto previsto en el inciso 1º de este artículo, ello se verá representado en el uso y goce pacífico que llevará adelante quien sea reputado como sujeto pasivo. Pero a diferencia de lo que ocurre en aquél, por éste también se tutelará el derecho de dominio –entendido ello como derecho de propiedad que reposa en cabeza de una o varias personas en relación a dicha clase de bienes-; sobre el tópico afirman Carlos Creus y Jorge E. Buompadre que ello es así, ya que "las modificaciones introducidas por ella –en una clara alusión a la conducta típica- pueden menoscabar los elementos probatorios de su extensión"[175].-

Por su parte Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano consideran que el bien jurídico protegido se limita solamente al ejercicio de la posesión, negando tutela –en este supuesto- a la tenencia, cuasiposesión e incluso al derecho de dominio que pueda recaer sobre un inmueble[176].-

8.- Tipo Objetivo:

a) Acción típica y objeto material:

En torno a esta figura –sin mucha vigencia en la faz práctica de la vida jurídica de nuestro país- se han suscitado una diversidad de opiniones. Así, Sebastián Soler le negaba autonomía, afirmando que "la alteración o destrucción de cercos es simplemente un medio más, que se agrega a la violencia, al fraude o al abuso de confianza, como procedimiento que torna punible la invasión de fundo ajeno"[177]. Por su parte, Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano disentían con dicho autor, expresando que el supuesto en estudio representa "una forma específica de manifestarse esos medios como procedimiento tendiente a despojar de la posesión de un inmueble ajeno"[178].-

En la vereda opuesta se sitúa Ricardo C. Núñez quien sostenía que el inciso 2º

> "es distinto e independiente del despojo castigado por el inciso 1º. Aquél no solo difiere de éste por el dolo específico que exige, sino porque, además de no requerir los medios

[175]Creus y Buompadre, I, 617. Dicha tesis también es comulgada, entre otros, por Nuñez, 507, Fontan Balestra, 603 y Donna, 747.-
[176]Rubianes y Rojas Pellerano, 384.-

[177]Soler, IV, 534.-
[178] Rubianes y Rojas Pellerano, 388.-

> que vuelven punible el despojo, no demanda que éste ocurra, sino que supone que si el despojo sucede, no concurran los medios que lo vuelven punible. Si concurren, resulta aplicable la figura específica del inciso 1º, que comprende todas las características del hecho"[179].-

Con las posturas –aquí- expuestas se sintetizan los principales puntos de vista asumidos por la doctrina en torno al delito previsto en el segundo párrafo del artículo 181 del Código Penal[180]; teniendo en cuenta la teoría que se siga, las diferencias se podrán apreciar en el campo práctico.-

Luego de lo expuesto, corresponde decir que la acción típica estará marcada por la destrucción o alteración. Antes de continuar con la delimitación de dichos conceptos, debe afirmarse que dicha conducta tendrá que tener como destino los términos o limites de un inmueble –objeto de éste delito en particular-; en cuanto a esto último, las nociones oportunamente brindadas en cuanto a dicha clase de bienes –al tratar el despojo-, resulta de aplicación a la figura en estudio, por lo cual corresponde a ello remitirse.-

Así, por destrucción debe entenderse la inutilización –total- del medio de demarcación predispuesto en el inmueble; en tanto que alterar implica una modificación de los mismos, lo cual bien puede verse traducido en un corrimiento –se los mueve- o en una desnaturalización –dejan de cumplir su cometido-. Ya sea que se verifique uno u otro, la importancia de dicho proceder radicará en las consecuencias que ello trae aparejado en el inmueble del sujeto pasivo: la anulación de la demarcación que otrora permitía distinguir su extensión.-

Para completar dichos conceptos, debe delimitarse que se entiende por términos y límites. Respecto de los primeros se ha expresado que son "los mojones, esto es, las señales permanente que se ponen para fijar los linderos de los inmuebles"[181]. Los mojones –también denominados *hitos*- suelen ser postes de piedra que se utilizan con la finalidad antedicha. Por su parte, los límites "son signos físicos, naturales o artificiales, fijos y permanentes que, con o sin solución de continuidad, constituyen la línea

[179]Núñez, 509/510.-

[180]Ellas no resultan ser las únicas; ver en este sentido, Molinario, II, 534.-

[181] Donna, II-B, 747.-

divisoria de dos inmuebles”[182]. Entre ellos puede mencionarse los cercos, alambrados, fallas naturales, los márgenes de ríos o arroyos, por citar algunos.-

La destrucción o alteración tendrá que ser dirigida hacia los términos o límites, entendidos éstos como elementos demarcatorios de dos inmuebles lindantes y no respecto de los elementos materiales que los conforman[183]. Con ello se quiere significar que si se produce la destrucción o alteración del objeto predispuesto con esa finalidad, pero luego de ocurrido ello, igual se sigue apreciando la delimitación de las propiedades, el delito en estudio habrá quedado tentado: ello sucedería, si por ejemplo, se retiran los alambres que conforman un cerco –de cinco hilos- pero se dejan los postes que los sostenían. En este caso, el límite persiste, sin perjuicio de los daños causados al mismo.-

Por ello, con buen tino José Luis Clemente y Sebastián Gerardo Romero afirman que “tales acciones objetivas deben resultar aptas para producir la variación del lindero y consecuentemente, tenido el terreno como integrante del inmueble beneficiado”[184].-

Al no distinguir la norma en que tipo de inmuebles tienen que estar situados los términos o límites, nada obsta a que puedan ser predios rústicos o enclavados en las urbes; por el contrario, se encuentren en uno u otro lugar, los mismos tienen que estar debidamente delimitados –lo cual tiene que señalarse como una nota común a ambos tipos-, ya que de no ser ello así, no se podría llevar adelante la acción descripta en la norma.-

b) Medios Comisivos:

La norma no individualiza –a diferencia de lo que ocurre con los otros dos incisos que componen el artículo 181- los medios comisivos que deben acompañen el obrar del sujeto activo. Teniendo en cuenta ello, nada obstaría a que la consumación del tipo se pueda realizar utilizando alguno de los

[182] Buompadre, II, 264/265.-
[183] Sobre el tópico, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, en el marco de los autos “Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación-”, causa nro. “D”, 25/2002, del 14/06/04, se ha pronunciado afirmando que “los vocablos alterar o destruir son de una gran amplitud, toda vez que significa cambiar los términos o límites del lugar, de modo que se conviertan en irreconocibles”.-

[184] Clemente y Romero, 141.-

medios descriptos en el inciso 1º, pero de aceptarse ello, perdería –aun más- significado la presencia de este precepto en el Código Penal.-

Nadie duda de la posibilidad de destruir un cerco ejerciendo violencia, por ejemplo, cortando los alambrados que sirven de límite y removiendo los postes que los sostenían, o derrumbando una pared medianera que demarca dos inmuebles. De esta forma, y realizando un buen uso de la imaginación, bien se podrían construir otros casos utilizando los diversos medios comisivos que se prevén para la figura del despojo.-

Pero lo cierto es que puede llevarse adelante la conducta prevista en el tipo sin recurrir a los mismos; así, sería viable la destrucción o alteración de los términos de un inmueble que se encuentren conformados por piedras demarcatorias, si ellas pueden ser removidas del suelo sin tener que ejercer una fuerza superior a la que tendría que aplicar el propietario para removerlas. También cabría predicar ello en el caso de los límites, ya que nada impide –en determinados supuestos- que se cumpla con dicha acción sin recurrir a la violencia: piénsese en cercos campestres conformados por troncos apoyados unos sobre otros.-

Sin embargo –y compartiendo la tesis expuesta por Ricardo C. Núñez, al delimitar la acción típica de este delito- si se desplegaren alguno de los medios comisivos enumerados –alterando o destruyendo con ello, términos o límites- y fruto de dicho proceder se consumare un despojo, sería de aplicación el inciso 1º del apartado en estudio, ya que ésta figura no presupone que quien revista la calidad de sujeto activo consume efectivamente el apoderamiento de todo o parte del inmueble.-

c) Sujetos del Delito:

Sujeto Activo

El rol de sujeto activo recaerá en aquella persona o personas que dirijan su accionar a la destrucción o alteración de los términos o límites, con la intención enunciada en la norma. En torno a este aspecto se han suscitado divergencias interpretativas habida cuenta la forma como se encuentra

redactado el comienzo del precepto: "el que…". Así, afloran doctrinarios que consideran –teniendo en cuenta ello- que cualquier persona puede ser considerada sujeto activo[185].-

Otros por su parte, sostienen que solo puede serlo el individuo que resulte poseedor, tenedor o propietario del fundo lindante; en favor de esta tesis se sostiene que sólo aquél –vecino colindante- se verá beneficiado con el obrar desplegado respecto de la demarcación existente, ya que será su propiedad la que se incrementará con ello[186].-

Teniendo en cuenta la acción descripta en la norma, y la intención que deberá guiar el proceder del sujeto activo, mal podría desplegarse la misma por una persona que no sea vecino lindero del inmueble donde pueda recaer, es decir, por quien no sea poseedor o tenedor de aquél. Sobre el tópico, Carlos Creus sostiene que

> "un tercero que realice esos actos –realizando con ello una clara alusión a los previstos en el inciso en examen- estará invadiendo el inmueble, con lo cual, y en la medida en que su acción implique violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas o se haya perpetrado desplegando alguno de los otros medios enumerados en el art. 181, inc. 1º, podría ser perseguido en virtud de dicha norma, pero por la del art. 181, inc. 2º"[187].-

Ello no obsta que puedan intervenir otros actores que colaboren en dicho proceder, pese a que no revistan aquella calidad.-

Sujeto Pasivo:

Dicha calidad le corresponderá a quien ejerza la posesión o la tenencia en un inmueble; pero además de ello, también lo será quien sea titular del derecho de propiedad respecto del bien. Respecto de éste último, aunque el momento del constatarse el ilícito no se encuentre ejerciendo la posesión o tenencia –ya sea por si o por intermedio de otro-, tendrá tal envestidura, ya que con el proceder del sujeto activo podría menoscabarse el derecho –dominio- que reposa en su persona.-

9.- Tipo Subjetivo:

---

[185] Dicha tesitura es asumida por Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano (Rubianes y Rojas Pellerano, 385).-
[186] Tal inteligencia es postulada por Ricardo C. Núñez (Núñez, 509), la cual es compartida por un gran sector de la doctrina nacional. Ver en sentido: Fonan Balestra, 604; Clemente y Romero, 142; D'Alessio, 558, entre otros.-
[187] Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6º edición, Astrea, Buenos Aires, 1997, I, 564/565.-

El delito en cuestión resulta ser doloso –y el requerido, no es otro que el dolo directo-, es decir, que quien lleve adelante la conducta deberá tener el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, lo cual implica que su accionar deberá ser guiado por el conocimiento de que está destruyendo o alterando los términos o límites de un inmueble, siendo ello, fruto de un querer activo.-

Pero a poco que se analiza ello –a la luz de la redacción del precepto legal-, se vislumbra un elemento subjetivo del tipo, que resulta distinto del dolo. Quien despliegue dicha conducta, la tendrá que realizar con la finalidad de apoderarse de todo o parte de un inmueble. Lo expuesto no es un dato menor, ya que la figura requiere no solo el dolo directo en el autor, sino que además se presente dicha finalidad al realizarla[188].-

El apoderamiento referido en la norma, comporta "la intención de ocupar el inmueble sobre el cual no se tiene derecho, para convertirse en dueño o para detentarlo"[189]. Ello permite, entre otras cosas, distinguir el delito en estudio de otras figuras que en apariencia podrían resultar similares en lo que respecta a la conducta que despliegue el sujeto activo: los ilícitos de daño –art. 183- o hurto –ya sea en la modalidad prevista en el art. 162 o en las previstas en los arts. 163 inc. 1º y 167 inc. 4º-. Así, una persona podría cortar los alambres divisorios de dos fundos, o apoderarse de piedras demarcatorias e incluso hacer lo mismo respecto de partes de un cerco. La exteriorización de tales conductas bien podrían confundirse con la figura en estudio, por ello debe recurrirse no solo a la intención tenida en miras por el autor, sino también a dicho elemento subjetivo –distinto del dolo- en pos de su esclarecimiento.-

Cualquier error respecto al conocimiento de los elementos que componen el tipo objetivo, excluyen el dolo del autor, y al no contemplar la presente un equivalente culposo, aflora la atipicidad de la conducta desplegada.-

---

188 La Sala I del Tribunal de Casación Pena de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos "G., L. H. s/ recurso de Casación", causa nro. 14.210, del 08/08/06, ha sostenido en lo que respecta la intención que guía el proceder del sujeto activo de este delito que " la misma no puede sino perseguir la confusión de límites y términos con el corrimiento de los hitos que cumplen esa función con ánimo de apoderamiento".-

189 Marín, *Derecho Penal,* 535.-

10.- Consumación y Tentativa:

El delito previsto en este inciso resulta ser de consumación instantánea, de efectos permanentes –los cuales persisten en el tiempo hasta tanto haya cesado el estado antijurídico originado- y de resultado material, lo que implica que el mismo se consumará en el momento que se produzca la destrucción o alteración de los términos o limites con la finalidad antedicha. Para poder tenerlo por consumado, el autor tendrá que haber podido anular la anterior demarcación que delimitaba los inmuebles lindantes, aunque la finalidad de apoderamiento –motivadora de la conducta- no se hubiese alcanzado.-

Teniendo en cuenta ello, cabe afirmar que el mismo admite la tentativa; respecto a ello, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha sostenido que "…la destrucción o alteración de los términos o límites que, por causas ajenas a la voluntad del autor, no llega a borrar los confines de dos inmuebles contiguos, configura una tentativa de usurpación punible en los términos de los artículos 42 y 181, inciso 2°, C.P."[190].-

Asimismo, y habida cuenta de lo expresado, le son aplicables los principios relativos a la participación criminal contemplados en los arts. 45 y Ss. del Código Penal. De esta forma, nada obsta a que sean más de uno los autores de la conducta típica, ya sea mediante una coautoría concominante o funcional.-

INCISO 3º: TURBACION DE LA POSESION O LA TENECIA:

11.- Bien Jurídico Protegido. Determinación y Alcances:

El bien jurídico protegido por este delito resulta ser –al igual que en los dos supuestos antes expuestos- la tenencia y la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble, lo cual se verá representado en el uso y goce pacífico que llevará adelante quien revista la calidad de poseedor o tenedor del mismo[191]. En este caso, y a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del despojo, sólo se tutelarán los ataques producidos contra aquellas situaciones, dejándose de lado los que puedan sufrir quienes se

[190] Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, en el marco de los autos "Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación-", causa nro. "D", 25/2002, del 14/06/04.-

encuentren llevando adelante el ejercicio de derechos reales, y claramente, no abarcando al título de domino en si.-

La tutela -en este inciso- tiende a evitar que se restrinjan las facultades de uso y goce de quien sea poseedor o tenedor de un inmueble, y no su uso o goce en sí mismo, ya que la figura no presupone el desplazamiento del sujeto de dicho bien. De ocurrir esto último, sería de aplicación el delito previsto en el primer inciso de este artículo, es decir, el despojo.-

12.- Tipo Objetivo:

a) Acción típica y Objeto Material:

La conducta reprochada por la norma girará en derredor de la turbación, lo cual al decir de Jorge Luis Marín, implica "tanto como poner obstáculos, como ejercer determinados actos inherentes al derecho del poseedor o tenedor y que importen una limitación a la completa tenencia o posesión, sin llegar al despojo"[192]. Teniendo en cuenta ello, los actos que se lleven adelante deberán que tener una entidad suficiente para poder atentar contra el uso o goce pacífico de un inmueble.-

Como consecuencia de ello, cabe excluir aquellos que no reúnan dicha característica; sobre el tópico, ha expresado la jurisprudencia que "los actos que realice el agente tienen que ser efectivamente restrictivos del ejercicio de la posesión; si sólo son idóneos para hacer más molesto el ejercicio, se trata de molestias personales que no afectan aquél en la forma requerida por el tipo, de manera que quedan marginados de él"[193]. Lo expuesto de es de suma importancia, ya que en cada caso concreto habrá que diferenciar las -simples- molestias ajenas al interés de la ley penal de los verdaderos actos turbatorios[194].-

[191] La Ley 24,454 introdujo en el texto del inciso 3º la tenencia como supuesto protegido por la norma; con la vigencia del texto anterior solo se tutelaba a la posesión. Con la vigencia del texto anterior, se declararon atípicas diversas conductas que atentaban contra el ejercicio de la tenencia. Un ejemplo de ello, es lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Blanco", causa nro. 13.846, del 16/12/86, donde se sostuvo: "Debe revocarse la sentencia apelada y absolverse al procesado por el
delito de usurpación porque la conducta en cuestión se refiere a la turbación de la posesión y no de la tenencia, ya que ambos términos, según lo prescripto por los arts. 2351 y 2352 Cód. Civil no son lo mismo, encontrándose el acusado en situación de tenedor y no de poseedor".-

[192] Marín, *Derecho Penal*, 536.-

[193] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Polero, Roberto G.", causa nro. 20.665, del 17/03/03.-

[194] En ese orden de ideas, Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier, afirman que constituyen simples molestias personales –que no limitan ni obtruyen el ejercicio de la posesión, sino que solo la incomodan- "lanzar piedras sobre la casa, dirigir

Así, Sebastián Soler sostiene que son acciones turbativas aquellas que "importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión"[195], haciendo un distingo entre las que tienen por objeto el ánimo de poseer –delimitadas en el art. 2496 del Código Civil[196]- de las que no se encuentran acompañadas de esa intención –enmarcadas en el art. 2497 del Código Civil[197]-, sosteniendo –en torno a las mismas- que siempre que se hayan realizado utilizando los medios comisivos enumerados en la norma –violencias y amenazas-, y hayan limitado los derechos propios de la posesión, se encontrarían comprendidas en la figura[198]. Tales extremos han sido ser receptados por la jurisprudencia[199].-

De esta forma, la realización de actos posesorios sobre un inmueble ajeno –independientemente de la intención tenida en miras por el autor- acompañados de la utilización de alguno de los medios comisivos contemplados en la norma, bien pueden ser entendidos como actos turbatorios de la posesión o tenencia, siempre y cuando no importen un despojo. Ello debe complementarse con lo sostenido por Edgardo A. Donna quien –con cita de la obra de Ricardo C. Núñez-, afirma que "la turbación comprende no solo actos posesorios, como es la obra nueva (arts. 2498 y 2499, Cod. Civ.), sino todo acto material en relación con el uso y goce de un inmueble, es decir, que vaya contra el corpus posesorio, que, sin despojar, restrinja el uso y goce del bien inmueble"[200].-

La posesión o tenencia cuyo normal ejercicio se atentará con los actos turbatorios, tendrán que recaer en un inmueble, siendo de aplicación –en lo que respecta a este delito- las consideraciones expuestas al tratar lo referente a dicho bien en la figura del despojo[201].-

---

humo de la chimenea o de basuras que se están quemando, arrojar agua…" (Laje Anaya y Gabier, *Notas*, 519/520).-

[195] Soler, IV, 532.-

[196] Dicho precepto establece: "Sólo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor".-

[197] El art. 2497 reza: "Si el acto de la turbación no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del poseedor será juzgada como indemnización de daño y no como acción posesoria. Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión, la acción será juzgada como despojo".-

[198] Cfr., Soler, IV, 532. De similar forma se ha pronunciado también la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala I –Sec. Pen. Nº 3- en el marco de los autos "Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María s/invest. hechos Tablada", causa nro. 499, del 07/07/97.-

[199] Ver en este sentido Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Dto. Judicial de La Plata, Sala I, en el marco de los autos "G. F. s/ usurpación de propiedad", del 15/08/89; Cámara Federal de San Martín, en el marco de los autos "Abella, Juan C. y otros", del 05/10/89 (D. J., 1990-I-471). En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Saravia, Luis A", causa nro. 46.852, del 05/08/82, donde se sostuvo que el sujeto activo, además de utilizar los medios comisivos enumerados en la norma en pos de consumar este delito, debe tener la intención de poseer.-

[200] Donna, II-B, 745.-

[201] Ver cap. 3.- b).-

A modo –simplemente- ejemplificativo pueden mencionarse como actos con relevancia penal, al corte de suministro eléctrico, de gas[202] o de agua corriente[203], el cambio de cerradura –si pese a ello, aún existe otra entrada alternativa al inmueble por donde pueda ingresar el sujeto pasivo, ya que de lo contrario, dicho proceder encuadraría en el supuesto del primer inciso-[204].-

b) Presupuestos de la Turbación:

Surge como presupuesto de esta figura –al igual que en el despojo- la necesidad de un previo y efectivo uso y goce de un inmueble por parte de un sujeto, el cual tendrá que verse representado en la posesión o la tenencia. En este caso, solo aquellas situaciones encuentran el amparo de la norma penal; de esta forma, resultarán atípicas las acciones turbatorias que atenten contra el ejercicio de un derecho real, habida cuenta la taxatividad denotada en este inciso.-

En este sentido, quien sea titular de un derecho a la posesión o tenencia, no puede tomar las vías de hecho en pos de hacerse de las mismas. Sobre ello, Sebastián Soler afirmaba que “arbitraria será la turbación siempre que el sujeto quiera imponer el derecho por su propia autoridad y por la fuerza. A fortiori será arbitraria la turbación cuando el sujeto no pretende ni siquiera ejercer un derecho supuesto”[205]

---

[202] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos “Espasandin, Benigno”, causa nro. 25.572, del 01/08/81.-

[203] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Maffia, Lucia N.”, del 20/11/01.-

[204] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos “Loureiro Ron, L.”, causa nro. 26.290, del 22/04/82. Por su parte, la Sala I de Dicho Cuerpo –por mayoría-, en el marco de los autos “Lepore, Ricardo L.”, causa nro. 30/06/08, ante una situación similar consideró atípico el proceder desplegado por el imputado afirmando: “Así, llegado este punto, la Sala entiende que la conducta llevada a cabo por el imputado no encuadra en el tipo escogido por la a quo dado que no ha habido una restricción en la posesión del inmueble. Ello así pues solamente violentó la cerradura de la puerta principal con el fin de retirar sus pertenencias para luego volver a cambiar la cerradura para que la vivienda permaneciera cerrada; conservando la propietaria durante todo este tiempo la tenencia otorgada judicialmente en el expediente de desalojo ya que tenía acceso a la misma por la puerta de servicio, de la cual siempre conservó las llaves. En consecuencia, pudo haber resultado una molestia para (...) pues concurrió a la Seccional (...) de la P.F.A. a realizar la denuncia y debió aguardar 8 días hasta obtener su restitución, más ello no implicó una limitación a los derechos inherentes a la posesión, pues (...) podía ingresar a su vivienda por la puerta de servicio (...) con sus llaves dicha puerta fue abierta sin inconvenientes…”.-

[205] Soler, IV, 533.-

Así, y a modo de ejemplo, se ha considerado que se perturba el corpus posesorio –restringiéndose momentáneamente el pleno uso y goce de un inmueble- si una persona ingresó en un establecimiento rural, desatando el alambrado y dejando en su interior un acoplado[206].-

c) Medios Comisivos:

En este inciso afloran como medios comisivos solamente la violencia y las amenazas, de modo que la conducta desplegada tendrá que ir acompañada necesariamente de alguno de ellos para poder considerarse típica.-

La significación y alcances que debe asignárseles a ellos, no difiere de lo expuesto al tratar el despojo, por cuanto corresponde estar a lo descripto en el capítulo 3.-, f) de la presente obra.-

Cabe mencionar que la violencia que se despliegue, podrá tener por destinatario tanto a la persona del poseedor o tenedor, como a las cosas que forman parte integrante del bien inmueble. En el caso de las amenazas, las mismas deberán ser vertidas contra quien detente dichas situaciones[207] .-

Teniendo en cuenta la redacción dada a este inciso, se ha sostenido que “la circunstancia de que la ley utilice la preposición “con” en vez de “por” (como ocurre en el inc. 1º) determinó que parte de la doctrina entendiera que no es indispensable que entre el despliegue de violencia o la amenaza medie una relación de causa efecto con la turbación”[208]. Postulaba esta esta tesis Ricardo C. Núñez, para quien alguno de dichos medios se tienen que hacer presentes al momento de desplegar la conducta activa, sin que resulte necesario que medie una relación causal entre su despliegue y la turbación de la tenencia o posesión[209].-

En la vereda opuesta puede situarse a Carlos Creus, quien sostenía que

---

206 Cfr. Cámara en lo Criminal y Correccional, en lo Civil y Comercial, de Familia y del Trabajo de Deán Funes, en el marco de los autos “Garbano, Efraín”, del 15/10/2004 (La Ley, C, 2005 –febrero-, 105).-

207 En este sentido, puede verse Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Saravia, Luis A.”, causa nro. 46.852, del 05/08/82. En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos “Cassino, Ricardo H.”, causa nro. 14.323, del 10/04/81, sosteniendo que “Respecto a la turbación, ella debe recaer directamente sobre la cosa, no constituyéndola las molestias a la persona del poseedor o tenedor”.-

208 Froment y Cassani, VII, 773.-

209 Cfr. Núñez, 505.-

> "no cabe duda de que la ley menciona a la violencia y las amenazas como medios de la turbación y, por lo tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de amenazas. Esta es, por otra parte, la solución que se adecua a la sistemática de la ley, si tenemos en cuenta la taxatividad de los medios previstos para la usurpación por despojo"[210].

Una de las notas comunes de los tres delitos que conforman el art. 181 es la temática vinculada a los medios comisivos: en el inciso primero, se puede apreciar como la conducta desplegada por el sujeto activo tiene que ir acompañada necesariamente de su utilización; en el segundo, los mismos se encuentran ausentes y en el caso de hacerse presentes al ejecutarse la acción típica, podría ocurrir un desplazamiento hacia la figura que la precede. En el caso de este inciso, si no se estableciese una relación causal entre la exteriorización de los medios comisivos y el resultado típico –la cual si se da en los otros supuestos- se desvirtuaría el espíritu de este artículo.-

Sumado a ello, de no existir una relación causal entre el despliegue de los medios comisivos y los actos turbatorios, podría ocurrir que se configuren otros ilícitos diversos de la turbación y se genere el interrogante de saber cuales resultan ser los actos que interesan a este inciso de los que constituyan otro tipo penal[211], máxime si se recuerda que las simples molestias no abastecen los requisitos típicos exigidos por esta figura.-

Sin perjuicio de lo sostenido, corresponde reconocer la deficiente redacción asignada a este inciso, la cual atenta contra una sistemática necesaria en esta clase de delitos.-

La jurisprudencia supo conocer estos postulados, afirmando que "la ley menciona a la violencia y las amenazas como medios de turbación y, por lo tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de las amenazas…"[212].-

---

[210] Creus, 493. Comparten la idea de dicho autor, Fontán Balestra, 602; Clemente y Romero, 156; Villar, 131, entre otros.-

[211] Sería el caso de las amenazas, contempladas en el art. 149 bis, las lesiones del arts. 89 o incluso el de daño, previsto en el art. 183, preceptos contenidos en el Código Penal.-

[212] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Nahijiam, Enrique", causa nro. 23.418, del 15/04/04. En dicho fallo, se sostuvo además –robusteciendo lo antes expuesto- que "Las amenazas proferidas por el imputado al turbar la posesión del inmueble al que el damnificado intentaba ingresar no pueden ser analizadas como un hecho independiente de la figura reprimida por el art. 181 del C.P., puesto que el inc. 3 las describe como uno de los medios comisivos".-

Pueden señalarse -como supuestos donde se hacen presentes los mismos- al corte de cables eléctricos que abastecen de luz a una vivienda[213], el ingreso en una finca rompiendo la puerta de entrada[214] o la limpieza de un lote de terreno valiéndose para ello de una pala mecánica[215], siendo en estos casos la violencia el medio comisivo imperante. Por el contrario, se consideró atípica la conducta de un locador que peticionó el corte del servicio eléctrico en razón de que el inquilino se negaba a pagar el servicio, considerando para ello que en dicho caso, no habiendo mediado violencias o amenazas, dicho proceder –corte de luz- no se encuentra amparado por la ley represiva[216].-

d) Sujetos del Delito:

En lo que respecta a los actores que se harán presentes en este delito, cabe decir que el rol de sujeto activo –dada la forma como se encuentra redactada la norma: “El que…”- podrá corresponderle a cualquier persona o grupo de ellas, no requiriéndose en el mismo calidades particulares. Por su parte, se considerará sujeto pasivo a aquella persona o personas que se encuentren ejerciendo la posesión o tenencia en un bien inmueble.-

Cabe afirmar -a fin de evitar reiteraciones innecesarias-, que las consideraciones oportunamente expuestas respectos de dichos sujetos al tratar el tipo de despojo, resultan de aplicación en esta figura[217], con la siguiente salvedad: no serán sujetos pasivos del delito de turbación aquellas personas que se encuentren en el ejercicio de derechos reales, habida cuenta lo limitado de las situaciones que tutela esta norma, es decir, simplemente la posesión o tenencia.-

13.- Tipo Subjetivo:

[213] Ver en este sentido, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, en el marco de los autos “M. G. D. S/ Recurso de Casación”, causa nro. 23.209, del 20/11/07.-
[214] Ver en este sentido, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Flores, Tarcilai”, causa nro. 33.784, del 05/03/08.-
[215] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos “Martínez, Julio César S/ Usurpación de propiedad”, causa nro. causa P. 45.362, del 10/11/92.-
[216] Cfr. Cámara 2ª Penal Tucumán, causa nro. 30.246, del 22/08/72 (La Ley, 150-731).-
[217] Ver cap. 3.- g).-

La figura en cuestión resulta ser dolosa, requiriendo la misma solamente dolo directo. Para ello el sujeto activo tendrá que proceder con el conocimiento y voluntad de llevar adelante actos que turben la posesión o tenencia de otra persona, debiendo para ello, conocer todos los elementos que componen el tipo objetivo, acompañado de la intención de realizarlos.-

En este aspecto resulta por demás importante poder determinar la intención tenida en miras por el agente al llevar adelante el obrar típico. Como los medios comisivos que se contemplan son la violencia y las amenazas –al igual que en el despojo-, el sujeto activo al momento de iniciar su despliegue tendrá que guiarlos a la producción de actos que turben la posesión o tenencia, y no a lograr su adquisición, ya que de lo contrario estaríamos frente a la figura prevista en el inciso primero de este artículo, cuanto menos, en grado de conato.-

Además de ello, se podría estar ante casos que si bien objetivamente encuadrarían en este supuesto, al analizar la intención que haya guiado la conducta del agente, terminarían siendo atípicos por faltar en aquel el ánimo de turbar la posesión o tenencia. Un ejemplo de ello se encontraría en los conflictos gremiales; al celebrar asambleas en los lugares de trabajo con tomas pacíficas –o en ocasiones, acompañadas de actos de fuerza- de las instalaciones en pos de negociar intereses laborales, dichas personas no estarían llevando adelante actos que turben el uso y goce pacífico del inmueble, sino más bien generando molestias que pueden repercutir en el giro comercial del rubro correspondiente[218].-

[218] En este sentido, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Juárez, Juan Pablo y otro", causa nro. 34.097, del 29/02/08, en un proceso seguido en orden al delito en estudio, donde se produjo la toma de un establecimiento comercial, hubo de sostener que:"…la intención de los autores no era directamente afectar el bien jurídico protegido por la norma (el derecho de propiedad), sino efectuar un reclamo enmarcado dentro del derecho de huelga, de rango constitucional (art. 14 bis de la C.N.)". En el marco de dicho proceso, la Alzada sobreseyó a los imputados en orden a la presunta infracción al art. 181 inc. 3º del C.P. En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Kusema, Liliana y otros", causa nro. 26.320, del 03/05/05, donde se sostuvo que "Configura el delito de turbación de la posesión (art. 181, inc. 3°, del C.P.), la conducta desarrollada por terceras personas que en relación o no de dependencia laboral con la empresa poseedora de la fábrica, realizaron en sus instalaciones asambleas permanentes, actos de fuerza contraviniendo la voluntad de los legítimos representantes de aquella, actos de resistencia a moverse con la consecuente obstaculización física y emisión de expresiones verbales amenazantes para impedir a fleteros o camioneros autorizados por la empresa a cargar o mover efectos pertenecientes a la misma".-

Cualquier error respecto al conocimiento de los elementos que componen el tipo objetivo, excluyen el dolo del autor, y al no contemplar la presente un equivalente culposo, aflora la atipicidad de la conducta desplegada.-

14.- Consumación y Tentativa:

El delito de turbación de la posesión o tenencia resulta ser de consumación instantánea y de resultado material, lo que implica que el mismo se consumará en el momento que se haya modificado el normal uso y goce que llevaba adelante un sujeto en un inmueble, sucediendo ello con el despliegue de los actos turbatorios.-

Teniendo en cuenta el modo como fueron desplegados dichos actos, puede eventualmente admitir efectos permanentes[219]; tal sería el caso de los cortes de suministro eléctrico o de agua, habida cuenta que hasta que no se restituye el estado anterior de situación del sujeto pasivo, persistirá en el tiempo el estado antijurídico originado por el obrar del sujeto activo.-

Puede suceder que en la práctica se confundan los efectos de este delito consumado y los propios del despojo que haya quedado en grado de tentativa, ya que ambas a las vista de un tercero observador no presentarían mayores diferencias. Por ello, es de suma importancia determinar cual ha sido la intención del sujeto activo al momento de exteriorizar su conducta, acompañada del despliegue de los medios comisivos previstos en la norma, en pos de no confundir dos tipos diferentes, ya que la escala penal aplicable en cada caso varía sustancialmente.-

Admite la tentativa[220], siéndole también de aplicación los principios relativos a la participación criminal contemplados en los arts. 45 y Ss. del Código Penal, habida cuenta el carácter doloso de esta figura y ser de resultado material. Así, podrán ser más de uno los sujetos que incurran en la misma, siendo ejemplo de ello, cuando varias personas llevan adelante la conducta reprimida –todos juntos, o repartiendo las tareas, cumpliendo cada uno un rol determinado-, o cuando otro u otros le presten una

---

[219] Ello es compartido –entre otros- por Núñez, 505, Clemente y Romero, 159.-

[220] En contra, Rubianes y Rojas Pellerano, 399. Para dichos autores, como la figura de la turbación resultaría un supuesto de tentativa de despojo, no podría concebirse una tentativa de tentativa.-

colaboración necesaria para llevar adelante su consumación, lo cual no requiere de mayores precisiones.-

15.- Índice de Jurisprudencia:

I.- El Despojo:

Bien Jurídico Protegido:

"El bien jurídico protegido por el art. 181 del Código Penal, comprende la posesión o la tenencia de la casa desocupada. Al estar protegida la posesión del inmueble, no se requiere que la víctima viva en la casa..." y, en consecuencia "...puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación no sólo quien de un modo actual y efectivo ejerza la posesión o la tenencia de un inmueble, sino también quien lo tiene desocupado, puesto que la ley penal tutela el poder que cualquier integrante de la comunidad adquiera y esté en condiciones de tener su propiedad".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, autos "Isaurralde, María Ester", causa nro. 20.596, del 04/03/03).-

"El bien jurídico protegido por el tipo de usurpación no es solo el dominio como derecho real, sino además, el hecho de la tenencia, posesión y quasi posesión, aún sin titulo de derecho a ello".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Toloza Bravo, Pablo y otros", causa nro. 22.337, del 15/04/04).-

"En consecuencia, el bien protegido por el ilícito atribuido al encartado, no se identifica con el título de dominio del inmueble o con el derecho real respectivo, sino con las situaciones fácticas relacionadas a su ejercicio, o incluso, con las carentes de título legítimo. Esto es, se protegen situaciones de tenencia, posesión o cuasi-posesión, legítimas o ilegítimas (Núñez, Ricardo C., Derecho penal argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, t, V, p. 478). Y no se advierte que, fuera de estos casos, pueda haber algún otro modo, distinto, de ejercer algún derecho real como requiere el texto legal que invoca el recurrente. Mucho menos del derecho de dominio invocado. En definitiva, la fórmula legal de la figura comentada, se concentra en estas situaciones fácticas, prescindiendo de la protección del derecho real en sí mismo".-

(Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, autos "Leonetti, Cesar E.,", causa nro. L 225/2009, del 04/09/09).-

Acción Típica:

"Despojar es quitar, privar, y se perfecciona efectuando una ocupación o permaneciendo en el inmueble o por una expulsión de quienes lo ocupan y tienen, y el comportamiento pues, está definido esencialmente como el despojo, pero la invasión, mantenimiento en el inmueble o la expulsión de los ocupantes constituyen verdaderos complementos de la acción, que se vinculan con los medios de que ha de valerse el agente, también enumerados en el tipo legal. Así, el acto de despojo es de los que entrañan una actividad y un resultado que consiste en la privación de lo que se tenía: posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real, y cuando tiene lugar esa privación, el delito se ha perfeccionado".-

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, autos "Battistelli, Albrto E.", del 08/5/01 –La Ley, Litoral, 2002, 547-).-

"Efectivamente para que la conducta pueda ser reputada típicamente, es decir en los términos de la figura de usurpación, la misma debe configurar la privación al sujeto pasivo del ejercicio de un derecho real sobre el inmueble. Surge esa conclusión al analizar el bien jurídico protegido, que estaría delimitado por el derecho de todo propietario a disponer, usar o disfrutar de un inmueble".-

(Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, autos "L., R. A. s/ Recurso de Casación", causa nro. 15.896, del 30/12/04).-

Presupuestos del Despojo:

"El violento despojo de la posesión o tenencia de un inmueble, aunque su titular momentáneamente no haga uso de ella, constituye delito de usurpación puesto que la ley penal, en este caso, tutela el poder o señorío o que cualquier integrante de la comunidad quiera y esté en condiciones de tener con su propiedad y que, como en la especie ocurriera, diera muestras de querer mantenerla".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Tallón, Leonardo J,", del 05/11/87).-

Es por ello, que aquel que ha excedido los límites de su contrato con el locador, arrendatario o aparcero, e invade partes cedidas, comete el delito de Usurpación, respecto de quienes la tenían, y tal hecho se consuma al oponerse obstáculos o reparos que únicamente pueden vencerse con la violencia, en tanto el derecho a poseer no autoriza a tomar posesión por sus propios medios, aún en caso de tenerlo, sino que, si así fuere, debe reclamarlo judicialmente -y de hecho lo había hechos con la denuncia previa, pese a lo cual no esperó, como correspondía, la decisión-, por lo que, si quien dice tener derecho a la posesión del inmueble la toma por sí y con violencia -candado y cierre de tranquera de acceso-, incurre en Usurpación.

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala III, autos "Battistelli, Albrto E.", del 08/5/01 –La Ley, Litoral, 2002, 547-).-

"No pierde su condición de poseedor, quien no habita en la vivienda respectiva, ya que la posesión continúa y se conserva con su sola voluntad inequívocamente expuesta al respecto. En tal sentido Creus dice que "Posee el que tiene el inmueble con la intención de someterlo a su derecho de dominio (art. 2351 del CCiv.),...aunque no lo haga por medio de un contacto físico permanente" (Derecho Penal, Parte Especial, t. I, p. 592)".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Fernandez, Diego y otros", del 26/11/01).-

"Tal como lo sostiene la doctrina, en el caso de la usurpación por despojo, el bien jurídico -la propiedad- no se protege sólo en relación al título de dominio del inmueble o en referencia al derecho real, sino también en relación al hecho de la tenencia, posesión o cuasiposesión a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que de derecho a ellos. Por ello es que resulta indiferente el examen de la legitimidad del título que da el derecho a tener o poseer el inmueble en cuestión".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Ucha, Leticia y otro", causa nro. 32.391, del 01/11/07).-

Medios Comisivos:

"Pienso, por mi parte, que la conducta descripta no entraña el delito de usurpación, pues falta en ella alguno de los medios comisivos taxativamente enunciados en el tipo legal respectivo. En mi opinión, la mera negativa a permitir el ingreso de una persona a un ámbito determinado no importa violencia, ni física, ni moral. Lo primero, porque no hay un despliegue de energía física, que es de su esencia; lo segundo, porque la amenaza de un mal, que la caracteriza, está ausente".

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, -en pleno-, autos "Signorelli Gallo, Adolfo", del 12/12/69).-

"En esta figura legal la violencia es un medio de comisión ("el que por violencia...") en tanto constituye una modalidad de la acción típica de despojar. De manera que tal medio comisivo debe presentarse, como expresión del modo de despojar, en el proceso ejecutivo que termina en la consumación. Ya que el art. 181 inc. 1ro. no contiene elementos que extiendan el ámbito tipificado a la manera del art. 164 del Código Penal. Entonces no es posible perfeccionar esta conducta típica incorporando recién después de su consumación la modalidad comisiva que para el despojo prevé la ley".-

(Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos "Llera, José Oscar S/ Usurpación de propiedad", causa nro. P-41.486, del 11/07/91).-

"La conducta del imputado, de violentar la cerradura y colocar una nueva sin entregarle copia a su hermana, constituye el delito de usurpación, sin que resulte óbice que el propietario inscripto sea otro como titular de la finca, ya que el bien jurídico protegido es el hecho de la posesión o tenencia y no la propiedad del inmueble".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Solari, Miguel Angel", causa nro. 15.202, del 04/07/01).-

"Respecto a la configuración de la violencia, se ha dicho que "que constituye violencia cambiar la cerradura, clausurarla con un candado, etcétera" y que "la violencia es aquí la *vis* física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquél procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p. ej., cambiar las cerraduras)".-

(Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, autos "Elordi, Susana s/ recurso de casación", causa nro. 6397, del 27/10/05)

"Uno de los particulares medios de comisión de la acción típica que vulnera dicho objeto de protección es la clandestinidad, la cual se configura –en forma acorde con las pautas brindadas por el artículo 2369 del Código Civil, y la nota al artículo 2479 de dicho cuerpo normativo- cuando el despojo se lleva a cabo mediante actos ocultos, o en ausencia del poseedor del inmueble, o mediante precauciones tomadas para sustraerlo del conocimiento de aquellas personas que podrían oponerse al mismo…".-

(Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, autos "F., C. R. s/ recurso de casación", causa nro. 10.905, del 02/03/04).-

"En lo relativo a la crítica de la falta de despojo, la usurpación se produce cuando los actos por los cuales se tomó posesión o continuó en ella fueron ocultos o con precauciones para sustraerla al conocimiento de quienes tenían derecho de oponerse y que el delito se consuma en el momento en que se priva a otro del goce efectivo del inmueble".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos "Guzman, Robustiano J.", causa nro. 33.847, del 17/03/08).-

"Si se mantiene en la tenencia no comete delito quien impide el reintegro de quien la otorgó con derecho...empleando los medios que menciona el art. 181 del C.P. Ello es la simple consecuencia de que esos actos no se han realizado para despojar de la tenencia. Si la persona que goza la tenencia de un inmueble, no restituye o se demora en la entrega del bien, no configura el

despojo requerido por el art. 181 del C.P., pues tal beneficio fue otorgado sin mediar violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza o clandestinidad".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, autos "Fernandez, Emetrio", causa nro. 35.064, del 20/06/08).-

"Si bien la forma más típica de abuso de confianza en la usurpación es la intervención del título, no es la única: "pues el delito también puede cometerse por ese medio no estando el autor en la tenencia del inmueble, si se vale de él para lograr la tenencia. Por ejemplo, el pintor a quien se le entregan las llaves para que se realice su cometido y se constituye en tenedor". La norma sustancial no distingue entre actos de despojo para ocupar o para repeler el acceso de la víctima, de modo que ambas modalidades constituyen delito".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Velazquez, Víctor D.", causa nro. 32.537, del 19/10/07).-

"Tales pruebas, nos permiten verificar la responsabilidad del imputado, pues pese a tener conocimiento de que su relación laboral se había extinguido, y por lo tanto también su derecho a la vivienda, siguió ocupándola invocando un causa distinta a aquella que le confiriera oportunamente el derecho a ello, situación que importa la interversión de aquel título, y, por ende, la configuración del delito de usurpación en la modalidad de abuso de confianza".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Alegre, Simeón", causa nro. 34.213, del 19/05/08).-

Dolo:

"Subjetivamente el delito de usurpación es doloso y consiste en dirigir o emplear los medios para privar a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o de un derecho real constituido sobre él. Basta pues, la conciencia y voluntad de que con el hecho se priva o sustituye el poder, sin que tenga relevancia cualquier finalidad o motivo".-

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II, autos "Abud, Zulma E.", del 29/11/91, JA 1992-IV).-

"Para que se configure el delito de usurpación se requiere el dolo directo de despojar de la posesión mediante alguno de los medios tipificados: el autor debe conocer que se trata de un inmueble de ajena posesión y debe saber que está empleando alguno de los medios típicos. De requerirse alguna finalidad para la configuración del tipo ésta solo puede ser la de permanecer en el inmueble ocupándolo…".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, autos "Miranda, René Guillermo y otros", causa nro. 12/11/02).-

Consumación y prescripción:

"…la usurpación constituye un ilícito de carácter instantáneo de efectos permanentes. Siendo ello así la prescripción empezará a correr desde la medianoche del día que se cometió el despojo, sin que pueda alegarse contra ella la ulterior permanencia del acusado en la propiedad -como lo pretende la querella-, toda vez que se trata simplemente de un efecto subsiguiente a la consumación del delito que no modifica el carácter de este último".-

(Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, autos "Ceballos Miguel Darío s/recurso de casación", causa nro. 4286, del 16/04/2003).-

"El delito de usurpación es de carácter instantáneo de efectos permanentes. En dicha línea de razonamiento, la prescripción empezará a correr desde la medianoche del día que se cometió el despojo, sin que pueda alegarse contra ella la ulterior permanencia del agente en la propiedad, toda vez que se trata de un efecto subsiguiente a la consumación del delito que no modifica su carácter".-

(Cámara Criminal de Comodoro Rivadavia, autos "M., C.A. s/ Usurpación por Despojo en concurso real con Robo en Despoblado", del 02/10/07).-

Restitución de Inmueble:

"Adviértase que la usurpación es un delito instantáneo con efectos permanentes y corresponde al proceso penal, meritar no sólo los derechos de los encausados sino también de las víctimas (D'Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, T. I, p. 533). Al respecto dable es señalar, tal como lo ha sostenido oportunamente esta Sala del Tribunal en la causa nº 32.945, "Quiroga, Norma B.", del 9 /11/07, que "la restitución del bien al denunciante no vulnera el estado de inocencia de quien resulta imputado en el proceso, siempre que resulta de disímil tratamiento la investigación relacionada con la posible participación criminal -por un lado- y lo concerniente al derecho a la propiedad -por el otro-, que es en definitiva el bien jurídico tutelado por la norma (Sala IV, causa n° 15.125, "Arana Egoabil, Jimmy", del 14-3-2001).- Así, la medida cautelar que trae el art. 238 bis del Código Procesal Penal, en paridad con otras medidas precautorias de carácter procesal, tiene por objeto evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien la solicita, ello es la protección anticipada de la garantía jurisdiccional que se invoca (de esta Sala, causa n° 18.413, "Ocupantes Ayacucho 333", del 13-6-2002)".-

(Cámara Criminal de Comodoro Rivadavia, autos "Guzman, Robustiano J.", causa nro. 33.847, del 17/03/08).-

II.- Destrucción o Alteración de Terminos o Límites

Generalidades:

"Y en especial sostengo que existe una autoría mediata por parte del incoado, porque es éste quien reúne el elemento subjetivo que exige el hábeas del delito, es decir, el dolo específico de querer quitar la posesión que tenían los sucesores de Rueda y con ello acrecentar su propio patrimonio".-

(Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, autos "Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación", causa nro. D, 25/2002, del 14/06/04).-

"Es así que gran parte de la doctrina y prestigiosos autores tales como el Dr. Ricardo Núñez, y Carlos Fontán Balestra, consideran que para que se consume el tipo legal de que se trata, se debe borrar el lindero anterior, y en especial el primero, da como ejemplo cuando se sacan postes y se dejan los hoyos; pero ambos autores coinciden que es posible la tentativa cuando la destrucción o alteración tendiente a borrar la línea divisoria o confundida queda sin terminar por circunstancias ajenas al autor".-

(Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, autos "Dapuetto de Palo, Miguel Ángel p.s.a. alteración de límites –Recurso de casación", causa nro. D, 25/2002, del 14/06/04).-

"Es claro que estos razonamientos no pueden legitimar la solución de los problemas de la especie manu militari pero lo que intento señalar –reitero- es que de las actuaciones colacionadas y –especialmente- del propio fallo, resulta que el imputado, a lo menos, estuvo alentado por un espíritu reivindicativo que no se emparenta sin más con el dolo que la figura -en el inciso segundo- reclama. Ello porque -como ha quedado de manifiesto- la misma no puede sino perseguir la confusión de límites –y- términos con el corrimiento de los hitos que cumplen esa función con ánimo de apoderamiento".-

(Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, autos "G., L. H. s/ Recurso de Casación", causa nro. 14.210, del 08/08/06).-

"La acción típica es la de destruir o alterar los términos o límites de un inmueble para apoderarse de todo o parte del mismo. Se destruyen los términos o límites cuando éstos dejan de estar señalados o marcados por la acción ejercida sobre los objetos que los determinan. Se alteran los términos o límites cuando se remueven las señales cambiándolas de lugar, de modo que aparezca modificada la extensión del inmueble. La alteración o destrucción de límites, es un delito doloso, y el dolo consiste en la conciencia y voluntad de estar realizando actos con los cuales se hacen desaparecer o se modifican los términos o límites de un inmueble".-

(Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, autos "M., F.O. s/ Recurso de Casación", causa nro. 763/2006, del 25/08/06).-

III.- Turbación de la Posesión o Tenencia

Generalidades:

"No encontrándose demostrada la intención de desocupar el inmueble, sino sólo de restringir el ejercicio que sobre él tenía el damnificado, la conducta de la procesada que luego de romper la cerradura ingresó al domicilio del querellante, con quien la uniera una relación sentimental, retirando objetos de su pertenencia, para luego hacer colocar otra cerradura permaneciendo con las llaves en su poder, encuadra en la figura del inc. 3º del art. 181 del C.P. usurpación por turbación de la posesión".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos "Victorica de Berakh", causa nro. 27.186, del 21/05/91).-

Caracteres del Delito:

"En los supuestos de turbación la acción importa sólo una limitación al ejercicio pleno de los derechos inherentes a la posesión o la tenencia, una restricción en el uso y goce del inmueble, sin necesidad de una ocupación total o parcial del inmueble. En este sentido, destacando la distinción que hace la ley civil entre aquella turbación que persigue el despojo (Cód. Civ. art. 2496) y aquella que no lo hace (Cód. Civ. art. 2497), se ha afirmado que "El agente debe realizar actos que efectivamente restrinjan el ejercicio de la posesión (p.ej., cortar el agua o la electricidad) dentro de los que no se hallan incluidas las molestias que puedan fastidiar o incomodar ese ejercicio ...".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Lepore, Ricardo L", causa nro. 34.028, del 30/06/08).-

"Liminarmente, debe señalarse que la usurpación, en la que prima facie encuadra el hecho que se le atribuye a (...), constituye un delito instantáneo de efectos permanentes. Al respecto, entiende el Tribunal que toda vez que las acciones que integran los tipos penales contenidos en el artículo 181 del Código Penal, esto es, el despojo (inc. 1°), la destrucción o alteración de los límites con fines de apoderamiento (inc. 2°) o la turbación (inc. 3°) se consuman en el momento mismo de su realización, sin que la continuación de ese estado lleve a considerar típicos los actos posteriores, que sólo provocan la consideración de permanentes a sus efectos".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos "Subira, Jaime Oscar", causa nro. 34.695, del 18/07/08).-

Medios Comisivos:

"La actividad cumplida por el procesado, al privar de corriente eléctrica y gas a sus inquilinos, configura el delito de turbación de la tenencia (art. 181 C.P.). La violencia que requiere la figura está dada por la colocación de una llave interruptora del suministro del fluído eléctrico en una habitación cerrada con candado, a la que sólo tenían acceso el incurso y la encargada del inmueble".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, autos "Espasandin, Benigno", causa nro. 25.572, del 01/08/81).-

"La violencia a que se refiere el art. 181 inc. 3º del Código Penal no queda reducida -como ocurre en el inc. 1º- al carácter de medio comisivo (junto con otros) del despojo, que no integra el tipo del inc. 3º; en el inc. 3º la turbación abarca mayores posibilidades de hecho. De modo que del contexto del pasaje específico de la sentencia resulta que, con un instrumento como lo es una "pala mecánica", se realizó la "limpieza" del terreno, conducta que incluye un grado de "violencia" material que satisface la exigencia de la figura delictiva".-

(Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos "Martinez, Julio Cesar s/ Usurpación de Propiedad", causa nro. P-45.362, del 10/11/92).-

"La ley menciona a la violencia y las amenazas como medios de turbación y, por lo tanto, se impone el reconocimiento de aquella relación causal: la turbación tiene que ser lograda por medio de la violencia o por medio de las amenazas. Las amenazas proferidas por el imputado al turbar la posesión del inmueble al que el damnificado intentaba ingresar no pueden ser analizadas como un hecho independiente de la figura reprimida por el art. 181 del C.P., puesto que el inc. 3 las describe como uno de los medios comisivos. Por ello corresponde revocar el auto que no hace lugar a la incompetencia postulada por el fiscal".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos "Nahijiam, Enrique", causa nro. 23.418, del 15/04/04).-

"A ello aduno que los testigos Y., A., T. y R. resultaron contestes en afirmar que, ante sus reclamos, el imputado manifestó que resultaba inútil que procedieran a la reconexión de los cables, puesto que los volvería a cortar, circunstancia que en forma indiciaria convalida y ratifica los dos testimonios citados en el párrafo anterior y configuran un plexo probatorio suficiente para tener por acreditada, sin margen de duda alguno, la comisión de las conductas daños por las que media condena. Ello así, pues en mi opinión el corte de los cables implica en sí mismo un acto de fuerza, a lo que debe adunarse la amenaza proferida contra A., extremos todos éstos que cumplimentan los requisitos exigidos por el art. 181 inc. 3º del Código Penal".-

(Tribunal de Casación de Penal de la Provincia de Buenos Aires, autos "M., G.D. S/ Recurso de Casación", causa nro. 23.209, del 30/11/07).-

Atipicidad:

"No se configura tampoco despojo de la posesión pues no se enrostra al imputado haber impedido el acceso de la querellante al domicilio, sino a sus ocasionales acompañantes. Respecto a la turbación, ella debe recaer directamente sobre la cosa, no constituyéndola las molestias a la persona del poseedor o tenedor".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Cassino, Ricardo H", causa nro. 14.323, del 10/04/81).-

"No configura el delito de usurpación por turbación de la posesión, la acción del procesado que hizo sacar el cartel que tenía la firma damnificada sobre la fachada del inmueble locado por aquél; ya que para el delito se hubiera configurado, la posesión debió haber sido turbada mediante amenazas o violencia, extremos no acreditados en autos"

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "De Marco, J.A.", causa nro. 26.549, del 10/06/82).-

"No invocándose el uso de violencia contra las personas o las amenazas contra las mismas, no puede verse configurado el delito de turbación de la posesión, que además exige la intención de poseer (arts. 2365, 2366, 2367, 2368, 2496, 2497, 2498 y 2499 C. C.)".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Saravia, Luis A.", causa nro. 46.852, del 05/08/82).-

"Por otro lado, para que se configure el delito de usurpación por turbación de la posesión (art. 181, inc. 3° del C.P.) los actos que realice el agente tienen que ser efectivamente restrictivos del ejercicio de la posesión; si sólo son idóneos para hacer más molesto el ejercicio, se trata de molestias personales que no afectan aquél en la forma requerida por el tipo, de manera que quedan marginados de él".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Polero, Roberto G.", causa nro. 20.665, del 17/03/03).-

"Si el personal de Metrogas, al advertir que había algunos departamentos presentaban irregularidades que podrían causar una explosión, procedieron al corte del suministro de gas cerrando la llave de paso colocando un precinto de plástico, su actuación no encuadra en la hipótesis delictiva que prevé el art. 181, inc. 3º del C.P., por no haber utilizado violencia ni amenazas. La violencia, entendida como la fuerza física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer, no resulta configurada por la colocación de un precinto de seguridad por existir peligro de explosión. Por ello, debe confirmarse el sobreseimiento de los imputados en orden al delito de turbación de la posesión (art. 181, inc. 3)".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos "Herre, Juan Alberto y otros", causa nro. 26.554, del 02/05/05).-

“La usurpación por turbación (art. 181, inc. 3, del C.P.) tampoco se realiza por una refacción que hubiere limitado los derechos inherentes a la posesión del damnificado, si no se hubiere llevado a cabo con violencia ni amenaza, en consecuencia, se excluye la conducta establecida en el art. 181, inc. 3., del C.P.”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos “Ortega Gallo, Ignacio”, causa nro. 30.530, del 24/11/06).-

Conflictos Laborales:

“Si la denuncia fue realizada en un marco de un difundido conflicto que excedía de un reclamo por la puja de intereses antagónicos, y a raíz de la actitud asumida por el grupo que impidiera la libre circulación de los vehículos proveedores -en su mayoría pertenecientes al sindicato de camioneros- se produjo la paralización de su ingreso y egreso al hipermercado, turbación que se mantuvo por un lapso mas que prolongado, aunque se invoque el ejercicio del derecho de huelga, corresponde confirmar la sentencia que, con fundamento en los hechos de la causa y en normas de derecho común, condena a dirigentes gremiales por usurpación y desobediencia, delitos en que habrían incurrido al ocupar, con motivo de un conflicto laboral, el lugar de trabajo. Aun considerando en un sentido más lato, el derecho de huelga tiene su límite, por vía del principio, en el orden jurídico vigente, que la ley penal integra”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos “Córdoba, Luis”, causa nro. 23.970, del 28/06/04).-

“Configura el delito de turbación de la posesión (art. 181, inc. 3°, del C.P.), la conducta desarrollada por terceras personas que en relación o no de dependencia laboral con la empresa poseedora de la fábrica, realizaron en sus instalaciones asambleas permanentes, actos de fuerza contraviniendo la voluntad de los legítimos representantes de aquella, actos de resistencia a moverse con la consecuente obstaculización física y emisión de expresiones verbales amenazantes para impedir a fleteros o camioneros autorizados por la empresa a cargar o mover efectos pertenecientes a la misma”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos “Kusema, Liliana y otros”, causa nro. 26.320, del 03/05/05).-

“Una turbación momentánea del disfrute de la posesión, ocasionada por un conflicto gremial, entre la empresa y sus empleados, no resulta "arbitraria" y por ende, excede el ámbito de protección de la norma. En consecuencia, la conducta atribuida deviene atípica objetivamente, así como subjetivamente, ya que la intención de los autores no era directamente afectar el bien jurídico protegido por la norma (el derecho de propiedad), sino efectuar un reclamo enmarcado dentro del derecho de huelga, de rango constitucional (art. 14 bis de la C.N.)”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Juarez, Juan Pablo y otros", causa nro. 34.097, del 29/02/08).-

"Cabe señalar que la toma del lugar fue pacífica (...)..., en relación a la toma del establecimiento laboral, ante la colisión de derechos que surgen entre el derecho a disfrutar libremente de la posesión (bien jurídico tutelado en el art. 181 del C.P.P. que castiga la mera turbación), por un lado y el derecho de huelga (estatuido en el art. 14 de la C.N.) por el otro, debe estarse, aún de existir violencia o amenazas, en función del principio de unidad del orden jurídico, a lo establecido en el art. 2.469 del Código Civil, que prohíbe sólo la turbación arbitraria de la posesión o tenencia de un bien. Atendiendo a ello y considerando que la turbación realizada en el marco de una protesta de tipo laboral, que es un derecho reconocido en nuestra Carta Magna, no resulta ser arbitraria, las conductas investigadas en la causa resultan ser atípicas. Ello es así, pues exceden el ámbito de aplicación de la norma penal que debe ceder en aras del cumplimiento de los mandatos constitucionales".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos "Bavio, Soledad y otros", causa nro. 35.082, del 23/06/08).-

16.- Bibliografía:

- Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Mave, Buenos Aires, 2000, II.-
- Clemente José Luis y Romero, Gerardo Sebastián, *El Delito de Usurpación*, Lerner Editora SRL, Córdoba, 2005.-
- Console José, *Usurpación de Inmuebles*, La Roca, Buenos Aires, 1997.-
- Creus Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6º edición, Astrea, Buenos Aires, 1997, I.-
- Cura Grassi, Domingo C., "Derechos Reales: posesión y tenencia. Conveniencia de su distinción", Digesto Jurídico, 2000-3, 78.-
- D'Alessio, Andrés José, *Código Penal, Comentado y Anotado, Parte Especial*, La Ley, 1º edición, 2º reimpresión, Buenos Aires, 2007.-
- Damianovich Laura y Rojas Pellerano, Héctor F., "art. 181", en Ricardo Levene -h.- (dir.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Zavalía, 1978, Buenos Aires
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal- Culzoni, T II-B.-
- Figari Rubén , *Delitos de índole patrimonial,* Nova Tesis, Rosario, 2010, II.-

❖ Fontan Balestra, Carlos *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª edición puesta al día sobre la base del Tratado de Derecho Penal actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 592/593.-

❖ Froment, Carlos D. y Cassani, Belen, "art. 181", en David Baigún y Eugenio Zaffaroni (dir.) y Marcos A. Terragni (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, VII.-

❖ Gallegos, Jorge Luis, *–El delito de despojo de la tenencia o de la posesión*, Depalma, Buenos Aires, 1952.-

❖ Gómez, Eusebio *–Leyes Penales Anotadas*, Ediar, Buenos Aires, 1954, III.-

❖ Groizard, Alejandro D. y Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870, comentado y concordado*, Esteban Hermanos Impresores, Salamanca –España-, 1896, VI.-

❖ Kiper, Claudio, *Código Civil Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, I,.-

❖ Laje Anaya, Justo y Gavier, Enrique Alberto, *–Notas al Código Penal Argentino, Parte Especial*, Marcos Lerner Editora, Córdoba 2000, T II.-

❖ Levaggi, Abelardo *Historia del Derecho Penal Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978.-

❖ Macagno, Mauricio Ernesto, "Desalojo y restitución de inmuebles en el proceso penal bonaerense (A propósito del nuevo articulo 231 bis., C.P.P.B.A.)", La Ley Buenos Aires, Agosto 2006.-

❖ Mariani de Vidal Marina, "Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509", La Ley, 2002-F.-

❖ Mariani de Vidal Marina, *Curso de Derechos Reales*, 2ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 1993, I.-

❖ Marín, Jorge Luis, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.-

❖ Marín, Jorge Luis, *El Código Penal Argentino*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.-

❖ Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires, Legislación Provincial, Fundamentos de la Ley 13.418, puede consultare en http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-13418.html (acceso el 10/12/11).-

❖ Moreno Rodolfo (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, V.-

- Nocerez, Florencia, “Comentario a los Plenarios Maciel, Contarino y Signorelli Gallo”, en Mauro Divito (dir.) y Santiago Vismara (coord.), *Colección Plenarios Derecho Penal y Procesal Penal*, La Ley, Buenos Aires, 2011.-
- Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires.-
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 10ª Edición, puede consultarse en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (acceso el 05-05-2011).-
- Righi, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, -reimpresión-, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.-
- Rivera, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, II.-
- Rubianes, Carlos J. y Rojas Pellerano, Héctor F., *El Delito de Usurpación*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1960.-
- Saravia Toledo, Rogelio y Villada, Jorge Luis, *“Curso de derecho penal, parte especial”*, Ed. Virtudes, Buenos Aires, 2003.-
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4º edición, 10º reimpresión –parte especial-, Tea, Buenos Aires, 1992, IV.-
- Villar, Ariel H., *Usurpación de Inmuebles*, Némesis, Quilmes, 2003.-
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, A-Z Editora, Madrid –España-, 1996, I.-
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Capital Federal, 2005.-

Instigación a cometer Delitos

Por **Florencia Requejo**

Art. 209: ***"El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41."***

Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico por excelencia, es el mantenimiento del orden público, considerando a tal como la limitación a la pretensión punitiva estatal y la correcta aplicación de la interpretación de las normas penales.

El orden público, es un concepto ambivalente, de difícil definición por su amplitud e indeterminación.

La mayoría de los catedráticos en Derecho, han establecido que antes de procurar el término orden público, sería preferible considerar el concepto como "tranquilidad pública", siendo éste el bien jurídico protegido en el Título en estudio.

Soler, por su parte, considera que el concepto de "tranquilidad pública viene a traer más precisión que el de "orden público"[1], por la diversidad de sentidos, especialmente cuando lo que está en juego es el orden jurídico en general y los principios constitucionales. Lo entiende como tranquilidad y confianza social en el pacífico desenvolvimiento de la vida civil; y lo que se trata de defender es la opinión de la seguridad social, que a su vez, constituye un factor más de refuerzo de aquella[2].

---

1 SOLER, Sebastián "Derecho Penal argentino", Tomo IV, acápite 130 p. 499/592. 4ta. Ed. Editorial Tea, Buenos Aires 1988.

2 SOLER, Sebastián. Ob. Cit. Tomo IV. P. 591.

Esta tipificación penal, que protege a la sociedad en general, resguarda la convivencia de todos los habitantes de la Nación, y se dirige a disuadir aquellas conductas que provocan perturbación y serias alteraciones en el desenvolvimiento de la vida en comunidad.

Para el catedrático Jorge Buompadre[3], las conductas definidas en este título configuran hechos criminales perturbadores de la vida colectiva, por los efectos (miedo, temor, intranquilidad) que producen en el sentimiento de los individuos en general, frente a la incertidumbre de que tales hechos se llevarán a cabo.

La acepción *orden público,* alude a instituciones de raigambre constitucional. El Art. 19 de la Constitución Nacional declara exentos de la autoridad de los magistrados los actos privados de los hombres que no lo afecten, ora al carácter del que gozan aquellos derechos que no son disponibles por sus titulares o sujetos a convenciones particulares y denota un interés del Estado a la autoprotección[4].

Para Smith el *orden público* es el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituida en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente la organización de ésta , no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas vigentes.[5]

Desde otra visión, Nuñez lo define como la situación objetiva de sosiego espiritual de las personas en general[6]. Consideramos que dentro de un ambiente visto de este modo, construido en un Estado de Derecho, el ciudadano se desenvuelve para llevar a cabo sus proyectos de vida en libertad, se expresa en libertad y puede desarrollar todo su potencial humano e intelectual, en forma tranquila y pacífica.

---

3 BOUMPADRE, Jorge, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. T II” P. 552. Ed Astrea. 2009.

4 BAIGUN, David. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 9. Ed. Hammurabi, 2010. p292.

5 SMITH, Juan. “Orden Público” en Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibiliográfica Argentina, Buenos Aires, 2002.

6 NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Editorial, Marcos Lerner, Cordoba, 1971. Tomo VI. P174.

1. **Antecedentes Legislativos**

Esta tipificación ha pasado por una evolución legislativa extensa, siendo el Proyecto Piñero, Rivarola Matienzo del año 1891, el primero en castigar esta clase de delitos. En él, se sostenía la necesidad de castigar al instigador, como al autor del hecho ejecutado[7].

En el año 1895, el Proyecto Segovia modificó el texto anterior, otorgándosele autonomía entre el instigador y el autor del hecho instigado, como así también tenía en cuenta la gravedad del hecho instigado, lo que se debía tener en cuenta para la individualización de la pena.

La redacción del Art. 226, conforme el Proyecto del año 1906, resultó diferente a la del año 1891, pero se quedó con la subsidiariedad de la prohibición a la instigación exitosa del proyecto de 1895. Agregó como ilícito diferente, la fijación o circulación de elementos escritos incitando al odio o menosprecio de persona y/o instituciones, colocados en sitios públicos.

El 26 de junio de 1910, el Teatro Colón de Buenos Aires, hito de la cultura argentina sufrió un ataque terrorista. Dos días después, se sancionó la Ley de Defensa Social (7029), en la que se consignó en su Art. 20 que se castigaría a aquellos que verbalmente, o en forma escrita, impresa, o por cualquier otro medio, incitare a la comisión de delitos. Esta legislación no exigía la determinación de personas, ni exigía, tal como si lo hacían las leyes de 1891 y 1906, la consumación del hecho instigado[8].

---

7 ZAFFARONI, Eugenio. ARNEDO, Miguel. Digesto de codificación penal argentina. Editorial AZ, Buenos Aires, 1996. Tomo II. P 273.

8 Extraído de BAIGÚN, Daniel. ZAFFARONI, Eugenio. Ob. Cit. Pto. 4. p 297.

En el año 1917, un nuevo proyecto, modificó los anteriores, exigiendo que este tipo penal de instigación se realizara contra alguna persona o institución determinada; agregó otras modificaciones que se relacionaban con el castigo al instigador si ésta era exitosa, como así también suprimió la punibilidad de la colocación de carteles en la vía pública que incitaban al odio, ya que los consideraba como calumnias o injurias.

El Código Penal y su redacción de 1922, requiere que el acto de la instigación se realice en forma pública, acción que debía comprender el delito determinado a cometer.

El Proyecto Coll- Gómez de 1937, sancionó la instigación a cometer delitos y la preconización de la violencia.

Entre 1941 y 1953, se incorporaron otros proyectos, y en el año 1960, se presentó el Proyecto Soler, en el que el autor del trabajo, establecía su criterio acerca de la irracionalidad de la pena que tenía prevista, porque se podía dar una pena mayor por la sola instigación a cometer un delito que la que hubiese correspondido si el delito instigado se cometiese. Lo que establecía el proyecto era que se reprimiría al autor del hecho, con la mitad de la pena correspondiente al delito instigado, pero que el máximo nunca excedería de cuatro años, pero nunca inferior a un año de prisión, si el mínimo que correspondiente al delito instigado era superior a tres años.[9]

En 1963, el Decreto Ley 788, legisló los delitos contra la tranquilidad pública, sancionando conductas tales como la instigación pública a la violación de los derechos y garantías constitucionales y los que nacen de la soberanía popular, la forma representativa de gobierno, las luchas raciales, religiosas y de clases.

Posteriormente, se sancionaron las leyes 17.567; la ley 20509, que modificó el título de esta clase de delitos, denominándolos como de “orden público”.

La ley 20.642, sancionada en 1974, aumentó la pena del delito, que pasó de un mes a cuatro años de prisión en la redacción original del Código a prisión de dos a seis años.

Con posterioridad, se sancionó la ley 21.338, luego se presentó el Proyecto Soler, Cabral y Aguirre Obarrio del año 1979, y finalmente se sancionó la Ley 23.077 en la que se reestableció el texto original del Código de 1921, con la penalidad modificada por la ley 20.642[10].

---

9 Extraído de BAIGÚN, Daniel. ZAFFARONI, Eugenio, Ob. Cit. Pto. 11. p 299.

10 Esta mínima reseña histórica, ha sido extraída sintéticamente de BAIGÚN, David,. ZAFFARONI, Eugenio. Ob Cit. P-
295/301.

2. **Bien Jurídico Protegido**

Como se adelanto al comienzo de este comentario, el bien jurídico protegido es el orden y la tranquilidad pública.

En cuanto al significado de lo público, podemos definirlo como todo aquello perteneciente a todas las personas que forman parte de una sociedad, de un Estado, de una Nación. Se relaciona directamente con la sociedad en general y con respecto al bien jurídico en estudio, tiende a generar una atmosfera de paz, para que se desarrolle la vida en sociedad, dentro de un estado de derecho.

Se protege el Estado de legalidad, las instituciones que conforman ese Estado y el desarrollo de la vida de la sociedad, resguardando fundamentalmente el consenso social y a los poderes políticos.

Para determinar si el delito fue o no consumado, se entra en una especie de sendero sinuoso, en el que la construcción de este bien jurídico protegido (el orden público) roza la contradicción con la Constitución Nacional. Esta contradicción tiene que ver con la indeterminación del tipo penal y la poca determinación del bien jurídico protegido, lo que nos hace presumir la posibilidad de contrariar el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Carta Magna.

Además de ello, esa tranquilidad que propugna el tipo penal a proteger, se ve directamente controvertida con el derecho a la libertad de expresión, constitucionalmente garantizado. Se infiere entonces que, las ideas y pensamientos públicamente exteriorizados, pueden resultar (según sus contenidos) subsumidos en el tipo penal en estudio.

Los principios del liberalismo constitucional imponen límites muy estrictos a la interferencia con la expresión de ideas aún cuando se las quiera justificar, sobre la base de consideraciones

fundadas en la preservación del orden público. Sólo Se justifican tales interferencias, en el marco de la democracia republicana, en casos de daños a terceros, y estos daños no pueden consistir en la mera difusión de ideas consideradas nocivas[11].

En estos casos, en los que se encuentran al filo ambas garantías, es necesario tener en cuenta que, el orden público será considerado como lesionado, cuando la expresión formulada cause una verdadera conmoción social, o desasociego en el desenvolvimiento de la vida pacífica civil. Habrá entonces que analizar cada caso en particular, pero siempre teniendo en cuenta que la libertad de expresión, debe primar por sobre cualquier actividad, siempre y cuando la actividad no incite a la violencia, a la reyerta y a la conmoción social.

3. **Sujeto Activo:**

El artículo establece que *"Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo."*

En este sentido, lo que se presupone es la existencia de un acuerdo y/o contrato entre las partes para la perpetración del delito. La inducción en este sentido es dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito[12]. Quien instiga a la producción de un hecho criminoso, responde por el hecho que cometió el autor, pero por él inducido.

En cambio, en la instigación, no existe acuerdo de voluntades, solo se estima una realización de carácter general direccionada a personas colectivas y/o instituciones determinadas.

Debe resaltarse que existen dos grandes diferencias entre la instigación a la que hace referencia el Art. 45 del Código Penal, y la establecida en la figura penal en estudio.

Por un lado, la instigación debe ser pública y en segundo término, la inducción, debe estar dirigida a una generalidad de personas.

---

11 BAIGÚN, Daniel. ZAFFARONI, Eugenio. Ob. Cit. P. 302.

12 DONNA, Edgardo, "La autoría y la participación criminal" Ob. Cit p. 123.

Para Bacigalupo[13], el instigador es quien crea el dolo en la cabeza del autor. En otras palabras, es quien genera la idea de la comisión dolosa del delito en el autor, una especie de autor moral; es quien domina la fase de decisión del acto, para que luego el autor domine la fase de iniciación a la consumación de la idea (original del instigador) criminosa.

El inductor determina al otro para que concrete el delito; lo induce mentalmente impartiéndole instrucciones para la perpetración, ejerciendo gran influencia sobre el sujeto para direccionar correctamente su voluntad y concretar sus designios.

Si bien para muchos, la instigación puede ejercerse tanto por acción como por omisión, algunos autores consideran que la instigación requiere siempre una conducta activa, no siendo en general admisible la instigación por omisión como forma de inducción[14] .

El dolo de la inducción, debe abarcar lo doloso del hecho principal[15], mientras que el inducido debe haber actuado de tal manera que el hecho, se haya perpetrado efectivamente.

4. **Tipo Objetivo**

Los elementos requeridos por tipo objetivo de esta clase de delitos son: a) direccionados a una cantidad indeterminada de personas; b) la seriedad de la instigación; c) la publicidad de la idea criminosa; y d) la comisión (efectiva o no) de un delito.

La exigencia de esta clase de instigación, no requiere la individualización de una persona, sino que ésta puede estar direccionada hacia un grupo indeterminado de ellos, para que sus accionares a su vez, sean perpetrados sobre una o varias personas y o instituciones.

Para Creus, la instigación a la comisión de un delito, debe estar direccionada a la generalidad, dirigida a una cantidad indeterminada de personas. En este accionar, puede suceder que quienes escuchen esa instigación, no cumplan con el designio del instigador, y por ende, no realicen la

13Lineamientos de la Teoría del delito. Ed. Hammurabi. Pág 181 y ss. Tercera edición 1994.

14 JESCHECK-WEIGEND, *Lehrburch des Strafrechts, Akkgemeiner Teil, (*Tratado de Derecho Penal, Parte General) p. 562.

15 DONNA, Edgardo “Derecho Penal, Parte Especial” Tomo II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002. p 284.

conducta disvaliosa; pero también en esa generalidad, podemos encontrarnos con personas capaces de cumplir con los designios criminosos.

Aguirre Obarrio, considera que instigar, significa incitar, buscar, mover a otros; pero estos otros, "deben ser un conjunto de personas indeterminadas, a las que puede llamarse público, es decir, una parte de la sociedad o comunidad. Puede tratarse de lectores de una publicación, televidentes, radioescuchase igualmente personas reunidas ex profeso o incidentalmente, como sería el caso de quienes están en una plaza o paseo"[16].

Se requiere la seriedad de la instigación, quedando excluídos, los simples consejos, las propagandas de ideas, las sugerencias ambiguas, las manifestaciones accidentales.

En cuanto a los medios para la comisión de este tipo penal, la norma establece solo el requisito específico de la publicidad de las manifestaciones, las que se propagarán por cualquier medio de comunicación, escrito, audiovisual, Internet y/o cualquier otra forma de difusión.

El catedrático Creus refiere que no importa la especie del delito cometido (salvo los culposos, que por la particular naturaleza de la subjetividad no pueden ser instigados), ni el carácter de las acciones por medio de las cuales puede ejercerse el *ius puniendi* (pueden ser delitos de acción pública o de acción privada), ni su naturaleza jurisdiccional (también quedan comprendidos los delitos militares, aunque algunos lo discuten; no, por supuesto, las faltas de carácter disciplinario[17].

La figura de instigación no requiere una unidad en el delio en cuestión, sino que también puede existir la posibilidad que se dirija a la comisión de una pluralidad de delitos.

5. **Tipo Subjetivo**

Esta figura requiere dolo directo, siendo un delito de pura actividad. Se exige el conocimiento del carácter delictivo del hecho a instigar.

Ese dolo debe contener el real conocimiento de que lo requerido, tenga trascendencia pública y lo que se pide (o instiga) específicamente se transmita con la plena voluntad de que ese delito se cometa.

---

16 MOLINARIO, Alfredo – AGUIRRE OBARIO, Eduardo "Los Delitos", Tomo III. P 180/181 Ed. .Tea, Buenos Aires 1999; extraído de DONNA, Ob. Cit. P 286.

17 CREUS, Carlos; BOUMPADRE, Jorge "Derecho Penal, Parte Especial Tomo II. Ed. Astrea, 2007. P 117.

Donna, establece que se trata de una especie de autoría moral, ya que lo que pretende el autor es que alguien realice en la práctica su idea criminal.[18]

Quien instiga, debe tener la voluntad directa de ser escuchado en sus pretensiones, para generar un convencimiento en terceros para que éstos, lleven a cabo el o los delitos. Por ello, las manifestaciones del instigador, deben ser claras, serias y capaces de generar una convicción en el otro, para lograr el cometido del primero.

La instigación requiere en el autor, algo más que la simple voluntad de instigar; en él debe darse la voluntad de que el particular hecho instigado se realice efectivamente; su actuación como instigador debe contener la finalidad de lograr que otro cometa verdaderamente el delito, lo cual repercutirá en la culpabilidad[19].

6. **Consumación y Tentativa**

Este tipo penal, no requiere que el delito incitado se realice efectivamente, por lo que no se busca un resultado en concreto.

Para Boumpadre[20], "El delito se consuma con la sola instigación, con prescindencia de la ejecución del hecho instigado".

Sin embargo, para los casos en los que la instigación pública ha tenido éxito, la doctrina se encuentra dividida. Para los catedráticos como Fontán Balestra y Soler, si el sujeto ha receptado la instigación y ha cometido el delito, por tratarse de una figura subsidiaria del art. 45 del Cod. Penal, queda excluida la figura del art. 209 y el sujeto resulta responsable por participación en el delito instigado. El primero de los nombrados, sostiene que el delito queda consumado cuando la instigación llega a un número de personas y que ese

18 DONNA, Edgardo Ob. Cit. T II C Pág 287.

19 CREUS, Carlos. Ob. Cit. P. 118/119.

20 BOUMPADRE, Ob. Cit. T II pág. 555

momento puede coincidir o no con el instante en que la idea de instigar se exterioriza en una manifestación de voluntad, según cual haya sido el medio empleado[21]

Para otros, si la instigación surtió efectos, y el receptor cometió el delito instigado, estamos frente a una hipótesis de concurso real entre la instigación del art. 209 y la del art. 45 del Código Penal (Ver Gomez, Millán)

Algunos como Varela, consideran que existe entre las figuras un concurso ideal, mientras que otro sector comprendido por Nuñez[22] y Creus[23], entiende que, cualquiera que sea el caso, es decir, que se cometa o no el delito, debe aplicarse la figura del art. 209 del Código Penal.

Para Creus, la instigación es un delito de actividad simple. Para que el delito pueda consumarse no es suficiente que, por el particular medio utilizado, se establezca la posibilidad de que la instigación llegue al o los instigados, si aquello no ocurre; lo cual quiere decir que, si se ha utilizado un medio idóneo para que la instigación legue a los destinatarios, el hecho puede quedar en tentativa[24]

Entendemos que la especificidad de la figura penal impide cualquier tipo de concurso con el delito realizado, por lo tanto, queda excluida la aplicación del art. 45 del CP; lo que se debe realizar, es, oportunamente, una graduación en la pena del instigador, ello en atención a la gravedad del delito cometido por el instigado y las pautas del art. 41 del CP., pero siempre dentro de la escala penal del art. 209 del CP.[25].

Lo que debe tenerse en cuenta en estos casos es que, cuando la instigación fue dirigida públicamente por los medios idóneos establecidos por el art. 209 del C.P., aún cuando alguien la

---

21 FONTAN BALESTRA, Carlos "Tratado de Derecho Penal, Parte especial"Act. Por Guillermo Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994. Tomo IV. P 398.

22 NUÑEZ, "Tratado de derecho Penal". Ed. Lerner. 1961 T VII pág 180 y ss.

23 CREUS, Carlos Ob. Cit.

24 CREUS, Carlos, Ob. Cit P 119.

25Esta postura ha sido defendida por Núñez (Tratado de derecho Penal. Ed. Lerner. 1961 T VII pág 180 y ss.). Enseña el autor: "Si alguno, movido por la instigación, comete o intenta el delito instigado, se presenta la cuestión de sí aquella ya no deberá ser reprimido "por la sola instigación", sino, también, por su participación como instigador en el delito ejecutado.

haya captado y haya tentado o consumado el delito, el autor de la instigación será castigado por el art. 209 y no como partícipe del delito cometido[26].

10. Jurisprudencia

La jurisprudencia ha intentado esforzarse por restringir la interpretación del tipo penal, ello teniendo en cuenta la ambigüedad del tipo penal en estudio, del que ya hemos hablado acerca de su problemática que roza la violación del principio de legalidad.

La Corte interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en cuanto a la coalición entre el derecho a la libertad de expresión, y las restricciones establecidas en un Estado de Derecho, por intermedio de tipos penales ambigüos como el establecido en el art. 209. Al respecto ha establecido: *"En materia de libertad de expresión, la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afecta la legalidad estricta que es preciso observar cuando se establecen restricciones respecto de ese derecho por la vía penal, en cuanto no existen precisiones suficientes que delimiten las conductas delictuosas, constituyendo una violación del principio de legalidad y del derecho a la libertad de expresión, consagrados en los arts. 9 y 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en los arts. 1.1 y 2 de de aquélla... La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal, pues, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, ya que lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado"*[27].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reconocido la obligatoriedad de la aplicación de los fallos emitidos por la Corte Internacional. Al respecto, los magistrados Zaffaroni, Petracchi y Highton, utilizaron como argumento primario la imposibilidad por parte de la Corte de tomar una

26 NUÑEZ, "Tratado de derecho Penal". Ed. Lerner. 1961 T VII pág 180 y ss.

27 CIDH "Kimel c/Argentina. 02/05/2008).

decisión diferente a la establecida por la CIDH, y que las normas internas sobre prescripción de la acción penal deben ceder ante el carácter obligatorio del fallo internacional. La interpretación internacional de los tratados y su fuerza vinculante para los Estados miembros, fue destacada en el voto del Dr. Boggiano. (En extenso Iribarren, Pablo. "Prescripción de la acción penal, insubsistencia de la acción penal y el principio de legalidad."[28].

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, se ha expedido en causa "Bonafini Hebe", estableciendo: "*Corresponde decretar el sobreseimiento, en orden a los delitos previstos por los arts. 209 y 212 del código Penal, respecto de quien en el marco de una protesta social alentaba a sus compañeros a destruir instituciones públicas –en el caso comisarías y tribunales-, dado que tales expresiones constituyen una demostración de discurso político y de prédica ideológica, en las que no se especifica cómo, dónde ni cuándo deberían llevarse a cabo la acción promovida. Las garantías constitucionales que amparan la libertad de pensamiento y expresión exigen la aplicación de un criterio restrictivo para precisar las conductas que, escapando a tal protección, serán alcanzadas por el Derecho penal. Resultan atípicas en orden al delito de instigación a cometer delitos las expresiones vertidas por la imputada en el transcurso de su discurso en un encuentro político a raíz del asesinato de un militante y que fueran difundidas por los medios de comunicación, si las mismas fueron vertidas dentro de un contexto de crítica y cambio, tendiente a reivindicar la protesta social dentro de una prédica ideológica y un discurso político"*[29].

En el año 2006, la Sala VII de Cámara Nacional Criminal y Correccional se expidió en cuento a la **configuración del delito** "*La instigación a cometer delitos, legislada en el art. 209 del Código Penal, demanda incuestionablemente para su configuración que se determine a otro a cometer un delito haciendo surgir en el autor la decisión al hecho, provocándolo para que se decida, y requiere un estímulo directo a delinquir. Si durante la transmisión de un programa radial se transmitió un jingle que rezaba "hay que matar a Hadad y de paso a Baby Echecopar", es inocultable que se había hecho en un tono festivo sin que pueda ser tomada literalmente como una incitación a matárselo. No se puede alcanzar a suponer que alguien pueda haberse visto motivado para cumplir lo mencionado en la frase, pues desde el punto de vista subjetivo, una de las finalidades que el delito contiene es influir sobre la mente de los presentes y del público, lo que impone una instigación razonablemente seria… El criterio esencial de este delito (…) es la seriedad*

28 LLPatagonia 2006 (febrero), 19-LA LEY 2005-E, 72-Sup. Penal 2005 (junio), 7.

29 CNFed. Crim y Corr. Sala I, 27/05/06, LL, 2006-E-46.

de la propuesta. Este es uno de los delitos en los que la intención del agente corresponde al cuerpo del delito, es decir, a sus criterios esenciales. Las palabras escritas o dichas no tienen vida propia y absoluta; su vida se modifica según la intención de quien las profiere (...) [30]*"*.

Del pormenorizado estudio de la jurisprudencia más relevante en el tema, llegamos a la conclusión que lo que se intenta judicialmente es enmarcar la figura, delimitándola al extenso. Por ejemplo, el Tribunal de Casación Penal –Sala III- resolvió *"El tipo penal del art. 209 del Código Penal requiere una instigación, pero, como dice Nuñez, la misma es distinta de la instigación como forma de participación criminal, no sólo porque debe ser pública, sino porque no es una determinación al delito directamente dirigida a un tercero. La identificación de ambas instigaciones existe en el plano puramente anímico del autor, en cuanto las dos son excitaciones a la comisión de un delito hechas en forma seria, lo que supone la voluntad de que alguien cometa el delito de que se trata*[31].

En lo que respecta a la **publicidad** requerida por el tipo objetivo, se ha dicho que "*Es requisito del delito de instigación a cometer delitos que la instigación sea pública, en el sentido de una 'cierta indeterminación' de los destinatarios de la idea….La publicidad, y con ella la indeterminación de los sujetos instigados, son la nota característica que impone la naturaleza del bien jurídico del orden público"*[32].

---

30 CNCrim y Corr, Sala VII, 03/03/2006, C/ nro. 28.363, PJN Intranet; WebRubinzal ppypenal60 1.r2.

31 TCPenal. Sala III, 29/03/2001 "A. D. s/ recurso de casación" RSD-105-1.

32 CNCrim y Corr., Sala VI, 27/03/2003. C/nro. 20.263.

Proxenetismo Agravado

Por **Victor Hugo Benitez**

Colaboración: Dr. Mariano Da Vila.

Art. 126: ***“En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:***

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.”

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

Las agravantes del delito pueden clasificarse de la siguiente manera: aquellos en los que el legislador ha tenido en cuenta el *medio* por cual se vale al autor para lograr doblegar la voluntad de la víctima, medios violentos (*violencia*.), fraudulentos (*engaño*) o, coactivos o intimidatorios (*amenaza, coerción*).

O bien, en virtud de una calidad particular que ostenta el autor *per se* o específicamente en relación a la víctima. Entre ellos podemos indicar los supuestos del inciso 2º y 3º de la norma al hacer referencia a que e*l autor fuere ascendiente o* cuando *fuere funcionario público,*

respectivamente. Y por último, el párrafo 5º configura una re agravante de la pena por la edad de la víctima, al ser menor de 18 años.

La conducta del autor se agravará cuando mediare *engaño*. Por ello debemos entender a toda maniobra o artilugio desplegado sobre la víctima para que a consecuencia de ello se produzca un error o una incorrecta comprensión de la realidad Así también, la voz *fraude* debe ser entendida como sinónimo[1] de *engaño*.

La v*iolencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica, o de cualquier otra índole que es llevada a cabo por el autor sobre la víctima. La misma se dirige a doblegar la voluntad que repele a la realización de los actos de proxenetismo. En efecto, todo acometimiento de fuerza que deba ser soportado por el sujeto pasivo debe ser entendido como violencia, cuando ésta es idónea para ello. En rigor, cuando hablamos de *violencia* estamos ante un supuesto *vis absoluta* o de acción material sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Así, también, se incluye dentro del concepto de *violencia* el uso de medios hipnóticos y narcóticos, en virtud del art. 78 del CP.

La *amenaza* debe entenderse como la *vis compulsiva*, es decir, a la intimidación o anuncio de la producción de un mal que constriñe psicológicamente a la víctima de modo tal que la somete a los designios de la voluntad del agresor. La nota característica de esta modalidad es la provocación de un miedo o un temor sobre su destinatario; la victima actúa a través de una voluntad viciada para evitar el padecimiento de un mal sobre sí o sobre un tercero de su interés. Es pacíficamente aceptado por la doctrina que la *amenaza* debe estar revestida de ciertas características; debe ser *grave*: el mal anunciado debe tener una proporción considerable; *seria*: no debe haber sido propinado en tono irónico o de chanza, sino, como una posibilidad real de que acontezca; *inminente*: se denota que su materialización debe ser próxima en el tiempo; *injusta*: hace referencia a que lo peticionado por el autor no debe poder serle exigible, sino que es una requerimiento antijurídico; *determinada o determinable*: debe colíjase que la amenaza debe ser precisada o delimitada en el mal a causarse; *futura*: su formulación debe ser en subjuntivo, es decir, que la acción anunciada sucederá posteriormente a la enunciación. No constituye amenaza, por ejemplo, el anoticiamiento de un mal causado con anterioridad; *posible*: indica que es pasible de ser materializado el mal advertido; *dependiente de la voluntad del autor*: implica que el mismo autor debe ser capaz de lograrlo. Esto se denomina *gobernabilidad del daño anunciado.*

1 BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Tratado de Derecho Penal, parte especial. Editorial Astrea. Tomo 1º, Pág. 506.

Cuando la norma hace referencia a la *intimidación o coerción* deben entenderse como conceptos similares a la voz *amenaza*. Ello porque el legislador al momento de redactar la norma se valió de la expresión conectiva "*o cualquier otro medio (...)"* sin utilizar previamente una coma o algún separador con lo cual se infiere que se ha pretendido captar cualquier modalidad que actué sobre la voluntad de la víctima a nivel subjetivo. Es decir, es una redacción de textura abierta que intenta captar indistintas circunstancia de intimidación.

En el supuesto de *abuso de autoridad* la voluntad de la víctima se ve doblegada a nivel subjetivo a consecuencia de una situación de desigualdad con su ofensor. Existe una relación de superioridad por parte del autor que ostenta un status o potestad propia del cargo. Vale decir, debe tratarse de un poder efectivo (no moral), y este poder debe ser aprovechado para lograr la explotación sexual. Poder sin abuso, no configura la agravante. Entiéndase que la calidad de *autoridad* puede ser jurídica como hecho; piénsese en una relación laboral conforme a la ley de una empleada doméstica en relación a su empleador que la explota sexualmente, o, esa misma relación con empleo no declarado. Indistintamente de ello, lo determinante en esta modalidad es el *abuso* por parte del autor, es decir, debe haber una instrumentalización del sujeto pasivo para que se dé el tipo agravado.

En relación a la *situación de vulnerabilidad,* el legislador ha intentado proteger a víctimas que padecen una determinada afección o padecimiento mental que la colocan en una condición de inferioridad ante el autor[2]. Dos elementos deben verificarse para que la conducta del autor este incardinada en esta agravante; (a) que el autor conozca de la afección o padecimiento de la víctima, y por consiguiente, (b) que se aproveche de esa situación de vulnerabilidad para lograr su cometido. Entendemos que si no existe el conocimiento, ni el aprovechamiento, principalmente, no se configura la agravante sino que debe ser reconducido a la figura básica. Adviértase que aquí existe una presunción *iuris tantum* acerca de la carencia de capacidad para consentir por parte de la víctima para la explotación, lo cual deberá ser materia de probanza en el caso judicial si ello pretende ser refutado. Bien podría ocurrir que el estado de vulnerabilidad sobrevenga posteriormente a los actos de explotación, o que la "victima" haya tenido plena capacidad para prestar el consentimiento aún con

2 BUOMPADRE Jorge E., Ob. Cit.

un padecimiento metal. Por ejemplo, podría ser el caso de una debilidad mental leve, o una oligofrenia, la cual se ha discutido si integra el cuadro de enfermedades mentales en sentido estricto.[3] La fórmula legal congloba distintos tipos de vulnerabilidad que pueden ser de orden físico o congénitas que bien puede ser permanente o transitoria; empero lo determinante es que la afección propicie la connivencia autor-víctima/explotación.

El último supuesto del inciso 1º, la *concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.* Aquí lo que se pune es la afectación a la voluntad de la víctima que no es tenida en cuenta, sino, que es superada por el *pago o beneficio* a quien tiene *autoridad* sobre ella. Verbigracia, el caso de un *Rufián* que abona un determinado canon al padre de una mujer para que logre convencerla que ésta se prostituya. Nótese como esta modalidad se erige sobre el consentimiento de la víctima, es decir, el precio pagado al que ejerce autoridad sobre la victima veda toda posibilidad de un consentimiento libremente prestado por ella. Ergo si no hubiera pago y la víctima decidiera explotar su cuerpo, ése consentimiento seria libremente prestado y convertiría en atípica la conducta del autor. Con lo cual se denota un nuevo ilogicismo en la redacción de la norma, y un redactar presuroso por parte del legislador. De ser consecuente con su intención, la voluntad legisferante – quitarle relevancia jurídica al consentimiento- debería haber quitado esta modalidad agravatoria para así ser consecuente con su pretensión. Amén de que entendemos que el consentimiento sigue teniendo relevancia jurídica desincriminatoria, como lo explicáramos al momento de analizar la figura básica.

Las agravantes enunciadas en el inciso 2º hacen referencia a una determinada calidad que ostenta el autor y a consecuencia de las cuales la conducta tiene un mayor desvalor de acción. Es así que revestir la calidad de *ascendiente, descendiente o a fin en línea recta*, implica que las personas están unidas por un vínculo de sangre sin límite de grados. Indistintamente que el vínculo provenga de una relación matrimonial o extramatrimonial.

La agravante también alcanza a los conyugues –expresión moderna que está en consonancia con la Ley de Matrimonio Igualitario, ley Nº 26.618-; a lo que también se ha agregado el *conviviente* con lo cual la norma quiere abarcar el supuesto del concubino –con idéntico designio a la Ley Nº 26791-. Cabe aclarar que, llamativamente, no quedan abarcados los vínculos jurídicos derivados de la adopción, ya sea, plena o simple, como también se excluye al hermano.

---

3 FRIAS CABALLERO, Imputabilidad penal, p. 224.

Será agravada la conducta cuando el autor fuera el *tutor o curador*, calidad jurídica que surge del art. 377 y 468 del Código Civil respectivamente. Al decir de BUOMPADRE el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor. A lo que se puede agregar que el tutor o curador es aquella persona que tiene a su cargo el cuidado del tutelado, con lo cual, la violación a ese deber es en donde afinca la razón de ser del aumento de la respuesta punitiva[4].

En relación a la expresión *autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no*, el legislador ha tenido una sabia decisión en la forma en que ha redactado el supuesto típico. Porque mediante esta confección ha quedado zanjada la duda que anteriormente traía la voz sacerdote, referida a si solo incluía a las personas que ejercían el culto reconocido oficialmente por el Estado, o si también quedaban incluidos los miembros de otras religiones, cultos o creencias. Actualmente queda comprendida a todo ministro religioso, indistintamente que la religión este o no reconocida por el Estado. Debe destacarse que para que se configure la agravante el autor tiene que aprovecharse de su calidad para lograr doblegar la voluntad de la víctima. De lo contrario, si el sujeto pasivo no conoce de la calidad especial de su autor, y este no aprovecha esa condición, no se daría el supuesto agravado y se reconduciría la conducta al tipo básico.

El *encargado de la educación o de la guarda de la víctima,* debe entenderse por aquella persona que tiene a su cargo la función de instruir o enseñar; independientemente que la realice de manera permanente o transitoria. Así pues, reviste tal calidad quien la ejerce de manera institucionalizada (un docente universitario o secundario, vgr.), o quien lo hace particularmente (docente a domicilio, por ejemplo).

Encargado de la guarda es aquel que tiene a su cargo el cuidado de la víctima. La cual puede ser permanente o transitoria y derivada de una relación jurídica o no. Lo que exige el tipo es que haya habido un encargo, es decir, que haya un deber de cuidado por parte del autor con respecto a su víctima.

4 BUOMPADRE, Jorge E., Ob. Cit.

Todos los supuestos descriptos en este inciso son delitos especiales impropios, vale decir, antes bien, es indispensable revestir la calidad enunciada en la norma para poder ser autor de estas modalidades típicas. De lo contrario, la acción deberá ser subsumida en el tipo básico del primer párrafo de la norma.

En lo que atañe al Inciso 3º, estamos en presencia de calificantes que aumentan el *quantum* de la pena también en razón de la calidad especial que reviste el autor. En el primer supuesto cuando fuera *funcionario público,* hace referencia a una condición que surge de la propia norma penal, cuya definición está dada en el art. 77 del CP. Debe entenderse por "funcionario público" y "empleado público", a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En el supuesto de los *miembro de la fuerza de seguridad, policial o penitenciaria*; en donde por fuerza de seguridad debe entenderse a todo dependiente de una organización estatal, verticalizada y militarizada; como ser, Prefectura, Gendarmería, Secretaria de Inteligencia del Estado (SIDE), etc. En tanto que por miembro policial o penitenciario, ambos, pueden ser pertenecientes a la órbita provincial o nacional; quedando integrado aquí a la Policía de Seguridad Aeroportuaria por ejemplo. Cabe aclarar, que si bien la norma no lo dice, así debe entenderse, que el miembro de cualquiera de estas agencias debe lograr la conducta durante el ejercicio o en ocasión de sus funciones; de modo tal que si ello no fuera así, no se dará la agravante. No requiere la agravante que el autor abuse del cargo o su función para lograr el objetivo ilícito, sino que se exige solamente dicho cargo o condición. Compréndase que el fundamento de la agravante subsiste sin que el autor se aproveche de la condición que ostenta.

La última de las agravantes se da cuándo *la victima fuere menor de dieciocho (18) años,* aumentando en su mínimo y su máximo a cinco (5) años la escala agravada. El limite etario elegido por el legislador no es discrecional, sino, que deviene a consecuencia del art. 2 de la Ley Nº 23849 (Convención sobre los Derechos del Niño) en donde se establece que hasta los dieciocho años se considera a la persona como niño. Es por ello que el redactor utiliza este límite para demarcar la agravante del tipo básico. Adviértase, que la edad de la víctima debe ser conocida por autor, le debe constar; de lo contrario, si ignora o está en un caso de error, el tipo calificado no se perfecciona.

Rufianeria

Art. 127. "Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión."

Introducción

El delito de *Rufianería* ha tenido en la legislación argentina distintas modalidades en su tipificación. Este tipo penal tuvo vigencia mediante las leyes 17.567 y 21.388 con una redacción y estructura diferente a la que se encuentra en vigencia. La ley 25.087, que re introdujo la figura, altero

el núcleo típico del delito introduciendo una figura que gira en torno a la *explotación económica de la prostitución ajena.*

En su redacción original la *Rufianería* consistía en hacerse mantener por una persona que ejercía la prostitución; redacción que mereció críticas por parte de la doctrina dado que la conducta hacía caer en la incriminación circunstancias que podrían, en el caso concreto, no ser delictivas (el hijo de la prostituta que pagaba sus estudios superiores con el producto del ejercicio de la prostitución de su madre).

La Ley 25.087 introdujo en el art. 127 del Código Penal una forma de Rufianería novedosa en nuestra legislación. Como dijimos, el nuevo tipo penal introducido por la reforma integral de los delitos sexuales consiste en *explotar económicamente la prostitución ajena.*

La prostitución es la entrega del propio cuerpo, de manera promiscua, habitual y por precio[5]. Esta actividad no constituye un ilícito per se, siendo incriminadas conductas que giran en torno a la prostitución (Proxenetismo Ley 12.331, Rufianería, Trata de Personas, etc.)

Bien Jurídico Protegido

Luego que la reforma de la Ley 25.087 modificara el nomen iuris del Título III del Código Penal, sustituyendo el vetusto y criticado concepto de *Honestidad* por el de *Integridad Sexual,* - el cual merece críticas también - la norma se acerca bastante al objeto de protección de este tipo penal. Es así, que la Integridad Sexual sustituyó el concepto de *Honestidad* el cual contenía en su núcleo una idea impregnada de moralina y misoginia. Esto se deduce del propio sentido que lleva el término honestidad, el cual, a decir de SOLER, "… se verá que de los sentidos generales de la palabra honestidad, solamente los que hacen referencia a la vida sexual son aquí tomados en consideración. "Honestidad" esta empleado en el sentido de moralidad sexual".[6]

Honestidad, era un concepto cargado de moral que se acercaba mas al pecado que al delito. Así de manera misógina, la *honestidad* solo consistía en un atributo que gozaban ciertas mujeres que mantenían relaciones sexuales matrimoniales (recuérdese que se penaba también el Adulterio como

---

5 BUOMPADRE, Jorge E. Tratado de Derecho Penal; Parte Especial Tº 1, Ed. Astrea, Pág. 477

6 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tº2, Tea, 2000, Pág. 293/294

delito exclusivo de la mujer), dado que la referencia sexual solo puede concebirse desde la mujer y para la mujer, es decir, solo le interesaba a la norma la honestidad femenina (*mujer honesta*); ya que el mismo concepto carece de significación penal si es aplicado en un hombre.

La idea de Integridad Sexual tampoco resulta suficiente explicar la complejidad de los tipos contenidos en este título. *Integridad*, por su giró lingüístico, nos acerca a la idea que la agresión sexual recae sobre la integridad corporal o sexual de la víctima, es decir, que existe una afectación en el cuerpo de la víctima; hechos estos que verifican en los tipos de *abuso* (Vgr. Arts. 119 y 120 del CP) pero que no en todos los casos se manifiestan. Un ejemplo paradigmático de la insuficiencia del concepto *Integridad Sexual* es el tipo penal que analizamos aquí.

La agresión se centra sobre la libertad de la persona, que es obligada *abusivamente*[7] a entregar el producto del ejercicio de la prostitución al *rufián.* Indudablemente bajo este prisma el Bien Jurídico protegido contiene varias aristas, siendo un delito *pluriofensivo.* SOLER afirmaba que "En consecuencia, no obstante la literalidad del título que pasamos a examinar, aquí entra en juego un complejo de bienes jurídicos, según lo muestra el examen particularizado de las figuras"[8].

El bien jurídico *Integridad Sexual* no representa, ni jurídica ni conceptualmente, la protección más relevante que la norma contiene en el título tercero del Código Penal argentino.

La doctrina ha concluido en que el Bien Jurídico preponderante en este título es la *Libertad Sexual* de las personas; amén que en el tipo analizado el Patrimonio sea también objeto de agresión. La *Libertad Sexual*, como bien jurídico protegido, puede conceptualizarse como el hemisferio de la Libertad Personal que se refiere a la sexualidad de las personas. Así como existe una Libertad de Opinión, de Asociación o de Organización; la sexualidad se asienta sobre la idea general de Libertad.

La Libertad Sexual comprende un aspecto *positivo* consistente en la posibilidad del sujeto de relacionarse sexualmente en libertad, según su parecer y con quien mejor le plazca, sin injerencias

7 Explicaremos el sentido de esta afirmación y su relación con el Consentimiento más adelante.

8 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tº2, Tea, 2000, Pág. 295.

que lo condicionen en su elección. Y su contracara, o aspecto negativo de dicha libertad, que impone el derecho a repeler o rechazar la intención de otro, de involucrarlo en un contexto de contenido sexual sin su consentimiento. Así el sujeto puede disponer de su sexualidad, siendo libre para auto determinarse sexualmente sin agresiones que lo condicionen en su elección sexual consciente.

Consentimiento

En la redacción original, el consentimiento de la víctima jugaba un papel axial en la consumación del tipo penal. Esto se entendía analizando sistemáticamente la estructura del injusto, el cual exigía como presupuesto de consumación la presencia de determinados medios que el autor debía ejercer para doblegar y lograr que el producto de la prostitución le sea entregada en forma total o parcial. Así, el delito requería como presupuesto que la explotación se produzca mediando *engaño, abuso coactivo, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.* Es decir que, si la entrega de las ganancias por parte de la persona que se prostituye se realizaba de manera voluntaria al *Rufián*, sin que mediaren conductas que vicien el consentimiento, la conducta era atípica. BUOMPADRE reafirma esto al decir "… A la vista del tenor del precepto, entonces, lo que determina la incriminación de la rufianería no es la mera explotación económica de la prostitución ajena, en la que el consentimiento del sujeto pasivo juega un rol preponderante, sino el empleo de medios violentos o compulsivos que anulan la voluntad de la víctima y la arrastran o la mantienen en el ejercicio de la prostitución"[9].

La reforma operada por la ley 26.842 pretendió alterar la conformación sistémica del injusto eliminando los medios fraudulentos, violentos o coactivos del tipo básico, reubicando los mismos en el segundo párrafo del propio artículo 127 como figuras agravadas. En una interpretación integral, podemos concluir que esta reforma importa la consagración de la voluntad del legislador encaminada a eliminar el consentimiento del sujeto pasivo como circunstancia desincriminante. Por ello bajo este prisma, y en principio, si la persona prostituida consiente ser explotada por el *Rufián* el tipo penal se vería consumado de todas maneras. Esta solución se engarza coherentemente con tipos penales que utilizan la misma estructura en su redacción (Trata de Personas, Abuso Sexual donde el sujeto pasivo es menor a 13 años, etc.).

Empero, haciendo un análisis semántico del núcleo de la conducta típica, debemos adelantar nuestra posición contraria a sostener que luego de operada la reforma de la ley 26.842 el

9 BUOMPADRE, Jorge E. Ob. Cit., Pág. 475.

consentimiento haya dejado de influir en la consumación del ilícito penal en cuestión. Es más, entendemos que en núcleo de la acción en el delito de *Rufianería* no ha sido modificado por la reforma, por lo que la acción típica se mantuvo inalterada y sigue consistiendo en *explotar económicamente la prostitución ajena.* Entendida así la figura, el giro verbal utilizado originariamente por el legislador, *explotar,* no se ha visto modificado por la nueva ley, que solo se limitó a eliminar los medios típicos exigidos por la norma.

Como principio general debemos afirmar que la utilización del lenguaje por parte del legislador, y en especial del legislador penal, debe respetar los principios constitucionales que impiden que los términos contenidos en la ley sean oscuros o ininteligibles. Es decir, si el legislador pretende respetar el *Principio de Legalidad* penal, debe hacer uso de conceptos lingüísticos unívocos que permitan al ciudadano común entender la manda punitiva. Por ello, la univocidad de los conceptos utilizados en la norma es una exigencia constitucional.

Esto nos lleva a concluir que el concepto que conforma el núcleo de la acción típica, *explotar,* no se ha visto alterado por la reforma; y dicho término corresponde a una sola y posible interpretación de su sentido lingüístico. Así el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (Edic. XXII; Artículo enmendado, avance de la XXIII edición) nos dice que debe entenderse por *explotar:* 3 Utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona.[10].

Por ello, si el término o concepto contenido en la norma mantiene su significación lingüística, solo es posible una interpretación al respecto, la cual surge indudablemente de respetar el alcance de dicho concepto utilizado.

Con esto quiero decir que si el concepto que conforma el núcleo de la acción típica no ha sido alterado por la reforma de la ley 26.842 y se mantiene su significación gramatical; por más que se hayan derogado los medios violentos, fraudulentos o coactivos del tipo básico la conducta sigue girando sobre la idea de *utilizar abusivamente* a una persona; es decir *explotarla.* Esto nos acerca a la conclusión que si la conducta contenida en el tipo penal sigue siendo la misma, *explotar la*

10 http://lema.rae.es/drae/

prostitución ajena, y la definición del término *explotar* consiste en aprovecharse *abusivamente de otra persona;* el consentimiento sigue siendo un factor desincriminante en el tipo penal en estudio.

Ello es así, en primer lugar, porque la acción típica no se ha alterado; la conducta siegue siendo *explotar*. Por otro lado el concepto de *explotar* en la lengua castellana es *unívoco*, por lo que no podemos concluir razonablemente que el legislador haya creado un concepto propio contrario al entendimiento común del término *explotar*. Y, si lo hiciera, afectaría el Principio de Legalidad haciendo oscura e inentendible la norma punitiva.

Para concluir que el *consentimiento* de la víctima es inocuo en la consumación del tipo penal del art. 127 del CP el legislador debió derogar o modificar el núcleo de la acción típica, no siendo suficiente la eliminación del tipo básico de los medios violentos, fraudulentos o coactivos. Recuérdese que la idea de *explotar* como concepto, lleva ínsito el germen de una figura de *abuso;* esto es que no basta la acción típica del sujeto que se sirve o vive de la prostitución ajena (así lo exigía el tipo derogado, y ésta fue una de las razones de la reforma de la 25.087); sino que el tipo exige algo más. Explotar, como su significado gramatical lo afirma, consiste en *abusar*, es decir *instrumentalizar* o *cosificar* a la persona víctima del delito.

Por ello, en respeto a la coherencia y univocidad de los términos lingüísticos contenidos en la norma, no podemos aceptar razonablemente *que una persona consienta ser explotada* por que ambos términos, *explotación* y *consentimiento* se excluyen lógica y gramaticalmente.

Si una persona consiente una acción sobre si, no es una persona explotada. Y si una persona es explotada, indefectiblemente no ha consentido esa acción. Concluir algo distinto es ir a contrapelo del sentido gramatical, conceptual y semántico del lenguaje. Caeríamos en al ilogicidad entender que una persona puede *consentir ser abusada sexualmente con acceso carnal (violada),* o *aceptar ser privada ilegalmente de su libertad.* Si la persona consintió libremente ser accedida carnalmente, esta circunstancia excluye la idea de *violación,* por estricta aplicación del principio de *auto contradicción.* No hay violaciones consentidas, ni secuestros con consentimiento; hay en todo caso, relaciones sexuales libremente aceptadas[11].

Entiendo como conclusión, que la reforma operada por la ley 26.842. al no alterar el núcleo de la conducta típica – *explotar* – mantuvo la estructura de la acción en los mismos términos que se

11 Tampoco puede hablarse *de víctima que consiente la acción*; como lo afirma el tipo penal; ya que la aceptación de una conducta inocua anula la posibilidad de ser víctima (BUOMPADRE).

verificaban durante la vigencia de la ley anterior. Así, como el legislador debe respetar la univocidad de los conceptos gramaticales que son empleados en las normas para no afectar el principio constitucional de Legalidad, solo puede asignarse al término *explotar* su significación aceptada por la Real Academia Española de la Lengua. Si el concepto *explotar,* en su significación gramatical y lingüística implica el *abuso* de otra persona, es decir su instrumentalización o cosificación, la eliminación de los medios típicos no altero la influencia desincriminante del consentimiento del sujeto pasivo, ya que la propia acción típica así lo exige como término unívoco del lenguaje.

Indudablemente, si la intención del legislador es eliminar el consentimiento como factor desincriminante debe reformar el tipo alterando el núcleo de la acción delictiva, de otro modo la conducta permanece inalterable a pesar de la reforma operada.

No se puede *abusar de una persona con su consentimiento*, aceptar esta idea es contrariar el razonamiento lógico del lenguaje. Por ello al mantenerse el núcleo inalterable, el consentimiento del sujeto pasivo en el delito de *rufianería* torna la conducta atípica.

Acción Típica

La conducta reprochada consiste en *explotar económicamente* el ejercicio de la prostitución de otro; vale decir servirse, u obtener alguna utilidad o provecho; siempre que este beneficio sea de contenido económico; esto se desprende de la propia letra de la ley que exige la explotación *económica.* Queda fuera de toda incriminación la obtención de beneficios distintos a los exigidos por el tipo (Vgr. Beneficios espirituales, estéticos, etc.). El giro verbal *explotar,* en su significación gramatical importa *utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona*. El concepto se tiñe de un componente abusivo, que importa la necesidad que el provecho se obtenga instrumentalizando o cosificando a la víctima. Esta es la única interpretación posible si se pretende respetar el Principio de Legalidad y la precisión conceptual que el término *explotar* tiene. El término se asienta sobre un elemento abusivo, que importa indudablemente la desincriminacion de la conducta ante la presencia de consentimiento libremente prestado por el sujeto pasivo. No puede existir *abuso* y a la vez *consentimiento* dado que ambos conceptos se excluyen. La explicación sobre el particular se encuentra en el apartado Consentimiento, al cual hacemos referencia.

No se exige que el sujeto pasivo se *haga mantener* por la persona prostituida, siendo suficiente que la explote económicamente. Empero si el autor a la vez de explotar a la víctima se mantuviera con el producto obtenido de la explotación, el tipo penal se vería configurado. Como correctamente afirma BUOMPADRE "…El aprovechamiento económico de la actividad no impide que, al mismo tiempo, el agente provea sus propias necesidades o las de un tercero"[12].

La explotación puede ser de la totalidad de las ganancias de la persona prostituida, o solo de una parte, no pudiendo descartarse que la víctima sea explotada por más de una persona. La explotación debe referirse al producto del ejercicio de la prostitución actual, quedando fuera de incriminación la ganancia obtenida del ejercicio de la prostitución futura o pretérita.

La doctrina se preguntó si para la configuración del tipo en cuestión se requería *habitualidad,* (URE, AQUINO, ETC.). Debe entenderse la *habitualidad,* no como una mera sucesión de hechos idénticos, sino, como bien lo expone POLAINO NAVARRETE "…la manifestación de una singular inclinación psíquica del sujeto conectada a un determinado comportamiento de éste"[13] La habitualidad no es una cuestión cuantitativa, sino cualitativo subjetiva, es decir una particular tendencia del sujeto a hacer de la *rufianería* su modus vivendi. Por ello para verificar la *habitualidad* basta la concreción de un solo hecho, ligado a la tendencia interna subjetiva de realizar de ello una actividad habitual. Empero, no requiriendo el tipo la *habitualidad,* de verificarse este extremo solo podrá utilizarse como parámetro de mensuración de la pena.

Sujetos

Rufián puede ser cualquier persona, la norma al indicar *el que* sistemáticamente nos indica que el tipo penal es indiferenciado no requiriendo el autor cualidad o condición alguna para su configuración. Distinto son las agravantes del segundo párrafo que califican la conducta en razón de la calidad, condición o situación del sujeto activo.

La víctima tampoco requiere cualidad o condición alguna, siendo el rango etario una calificante que se analizara infra.

---

12 BUOMPADRE, Jorge E.; Ob. Cit., Pág. 477.

13 POLAINO NAVARRETE, Miguel; Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal Español; Pág. 294 y ss.

Tipo Subjetivo

La *rufianería* es un tipo doloso, solo compatible con el dolo directo. El giro verbal utilizado, *explotar*, no admite otra interpretación, dado que la acción es compleja y dirigida subjetivamente a obtener una ventaja económica de la prostitución ajena. Ello importa que las formas dolosas, comunes, indirectas o eventuales queden excluidas del tipo.

Agravantes.

Las agravantes del delito pueden clasificarse de la siguiente manera: aquellos en los que el legislador ha tenido en cuenta el *medio* por cual se vale al autor para lograr doblegar la voluntad de la víctima, medios violentos (*violencia*.), fraudulentos (*engaño*) o, coactivos o intimidatorios (*amenaza, coerción*).

O bien, en virtud de una calidad particular que ostenta el autor *per se* o específicamente en relación a la víctima. Entre ellos podemos indicar los supuestos del inciso 2º y 3º de la norma al hacer referencia a que e*l autor fuere ascendiente o* cuando *fuere funcionario público, respectivamente.* Y por último, el párrafo 5º configura una re agravante de la pena por la edad de la víctima, al ser menor de 18 años.

La conducta del autor se agravará cuando mediare *engaño*. Por ello debemos entender a toda maniobra o artilugio desplegado sobre la víctima para que a consecuencia de ello se produzca un error o una incorrecta comprensión de la realidad Así también, la voz *fraude* debe ser entendida como sinónimo[14] de *engaño*.

La v*iolencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica, o de cualquier otra índole que es llevada a cabo por el autor sobre la víctima. La misma se dirige a doblegar la voluntad que repele a la realización de los actos de explotación. En efecto, todo acometimiento de fuerza que deba ser soportado por el sujeto pasivo debe ser entendido como violencia, cuando ésta es idónea para ello. En rigor, cuando hablamos de *violencia* estamos ante un supuesto *vis absoluta* o de acción

14 BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Tratado de Derecho Penal, parte especial. Editorial Astrea. Tomo 1º, Pág. 506.

material sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Así, también, se incluye dentro del concepto de *violencia* el uso de medios hipnóticos y narcóticos, en virtud del art. 78 del CP.

La *amenaza* debe entenderse como la *vis compulsiva*, es decir, a la intimidación o anuncio de la producción de un mal que constriñe psicológicamente a la víctima de modo tal que la somete a los designios de la voluntad del agresor. La nota característica de esta modalidad es la provocación de un miedo o un temor sobre su destinatario; la victima actúa a través de una voluntad viciada para evitar el padecimiento de un mal sobre sí o sobre un tercero de su interés. Es pacíficamente aceptado por la doctrina que la *amenaza* debe estar revestida de ciertas características; debe ser *grave*: el mal anunciado debe tener una proporción considerable; *seria*: no debe haber sido propinado en tono irónico o de chanza, sino, como una posibilidad real de que acontezca; *inminente*: se denota que su materialización debe ser próxima en el tiempo; *injusta*: hace referencia a que lo peticionado por el autor no debe poder serle exigible, sino que es una requerimiento antijurídico; *determinada o determinable*: debe colíjase que la amenaza debe ser precisada o delimitada en el mal a causarse; *futura*: su formulación debe ser en subjuntivo, es decir, que la acción anunciada sucederá posteriormente a la enunciación. No constituye amenaza, por ejemplo, el anoticiamiento de un mal causado con anterioridad; *posible*: indica que es pasible de ser materializado el mal advertido; *dependiente de la voluntad del autor*: implica que el mismo autor debe ser capaz de lograrlo. Esto se denomina *gobernabilidad del daño anunciado.*

Cuando la norma hace referencia a la *intimidación o coerción* deben entenderse como conceptos similares a la voz *amenaza*. Ello porque el legislador al momento de redactar la norma se valió de la expresión conectiva "*o cualquier otro medio (...)"* sin utilizar previamente una coma o algún separador con lo cual se infiere que se ha pretendido captar cualquier modalidad que actué sobre la voluntad de la víctima a nivel subjetivo. Es decir, es una redacción de textura abierta que intenta captar indistintas circunstancia de intimidación.

En el supuesto de *abuso de autoridad* la voluntad de la víctima se ve doblegada a nivel subjetivo a consecuencia de una situación de desigualdad con su ofensor. Existe una relación de superioridad por parte del autor que ostenta un status o potestad propia del cargo. Vale decir, debe tratarse de un poder efectivo (no moral), y este poder debe ser aprovechado para lograr la explotación sexual. Poder sin abuso, no configura la agravante. Entiéndase que la calidad de *autoridad* puede ser jurídica como hecho; piénsese en una relación laboral conforme a la ley de una empleada doméstica en relación a su empleador que la explota sexualmente, o, esa misma relación con empleo no declarado. Indistintamente de ello, lo determinante en esta modalidad es el *abuso* por

parte del autor, es decir, debe haber una instrumentalización del sujeto pasivo para que se dé el tipo agravado.

En relación a la *situación de vulnerabilidad,* el legislador ha intentado proteger a víctimas que padecen una determinada afección o padecimiento mental que la colocan en una condición de inferioridad ante el autor[15]. Dos elementos deben verificarse para que la conducta del autor este incardinada en esta agravante; (a) que el autor conozca de la afección o padecimiento de la víctima, y por consiguiente, (b) que se aproveche de esa situación de vulnerabilidad para lograr su cometido. Entendemos que si no existe el conocimiento, ni el aprovechamiento, principalmente, no se configura la agravante sino que debe ser reconducido a la figura básica. Adviértase que aquí existe una presunción *iuris tantum* acerca de la carencia de capacidad para consentir por parte de la víctima para la explotación, lo cual deberá ser materia de probanza en el caso judicial si ello pretende ser refutado. Bien podría ocurrir que el estado de vulnerabilidad sobrevenga posteriormente a los actos de explotación, o que la "victima" haya tenido plena capacidad para prestar el consentimiento aún con un padecimiento metal. Por ejemplo, podría ser el caso de una debilidad mental leve, o una oligofrenia, la cual se ha discutido si integra el cuadro de enfermedades mentales en sentido estricto.[16] La fórmula legal congloba distintos tipos de vulnerabilidad que pueden ser de orden físico o congénitas que bien puede ser permanente o transitoria; empero lo determinante es que la afección propicie la connivencia autor-víctima/explotación.

El último supuesto del inciso 1º, la *concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.* Aquí lo que se pune es la afectación a la voluntad de la víctima que no es tenida en cuenta, sino, que es superada por el *pago o beneficio* a quien tiene *autoridad* sobre ella. Verbigracia, el caso de un *Rufián* que abona un determinado canon al padre de una mujer para que logre convencerla que ésta se prostituya.

15 BUOMPADRE Jorge E., Ob. Cit.

16 FRIAS CABALLERO, Imputabilidad penal, p. 224.

Nótese como esta modalidad se erige sobre el consentimiento de la víctima, es decir, el precio pagado al que ejerce autoridad sobre la victima veda toda posibilidad de un consentimiento libremente prestado por ella. Ergo si no hubiera pago y la víctima decidiera explotar su cuerpo, ése consentimiento seria libremente prestado y convertiría en atípica la conducta del autor. Con lo cual se denota un nuevo ilogicismo en la redacción de la norma, y un redactar presuroso por parte del legislador. De ser consecuente con su intención, la voluntad legisferante – quitarle relevancia jurídica al consentimiento- debería haber quitado esta modalidad agravatoria para así ser consecuente con su pretensión. Amén de que entendemos que el consentimiento sigue teniendo relevancia jurídica desincriminatoria, como lo explicáramos al momento de analizar la figura básica.

Las agravantes enunciadas en el inciso 2º hacen referencia a una determinada calidad que ostenta el autor y a consecuencia de las cuales la conducta tiene un mayor desvalor de acción. Es así que revestir la calidad de *ascendiente, descendiente o a fin en línea recta*, implica que las personas están unidas por un vínculo de sangre sin límite de grados. Indistintamente que el vínculo provenga de una relación matrimonial o extramatrimonial.

La agravante también alcanza a los conyugues –expresión moderna que está en consonancia con la Ley de Matrimonio Igualitario, ley Nº 26.618-; a lo que también se ha agregado el *conviviente* con lo cual la norma quiere abarcar el supuesto del concubino –con idéntico designio a la Ley Nº 26791-. Cabe aclarar que, llamativamente, no quedan abarcados los vínculos jurídicos derivados de la adopción, ya sea, plena o simple, como también se excluye al hermano.

Será agravada la conducta cuando el autor fuera el *tutor o curador*, calidad jurídica que surge del art. 377 y 468 del Código Civil respectivamente. Al decir de BUOMPADRE el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor. A lo que se puede agregar que el tutor o curador es aquella persona que tiene a su cargo el cuidado del tutelado, con lo cual, la violación a ese deber es en donde afinca la razón de ser del aumento de la respuesta punitiva[17].

En relación a la expresión *autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no*, el legislador ha tenido una sabia decisión en la forma en que ha redactado el supuesto típico. Porque mediante esta confección ha quedado zanjada la duda que anteriormente traía la voz sacerdote, referida a si solo incluía a las personas que ejercían el culto reconocido oficialmente por el Estado, o

---

17 BUOMPADRE, Jorge E., Ob. Cit.

si también quedaban incluidos los miembros de otras religiones, cultos o creencias. Actualmente queda comprendida a todo ministro religioso, indistintamente que la religión este o no reconocida por el Estado. Debe destacarse que para que se configure la agravante el autor tiene que aprovecharse de su calidad para lograr doblegar la voluntad de la víctima. De lo contrario, si el sujeto pasivo no conoce de la calidad especial de su autor, y este no aprovecha esa condición, no se daría el supuesto agravado y se reconduciría la conducta al tipo básico.

El *encargado de la educación o de la guarda de la víctima,* debe entenderse por aquella persona que tiene a su cargo la función de instruir o enseñar; independientemente que la realice de manera permanente o transitoria. Así pues, reviste tal calidad quien la ejerce de manera institucionalizada (un docente universitario o secundario, vgr.), o quien lo hace particularmente (docente a domicilio, por ejemplo).

Encargado de la guarda es aquel que tiene a su cargo el cuidado de la víctima. La cual puede ser permanente o transitoria y derivada de una relación jurídica o no. Lo que exige el tipo es que haya habido un encargo, es decir, que haya un deber de cuidado por parte del autor con respecto a su víctima.

Todos los supuestos descriptos en este inciso son delitos especiales impropios, vale decir, antes bien, es indispensable revestir la calidad enunciada en la norma para poder ser autor de estas modalidades típicas. De lo contrario, la acción deberá ser subsumida en el tipo básico del primer párrafo de la norma.

En lo que atañe al Inciso 3º, estamos en presencia de calificantes que aumentan el *quantum* de la pena también en razón de la calidad especial que reviste el autor. En el primer supuesto cuando fuera *funcionario público,* hace referencia a una condición que surge de la propia norma penal, cuya definición está dada en el art. 77 del CP. Debe entenderse por “funcionario público” y “empleado público”, a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En el supuesto de los *miembro de la fuerza de seguridad, policial o penitenciaria*; en donde por fuerza de seguridad debe entenderse a todo dependiente de una organización estatal, verticalizada y militarizada; como ser, Prefectura, Gendarmería, Secretaria de Inteligencia del Estado (SIDE), etc.

En tanto que por miembro policial o penitenciario, ambos, pueden ser pertenecientes a la órbita provincial o nacional; quedando integrado aquí a la Policía de Seguridad Aeroportuaria por ejemplo. Cabe aclarar, que si bien la norma no lo dice, así debe entenderse, que el miembro de cualquiera de estas agencias debe lograr la conducta durante el ejercicio o en ocasión de sus funciones; de modo tal que si ello no fuera así, no se dará la agravante. No requiere la agravante que el autor abuse del cargo o su función para lograr el objetivo ilícito, sino que se exige solamente dicho cargo o condición. Compréndase que el fundamento de la agravante subsiste sin que el autor se aproveche de la condición que ostenta.

La última de las agravantes se da cuándo *la victima fuere menor de dieciocho (18) años,* aumentando en su mínimo y su máximo a cinco (5) años la escala agravada. El limite etario elegido por el legislador no es discrecional, sino, que deviene a consecuencia del art. 2 de la Ley Nº 23849 (Convención sobre los Derechos del Niño) en donde se establece que hasta los dieciocho años se considera a la persona como niño. Es por ello que el redactor utiliza este límite para demarcar la agravante del tipo básico. Adviértase, que la edad de la víctima debe ser conocida por autor, le debe constar; de lo contrario, si ignora o está en un caso de error, el tipo calificado no se perfecciona.

DISPOSICIONES GENERALES

Por **Gustavo A. AROCENA**

Art. 132: ***"En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.***"

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.738 B.O. 7/4/2012)

Art.133: ***"Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores."***

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

Los artículos 132 y 133 del Código Penal contienen las disposiciones comunes a la gran mayoría de preceptos legales del Capítulo 5 (Título III, Libro Segundo) de dicho digesto.

Ejercicio de la acción penal nacida de los delitos tipificados en los artículos 119: primer, segundo y tercer párrafos, 120: primer párrafo y 130

El artículo 132, primera disposición, del Código Penal, establece**:** ***En los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º párrafo y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas*****.**

En relación con las figuras de abuso sexual simple, sometimiento sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima simple y sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual –que son delitos de acción pública dependiente de instancia privada (artículo 72 C.P.)-, la ley reconoce al ofendido con facultades excluyentes para instar el inicio de la acción, el **derecho de contar con el asesoramiento o representación** de **instituciones oficiales u organismos privados sin fines de lucro**.

El *asesoramiento* al que hace referencia la manda legal no es otra cosa que la acción de dar consejo, la institución oficial o privada sin fines de lucro, al menor, respecto de lo que resulta más conveniente a sus intereses.

Por el contrario, la *representación* consiste en la actuación de la institución, en nombre del menor, haciendo recaer sobre éste los efectos jurídicos consistentes en su gestión relativa a la formulación de la instancia.

Instituciones oficiales son, por ejemplo, las defensorías o asesorías de incapaces, los centros de protección a la familia y al menor, los consejos del menor, los centros estatales de asistencia a la víctima[1], etcétera.

Organismos privados sin fines de lucro son, *verbi gratia*, las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la tarea de protección o asistencia victimológica[2].

Los fundamentos de esta disposición legal radican en la voluntad de lograr una *mayor protección de la persona y de los derechos de la víctima del delito*, la que, principalmente en aquellos sistemas de enjuiciamiento criminal que no admiten su intervención como querellante -ora autónomo, ora adhesivo-, ocupa una posición de limitado protagonismo en los procedimientos penales.

En los delitos contra la integridad sexual, esta pretensión se ve justificada de modo particular si se repara en que, para la víctima, romper el silencio de su victimización representa una situación de conmoción y estrés que se añade a los padecimientos sufridos como consecuencia del hecho delictivo. En cuanto a esto último, no parece necesario que nos explayemos sobre la naturaleza traumática que estas ofensas implican para la víctima, al atentar contra un aspecto tan sensible de su intimidad personal.

Sin lugar a dudas, estas circunstancias hacen al ofendido merecedor de una atención cuidadosa y de un acentuado respeto a su situación post-delictual, como así también de la orientación jurídica y la asistencia victimológica que pueden prestar, mejor que nadie, aquellas instituciones gubernamentales y no gubernamentales.

La norma no aclara si la víctima debe ser mayor de edad para instar el inicio de la acción pública dependiente de instancia privada.

Sin embargo, el artículo 72, segundo párrafo, del Código Penal prescribe que en estos casos *no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales*, de lo que se desprende que *sólo puede ejercer por sí el derecho de instar el agraviado mayor de edad capaz o menor emancipado*. Si fuere mayor de edad incapaz o

[1] En Córdoba, la pionera ley provincial nº 7379 (B.O., 5/3/1986) creó el Centro de Asistencia a la Víctima del Delito.
[2] VILLADA, *Delitos contra la integridad sexual*, p. 17.

menor no emancipado, sólo podrán ser denunciantes *su tutor, guardador o representantes legales* (padres, curadores que se les nombre)[3].

Conviene aclarar, no obstante, que la posibilidad de instar el ejercicio de la acción penal pública con la representación de las mencionadas instituciones debe entenderse otorgada sólo a aquellos menores no autorizados a formular esa instancia directamente por sí que no cuentan con padres, tutor o guardador, que fueron víctimas del delito cometido por éstos o que tuvieren intereses contrapuestos con alguno de tales representantes. Dicho de otro modo, ella está circunscripta a los casos en los que la acción pública dependiente de instancia privada procede de oficio (artículo 72, segundo y tercer párrafo, C.P.). En esta situación, entonces, el Fiscal puede proceder de oficio o permitir que formule la denuncia el propio menor víctima, representado por alguna de las instituciones referidas. Interpretar que la posibilidad que prevé la ley atrapa otros casos importaría quitarle facultades a quienes están legalmente autorizados para decidir si conviene, o no, para el interés superior del menor la formulación de la denuncia del hecho delictuoso que lo tuvo como víctima[4].

En los supuestos de mayoría de edad, en cambio, la víctima podrá requerir el *asesoramiento* y/o la *representación* en el proceso (como actora civil o querellante) de alguna de estas entidades protectoras.

Avenimiento de la Víctima con el Imputado

Entre las novedades que incluía la **ley n° 25.087**[5] se encontraba el instituto del **avenimiento**.

Con posterioridad, la **ley n° 26.738**[6] derogó la figura[7].

---

[3] V. Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, p. 46.

[4] Pero, desde luego, nada impide que los padres, tutores o guardadores del menor que se encuentran en situación de ejercer la facultad pre-procesal de formular la instancia -por no haber sido quienes cometieron el delito contra el niño ni tener intereses contrapuestos con éste (artículo 72, párrafos segundo y tercero, C.P.)- requieran el *asesoramiento* de las instituciones a que alude el artículo 132. Como aduce, con acierto, Reinaldi: "La prestación de ayuda y asesoramiento que éstas están legalmente autorizadas a dar a las víctimas del delito, sería irrazonablemente retaceada si se entendiera que no puede ser prestada a sus representantes. El oportuno y experimentado consejo puede hacer ver que, en estos tiempos y en muchos casos, no es el temor al *strepitus fori* ni la impunidad de los autores del hecho, lo que mejor consulta los intereses de la víctima" (v. Reinaldi, *Los delitos sexuales*, p. 249).

[5] Publicada en el B.O. el 14/5/1999. Ley que introdujo la actual regulación de los delitos sexuales incluida en el Código Penal de nuestro país, que reformó integralmente la normativa que, sobre la materia, prevía el digesto de 1921.

[6] Publicada en el B.O. el 7/4/2012.

[7] Lo hizo a partir de las repercusiones que, en la opinión pública y en algunos ámbitos académicos, tuvo el caso de Carla Figueroa y Marcelo Tomaselli, ocurrido en la ciudad de General Pico, en la Provincia de La Pampa. Aquéllos fueron pareja durante cuatro años y tuvieron un hijo. Su relación estuvo signada por la violencia. Tuvieron muchas idas y vueltas, hasta que en marzo del 2011 se separaron. El 14 de abril de ese año él la fue a buscar a su trabajo y, amenazada con un cuchillo, la llevó a un descampado, donde la violó. Carla lo denunció y Tomaselli quedó preso. Mientras él estaba detenido, Carla empezó a visitarlo. Le pidió a su abogado y al de Tomaselli que la ayudaran a sacarlo de la

¿En qué términos instituía la norma abrogada esta alternativa jurídica?

En los siguientes: ***Si ella*** [la víctima de los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º y 3º párrafos, 120: 1º párrafo y 130] ***fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quáter del Código Penal***.

Por medio de esta norma, la ley preveía lo que había sido calificado por la doctrina jurídica como el *primer caso de admisión legislativa de conciliación en materia penal*[8]. Se trataba, justamente, del *avenimiento* que la víctima de ciertos delitos contra la integridad sexual puede proponer al imputado.

El **instituto del avenimiento** respondía a la concepción que, considerando a la asistencia victimológica como la respuesta que -en muchos casos- la víctima necesita frente al caso penal, ha fomentado su participación en la redefinición del conflicto, con miras a obtener una mejor reparación del daño sufrido.

La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan soluciones posibles, e incluso recomendables, para desplazar a la coacción penal o para atemperarla, en ciertos delitos como el abuso sexual que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para la víctima -sobre los cuales sólo ella puede decidir, atento el carácter predominantemente privado del interés tutelado[9]-, en caso de que no se proceda de dicha manera.

Se destacaba la importancia del avenimiento, como una herramienta útil para satisfacer intereses y necesidades reales, de personas concretas, que hayan sufrido una agresión sexual. Es que todo mecanismo composicional "...que devuelva el control del conflicto a la persona victimizada, constituye una señal de respeto hacia esa persona, en la medida en que se la faculta a optar por la solución legal que personalmente considere más adecuada. Esta facultad no significa que en todos los casos la víctima quedará satisfecha, como sucedería, por ejemplo, si se arribara a una solución

cárcel. En octubre, se casaron. Un tribunal judicial de La Pampa, aplicando la figura del avenimiento, liberó a Tomaselli el 2 de diciembre. La pareja volvió a convivir y, una semana después, el 10 de diciembre de 2011, él la asesinó a puñaladas delante de su hijo. El lamentable acontecimiento, como dijimos, generó malestares, críticas e incluso indignación en la opinión pública y en parte de la academia, lo que derivó en que, el 22 de marzo de 2012, el Congreso de la Nación sancionara la ley que derogó el avenimiento.

[8] Cfr. Reinaldi, en Núñez, Ricardo C., *Manual de derecho penal*, p. 127.

[9] V. Maier, *La víctima y el sistema penal*, pp. 246 y 247.

composicional satisfactoria. Sin embargo, estas opciones siempre serán necesarias, en la medida en que la continuación del proceso penal pueda representar más perjudicial que beneficiosa para la misma víctima"[10].

El **sujeto facultado** para proponer el avenimiento con el imputado era la persona *mayor de dieciséis años* víctima de los delitos de abuso sexual simple, sometimiento sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima simple, o sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual,

Lo propuesto debía ser un *avenimiento con el imputado*.

Avenir quiere decir ponerse de acuerdo, componerse, ajustarse o entenderse bien con alguien, o, aún, concordar, conciliar.

La propuesta de avenimiento debía haber sido *libremente formulada por la víctima y en condiciones de igualdad*.

En relación con los elementos que debían verificarse para que exista una *libre formulación* del ofrecimiento de avenimiento, pensamos, con Traballini de Azcona[11], que la *libertad* a que aludía la derogada disposición no podía equipararse plenamente con los *requerimientos civiles del consentimiento válido* (artículo 921 y siguientes C.C.), ni considerársela excluida sólo cuando la víctima es obligada mediante amenazas, cuando actúa incursa en error o ignorancia, o cuando el consentimiento es prestado por personas que -por su menor edad o sus condiciones- no pueden consentir válidamente. Si se interpretara la cuestión de esta última manera, se soslayaría que el legislador incluyó como medios comisivos de los delitos contra la integridad sexual –además de las amenazas- el despliegue de ciertas conductas o el aprovechamiento de ciertas situaciones que no se corresponden acabadamente con los clásicos medios que quitan validez civil al consentimiento. Basta una rápida leída del artículo 119 del Código Penal para advertir que el encargado de sancionar las leyes no se atiene a la tradicional fórmula "*discernimiento + intención + libertad*" para evaluar si la víctima asiente voluntariamente, sino que indaga más allá, por ejemplo, en busca de abusos coactivos o intimidatorios de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, o cualquier otra causa por la cual la víctima no haya podido aceptar libremente. En definitiva, no puede afirmarse que la libertad se excluye sólo por amenazas, error, ignorancia o incapacidad derivada de la menor edad o de la insuficiencia mental, sin que ello implique pasar por alto injustificadamente que el legislador de los delitos contra la integridad sexual ha ensanchado los factores que anulan el libre consentimiento más

[10] Cfr. Bovino, "La composición como reparación en los delitos sexuales".
[11] Cfr. Traballini de Azcona, *Las desavenencias de un avenimiento*, p. 297.

allá de la fuerza y la intimidación, incluyendo los supuestos de coacción, engaño, abuso de poder o de otras relaciones de supremacía que fuerzan el libre consentimiento. Si estos medios son válidos para tipificar las conductas típicas que vulneran la integridad sexual, también debían serlo para satisfacer los requerimientos legales de los mecanismos destinados a despenalizar dicha manifestación delictiva. Cuando ellos concurrían en relación con la propuesta de avenimiento, la misma no habría sido formulada libremente.

La propuesta de avenimiento se hacía *en condiciones de plena igualdad* cuando es llevada a cabo por una persona que se encuentra en posición similar respecto de otra, o sea, cuando la víctima la realiza sin que exista una situación de preeminencia del autor respecto de ella.

Con referencia al **contenido del avenimiento**, la disposición legal no contenía una regulación expresa.

Esto permitía que algunos penalistas consideraran que la única propuesta a formular era una *propuesta matrimonial* que partía de la mujer víctima y que tenía por destinatario a un *especial imputado*, determinado por el resto de las condiciones impuestas por la norma; y que otros no restringieran el contenido de la proposición a la matrimonial, ni a ofrecimiento de acuerdo de contenido económico.

Para nosotros, no existían razones suficientes para adherir a la interpretación restrictiva.

La falta de estipulación legal en favor de un contenido específico del avenimiento conducía a interpretar que el legislador pretendía consagrar un instituto que, a partir de la composición entre autor y víctima del drama penal, permita la mejor satisfacción de los intereses de la última, a través de cualquier medio –no sólo el matrimonio- eficaz a tal fin.

Era discutible la admisión del **perdón liso y llano** de la víctima con capacidad para proponer avenimiento o con capacidad para instar por sí.

Nosotros no la consentíamos[12]. La propia connotación lingüística de la voz "*avenimiento*" así parecía imponerlo. Lo hemos dicho: *avenir* significa decir ponerse de acuerdo, componerse o entenderse bien con alguien, o, aún, concordar, conciliar. Y esto, en nuestro concepto, *no es lo mismo que perdonar*.

La víctima mayor de dieciséis años debía dirigir la propuesta de avenimiento al imputado, pero no a cualquier imputado. Debía tratarse de un sujeto que ha atacado la integridad sexual de quien

[12] Tampoco admiten el perdón liso y llano del ofendido penal, REINALDI (*Los delitos sexuales*, p. 248) y LAJE ANAYA (*La bendición judicial, el casamiento con la ofendida y el flamante artículo 132 del Código Penal*, p. 67, nota al pie de página nº 33), entre otros.

tenía con él una *especial relación de carácter afectivo preexistente*, es decir, *una vinculación sentimental existente al momento de la comisión del delito*.

El avenimiento, pues, no era posible con personas meramente conocidas, ni –menos aún- con terceros extraños. Se circunscribía a una persona a la cual se está ligado por sentimientos propios de una determinada unión espiritual permanente (p. ej., concubino, novio, etcétera), que se había visto quebrantada por la comisión del delito.

La propuesta de avenimiento practicada por la víctima podía ser ***excepcionalmente*** **aceptada por el Tribunal, o rechazada**. Si ocurría lo primero, la acción penal quedaba extinguida, pudiendo en lugar de ello el Tribunal disponer la suspensión del juicio a prueba (artículos 76 ter y 76 quáter C.P.).

La aceptación o rechazo por parte del órgano jurisdiccional no podían ser arbitrariamente dispuestos.

Para adoptar una u otra alternativa, el Tribunal debía tener en cuenta *si se verificaban las condiciones que impone la ley*.

En ese sentido, debía considerar, además de la existencia de una expresa y libre manifestación de voluntad del proponente y la situación de igualdad con el imputado, si se daba la especial y comprobada relación afectiva preexistente, como así también si el avenimiento propuesto se erigía en *el modo más equitativo de armonizar el conflicto* con mejor resguardo del interés de la víctima.

El avenimiento era una causal de extinción de la acción o de suspensión del juicio a prueba.

El beneficio de la extinción de la acción tenía **efectos personales**, por lo que sólo alcanzaba al autor o cómplice que aceptó el acuerdo conciliatorio (arg. artículo 48 C.P.), excluyendo a los restantes intervinientes en el delito.

Por el contrario, la suspensión del juicio a prueba podía favorecer a los copartícipes.

Este análisis del instituto derogado se justifica en la pretensión de demostrar que, en términos generales, la regulación legal de la figura había sido llevada a cabo **de modo *razonablemente prudente* por el legislador**, y consagraba un método de resolución alternativa de conflictos que se erigía en una alternativa “saludable” para casos de conflictos interpersonales “menores”, en relación con los cuales la imposibilidad[13] de suspender o hacer cesar una persecución penal, un juzgamiento y eventual castigo del delincuente no siempre se muestra como la opción más adecuada y que mejor consulta los intereses de la víctima.

[13] Impuesta por el principio de *legalidad procesal* o indisponibilidad de la acción.

Por lo demás, los requisitos de procedencia del avenimiento que hemos analizado, parecían garantizar las condiciones para que el instituto se mostrara, en determinados casos concretos, como la más saludable vía de resolución de un conflicto social.

Esta valoración, por cierto, la hacemos con la reserva de que la excepcional aceptación del Tribunal sólo era viable cuando el mismo había agotado las medidas necesarias para determinar la verificación de las citadas exigencias relativas a la "competencia" de la víctima para materializar la propuesta de avenimiento, su libertad en la formulación de la misma, la concurrencia de reales condiciones de plena igualdad entre imputado y ofendido, la existencia entre ambos de una especial relación de carácter afectivo preexistente al hecho y el contenido de la propuesta.

En otros términos, para nosotros, el legislador se "apresuró" al derogar el instituto, en la confusión entre una ***posible mala aplicación*** de una determinada disposición legal y los ***defectos de la regla jurídica en sí misma considerada***.

Con todo, el avenimiento, durante su vigencia, había sido merecedor de **atendibles críticas** que, entre otros reproches, le enrostraban que "...la formulación de que sea una «propuesta libremente formulada y en condiciones de plena igualdad». Los centros especializados en la atención de este tipo de agresiones, afirman desde su experiencia que cuando la situación de partida es inequitativa es muy difícil que se reequilibre; lo que seguramente ocurre es que la víctima o sus allegados puedan optar por el avenimiento porque lo consideran «un mal menor»"[14].

Se achacaba al instituto, además, el hecho de que "...se aplique a situaciones en las que «haya una comprobada relación afectiva preexistente». Este argumento es contradictorio, ya que habla de «armonizar un conflicto» en el terreno de un abuso de poder. ¿De qué se está hablando realmente? ¿De la violación marital, de la adolescente violada por el padrastro o por un vecino de 60 años? Si bien hasta cierto punto es cierto que el camino penal puede convertirse en una encrucijada para las víctimas, en todo caso una vez presentada la denuncia, ¿en que puede beneficiarlas un «avenimiento»?[15].

Como vimos, la figura no rige más en nuestro ordenamiento jurídico.

[14] Centro de Encuentros "Cultura y Mujer", Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, *Ley 25.087. Reforma del Código Penal en lo relativo a los hoy llamados delitos contra la integridad sexual de las personas*, Buenos Aires, 1999, p. 11.

[15] Centro de Encuentros "Cultura y Mujer", Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, *Ley 25.087. Reforma del Código Penal en lo relativo a los hoy llamados delitos contra la integridad sexual de las personas*, Buenos Aires, 1999, pp. 11 y 12.

Reglas Especiales Aplicables a la Complicidad Secundaria

El artículo 133 del Código Penal establece: ***Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán reprimidos con la pena de los autores.***

Se trata de un agravamiento de la pena establecida por la norma general sobre la complicidad secundaria (artículo 46 C.P.). Conforme los términos en que está redactada la norma, dicha forma de participación criminal es equiparada a la pena correspondiente a los autores de los respectivos hechos, básicos o agravados, comprendidos en el Título 3, Libro Segundo, del Código Penal. De tal manera, se deroga, para estos casos, la disminución de un tercio a la mitad, que forma la base de la escala penal del cómplice.

El agravamiento tiene un **fundamento** *puramente personal*.

En este sentido, se afirma que no puede caber duda de que los aportes realizados por esas personas no sólo son más condenables por el *abuso* cometido, sino que también son más *decisivos*, precisamente por la confianza o temor que inspiran a la víctima, y por ello merece un reproche mayor[16].

La norma no modifica las formas de cooperación constitutivas de la complicidad secundaria del artículo 46 del Código Penal.

La doctrina discute las formas de participación secundaria comprendidas en la agravación.

En opinión de algunos autores[17], la mayor pena no alcanza a los que prestan una *ayuda* posterior a la ejecución del hecho, porque no *cooperan* a la perpetración del delito.

Según el pensamiento de otros[18] –al que adherimos-, la equiparación comprende todas las formas de participación secundaria, pues la *cooperación* no está tomada en el sentido restringido del artículo 46 del Código Penal, sino -como sucede en el artículo 47 de dicho digesto- con el significado de intervención en el delito de otro en cualquiera de las formas de participación secundaria especificadas por la ley.

La regla funciona de dos modos diferentes.

[16] V. Fierro, *Teoría de la participación criminal*, p. 501.
[17] V., por todos, Fontán Balestra, *Tratado*, t. V, p. 203.
[18] V., por todos, Núñez, *Manual de derecho penal*, p. 128.

Para el caso de los parientes, es suficiente la sola calidad de tales, es decir, la sola existencia del vínculo parental.

Por el contrario, respecto de cualquier otra persona, es necesario que ella haya *abusado* de su autoridad o encargo o de la confianza del ofendido, o –aún- de la relación de dependencia o de poder que existe entre ambos. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto del agente que utiliza la autoridad, el encargo, la confianza, la preeminencia o el poder para prestar la cooperación delictiva en que se halla incurso. De no ser así, el cómplice que ha obrado sin abusar de esas relaciones queda sujeto a la escala disminuida de un tercio a la mitad determinada en el artículo 46 del Código Penal.

Se encuentran comprendidos los *ascendientes* y *descendientes* (artículos 350 y 351 C.C.), matrimoniales o extramatrimoniales, sin limitación de grados.

También los *cónyuges*, es decir, las personas unidas en matrimonio celebrado de conformidad a las prescripciones de la ley civil (artículo 188 C.C.), que no haya sido disuelto (artículo 213 C.C.).

Asimismo las personas *convivientes*, esto es, aquéllas que viven bajo un mismo techo, como ocurre con el concubino de la madre o con un pensionista.

Lo mismo acontece con los *afines en línea recta* (artículo 363 C.C.), también sin limitación de grados, y con los *hermanos*, bilaterales o unilaterales (artículo 360 C.C.).

Queda excluido el parentesco por adopción.

La ley incluye también a los *tutores* o *curadores* (artículos 377 y 468 C.C., respectivamente) y a *toda persona que abusare de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo*.

La *relación de dependencia* alude a aquellas situaciones en las que el autor se encuentra con la víctima en una relación de preeminencia en el ámbito laboral.

La relación es *de autoridad* cuando la víctima, en virtud del derecho privado (p. ej., guardador y guardado) o público (v. gr., militar y subordinado) debe obediencia personal al cómplice.

Una *relación de poder* se da cuando proviene de la ley o cuando el cómplice tiene, de hecho, dominio sobre la víctima.

La relación es *de confianza* cuando el estado (p. ej., sacerdotal) o profesión (p. ej., preceptor) del sujeto activo asienta su vinculación personal con el ofendido sobre una base de fe o seguridad depositada por éste en aquél.

Por último, entre el imputado y el ofendido media una relación de encargo cuando la persona de éste se encuentra al cuidado de aquél, como ocurre respecto del niño y de su niñera, o del demente y su cuidador. No basta una relación de cuidado que no involucre la vigilancia de la conducta, sino

sólo aspectos parciales como la salud, tal como sucede por regla con la relación del enfermero y el enfermo.

Bibliografía:

AROCENA, Gustavo A., *Ataques a la libertad sexual*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

BOVINO, Alberto, "La composición como reparación en los delitos sexuales", publicado en Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en World Wide Web: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=99&Itemid=34 (accedido el 4 de febrero de 2011).

Centro de Encuentros "Cultura y Mujer", Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, *Ley 25.087. Reforma del Código Penal en lo relativo a los hoy llamados delitos contra la integridad sexual de las personas*, Buenos Aires, 1999.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, actualizado por Carlos A. Chiara Díaz, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

FIERRO, Guillermo J., *Teoría de la participación criminal*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2001.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

LAJE ANAYA, Justo, *La bendición judicial, el casamiento con la ofendida y el flamante artículo 132 del Código Penal*, en Foro de Córdoba, nº 58, Advocatus, Córdoba, 1999.

MAIER, Julio B. J., "La víctima y el sistema penal", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner, Córdoba, 1999.

REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*, Lerner, Córdoba, 1999.

______, *Manual de derecho penal. Parte especial*, de Ricardo C. Núñez, 2ª edición actualizada, Lerner, Córdoba, 1999.

TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A., *Las desavenencias de un avenimiento –A propósito del nuevo artículo 132 del Código Penal-*, en Pensamiento Penal y Criminológico, año II, n° 2, Mediterránea, Córdoba, 2001.

VILLADA, Jorge L., *Delitos contra la integridad sexual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

Sustracción o retención de una persona,

Con la intención de menoscabar su integridad sexual

Por **Gustavo A. Arocena**

Art. 130: ***"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.***

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin."

El Capítulo 4 del Título III, Libro Segundo, Código Penal, prevé distintas formas de sustracción o retención de una persona, para el logro de propósitos sexualmente abusivos.

Distintas Figuras Penales Tipificadas en el Capítulo 4 del Libro Segundo del C.P.

En el primer párrafo del artículo 130 del Código Penal, se contempla la figura básica de la sustracción o retención de una persona, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

Una *forma agravada* de este delito está incluida en el tercer párrafo de la disposición legal.

Finalmente, en el segundo párrafo del precepto, se tipifica *la sustracción o retención consentida de un menor de dieciséis años, con el mismo fin*.

Todos estos delitos son de acción pública dependiente de instancia privada (artículo 72 C.P.).

Aspecto Protegido del Bien Jurídico

Tanto la figura básica de la sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual (artículo 130, primer párrafo, C.P.), como la forma agravada de este delito (artículo 130, tercer párrafo, C.P.), constituyen delitos compuestos o pluriofensivos. Afectan tanto la libertad individual de la víctima, como su integridad sexual, aunque ésta constituye el bien jurídico principal y aquélla, el bien complementario.

En rigor de verdad, en sí mismo, el delito importa un ataque a la libertad de locomoción del sujeto pasivo, pero su ubicación sistemática dentro de los delitos contra la integridad sexual asigna a esta objetividad jurídica el carácter de interés jurídico prevaleciente. Es este último, entonces, el bien que el legislador considera preeminente de los dos que se resguardan en el tipo penal.

Por esa razón, el atentado a la libertad ambulatoria constituye, dogmático-jurídicamente, un medio para ofender la libertad sexual del sujeto pasivo, esto es, su derecho a no ser víctima de una acción peligrosa en relación con su derecho a elaborar su propio plan de vida sexual (mayores de trece años) o su derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas (menores de dicha edad).

A su vez, en la sustracción o retención consentida de un menor de dieciséis años, con el fin de afectar su integridad sexual (artículo 130, segundo párrafo, C.P.), lo tutelado es el derecho a la *intangibilidad* o *indemnidad sexual*, entendido a la manera en que acaba de verse, o sea, como el derecho a un desarrollo de la sexualidad gradual y exento de injerencias indebidas. Se ampara el normal desarrollo de la personalidad del menor de dieciséis años, al que puede afectar la conducta del autor, dada la finalidad de éste y la carencia de madurez física, psicológica, moral y espiritual de la víctima en razón de su edad.

A diferencia de las figuras de los párrafos primero y tercero del artículo 130 del Código Penal –en las que los medios de los que se vale el autor suprimen o vician la voluntad contraria de la víctima-, en el tipo penal del segundo párrafo, el sujeto pasivo presta su consentimiento –todavía propio de una persona inmadura- a la conducta del agente, de suerte tal que sólo su integridad sexual sufre menoscabo -al resultar turbado el libre desarrollo sexual del menor-, y no su derecho a la libertad locomotriz.

Figura Básica

Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 130, primer párrafo, del Código Penal, ***será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.***

Se trata de un delito de acción, de resultado y permanente.

La **conducta típica** consiste en *sustraer* o *retener* a una persona.

Sustrae a la víctima quien la separa del lugar en que se encuentra. Este lugar puede ser la casa del sujeto pasivo o un sitio donde eventual y momentáneamente se encuentra, como, por ejemplo, la vía pública.

La *retiene*, por su parte, quien impide que el ofendido se aparte del lugar en que se halla.

Mientras la primera acción supone el desplazamiento de la persona del lugar en que se encuentra a otro, que no tiene que ser un lugar determinado, la segunda supone precisamente lo contrario.

Retener, pues, equivale a no permitir el desplazamiento de la víctima. Pero la retención constitutiva del delito requiere cierta permanencia del mantenimiento del sujeto pasivo en el lugar, puesto que se exige un estado de privación de la libertad pasible de diferenciación y de relativa autonomía[1]. No basta con el acto violento de tomar a la ofendida y sujetarla momentáneamente para, por ejemplo, accederla carnalmente por vía vaginal, pues no se verifica allí una privación de libertad mantenida autónomamente de la supuesta por la consumación del abuso sexual.

La sustracción o la retención deben realizarse sin el consentimiento -válidamente formado y expresado- de la víctima. Esto resulta de la exigencia legal de que la conducta típica se despliegue *fuerza, intimidación o fraude*. En rigor de verdad, la estructura misma del tipo penal supone un atentado a la libertad de locomoción del sujeto pasivo.

Para que haya tal consentimiento, la víctima debe aceptar tanto su sustracción o su retención por parte del agente, como los fines sexuales de éste; en consecuencia, no consiente quien accede sólo a lo uno o a lo otro.

El tipo penal es de **medios determinados**, ya que la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad, exigiendo que medie *fuerza, intimación o fraude*.

[1] En este sentido, v. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 323, en donde el jurista agrega: "No implica una retención de esa especie el acto de tomar a la mujer y tenerla momentáneamente para violarla o abusar de ella, pues no concurre una privación de libertad mantenida autónomamente de la supuesta por la consumación de una violación o abuso".

La *fuerza* y la *intimidación* son, sustancialmente, los mismos medios que, llamándolos "violencia" o "amenaza", exigen la figura básica de abuso sexual (artículo 119, primer párrafo, C.P.), el sometimiento sexual gravemente ultrajante (artículo 119, segundo párrafo, C.P.) y el abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, tercer párrafo, C.P.).

Obra con *fuerza* quien despliega una energía física sobre la víctima o sobre terceros que se oponen a la sustracción o la retención, para vencer su resistencia a éstas. Queda incluido en el concepto el empleo de medio hipnóticos o narcóticos (artículo 78 C.P.).

La *intimidación* consiste en el anuncio de un mal futuro en la persona, bienes o afectos de la víctima, para quebrantar su voluntad contraria a la acción del autor y obligarla a aceptar por el temor sus determinaciones.

Se vale de *fraude* quien engaña a la víctima, induciéndola en error o manteniéndola en él, respecto del carácter del acto, o sea, respecto de que se la sustrae o se la retiene y de la intención del sujeto activo. Queda al margen del tipo penal la seducción de la víctima, esto es, la persuasión por halagos o mañas, ya que en este caso el ofendido no ignora ni el carácter del acto ni las intenciones del agente.

Los medios comisivos mencionados han sido taxativamente establecidos por la ley. De esto resulta que la sustracción o la retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual realizada por un autor que se sirve de todo otro medio no satisfacen los requerimientos típicos de esta figura penal. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto del agente que aprovecha ciertas circunstancias, como la privación de razón o de sentido de la víctima, debida a la causa que fuere.

El **tipo subjetivo** es doloso y contiene un elemento subjetivo distinto del dolo, consistente en la *intención del autor de menoscabar la integridad sexual* de la víctima. Se trata de una particular finalidad que mueve la conducta del autor y que debe agregarse, para la verificación de los requerimientos de la figura, a su obrar consciente y voluntario, en cuanto a la sustracción o la retención que realiza. En virtud de dicho componente, la descripción legal se configura subjetivamente como un *tipo penal mutilado de dos actos*. En esta clase de delitos –que constituye una especie de los delitos con tendencia interna trascendente-, el legislador valora negativamente un conjunto de acontecimientos objetivos desdoblado en *varios actos*, de los cuales, sin embargo, mutila alguno de ellos, conformándose –aun para la consumación- con una parte de esos actos. De alguna manera, la consumación *formal* del hecho típico aparece anticipada hasta la estructura de lo que, *materialmente*, constituye una *tentativa inacabada*[2]. Concretamente, es suficiente que, en el momento de la

[2] V. SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 323 y 324.

sustracción o la retención, esté presente la intención de realizar más tarde un menoscabo de la integridad sexual de la víctima. Pero no hace falta que se ejecute este último que, aunque realmente decisivo, sólo tiene que estar incluido en los propósitos del autor.

El giro lingüístico *intención de menoscabar la integridad sexual* designa toda finalidad del autor que traduzca su intención de cometer alguna conducta típica en los términos de cualquiera de las figuras previstas en el Título 3, del Libro Segundo, Código Penal. De lo dicho resulta que queda excluido todo propósito de índole sexual dirigido a la realización de un acto penalmente atípico, pues deteriora la integridad sexual específicamente protegida por la ley penal.

Sujeto Activo puede ser cualquier persona.

Sujeto Pasivo puede ser también persona de uno u otro sexo, aunque a los efectos de la figura básica debe ser un mayor de trece años. Si fuera menor de dicha edad, corresponde aplicar la figura agravada del artículo 130, tercer párrafo, C.P.

El delito se **consuma** con la sustracción o con la retención. Puesto que se trata de un *delito mutilado de varios actos*, a los fines de la consumación, al legislador le basta la realización de aquellas acciones, sin que se requiera el acto posterior que debiera seguir a las mismas, es decir, el menoscabo de la integridad sexual de la víctima.

Es, como se dijo también precedentemente, un delito permanente, puesto que exige una acción relativamente prolongada en el tiempo. Hay un mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible que depende de la voluntad del autor, por lo que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente[3].

La **tentativa** es admisible y se da con el comienzo de la ejecución de las acciones de sustraer o de retener[4] y su falta de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Puede citarse como ejemplo el caso del sujeto que, con las miras que exige la ley, no logra detener a la víctima por la rápida reacción de ésta dándose a la fuga.

En virtud de que para la consumación de este delito no se precisa el logro de la intención que mueve la conducta del autor, la realización de cualquiera de las descripciones típicas contenidas en el presente título del Código Penal forma un nuevo delito, que **concurre materialmente** (artículo 55 C.P.) con la sustracción o retención con fines sexuales.

---

[3] Cfr. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, p. 237.
[4] V. FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, t. V, p. 189.

También lo ha entendido de esta manera la jurisprudencia: "...si la víctima que ya había sido llevada del lugar en el que se encontraba libremente a otro donde es efectuado el ilegítimo apoderamiento [de su dinero, alhajas, encendedor y teléfono celular], y después es conducida contra su voluntad hacia un baldío que el autor eligiera para concretar el ataque contra la integridad sexual, el delito de rapto aparece consumado previamente y resulta independiente del abuso sexual con acceso carnal -violación- ya que no depende para su configuración que los designios se hayan logrado"[5].

El empleo de fuerza para sustraer o retener a la víctima puede traducirse en lesiones a ésta o a los terceros que cooperen en su resistencia. Cualquiera sea la gravedad de estas lesiones, por configurar hechos independientes, deben igualmente **concursarse** en los términos del artículo 55 del Código Penal. Esto es así, porque este delito, a diferencia de lo que ocurre en la figura básica de abuso sexual (artículo 119, primer párrafo y quinto párrafo, C.P.), el sometimiento sexual gravemente ultrajante (artículo 119, segundo párrafo y cuarto párrafo, inciso a, C.P.) y el abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, tercer párrafo y cuarto párrafo, inciso a, C.P.), no se agrava cuando las lesiones resultantes del hecho configuraren "…un grave daño para la salud física o mental de la víctima".

Figura Agravada

El artículo 130 del Código Penal, en su párrafo tercero, prescribe: *La pena* [de la sustracción o retención de una persona, con la intención de menoscabar su integridad sexual] ***será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.***

El elemento agravante esta localizado en el sujeto pasivo, que debe ser una persona que no ha cumplido los trece años.

---

[5] Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, 23/10/2008, "**R., M. R. s/ recurso de casación**", publicado en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, disponible en World Wide Web: http://www.eldial.com.ar/bases/sql/ver_rl.asp?id=20687&base=14&resaltar=abuso,sexual,abusa,abusaban,abusado,abusadores,abusamos,abusan,abusando,abusandose,abusándose,abusar,abusara,abusaran,abusare,abusasen,abuse,abusen,abusiva,abusivamente,abusivas,abusivo,abusivos,abuso,abusos,sexual,sexuales,sexualidad,sexualmente&caption=Jurisprudencia%20publicada (accedido el 14 de febrero de 2011).

Es presupuesto de la agravante la realización de todos los requerimientos legales de la figura básica del artículo 130, primer párrafo, C.P., por lo que todo lo relativo a la conducta, el sujeto activo y la situación típica debe verse en lo desarrollado oportunamente**.**

Conviene subrayar que, al exigir la disposición legal que el sujeto activo lleve a cabo la acción valiéndose de fuerza, intimidación o fraude, resulta jurídicamente imposible la hipótesis de una sustracción o retención de un menor de trece años -con el fin de menoscabar su integridad sexual- realizada con el válido consentimiento de éste. El empleo de estos medios en perjuicio de una persona impide considerar la conducta de ésta un acto practicado *con intención* (artículo 922 C.C.), pues se enderezan a quebrar la voluntad de la víctima o a viciarla mediante su inducción en error. La conformidad del sujeto pasivo respecto de la conducta del agente es incompatible con su utilización de fuerza, intimidación o fraude. La agravante, en definitiva, no constituye un tipo penal con sujeto pasivo de consentimiento irrelevante. Mientras el tipo penal requiera medios comisivos que, según la ley civil, excluyen el consentimiento de la víctima, la conformidad del sujeto pasivo no puede considerarse indiferente.

Sentado esto, puede decirse con razón que la regulación de los delitos sexuales contenida en el Código Penal padece de una seria incoherencia[6].

Por un lado, y a los fines de las distintas figuras de abuso sexual (artículo 119 C.P.), la ley presume sin admitir prueba en contrario que el menor de trece años es incapaz de prestar válido consentimiento a la acción del sujeto activo.

Por el otro, y en orden a la sustracción o retención de una persona menor de trece años con el fin de menoscabar su integridad sexual (artículo 130, tercer párrafo, C.P.), el orden jurídico penal prescribe implícitamente lo contrario, en tanto exige que el autor emplee ciertos medios comisivos que –por provocar la exclusión del válido consentimiento de la víctima- presuponen un ofendido capaz de consentir.

Lege ferendo, parece indudable que es necesaria la corrección del problema de legislación apuntado, para erradicar la contradicción que importa la aceptación de un tipo penal (el del artículo 130, tercer párrafo, C.P.) cuya víctima menor de trece años de edad goza de una *competencia* para valorar adecuadamente todo lo relacionado con el ejercicio de la sexualidad, que le es negada a ese mismo sujeto pasivo por el resto de las figuras legales que contemplan la delincuencia sexual.

---

[6] "Un sistema de normas es *incoherente* cuando hay uno o más casos solucionados en forma distinta e incompatible por las normas" (BULYGIN, "Teoría y técnica de legislación", pp. 417 y 418, con bastardilla nuestra).

Puesto que la vinculación entre la figura básica del artículo 130, primer párrafo, del Código Penal y este tipo agravado del tercer párrafo de dicho artículo está regida por el principio de especialidad (concurso de leyes), también es aplicable al estudio de esta última figura todo cuanto se ha expuesto en el examen de aquélla respecto de la consumación, la admisibilidad de la tentativa y la relación con otras figuras penales.

Se ha discutido acerca de la relación que existe entre esta figura calificada y la sustracción de menores del artículo 146 del Código Penal, que establece que será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

Según algunos autores[7], si la sustracción o retención constitutiva de una sustracción con fines sexuales de un menor de trece años se realiza con ocultación, en los términos del artículo 146 trascripto, se tratará de un solo hecho que, por sus circunstancias (miras del autor), caerá bajo más de una disposición penal. Habrá, conforme esta concepción, un concurso ideal (artículo 54 C.P.)[8].

En opinión de otros, la realización del delito que aquí estudiamos absorbe los ilícitos contra la libertad que se pueden considerar cometidos por medio de la sustracción o retención, como ocurre con la figura del artículo 146 del Código Penal[9].

Sustracción o Retención de una Persona Menor de Dieciséis Años, con su Consentimiento, con la Intención de Menoscabar su Integridad Sexual

Según el artículo 130, segundo párrafo, del Código Penal: *La pena* [de la sustracción o retención de una persona, con la intención de menoscabar su integridad sexual] ***será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.***

Se ha expresado ya que la objetividad jurídica protegida en esta figura penal es el derecho a un desarrollo de la sexualidad gradual y libre de injerencias indebidas. Lo que pretende el legislador es tutelar el normal desarrollo de la sexualidad del menor de dieciséis años, frente a conductas que

[7] V., por todos, Núñez, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 334.
[8] De la misma opinión es Soler, de cuyas expresiones puede colegirse que si se sustrae, con la intención de menoscabar la integridad sexual, a una menor de diez años, deben aplicarse ambas infracciones, la del artículo 130, párrafo tercero, y la del 146, pero en concurso ideal, porque el exceso del primer artículo con relación al segundo es puramente subjetivo y, por lo tanto, incapaz de aumentar el mal que el 146 ya castiga (*vid.* Soler, *Derecho penal argentino*, t. III, p. 410 y 411).
[9] Cfr., por todos, Creus, *Derecho penal*, t. I, p. 259.

pueden afectarlo por la finalidad del sujeto activo y la carencia de madurez física, psicológica, moral y espiritual del ofendido.

La determinación de un bien jurídico diferente del resguardado en el primer y el tercer párrafo del artículo 130 del Código Penal está suficientemente justificada. En las hipótesis contempladas en los tipos delictivos allí incluidos, el autor se vale de medios que suprimen o vician la voluntad contraria de la víctima, por lo que su conducta vulnera tanto la integridad sexual como la libertad del sujeto pasivo. Por el contrario, en la figura penal del artículo 130, segundo párrafo, del Código Penal, el sujeto pasivo presta su consentimiento –todavía propio de una persona inmadura- a la conducta del agente, de suerte tal que sólo su integridad sexual sufre menoscabo, al resultar turbado el libre desarrollo sexual del menor de dieciséis años.

Es un delito de acción, de resultado y permanente.

La **conducta típica** consiste en *sustraer* o *retener* al menor de dieciséis años, conceptos éstos que han sido estudiados en apartados precedentes de esta contribución, a donde remitimos. Sin embargo, el precepto legal exige que la víctima *preste su consentimiento* a la conducta del sujeto activo que la sustrae o retiene para menoscabar su integridad sexual, lo que, en algún sentido, pareciera ser incompatible con el significado que se adscribe a tales acciones.

Más allá de esto, si la iniciativa partiera de la propia víctima, esto es, si fuera ella quien le pide al sujeto activo que la lleve o quien busca refugio en éste, no puede decirse que la víctima haya sido sustraída o retenida.

La ley exige que el sujeto activo sustraiga o retenga a la víctima *con su consentimiento*, lo cual supone acción positiva por parte del agente y asentimiento del ofendido.

El consentimiento de la víctima, libre y conscientemente prestado con conocimiento de las finalidades del agente, excluye, claro está, el empleo de los medios previstos por el artículo 130, primero párrafo, del Código Penal. Si estos medios se utilizaren, el hecho se subsumirá en el tipo penal de este último artículo.

La mediación del consentimiento de la víctima torna a esta figura una forma impropia de la sustracción con fines sexuales del artículo 130, párrafo primero, del Código Penal, y la dota de autonomía delictiva. Es que, conforme lo antes anotado, el tipo del artículo 130, primer párrafo, del Código Penal requiere el empleo de fuerza, intimidación o fraude para doblegar la voluntad de la víctima, y la figura aquí analizada no, lo que impide que ésta se subordine estructuralmente a aquélla.

A esta forma impropia de la sustracción o retención de una persona con fines sexuales se la podría denominar *sustracción o retención con fines sexuales por seducción*, puesto que el asentimiento del sujeto pasivo es generalmente el resultado de la seducción.

La **tipicidad subjetiva** de la figura es dolosa. El dolo exige el conocimiento de que se está sustrayendo o reteniendo a un menor de dieciséis años, como así también de que éste consiente la acción del agente.

Pero el delito exige, además, que el autor obre con la intención de menoscabar la integridad sexual de la víctima. Se trata –según ya hemos expuesto (v. **IV.3.**)- de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, que caracteriza subjetivamente al delito como *mutilado de dos actos*.

El error del autor en relación con la edad de la víctima o su consentimiento es un error de tipo que excluye el dolo.

Sujeto Activo puede ser cualquier persona.

Para ser **sujeto pasivo**, en cambio, se debe ser una persona menor de dieciséis años. Se trata, en consecuencia, de un tipo penal de sujeto pasivo cualificado.

Quedó dicho ya que el consentimiento de ésta, no obstante el incompleto desarrollo de su personalidad en lo relativo al sexo, es relevante –incluso, imprescindible- a los fines de la tipicidad.

El delito se **consuma** cuando el autor aparta a la víctima del ámbito donde se encuentra, o cuando, si no ha mediado sustracción, se produce la detención del ofendido, con la finalidad exigida por el tipo penal. En otros términos, la naturaleza mutilada de dos actos de este tipo penal hace que -para la consumación- sea suficiente que el agente logre la sustracción o la retención de la víctima teniendo presente la intención de realizar más tarde su fin de menoscabar la integridad sexual del ofendido. No perjudica la consumación, pues, que el autor no logre perpetrar ese propósito.

Es un delito de carácter permanente.

La **tentativa**, que consiste en el comienzo de ejecución de las acciones de sustraer o de retener, es admisible.

Bibliografía:

AROCENA, Gustavo A., *Ataques a la libertad sexual*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación", en Alchourrón, Carlos E – Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición, traducción de José L. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, España, 1993.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960 y 1964.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

ROBO CON ARMAS

Por Alexis Leonel Simaz[1]

Art. 166 Inc. 2do.: ***"Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:***

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión."

1.) LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO ARGENTINO

El Proyecto Tejedor regulaba el delito de robo con armas de manera autónoma (art. 317 inc. 2°), estipulando en el párrafo final de la disposición que por la palabra *"armas"* se entiende todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida. En la nota a dicho artículo explicaba que no bastaría cargar armas sino emplearlas, citando como fuente directa del precepto al Código de Baviera. También mencionaba –lo que es digno de aplaudir- que es importante precisar los objetos que la ley reputa como armas, tomando la estipulación del Código de Baviera, de lo que se sigue que el arma toma su carácter no tanto de la materia que la forma, como del uso que se destina, todo lo que puede dañar, todos los objetos con lo cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas (ver Zaffaroni-Arnedo, 1996a:425/7).

El Proyecto de 1881 no contemplaba ninguna agravante por el empleo de armas con relación al robo, lo que no fue seguido por el primer Código Penal de la República (sancionado por ley 1920, B.O. 07/12/1886) el cual agravó el robo cuando se cometía en despoblado y con armas (art. 188 inc. 1°). El Proyecto de 1891 no innovó al respecto (art. 201 inc. 1°), citando como fuentes al Código Penal de 1886, el Proyecto Tejedor y los CP. de Alemania, Bélgica y España (ver Zaffaroni-Arnedo, 1996b:231 y 624). A partir de este proyecto y hasta la sanción del CP. de 1921 la influencia de la

[1] Docente regular de Derecho penal. Parte especial. Facultad de Derecho de la UNMDP

legislación española resulta innegable, siendo la fuente más importante, sino la única, del derecho extranjero, ya que más allá de alguna mínima variación legislativa la cuadrilla siempre requirió en España, la concurrencia de personas y la utilización de armas en el apoderamiento.

El Proyecto De 1895 seguía la línea del Código de 1886 y el Proyecto de 1891 (art. 225 inc. 2°), lo cual no fue alterado por la ley de reformas 4189 de 1903. La misma redacción contemplaban los Proyecto de 1906 y 1917 (arts. 181 inc. 2° y 167 inc. 1°, respectivamente), pasando con esta última numeración a ser ley de la República con el Código de 1921.

En este punto es interesante destacar que la legislación originaria castigaba más levemente el robo en despoblado y con armas (3 a 10 años de prisión) que el robo en despoblado y en banda (5 a 15 años) considerando al actuar plural organizado más disvalioso que la utilización de armas, a diferencia de lo que ocurre hoy en día.

El Proyecto de 1937 preveía como circunstancias calificativa del hurto el llevar armas, aunque no se hiciere uso de las mismas, lo que se trasladaba al delito de robo (arts. 214 inc. 1° y 216 inc. 1°; ver Zaffaroni-Arnedo, 1996d:705/6). El Proyecto de 1941 no regulaba figuras agravadas del delito de robo. El Proyecto de 1951 mantenía la calificante del robo cuando se cometiere en despoblado y con armas (art. 236 inc. 1°). El Proyecto de 1953 innovaba al respecto al tipificar el robo agravado por el uso u ostentación de armas de manera autónoma (art. 212 inc. 2°), lo que reiteraba el Proyecto de 1960, pero simplemente estableciendo en el art. 211 inc. 2° *"Si el robo fuere cometido con armas"* y también el Proyecto de 1979 en el art. 217 inc. 2º (ver Zaffaroni-Arnedo, 1996f:95, 291 y 468 y 1996g:336).

En fin, el anteproyecto de Código Penal para la República Argentina (2006) en su versión original reprimía con una pena de 3 a 12 años el robo que se cometiere con un arma de fuego cargada y apta para el disparo (art. 170 inc. b.) Sin embargo, en mérito a las sugerencias efectuadas en el período de consulta pública se agregó al texto la frase: *"o con cualquier objeto que pusiese en peligro la vida o la integridad física",* toda vez que estos últimos, al igual que las armas de fuego cargadas tienen aptitud objetiva para poner en riesgo la vida de los sujetos pasivos.

Mayor interés reviste –obviamente- las leyes y decretos-leyes que modificaron el Código Penal de 1921 en distintas ocasiones. En este orden, recordemos la versión originaria del Código de fondo no contemplaba autónomamente la figura, hasta que la sanción del decreto ley 4.778 (B.O. 19/06/1963) le dio plena autonomía a la agravante, toda vez que los arts. 9 y 10 que modificaron los

arts. 166 y 167 del Código Penal, castigaban el robo con armas tanto cometido en lugar poblado como despoblado. Sin embargo, y aunque esta reforma fue ratificada inmediatamente por la ley 16.478 (B.O. 30/09/1964), quedó inmediatamente después derogada por la ley 16.648 (B.O. 18/11/1964), volviéndose al texto originario del digesto material. Recién con la sanción del decreto ley 17.567 (B.O. 12/01/1968), la agravante cobró total independencia en el art. 166 inc. 2°, lo que se mantuvo hasta la ley 20.509 (B.O. 28/05/1973) que nuevamente retornó a la redacción originaria. A partir de la ley 20.642 (B.O. 29/01/1974), la severizante mantuvo autonomía y la misma redacción típica hasta la actualidad en el inc. 2° del art. 166 -eliminándose asimismo el término *"y con armas"* contenido en el inc. 1° del art. 167-, ya que la última reforma introducida por la ley 25.882 (B.O. 26/04/2004) conservó el texto anterior y le agregó dos párrafos más, publicándose en el Boletín Oficial de este modo:

ARTICULO 1º - Sustitúyese el artículo 166 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 166.- Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

Por último, debe mencionarse la ley 25.297 (B.O. 22/09/2000) que estableció la agravante genérica en el art. 41 bis, cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego. El párrafo segundo de la citada norma reguló también que no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

No obstante, la aparente claridad de este último párrafo, lo que haría suponer a primera vista la inaplicabilidad de la cualificante al caso del robo con armas (conforme la redacción de la ley 20.642), ello fue puesto en tela de juicio por parte de la doctrina y jurisprudencia, básicamente por entender que en el art. 166 inc. 2° únicamente se menciona *"armas"* y no armas de fuego.

Tal es así que el mensaje del Poder Ejecutivo que sometía a consideración del Congreso el proyecto de reforma al art. 166 inc. 2° del CP. (convertido luego en la ley 25.882), señalaba que la propia Cámara de Casación Penal de la Nación no era uniforme al respecto.

2.) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS CUATRO TIPOS PENALES

El título sexto del libro segundo del Código Penal argentino agrupa las figuras delictivas comprendidas entre los arts. 162 y 185 bajo la denominación común de *"Delitos contra la propiedad"*

Tanto la legislación civil como la penal argentinas brindan una tutela amplia a la propiedad, superponiéndose en algunos supuestos. No obstante, en los casos de duda entre ambos ámbitos, en virtud del principio de mínima intervención, habrá de estarse a que la protección sólo es brindada por la ley civil.

Soler (1987:175/7) ha fundado la nomenclatura del Código en el concepto amplísimo y jerárquicamente superior que brinda el art. 17 de la Constitución Nacional (al que hay que agregar armónicamente el art. 14) compresivo no sólo del derecho de dominio, junto a los otros derechos reales que enumera el art. 2503 del CC, sino también de los derechos personales de carácter patrimonial y hasta la simple posesión o mera tenencia de hecho.

En consonancia con lo expuesto nuestra Corte Suprema de la Nación refiriéndose al principio de la insignificancia en materia penal, consideró que: *"...La manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162. La insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena..."*.[2]

[2] *"Adami"*, sent. del 25/09/1986, Fallos 308:1796. Por otro lado, además del texto constitucional, la Argentina cuenta con tres instrumentos internacionales que hacen referencia al derecho de propiedad y que, por imperio de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22º, tienen jerarquía constitucional. Me refiero, en primer término, a la Declaración Americana de los

En fin, del juego integral y armónico de la normativa señalada, se desprende una protección más que amplia que incluye tanto la propiedad intelectual, como la industrial y la común. El título en análisis únicamente vela por esta última, ya que existen leyes especiales que tutelan las dos primeras.[3]

Ahora bien, puede observarse claramente en el delito de hurto simple (CP, 162) cómo el legislador pretende tutelar de forma exclusiva el bien jurídico *"propiedad"*. En cambio, no sucede lo mismo en el delito de robo simple (CP, 164), pues -como se lo ha caracterizado en el capítulo precedente-, además de la propiedad se intenta brindar protección a la libertad e integridad física de las personas,[4] al igual que sucede con el delito de robo con armas, en sus dos primeras variantes (CP, 166 inc. 2º, párrafos primero y segundo). En estos casos la agravante finca no sólo en la posible lesión a la propiedad, sino también en la libertad de las personas y en el peligro concreto en la vida o integridad física corrido por los sujetos pasivos del delito.

Valga la aclaración de que, cuando se menciona la libertad en este contexto, se lo hace en lo que se vincula a la libertad civil y, más específicamente, a la libertad psíquica, que se ve afectada paradigmáticamente por los delitos de amenazas y coacciones, esto es, la libertad de determinarse conforme la propia voluntad. En general, ello es lo que sucede en el robo con armas en cualquiera de sus tipicidades, lo que lo asemeja a un delito complejo integrado por un hurto y una coacción. Sin embargo, debe tenerse presente que la intimidación no es sinónimo de coacción. La ley penal se contenta aquí con mucho menos que el extremo planteamiento de dos posibilidades, entre las cuales la una es la perdición y la otra el crimen (cfr. Soler, 1987:275). Se conforma con el simple temor que suscita la intimidación con armas.

Pienso que el mensaje de elevación de la ley 25.882 presenta un criterio progresivo que pretende establecer la reforma. Se comienza por el robo simple (CP, 164; 1 mes a 6 años de prisión), se continúa con los delitos de robo agravado por arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse por acreditada o con arma de utilería (CP, 166 inc. 2° párrafo final; 3 a 10 años de prisión), pasando por el robo agravado por cualquier tipo de arma que no sea de fuego (CP, 166 inc. 2° párrafo primero; 5 a 15 años de prisión), y culminando con el robo agravado por el empleo de arma de fuego apta (CP, 166 inc. 2° párrafo segundo; 6 años y 8 meses a 20 años de prisión).

Derechos y Deberes del Hombre (art. 17.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. XXIII).

[3] Véanse las leyes nº 11.723 sobre propiedad científica, literaria y artística y nº 22.362 sobre marcas y designaciones.

[4] Exclusión hecha del robo con fuerza en las cosas.

Finalmente, resulta claro que todos los tipos penales que regula el 166 inc. 2º del CP son delitos cualificados **de la figura básica de robo simple (CP, 164). Las tipicidades que establecen los dos primeros párrafos se vinculan -más allá de la afectación a la propiedad y libertad de las personas- esencialmente al peligro concreto para la vida o integridad física de las personas, que implica verse sometido a un atraco con armas de fuego –normalmente las de mayor poder vulnerante- o cualquier otro tipo de arma, objetos que en el caso concreto deben tener poder ofensivo. En cambio, en los restantes tipos penales -además de la propiedad- la protección que persigue el legislador no se refiere a la vida o integridad física de las personas –aunque de hecho pueda verse afectada- sino a la mayor intensidad con que se produce la intimidación de las personas, producto de la exhibición de un *"arma"* que a los ojos de la víctima reviste capacidad vulnerante.**

3.) ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMAS QUE NO SON DE FUEGO (CP, 166 INC. 2º, PRIMER PÁRRAFO)

3.1.) ASPECTOS GENERALES

Este párrafo mantiene la redacción original que le ha otorgado la ley 20.642 y regula ahora de forma residual todos aquellos robos que se cometan con armas que no sean de fuego, independientemente de la aptitud de estas últimas, de lo que se ocupan los párrafos que siguen.

Existe cierto consenso general en sostener que este tipo penal comprende a las *"armas propias"* definidas como todo aquel objeto destinado para la defensa o para ofender, esto es, fabricado *ex profeso* con tales fines. Sayago (2005:43) completa esta definición diciendo que su estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de servir para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien la utiliza, ya sea accionándola, empleándola en sus funciones específicas o aprovechando su poder intimidante cuando se la esgrime.

Exceptuando las armas de fuego, quedarían expresamente comprendidas aquí las que arrojan proyectiles por medios mecánicos (un arco, catapulta, honda, ballesta etc., con su correspondiente proyectil: piedra, flecha) o por impulso del hombre (granada arrojada con la mano). A ellas hay que adunar el uso de torpedos, bombas, rifles o pistolas de aire comprimido que se accionan de un modo distinto que por deflagración a pólvora. Y, también, dentro de las armas de lanzamiento, las que disparan proyectiles autopropulsados, munición química o munición explosiva, incluidos los

lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros,[5] conforme el art. 3 inc. b del decreto 395/75.[6] Se incluyen también las armas blancas, como cuchillos, navajas, estiletes, cortaplumas, puñales, estoques, etc.[7] Por último, debe adunarse en esta categoría a los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos (gas pimienta, por ejemplo) y también a las armas electrónicas (arg. art. 5 ap. 3º y 4º del decreto 395/75).

Ahora bien, el punto fundamental que debe aclararse en este tipo penal es determinar si deben ser incluidas lo que la doctrina y la jurisprudencia habitualmente denomina *"armas impropias"*, esto es, -según la definición más común- aquellos objetos que no están destinados o concebidos para atacar o defenderse, pero que en el caso en concreto pueden ser equiparados a las *"armas propias"* de acuerdo a su uso. De ello me ocuparé en los puntos que siguen.

3.2.) ARMAS IMPROPIAS: SU PARTICULAR PROBLEMÁTICA

3.2.1.) INTRODUCCION

La nueva ley no introdujo ninguna variante expresa respecto de la categoría de armas *"impropias"*, que habitualmente suelen utilizar la doctrina y jurisprudencia para referirse a aquellos objetos que si bien no están destinados a dañar a otra persona, en el caso concreto su uso puede equipararlos a las armas *"propias"*. Los ejemplos más habituales son los cuchillos de cocina, guadañas, tijeras, púas, rocas, garrotes, punzones, la culata de un arma de fuego, etc., pasando por casos más dudosos como jeringas, destornilladores, tijeras, botellas de vidrio, aerosoles (sin perjuicio de lo normado por el art. 5 inc. 3º del decreto 395/75), cables, biromes, pesados tinteros o candelabros y máquinas de escribir, hasta los ejemplos más extremos como un anillo, un escarbadientes, una bufanda, entre otros.

Los esfuerzos argumentales de los penalistas en general se han dirigido a admitir esta categoría, pero tratando de introducir algún tipo de límite normativo o -lo que es más frecuente- valorativo, para no llegar a amplitudes que parecen absurdas e inusitadas. Sin embargo, debe reconocerse que, especialmente, en la última década se ha puesto en tela de juicio esta categoría, básicamente por considerarla incompatible con el principio de legalidad, vinculado tanto a la

---

[5] Véase el art. 1.1. del Protocolo II de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que no contiene esta limitación.

[6] Ver D' Alessio (2004:412).

[7] Estas pueden subdividirse en cortantes, punzantes y punzo-cortantes (ver Reinaldi, 2006:77).

prohibición de analogía como al mandato de determinación o como lo prefieren mencionar los más modernos principio de taxatividad.

Sin lugar a dudas es la notable imprecisión semántica del término *"arma",* lo que genera profundo desacuerdos entre los juristas, los que obedecen a una falta de consenso general en cuanto a las definiciones estipulativas que estos utilizan para el vocablo *"arma"*.

Con ciertas imprecisiones que pueden generar los etiquetamientos, pero con fines esencialmente expositivos voy a dividir el análisis de la doctrina y jurisprudencia argentinas en tres posiciones o tesis. La primera que admite sin mayores tapujos la inclusión de las armas *"impropias"* en el art. 166 inc. 2° (tesis amplia); la segunda, que no lo admite (tesis restrictiva) y, la tercera, que exige el acometimiento con las mismas (en sentido estricto una variante de la primera), ya que muchos autores que dan una definición amplia de *"arma"*, luego limitan la aplicación de la agravante exigiendo el acometimiento o utilización efectiva de la misma (tesis intermedia).

3.2.2.) LA TESIS AMPLIA

"Arma" es todo objeto con poder ofensivo suficiente según lo define González Roura (1925:226) o todo adminículo no sólo apto para dañar, sino también para ofender cualquiera sea su destino en palabras de Negri[8]. Según Soler (1987:300) debe entenderse por *"arma"* tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente. En este último caso -aclara el autor-, resulta necesario que el juez aprecie en los hechos la forma en que las mismas fueron mostradas, al efecto de verificar si representaban o no un argumento de fuerza física inmediata[9]. Para Núñez (1967:240) *"arma"* es todo objeto destinado para defensa u ofensa (arma propia), como el que eventualmente puede utilizarse para ese fin (arma impropia). Fontán Balestra (1969:517) opina que deben incluirse dentro del mentado concepto tanto a las armas propias como a las impropias, es decir, las específicamente destinadas para el ataque o defensa, y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente.

---

[8] *"Garone",* P. 33.715, Acuerdos y Sentencias, 1985-II-63.

[9] Hay que tener presente que penalistas argentinos como Moreno y Gómez sostenían que la sola posesión del arma bastaba para agravar el robo, salvo que se tratare de armas impropias que requería su empleo (ver lo expuesto en el punto 7). Puede observarse en esta tesitura y sobre todo en el pensamiento de Soler, como se manifiesta de forma embrionaria los argumentos que luego sostendrán los partidarios de la tesis intermedia.

Molinario (1996:273) -al que expresamente sigue en el punto Donna (2001:160/1)-, dice que arma propia es todo objeto que ha sido fabricado *ex profeso* para ser empleado en la agresión o defensa de las personas; en cambio, arma impropia es todo instrumento fabricado con diverso fin, pero que ocasionalmente puede producir agresión o defensa de las personas.

Creus expone (1998:432) que el concepto de arma comprende tanto las propias como las impropias equiparadas a las propias y las verdaderamente impropias que, por sus características, se adecuen a la razones de ser de la agravante como lo serían ciertas herramientas de punta o filo o los objetos de gran poder contundente. En esta línea, aunque con plausibles limitaciones, Arocena[10] admite como armas a las llamadas *"armas impropias equiparadas a las propias"* (una cuchilla de cocina o un cuchillo de mesa) y también a las *"armas impropias en sí mismas"* que por sus características de punta o filo son unánimemente reconocidas por la comunidad de los legos o por las costumbres lingüísticas de los ciudadanos comunes, como un vidrio roto o ácidos; al mismo tiempo que rechaza dentro de esta última categoría a las que revelan aptitud para ofender en razón de su contundencia (máquina de escribir) o por la dañosidad de sus efectos (agua hirviendo), dado que en estos casos el sentido literal de los términos de la ley, establecido de conformidad al *"consenso semántico de la comunidad"* no permite admitirlos dentro de las voz *"arma"*.

Sayago (2005:43 y 53) conceptúa a las *"armas propias"* como las que han sido fabricadas y cuya estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de que sirvan para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien las utiliza, y a las *"impropias"* a todo objeto que, no obstante no haber sido construido o destinado al ataque o la defensa, su estructura material y la forma en que se la emplea, le otorga poder ofensivo, concluyendo que con la reforma de la ley 25.882, que en el párrafo final castiga con una pena de 3 a 10 años de prisión, teniendo en cuenta el poder intimidante de una arma cuya aptitud para el disparo no ha podido probarse o un arma de utilería, se ratifica aún más su tesitura, ya que sería incongruente castigar más severamente estos casos de quien robo con armas *"impropias"* (2005:84).

Marum (2008:283/5) comparte la inclusión de las armas *"impropias"* dentro del concepto de arma, ello por el mayor poder intimidante que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro para la vida o integridad física del sujeto pasivo, descartando cualquier tipo de concepción ontológica o esencialista del término *"arma"*. Debe partirse –dice la autora- de una interpretación teleológica y sistemática que tome en consideración el bien jurídico tutelado por la figura y el fundamento de la

[10] Se cita a través de Sayago (2005:68).

agravante, agregando, que no es la inclusión de las armas impropias en el concepto de *"armas"* lo que afecta el principio de legalidad, sino la amplia extensión que se le ha otorgado al incluir elementos que no implican un aumento de riesgo a la vida o integridad física.

Participa de esta tesis amplia Ouviña quien el plenario *"Costas"*[11] sostuvo que existe un mínimo acuerdo en considerar que *"arma"* es tanto el objeto específicamente construido para el ataque o defensa, como cualquier otro que, no obstante su distinta naturaleza, ocasionalmente pueda satisfacer el mismo objetivo. En esta inteligencia, Mitchell -como integrante de la sala III de la CNCP-[12], refirió que para la configuración del robo agravado no se requiere una capacidad ofensiva determinada; basta que el arma tenga el poder suficiente para lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad, de lo que se deduce la razón de esta agravante no es la intimidación que sufre la víctima sino el mayor poder vulnerante que con el uso del arma (propia o impropia) tiene el agente para lograr el apoderamiento de cosas muebles ajenas, pues con ello le provoca al sujeto pasivo -independientemente de que éste se sienta intimidado o no- un mayor peligro para su vida o para su integridad física. En consecuencia, concluye que para la procedencia del tipo penal *"sub examine"* no se exige la presencia de intimidación que provoque temor en la víctima, sino que basta con la comprobación de que en la especie el robo se ha cometido con arma, es decir con alguno de los objetos que, de acuerdo a como haya sido empleado, evidencie poder ofensivo y, por ende, mayor peligrosidad por parte del agente. La intimidación padecida por el damnificado no puede ser nunca fundamento del robo agravado previsto en la figura analizada; su presencia o ausencia -cuando se haya demostrado que el robo se perpetró con arma- será simplemente un criterio de mensuración dentro de la escala legal de la pena correspondiente al tipo calificado.

Operada la reforma introducida por la ley 25.882 los sostenedores de esta tesis no han variado su opinión, por lo tanto, el uso de este tipo de objetos continúa definido como conducta ilícita descripta en el concepto genérico de la expresión armas, previsto en el inc. 2 del art. 166 del CP. Claro que en esta clase de objetos poco interesa si el arma es o no apta para el disparo o si es de utilería, pues esta es empleada como instrumento contundente para ser impactado violentamente

[11] La Ley, 1986-E, p. 376

[12] *"Cano, Alejandro E. s/rec. de casación",* sent. del 04/02/2003, La Ley, 2003-E, p. 52.

contra la víctima. De tal modo ejecuta la misma función que un palo, una piedra, una silla, una botella, etc.[13].

3.2.3.) LA TESIS RESTRICTIVA

No admite tal categoría Tozzini (2002:297) quien refiere que en general se admite el concepto laxo de que *"arma"* es todo elemento que aumenta el poder ofensivo del hombre, definición que no concuerda con la mayor precisión que suministra el diccionario de la Real Academia Española: instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o defenderse, criticando la introducción del concepto de arma impropia por resultar violatoria al principio de legalidad.

Asimismo, Juliano (2004ª) observa que todas las palabras tienen un límite de tolerancia o resistencia semántica, superado el cual la legítima función interpretativa de la jurisdicción se convierte en aplicación analógica de la ley, a lo que aduna que observando la problemática desde un ángulo estrictamente material, no puede sostenerse que cuando el legislador habló de *"arma"* haya querido referirse a cualquier tipo de objeto, aún los que en la vida cotidiana aparecen como inofensivos y a los que ninguna persona podría reputar de *"arma".*

Para Grassi (2003:737 y ss.) no cabe duda alguna que el origen del problema parte de la ausencia de una clara definición y por ende a la vaguedad que se le otorgó al concepto *"arma"*, posibilitándose que los intérpretes extrajudiciales y los propios operadores del sistema echasen a rodar un criterio polivalente y divisorio de ellas, separándolas en *"armas propias e impropias"*. Con relación a estas últimas, observa el jurista, la amplitud que se le dio a esta pseudo clasificación otorgó base para que, por extensión del tipo penal e interpretación y aplicación analógicas, se terminase considerando arma a cualquier elemento.

Por su parte, Colombo (2003:52 y ss.) apoyándose en el principio de máxima taxatividad y en la difundida opinión de Hassemer que distingue entre interpretación y analogía, entendida la primera como la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su *"sentido literal posible",* concluye que ello convierte en un escollo difícil de superar por la construcción teórica denominada *"arma impropia"*.

En consonancia con las opiniones que preceden, Buteler (2004:831/2) expresa que aplicar la agravante prevista en la ley a lo que no es arma, ni siquiera parecido en su forma, como una bufanda,

[13] Ver pronunciamiento de la sala II Cámara Nacional de Casación Penal, sent. del 16/12/2005, *"M., A. G., recurso de casación"*, en Lexis Nexis online, documento Nº: 22.94912222.9491

un pedazo de baldosa, un palo u otros objetos, porque aumenta el poder vulnerante de quien atenta contra el patrimonio, está prohibido en nuestro sistema constitucional, en cuanto supone un claro caso de aplicación por analogía. El concepto de *"arma impropia"* implica la creación de derecho represivo y que conforme la definición lexicográfica no hay otra arma que no sea un objeto construido específicamente para aumentar el poder vulnerante de las personas, por lo que la denominación armas propias es innecesaria[14].

Zaffaroni es tributario de este pensamiento, el que expone en distintos votos como integrante de la sala VI de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, donde únicamente admite las armas de fuego como calificante del inc. 2° del art. 166 (en la versión de la ley 20.642), pues lo contrario implicaría –a su criterio- no ya interpretación extensiva, sino analogía *in malam partem*[15].

También piensa así Bruzzone[16] cuando menta que la utilización de una botella y una baldosa, para concretar el desapoderamiento padecido por la víctima no puede ser considerado *"robo con armas",* porque esos objetos no son, técnicamente, armas, simplemente, porque no lo son. "Se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hicieron, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, pero que, por ese solo hecho, no pueden ser incluidos en el concepto de arma. La extensión de la agravante del art. 166, inc. 2°, del Código Penal, excede los alcances de lo que podemos considerar interpretación extensiva, para ubicarse en el plano de la interpretación analógica 'in malam parte' que se encuentra vedada, conforme se desprende, de los efectos y consecuencias, del mandato de certeza con el que debe practicarse la interpretación de los tipos de la parte especial de acuerdo al principio de legalidad (art. 18 de la CN.).

3.2.4.) LA TESIS INTERMEDIA

Moreno -siguiendo a Irureta Goyena- cree que por *"arma"* debe entenderse todo adminículo apto para ofender o para dañar, cualquiera fuese su destino, no debiendo limitarse el calificativo a

---

[14] Un año más tarde el mentado jurista mantuvo igual criterio al comentar un fallo de la Cámara Sexta del Crimen de Córdoba, el cual consideró como arma *"impropia"* a una lima de uñas colocada en el cuello de la víctima.
[15] Sólo contamos con la escueta opinión del distinguido penalista expuesta en el caso *"Cuña Madeira"* del 09/05/1989, La Ley, 1990-C, p. 436. Nos informa Colombo (2002) que el incendio producido en la sede de la Cámara nos ha privado de conocer otros pronunciamientos, entre ellos *"Calabrese, E s/ robo",* donde el magistrado se ha expedido más detenidamente. Sin embargo, como luego se analizará con detenimiento, Zaffaroni ha expuesto acabadamente en obras posteriores su posición sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley penal, lo que tiene directa vinculación con el tema de tratamiento.
[16] Cfr. su voto como juez integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, sent. del 06/05/2004, *"A., M. G. y otros"*, La Ley, t. 2004-D, 483 - Sup. Penal 2004 (agosto), 24, con nota de Diego Juan Avaca.

aquellos objetos destinados al ataque o defensa de las personas. Sin embargo, distingue entre armas empleadas, donde incluía aquellas que hubieran sido fabricadas con un fin diferente al de ataque o defensa, de los casos de armas no usadas en que tal concepto debe limitarse a las que tengan por objeto el ataque o la defensa (1923:145/7).

Gómez (1941:244) al tratar el delito de agresión explica que la ley no define el arma, por lo que ha de tenerse por tal cualquier instrumento apto para ofender el físico de una persona, aunque no estuviera especialmente destinado a ese objeto, requiriéndose que dicho instrumento tenga una evidente potencialidad ofensiva, circunstancias que un arma *"impropia"* es un cuestión que se deberá evaluar en cada caso. Ya específicamente en la figura de robo con armas, el autor (1941:150) incluye las que lo que son en sentido propio y, también, todo objeto con el cual sea posible causar algún daño en el físico de las personas. Pero más adelante aclara que tratándose de armas impropias es menester su empleo, salvo que se demuestre que el delincuente las llevaba *nocendi causa* puesto que podría tenerlas sin la intención de usarlas (1941:156)[17].

Según Aída Tarditti[18] para la ley arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, lo que incluye aquellos que circunstancialmente aumentan el poder de mención debido al efectivo empleo -como medio violento- que se realiza en el ataque contra la propiedad. Asimismo, para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza -como medio violento- lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino. Y tratándose de armas impropias, la sola violencia desplegada con ellas, esto es, el efectivo acometimiento contra la víctima a los fines de vencer su resistencia al desapoderamiento, es suficiente para hacer aplicable la forma agravada del artículo 166 inc. 2º, primer supuesto, aun cuando aquella *vis* no se hubiera traducido en la concreta causación de un daño en la salud, siquiera de carácter leve.

Este mismo órgano jurisdiccional que integra Tarditti también sostiene que la concreta utilización de un elemento inflamable -en el caso gasoil-, efectivamente derramado sobre el cuerpo de los damnificados, a quienes además se les aproximó una llama, configura indudablemente un acometimiento intimidante con arma impropia, que pone en una real situación de peligro a las

[17] Recuérdese que como se refirió en la nota 36 tanto Moreno como Gómez entienden que el robo debe calificarse por el mero llevar o tener armas consigo, aunque las mismas no fueren exhibidas a la víctimas, esto en el caso de las armas propias, lo que es resistido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia como se analizará específicamente en el punto 7, pero en lo que aquí interesa su postura puede catalogarse como intermedia.
[18] Ver Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, sent. del 18/03/2009, *"López, José Augusto"*, La Ley Córdoba, 2009 (octubre), p. 942.

víctimas y por ello también lleva la conducta de los encartados al ámbito del art. 166 inc. 2° del C.P.P.[19].

En el caso *"Maujo, Eduardo G. y otro s/rec. de casación",* el TSJC refiere[20], sin embargo, que la utilización de una bufanda (en dicho supuesto el sujeto activo había sujetado el cuello de un taxista con el objeto de apoderarse de la recaudación), no podía ser catalogada como *"arma"* en los términos de la calificante, puesto que para que el instrumento se convierta en arma impropia, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva, es la voluntad del sujeto que la utiliza -blandiendo o acometiendo- lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino.

Pérez Barberá, si bien en principio adhiere a una tesis restrictiva, invocando pacifica jurisprudencia del TSJC.[21], admite la necesidad de acometimiento, el que define conforme la RAE como embestir con él contra algo, y hacerlo *"con ímpetu y ardimiento"*. De esta forma, quien acomete merece una respuesta punitiva más grave de quien sostiene un objeto en forma amenazante, lo que se vincula a la razón de ser de la agravante, pues el acometimiento genera un peligro real y concreto, mientras que ello no ocurre, la generación de tal clase de peligro es meramente contingente[22].

3.2.5.) LOS PROBLEMAS DE LA ANALOGIA Y LA DETERMINACION

Lo expuesto en los puntos precedentes resulta suficientemente ilustrativo para percibir que la disputa entre los juristas versa, esencialmente, en la mayor o menor extensión de la definición de lo que debe entenderse por el término *"arma"*. Así, no existen controversias en identificar dicho término con aquellos objetos que están destinados a la ofensa o a la defensa (arma propia), lo cual parece presuponer su fabricación para dichos fines. Los que admiten la inclusión de las armas impropias, las entienden como las que si bien no han sido concebidas para el mentado fin, en el caso

[19] Sent. del 13/05/2004, *"Bravo, Antonio M. y otro",* La Ley, Sup. Penal 2004 (noviembre), p. 76.
[20] Sent. del 05/07/2002, La Ley Córdoba 2002, p. 1021 - La Ley, t. 2002-F, p. 33
[21] "*...El argumento referido a una supuesta incongruencia entre la situación de las armas propias y las impropias si se exige -como aquí lo hacemos- que el arma propia tenga una real potencialidad lesiva, no repara en que las segundas la punición más gravosa se justifica no por su calidad o exhibición amenazante, sino por su utilización como medio violento en el ataque contra la propiedad. En efecto, para que un objeto cualquiera sea equiparado a un arma, se requiere no sólo su exhibición amenazante -que sí satisface el tipo agravado respecto de armas propias- sino su efectivo empleo contra la víctima, para perpetrar el desapoderamiento. Es tal condición, entonces, la que reviste a una simple cosa de una peligrosidad concreta.* (fallo *"Vázquez",* Sent. n° 60 del 08/08/02)…".
[22] Ver su voto completo en Cámara de Acusación de Córdoba, *"Bustos, Jonathan Ezequiel y otro", sent. del* 10/06/2009, La Ley Online: AR/JUR/24519/2009. Ver también en el mismo pronunciamiento el voto en minoría de Salazar quien observa que en el hecho hay acometimiento.

pueden funcionar de la misma forma. Esto llevaría a sostener que las denominadas *"armas impropias"* no serían *"verdaderamente"* armas.

Sin embargo, parece poco lógico que por ejemplo dos cuchillos con idéntico poder vulnerante, uno fabricado para uso militar sería un arma, y otro que tiene un fin doméstico o suntuario no lo sería. O, por ejemplo, el mismo herrero que fabrica un cuchillo para matar a su vecino, y otro idéntico para comer un asado. O el que confecciona un cortaplumas para cortar la arteria femoral a su enemigo o para ir de campamento. Por ello, no es posible identificar de modo general la finalidad para lo que fue construido un objeto, con su utilización en el caso concreto, es decir, que poco nos puede aportar la indagación sobre la *"intención"* del fabricante, sino más bien su efectivo empleo.

Por otro lado, la tesis intermedia, si bien se presenta como una alternativa -limitativa de la tesis amplia- a tener en cuenta, sobre todo por la riqueza de sus argumentos, en este punto no resuelve nada porque nada nos dice sobre qué debe entenderse por *"arma"*.

Ahora bien, sostener como regla general que la inclusión de las *"armas impropias"* dentro del concepto de arma vulnera el principio de legalidad, sea mediante la subconcreción de *lex certa o lex estricta*, es erróneo porque ello implicaría apoyarse en una distinción (la intensión del fabricante) que en la mayoría de los casos resulta un tanto absurda. Incluso podría prescindirse de la misma reformulando la definición de *"arma"*, pues toda clasificación debe representar cierta utilidad práctica, y no parece ser este el caso.

No obstante, existen -y siempre existirán- casos particularmente problemáticos[23], en los que la jurisprudencia ha tenido -y tendrá- un criterio vacilante, los cuales caen en una zona de penumbra, pues no existe un uso lingüístico firme que permita incluir dichos objetos dentro del concepto de *"arma"*.

En un esclarecedor trabajo de los profesores Alchourrón y Bulygin (1991:303/28) han expuesto que en los casos en que no existe un uso lingüístico firme respecto de la relación entre dos expresiones, los jueces tienen que tomar la decisión de incluir un caso en la extensión de un predicado, o excluirlo de ella. Al tomar esta decisión, los magistrados no afirman una proposición verdadera o falsa, sino que dan una definición parcial del predicado en cuestión. Proporcionan una definición estipulativa que, como tal, no es verdadera ni falsa. Más aún, esta oración no pertenece al

[23] Probablemente todos los objetos que en general suelen clasificarse como armas *"impropias"* son casos problemáticos. No obstante lo cual admiten distintos grados de intensidad, pues no es lo mismo un palo, una masa o un cuchillo de cocina, que un anillo o una bufanda.

lenguaje, sino al metalenguaje, se refiere al significado de ciertas expresiones del lenguaje. Pero dada esa estipulación, el enunciado del lenguaje *"los «x» son «y»"* expresa una proposición analítica: es verdadera sólo en virtud del significado de los términos relevantes. Se trata de un enunciado interpretativo y es analítico, no fáctico. Sobre la base de enunciados de ese tipo, el juez puede extraer una conclusión lógicamente válida y ese razonamiento muestra que la decisión del juez está jurídicamente justificada.

Asimismo, los juristas relatan que a fin de justificar su decisión, el juez tuvo que establecer una regla semántica para el término. Si respecto del término en cuestión, hubiere existido un uso lingüístico firme, un significado claro, la decisión del juez, también se hubiera basado en un enunciado analítico, más en este caso, el fundamento de tal enunciado no sería una definición estipulativa, sino una definición informativa (esto es, un enunciado metalingüístico que es verdadero o falso con relación a las convenciones lingüísticas vigentes en una sociedad). La diferencia crucial entre los dos casos está en el hecho de que el juez en un caso descubre una regla semántica existente, mientras que en el otro, es él quien la estipula, pues no existe una regla semántica firme y preexistente. En ambos casos, el juez usa un enunciado verdadero, pero vacuo, el enunciado interpretativo usado es analíticamente verdadero, paro vacío, en el sentido que no dice nada acerca del mundo.

Por último, refieren los autores que ninguna oración es verdadera con independencia de las convenciones lingüísticas. La verdad de las proposiciones es independiente de las convenciones lingüísticas. Sólo la verdad de las oraciones (esto es, de entidades lingüísticas) depende de las convenciones lingüísticas. Los enunciados interpretativos no expresan juicios de valor, ni siquiera cuando están basados en definiciones estipulativas. Valoraciones éticas subyacen a muchas de las estipulaciones semánticas del juez, pero una vez tomada su decisión, el enunciado que afirma, no expresa un juicio de valor, sino una proposición analítica. La aceptación de una regla semántica puede estar (y usualmente está) basada en genuinos juicios de valor, esto es, en valoraciones éticas de las consecuencias de adoptar tal o cual decisión, pero la aplicación de una regla semántica nada tiene que ver con valoraciones.

Por otra parte, y yendo al punto que considero neurálgico para tratar de desenmarañar este problema, no existe un pleno consenso en la doctrina de que se entiende por interpretación restrictiva y extensiva y, si esta última, es claramente diferenciable de la analogía prohibida.

Según Larenz (1994:350/1) el significado *"estricto"* es aquél se identifica con la esfera nuclear al que se tiene en primer lugar en cuenta para usar el término, y el *"amplio"* con el significado que, en mayor o menor medida, comprende la esfera marginal, que en el uso general del lenguaje sólo algunas veces se tiene en cuenta. Si se sobrepasa algunas de estas esferas, ello puede implicar analogía o reducción teleológica de la ley, pero nunca interpretación.

Para Roxin (1997:140) analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza; si la regla jurídica que se va a trasladar procede de un precepto concreto se la denomina analogía legal, si procede de varios preceptos se la llama analogía jurídica. En el campo penal ello esta vedado en la medida en que opere en contra del imputado (*in malam partem*), pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad.

Agrega el autor, que la prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación de la ley, que está permitida, de la creación del derecho, que está prohibida. El legislador crea, con el tenor literal de un precepto penal, un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez, quien considera el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico, el contexto sistemático legal y, el fin de la ley. Según esto último, la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Ahora bien, una interpretación al margen de dicho marco, es decir, que no esté cubierta por el sentido literal posible de una norma, constituye una analogía fundamentadora de la pena, lo que es inadmisible.

De lo expuesto se infiere que el mayor problema, consiste en determinar el límite entre la interpretación extensiva y la analogía prohibida. De modo aproximado es posible sostener que la diferencia sustancial entre ambas es que, mientras que la interpretación es la determinación del sentido o significado de un enunciado normativo que se halla dentro de su *"sentido literal posible"*, la analogía supone la aplicación de una nueva norma penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de la letra del enunciado normativo ya existente, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, claro que dicho límite no puede establecerse con precisión matemática (Cfr. Zarini, 2006:102/3). Ello presupone definir a la interpretación extensiva y a la restrictiva una en función de la otra, quedando ambas comprendidas dentro del sentido literal y colapsando esta última con la analogía. Sin embargo, si se entendiese que la interpretación extensiva

puede ser más amplia que la literal, ello la tornaría difícilmente distinguible de la analogía. Es necesario, entonces, hacer algunas precisiones adicionales frente a un tema tan escabroso:

a.) Dentro del abanico de posibilidades que aparecen en la interpretación de una disposición penal, es posible optar tanto por una interpretación extensiva como por una restrictiva, pues el principio *in dubio pro reo* no rige en el derecho penal sustantivo. Claro que dicha opción no implica una decisión arbitraria o caprichosa, sino que debe adaptarse al sentido literal posible del texto y a los reconocidos cánones o métodos de interpretación vigentes, aunque resulte dificultoso trazar límites precisos entre una interpretación restrictiva y extensiva, o entre esta última y la analogía, y menos aún determinar exactamente cuándo nos movemos dentro del sentido literal;

b.) La dificultad de precisar los límites entre una interpretación extensiva y una restrictiva obedece fundamentalmente a la vaguedad del lenguaje. Claro que ello no implica necesariamente una condición negativa o disvaliosa, pues todo ordenamiento jurídico funciona con cierto margen de indeterminación, ya que sería imposible que el legislador pudiera describir con máxima precisión toda conducta humana de modo casuístico, y si lo fuere el funcionamiento práctico del derecho quedaría totalmente atrofiado;

c.) El problema consistiría más bien en determinar el punto mínimo aceptable para que una ley sea considerada determinada, que en si se admite o no la interpretación extensiva. Si bien ninguno de los extremos parece que pueda funcionar plausiblemente, una magistratura especializada, el peligro proviene más de la excesiva determinación que de la indeterminación, no influyendo demasiado la restrictividad o extensividad de la interpretación, en la medida en que se busquen ciertos parámetros que impidan caer en la analogía creadora de hechos punibles o penas, de modo que los jueces no suplan las deficiencias del legislador y, lo que es peor aún, rellenen tipos penales con sus convicciones morales o personales. El mandato de determinación es una exigencia básicamente dirigida al legislador y, de manera secundaria al juez, por eso la admisión o no de la interpretación extensiva es un hecho propio de la actividad judicial. Es que como explican Eser-Burkhardt (1995:52/9), no se debe extremar el mandato de determinación al punto de que las leyes se tornen extremadamente rígidas y casuísticas y no puedan adecuarse a la evolución de la vida, por lo que al legislador no les es posible renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descriptos formalmente con total exactitud y, que por ello, necesitan en cierta medida de la interpretación judicial.

Lo expuesto, aunque no siempre se explicita, parece ser la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Sin embargo, no está exenta de críticas:

i.) Al no poder establecerse con precisión los contornos entre interpretación literal, restrictiva y extensiva, ya que ningún término del lenguaje natural tiene límites determinados de aplicación, la directiva que impone la interpretación literal no podría cumplirse. Esto implicaría la necesidad de redefinir el concepto de *"interpretación literal"*, en el sentido de asignarle a un término su significado usual de conformidad al uso ordinario de las palabras, pero ello confrontaría con la noción de interpretación *"a secas"*, pues ¿Qué otra cosa podría ser interpretar?

ii.) Un camino podría ser argumentar que existen casos claros de aplicación y de no aplicación, y casos problemáticos, en los que las reglas semánticas no determinan si el caso se halla o no comprendido en el alcance del término. Desde esta óptica, la interpretación restrictiva sería aquella que limita el significado del término exclusivamente a los casos claros, mientras que la extensiva la que abarca al menos un caso problemático en su alcance. De ello se seguiría un problema aún mayor: la distinción entre interpretación extensiva y analogía, en la medida en que todo caso de uso de un razonamiento por analogía podría ser presentado como un caso de interpretación extensiva y viceversa, lo que daría la razón a la postura que defienden prestigiosos autores como Bacigalupo (1999:75 y ss.), Ferrajoli (1998:95 y ss.), y Bobbio (1938:109). Sin embargo, dicha posición dejaría latente el problema de la distinción entre interpretación restrictiva y reducción teleológica de la ley, a la que le serían aplicables las mismas objeciones. Frente a ello, la búsqueda de soluciones se bifurcarían: por un lado tratando de reconstruir, ya no un sentido meramente literal posible, sino interpretativo posible, abarcativo de los cánones o métodos de interpretación aceptados, cosa que parece poco plausible; o relativizando de algún modo el concepto de analogía, como por ejemplo reformulando el mandato de determinación o, en fin, redefiniendo los conceptos de interpretación extensiva y restrictiva.

iii.) Parece bastante plausible la última opción, es decir, definir a la interpretación extensiva y a la restrictiva una en función de la otra, quedando ambas comprendidas dentro del sentido literal y colapsando la interpretación extensiva (y también la literal) con la analogía. Dentro del campo de referencia semántico o el sentido literal de un texto es posible que exista más de una interpretación, sin que en principio una prevalezca sobre otra. Ahora bien, si se entendiera que la interpretación extensiva puede ser más amplia que la literal, o en otras palabras, que quedaría fuera

de la literal, ahí sí sería difícil sostener que exista una diferencia tajante entre la interpretación extensiva y la analogía.

iii.a.) Al definir la una en función de la otra, los términos contenidos en las normas generales tendrían en principio el sentido que ellos poseen en el uso ordinario -salvo que el legislador expresamente estipule un cierto significado-: ese sería su significado literal. Tanto la interpretación restrictiva como la extensiva quedarían comprendidas dentro del marco de la interpretación literal, y se definirían una por oposición a la otra, es decir, una interpretación sería calificada como extensiva por comparación con otra más restrictiva y viceversa, una interpretación sería calificada como restrictiva por comparación con otra más extensiva. Desde este punto de vista podría diferenciarse a la analogía de la interpretación extensiva: esta última no transgrediría el sentido literal, mientras que la analogía sí.

iii.b.) De este modo los casos problemáticos de interpretación podrían considerarse como supuestos de analogía y los únicos casos en los que habría interpretación extensiva serían aquellos claramente incluidos dentro del alcance que el uso ordinario o jurídico de una expresión, que eventualmente podrían ser menos restrictivos que otros posibles sentidos que la expresión tenga en el uso corriente o jurídico.

iii.c.) Dentro de esta caracterización los problemas interpretativos que se presentan en el marco de la interpretación literal serían problemas de ambigüedad y no de vaguedad, pues todos los casos comprendidos dentro del tenor literal son instancias claras de aplicación, donde el uso ordinario o jurídico le puede acordar más de un sentido claro. La distinción entre interpretación extensiva y restrictiva, entendida de este modo, se relacionaría entonces con la ambigüedad y la distinción entre interpretación literal y analogía se vincularía, en cambio, con la vaguedad.

3.2.6.) MI OPINION

Sin lugar a dudas habría sido preferible que el legislador argentino hubiera orientado su última reforma en el sentido que lo hizo el proyectista argentino de 2006, al establecer que el robo se agrava por el empleo de arma o por el uso de cualquier objeto que pusiere en peligro la vida o la integridad física. No obstante, de *lege lata* estimo plausible la tesis intermedia.

En principio, el robo con un arma de fuego cargada y apta para el disparo en el caso concreto produce la misma intimidación y riesgo para la integridad física de quien coloca un destornillador en

la yugular del sujeto pasivo. En lo particular, parece que este último caso es mucho más intimidatorio y peligroso que el primero. Sin embargo, no se diría que es necesario que el sujeto activo tenga que hacer algo más para que tengamos que calificar al robo con la severizante de *"armas"* a tales situaciones. Más allá de la mayor o menor intensidad que pueda haber en ciertos casos, parece que determinar la intensidad de la intimidación es una cuestión de hecho, es por ello que Mitchell sostiene que la misma no puede ser fundamento del robo agravado previsto en la figura analizada, lo que llevaría a considerar que no se advierte una diferencia sustancial entre la intimidación que se produce en el robo simple y en el robo con armas. Este novedoso argumento es difícilmente sostenible con el agregado del párrafo tercero al art. 166 inc. 2 del CP., pero más allá de ello, en esta inteligencia se proclamaría la posibilidad de agravar un hurto por el empleo de armas.

Tengo la impresión que lo que los partidarios de la tesis intermedia están tratando de expresar es que en estos casos existe un plus que consiste en el objetivo peligro que corre la víctima del atraco en tal situación, lo que no se verifica en los supuestos de robo simple, como por ejemplo la simulación armada, donde la intimidación puede ser incluso más intensa, pero el riesgo es cuasi nulo. Ello debería ser extensivo no sólo para el caso de las armas impropias, sino también para las propias, pero esta afirmación es problemática. Es que tanto en el robo simple como en el robo con armas (propias o impropias), pueden existir intimidación y riesgo concreto para la víctima (tres expertos en artes marciales que le cierran el paso a un joven exigiéndole la entrega de las zapatillas, con o sin golpes de puño, generan un peligro concreto para la integridad física y/o salud de la víctima). La única forma de argumentar correctamente este problema, sin caer en un casuismo exagerado, es sostener que el legislador ha entendido que la utilización de un arma (propia o impropia) en un atraco genera objetiva y genéricamente para la víctima una mayor intimidación y un mayor riesgo para su salud o integridad psicofísica, de ahí su mayor reproche penal.

Quizás, en términos de la tesis intermedia, pueda explicarse ese plus en la necesidad de tener que acreditar -en los casos de utilización de objetos que caen en la zona marginal o de penumbra (donde hay buenas razones para considerar que es un arma y otras buenas para pensar lo contrario)-, que el objeto sea utilizado de un modo funcionalmente intimidante. Pero con ello se corre el riesgo de incluir cosas que ninguna persona llamaría vulgarmente un *"arma"*. Es que toda definición o estipulación que intentemos del término tiene que compensar dos cuestiones que se encuentran en permanente tensión: el uso que la comunidad lingüística le da vulgarmente y el modo en que el

objeto es utilizado. Lograr un equilibrio entre ambas es algo problemático, pues, por ejemplo, nadie duda que una pistola cargada y apta para el disparo es un arma, pero si no es exhibida, porque el ladrón la lleva consigo por si acaso, no configura la agravante; paralelamente, nadie duda que un cable o un cordel no lo son, pero ajustados en el cuello de la víctima podrían provocar la muerte, lo que -además del peligro concreto- configura una intimidación muy difícil de resistir. En el medio existen también innumerables ejemplos de dificultosa solución. A ello también sería posible adunar una tercera cuestión el contexto de hecho: no es lo mismo un arma de fuego cargada en manos de un experto tirador, que una pesada masa y filoso cuchillo en manos de una persona que se encuentra postrada.

Bien ha dicho en tal sentido Domenech (1982:13/4) que resulta complejo determinar el motivo de la ley, si es que existe, pues más bien parece que son los intérpretes los que suelen tener motivos. Tal lo que ocurriría si se considera como razón de la agravante la mayor peligrosidad del delincuente o la mayor intimidación de la víctima, ya que es precisamente la intimidación el medio del desapoderamiento considerado robo simple y la peligrosidad del agente uno de los motivos de agravación de la pena (CP, 40/1). Concluyendo que la adopción de la tesis subjetiva en la determinación del punto de vista desde el cual debe establecerse la existencia de armas en el caso concreto, no parece sostenerse, pues conduce al absurdo. Si la víctima cree que el dedo meñique del ladrón es una pistola pequeña de calibre también pequeño, habría robo con arma; si el ladrón toma una pistola de juguete creyendo que es verdadera y lo mismo supone la víctima, habría robo con arma. Ello no ocurre –aduna- con la tesis objetiva que al evaluar la aptitud vulnerante de un objeto reputado *"arma"* tiene en cuenta no sólo las características del objeto, sino también el contexto en que es empleado. Así un garrote de telgopor, por sus características, no posee aptitud vulnerante, pero tampoco la tiene una maza pesada en manos de un paralítico.

Es que en el fondo la distinción entre armas *"propias"* e *"impropias"* intenta tratar de explicar o clarificar -probablemente no de la mejor forma-, algo que no tiene una solución precisa para todos los casos posibles, cual es la vaguedad actual o potencial que tiene el término *"arma",* ya que no es posible -salvo que enunciemos uno por uno los objetos que consideraríamos armas y, aún así, se presentarían problemas que no podríamos prever de antemano-, mediante la regla general establecida del art. 166 inc. 2º del CP. contemplar todos los casos posibles, pues siempre llegaremos al punto en que no resulta claro si las expresiones generales se aplican o no al caso concreto, ya que

sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que le faltan otras. En estos supuestos, los cánones de interpretación no pueden eliminar totalmente estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden proveer a su propia interpretación (Hart, 1961:157/8).

Este es el principal problema que genera tantas opiniones divergentes y, si bien, la postura intermedia propone una solución plausible, adicionando para el caso de las armas *"impropias"* la necesidad de que la salud o integridad física corra un peligro concreto, deja subsistente el problema central referente a la extensión del concepto de *"arma"*.

De todos modos plegarse a esta postura intermedia no implica adherir a las opiniones más amplias que abarcan dentro del concepto *"arma",* objetos que la comunidad lingüística en general no los denominaría, como por ejemplo una maquina de escribir, una bufanda, un anillo, un cordel, un pesado candelabro, una hoja de afeitar, una lapicera, etc., que ninguna persona llamaría vulgarmente *"arma,"* más allá que en el caso concreto puedan lesionar o poner en peligro la integridad física o la vida de las personas.

Ciertamente no es posible ofrecer contornos precisos entre los que es o no un arma, y menos aún un listado cerrado y exhaustivo de las mismas, ello esencialmente por la naturaleza cambiante de las cosas y del lenguaje. Seguramente existan objetos que hoy denominamos como armas y mañana quizás no (y viceversa), como así también habrá objetos que no conocemos que en un futuro serán conceptualizados como armas. Si bien la vaguedad actual de las palabras como estas en alguna medida puede ser disminuida, la textura abierta o vaguedad potencial es inevitable. Se impone así un concepto vulgar de arma, independientemente de la tradicional división entre armas propias e impropias, con ciertas precisiones para las armas de fuego que se analizaran al tratar distintas normativas nacionales e internacionales al respecto, que de algún modo estipulan parcialmente el concepto de arma, lo que se verá enseguida.

Para finalizar debe tenerse presente que la reciente reforma introducida por la ley 25.882 (B.O. 26/4/2004) le ha otorgado autonomía típica (o más bien especificidad) a los supuestos de armas cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (entre las que podemos incluir *prima facie* a las descargadas e ineptas) y de utilería. Por un lado, ello implica que si se castigan los casos en que existe ausencia de peligro (arma descargada o de utilería), como mayor

razón deben castigarse los casos en que lo hay (destornillador en la yugular)[24] y, por el otro, ello refuerza el argumento de que la utilización de un arma impropia en el robo requiere algo más que la mera exhibición. Esto se lo puede demostrar por la reducción a lo absurdo. No es lo mismo apuntar a alguien con un destornillador, una lapicera o una jeringa que ponérsela en el cuello con la inmediata amenaza de su uso.

4.) EL ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO (CP, 166, INC. 2º, PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO)

4.1.) DEFINICION DE ARMA DE FUEGO. EL MARCO REGULATORIO LOCAL E INTERNACIONAL

La ley de facto nacional de armas y explosivos lleva n° 20.429 (B.O. 05/07/1973) y contempla en su art. 1° que la adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión por cualquier título, transporte, introducción al país e importación de armas de fuego y de lanzamiento a mano o por cualquier clase de dispositivo, agresivos químicos de toda naturaleza y demás materiales que se clasifiquen como armas de guerra, pólvoras, explosivos y afines, y armas, municiones y demás materiales clasificados de uso civil, quedan sujetos en todo el territorio de la Nación a las prescripciones de la presente ley, sin más excepciones que las determinadas en el artículo 2°.

Este artículo excluye de las prescripciones de la ley: ***a)*** Los actos de cualquier índole relacionados con toda clase de armas, materiales y substancias comprendidas en el artículo precedente, cuando fueran ejercitados por las Fuerzas Armadas de la Nación; ***b)*** Las armas blancas y contundentes, siempre que no formen parte integrante o accesoria de las clasificadas como *"arma de guerra"*.

Por su parte, el art. 3 dispone que los materiales mencionados en el artículo 1° se clasificarán en las siguientes categorías: ***1.)*** armas de guerra; ***2.)*** pólvoras, explosivos y afines y ***3.)*** armas de uso civil, disponiendo en su párrafo final que el Poder Ejecutivo establecerá en la reglamentación de la presente ley los elementos que integran cada una de las categorías. De los puntos ***1.)*** y ***3.)*** se ha ocupado el decreto 395/75 (B.O., 3/3/1975) y sus modificatorios, mientras que del punto ***2.)*** lo ha hecho el decreto n° 302/83 (B.O. 28/2/1983) y sus modificatorios, el cual derogó el decreto n° 26.028 del 20/12/1951.

[24] Ver Sayago (2005:84)

El art. 3 del decreto 395/75 traer algunas definiciones de interés, entre las que se destacan: ***a.)*** **Arma de fuego**: La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia; ***b.)*** **Arma de lanzamiento:** La que dispara proyectiles autopropulsados, granadas, munición química o munición explosiva. Se incluyen en esta definición los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros. Asimismo, se especifica que por **arma portátil** debe entenderse a toda arma de fuego o de lanzamiento que puede ser normalmente transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona, por **arma no portátil** a la arma de fuego o de lanzamiento que no puede normalmente ser transportada y empleada por un hombre sin la ayuda animal, mecánica o de otra persona. Por **Arma de puño o corta,** se entiende a toda arma de fuego portátil diseñada para ser empleada normalmente utilizando una sola mano, sin ser apoyada en otra parte del cuerpo y por **arma de hombro o larga,** a toda arma de fuego portátil que para su empleo normal requiere estar apoyada en el hombro del tirador y el uso de ambas manos. **Arma de carga tiro a tiro,** es el arma de fuego que no teniendo almacén o cargador, obliga al tirador a repetir manualmente la acción completa de carga del arma en cada disparo. **Arma de repetición,** es el arma de fuego en la que el ciclo de carga y descarga de la recámara se efectúa mecánicamente por acción del tirador, estando acumulados los proyectiles en un almacén cargador. **Arma semiautomática,** es el arma de fuego en la que es necesario oprimir el disparador para cada disparo y en la que el ciclo de carga y descarga se efectúa sin la intervención del tirador. **Arma automática,** es el arma de fuego en la que, manteniendo oprimido el disparador, se produce más de un disparo en forma continua.

En el art. 4 comienza a regularse la clasificación del material. En el mismo se entiende por armas de guerra todas aquellas que, contempladas en el artículo 1, no se encuentren comprendidas en la enumeración taxativa que de las "*armas de uso civi*l" se efectúa en el artículo 5 o hubieran sido expresamente excluidas del régimen de la presente reglamentación. De este modo las **armas de guerra** se clasifican en: **1) Armas de uso exclusivo de las instituciones armadas:** Las no portátiles, las portátiles automáticas y las de lanzamiento y las armas semiautomáticas alimentadas con cargadores de quita y pon símil fusiles, carabinas o subametralladoras de asalto derivadas de armas de uso militar de calibre superior al 22 LR, con excepción de las que expresamente determine el Ministerio de Defensa. El párrafo siguiente aclara que todas las restantes, que siendo de dotación actual de las instituciones armadas de la Nación, posean escudos, punzonados o numeración que las

identifique como de pertenencia de las mismas. **2) Armas de uso para la fuerza pública:** Las adoptadas para Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policías Federal y provinciales, Servicio Penitenciario Federal e Institutos Penales Provinciales, que posean escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de dichas instituciones. **3) Armas, materiales y dispositivos de uso prohibido:** ***a)*** Las escopetas de calibre mayor a los establecidos en el inciso 2 apart. c) del artículo 5, cuya longitud de cañón sea inferior a los 380 mm.. ***b)*** Armas de fuego con silenciadores. ***c)*** Armas de fuego o de lanzamiento disimuladas (lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc.). ***d)*** Munición de proyectil expansivo (con envoltura metálica sin punta y con núcleo de plomo hueco o deformable), de proyectil con cabeza chata, con deformaciones, ranuras o estrías capaces de producir heridas desgarrantes, en toda otra actividad que no sea la de caza o tiro deportivo. ***e)*** Munición incendiaria, con excepción de la específicamente destinada a combatir plagas agrícolas. ***f)*** Dispositivos adosables al arma para dirigir el tiro en la oscuridad, tales como miras infrarrojas o análogas. ***g)*** Proyectiles envenenados. ***h)*** Agresivos químicos de efectos letales. **4) Materiales de usos especiales:** Los vehículos blindados destinados a la protección de valores o personas. Los dispositivos no portátiles o fijos destinados al lanzamiento de agresivos químicos. Los cascos, chalecos, vestimentas y placas de blindaje a prueba de bala, cuando estén afectados a un uso específico de protección. **5) Armas de uso civil condicional:** Las armas portátiles no pertenecientes a las categorías previstas en los incisos precedentes. Pertenecen también a esta clase las armas de idénticas características a las comprendidas en los incisos 1, segundo párrafo y 2 del presente artículo, cuando carecieran de los escudos, punzonados o numeración que las identifique como de dotación de las instituciones armadas o la fuerza pública. Asimismo, son de uso civil condicional las armas que, aún poseyendo las marcas mencionadas en el párrafo anterior hubieran dejado de ser de dotación actual por así haberlo declarado el Ministerio de Defensa a propuesta de la institución correspondiente y previo asesoramiento del Registro Nacional de Armas. Este último mantendrá actualizado el listado del material comprendido en la presente categoría.

El art. 5 contempla con carácter taxativo las **armas de uso civil,** que clasifica como: **1) Armas de puño:** ***a)*** Pistolas: de repetición o semiautomáticas, hasta calibre 6,35 mm. (.25 pulgadas) inclusive; de carga tiro a tiro, hasta calibre 8,1 mm. (.32 pulgadas), con excepción de las de tiro Magnum o similares. ***b)*** Revólveres: Hasta calibre 8,1 mm. (.32 pulgadas), inclusive, con exclusión de los tipos "Magnum" o similares. ***c)*** Pistolones de caza: de uno o dos cañones, de carga tiro a tiro

calibres 14,2 mm. (.28), 14 mm. (.32) y 12 mm. (.36). **2) Armas de hombro:** ***a)*** Carabinas, fusiles y fusiles de caza de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticos hasta calibres 5,6 mm. (22 pulgadas) inclusive, con excepción de las que empleen munición de mayor potencia o dimensión que la denominada ".22 largo rifle" (.22 LR), que quedan sujetas al régimen establecido para las armas de guerra. ***b)*** Escopetas de carga tiro a tiro y repetición: Las escopetas de calibre mayor a los expresados en el inciso 1, apartado c) del presente artículo, cuyos cañones posean una longitud inferior a los 600 mm. pero no menor de 380 mm. se clasifican como armas de guerra de "uso civil condicional", y su adquisición y tenencia se regirán por las disposiciones relativas a dicho material. **3)** Los agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos, que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano, sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento y en recipientes de capacidad de hasta 500 cc. **4)** Las armas electrónicas que sólo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano y sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento.

El art. 6 prevé una subclasificación dentro de las armas de uso civil referida a las de uso deportivo. El artículo siguiente exceptúa del régimen de la presente reglamentación: ***a)*** Dispositivos portátiles, no portátiles y fijos destinados al lanzamiento de arpones, guías, cartuchos de iluminación o señalamiento y las municiones correspondientes; ***b)*** Armas portátiles de avancarga y ***c.)*** Herramientas de percusión, matanza humanitaria de animales o similares y sus municiones.

El art. 8 regula todo lo referido a las armas y municiones de colección, disponiendo que las armas portátiles y no portátiles de modelo anterior al año 1870 inclusive y sus municiones o proyectiles, podrán ser libremente adquiridas y poseídas, las que fueren posteriores a dicha fecha, también lo pueden ser, con arreglo al régimen establecido por la presente reglamentación para las armas clasificadas de uso civil. Las armas de guerra portátiles, de modelo posterior al año 1870 y sus municiones, en condiciones de uso, podrán ser adquiridas y poseídas por los coleccionistas autorizados por el Registro Nacional de Armas, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 54 y concordantes de la presente reglamentación.

Una cuestión adicional que hay que agregar, es que tanto la ley nacional 20.429 cuanto su decreto reglamentario 395, tienen como objetivo central legislar cuestiones relativas a la fabricación, exportación, importación, circulación, depósito, transmisión, transporte, fiscalización, venta, adquisición, etc., de armas y municiones que la misma legislación clasifica, como así también la de

otorgar las respectivas autorizaciones a particulares para tener o portar armas de fuego, lo que se vincula directamente a la aplicación de los tipos penales previstos en el art. 189 bis del CP.

Sin embargo, de la clasificación exhaustiva que el decreto realiza respecto de las armas de fuego, no quedan claramente contempladas algunas de elaboración casera, como las conocidas en nuestro país vulgarmente como *"armas tumberas"*, por ejemplo, la que consiste en dos caños de metal soldados en uno de sus extremos, que presentan un elemento improvisado que funciona como una *"púa"* percutora. Al acoplarse un caño al otro que lleva el cartucho encastrado, éstos funcionan u operan como una escopeta de un tiro y con cañón de ánima lisa.[25] Queda claro que -sin perjuicio del encuadre de tales armas en la clasificación que el citado decreto prevé-, si las mismas (como en el ejemplo citado) funcionan utilizando la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia, se las tendrá como armas de fuego, a los efectos de su subsunción legal en los términos del inc. 2º apart. 2º del art. 166 del CP.

Por último deben analizarse dos Convenciones.

A.) LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS (WASHINGTON, 1997)

El 14/11/1997 la República Argentina suscribió el presente convenio el cual fue aprobado por el Congreso Argentino mediante la ley 25.449 (B.O. 04/07/2001). En lo que aquí interesa el punto I. art. 3 define lo que es un arma de fuego la que entiende como ***a.)*** cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas; o ***b)*** cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas.

Debe tenerse presente que nuestro país hizo reserva con relación a esta norma, en el sentido de que excluye de la definición de armas de fuego la expresión *"excepto las armas antiguas fabricadas antes del Siglo XX o sus replicas",* contenida en la parte final del inciso a.), ello como

[25] Ver pronunciamiento de la sala III de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, in re *"RODRIGUEZ, Juan Alberto - GONZALEZ, Gonzalo Luis s /Robo calificado por uso de armas"*, causa n° 1837/04, sent. del 03/03/2005 y, recientemente, el de la sala I del TCPBA, in re *"L ., V. O. s/ recurso de casación"*, causa nº 27.715, sent. del 24/02/2011.

consecuencia de lo dispuesto en el art. 8 del decreto 395/75 que establece la libre adquisición y posesión de armas de colección, portátiles y no portátiles de modelo anterior al año 1870 inclusive.

B.) EL PROTOCOLO CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, SUS PIEZAS Y COMPONENTES Y MUNICIONES, COMPLEMENTARIO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (NEW YORK, 2004)

Dicho protocolo anexo a la convención fue aprobado por el Congreso Argentino mediante la ley 26.138 (B.O. 05/09/2006), a diferencia de la Convención que lo fue con anterioridad mediante la ley 25.632 (B.O. 30/08/2002).

El lo que importa el art. 3 inc. a.) define *"arma de fuego"* en términos más escuetos que la Convención Interamericana al entender: a toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno y, en ningún caso, sin embargo, podrán incluir armas de fuego fabricadas después de 1899.

4.2.) OPINION PERSONAL

Nuestro derecho interno se ha manejado pacíficamente con la definición de *"arma de fuego",* que de modo sintético brinda el art. 3 inc. 1º del decreto 395/75, es decir, aquella que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia. La posterior aprobación por el Congreso argentino de la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego (ley 25.449) ha venido a ampliar tal definición, especialmente, al regular en su punto I, art. 3 inc. b.) que considera como arma de fuego: cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas; no así, la que contiene el art. 3 inc. a.) del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego (aprobado por ley 26.138) que es más compatible con nuestro derecho interno. Corresponde determinar entonces cuál es la ley aplicable, especialmente en lo que se vincula al robo agravado por el empleo de arma de fuego, que prevé una pena un tercio superior al robo agravado por cualquier otro tipo de armas, que no sean de fuego.

Dos años antes de la reforma constitucional de 1994, la CSJN había dejado en claro la supremacía del derecho internacional por sobre el derecho interno en el caso *"Ekmekdjian c. Sofovich"*[26].

Del armónico juego interpretativo de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), aprobada por ley 19.865 y en vigor desde el 27/01/1980, se desprende sin lugar a dudas la primacía del derecho internacional. La violación de una disposición de derecho interno podrá ser alegada como vicio del consentimiento sólo cuando sea manifiesta (cfr. de la Guardia, 1997:201), expresión esta última no exenta de dificultades hermenéuticas.

La reforma constitucional puso fin a toda posible discusión al establecer en el inc. 22º del art. 75 que compete al Congreso:

> *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*
> *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

---
[26] La Ley, t. 1992-C, p. 540 y ss.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional

Queda claro entonces que los instrumentos[27] internacionales gozan, conforme el texto constitucional, de por lo menos jerarquía superior a las leyes. Si, además, los mismos son algunos de los enumerados en el inc. 22º del art. 75 tienen jerarquía constitucional[28], aunque no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, pudiendo cualquier otro tratado sobre derechos humanos, luego de ser aprobado por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, gozar de la misma jerarquía constitucional[29].

La reforma de 1994 ha generado un interesante debate respeto de la supremacía constitucional que no voy ha tratar aquí, toda vez que la misma, tanto de la Convención Interamericana, cuanto del Protocolo por sobre el decreto 395/75 parece indiscutible desde cualquier óptica, más allá del posible conflicto que pueda haber entre los mismos, lo que no puede ser resuelto conforme las máximas *lex posterior derogat lex priori* o *prior in tempore, potior in iure* (cfr. De la Guardia, 1997:209).

Sin embargo, lo que no resulta totalmente pacífico es que tales instrumentos internacionales -a diferencia de los que se refieren a los derechos humanos-, regulen algo más que las obligaciones recíprocas entre los Estados nacionales partes en orden a la represión del tráfico o comercio de armas, no pudiéndose extender sin más al derecho interno en el marco de la interpretación de los tipos penales que regulan los Códigos locales[30].

Como explica García (2002:64) los tratados modernos de derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función del intercambio recíproco de derechos para el

---

[27] Utilizo los términos instrumento, convención, tratado y declaración como sinónimos, aunque el primero resulte por lo común comprensivo de todos.
[28] Como bien señalaba Bidart Campos (1995:555) junto a la Constitución Nacional configuran el bloque de constitucionalidad argentina.
[29] Así se incorporó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por ley 24.556, otorgándole jerarquía constitucional la ley 24.820) y la Convención sobre Imprescriptibilidad d los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (aprobada por ley 24.584, otorgándole jerarquía constitucional la ley 25.778).
[30] Así el voto de Madina en el Plenario nº 24 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, Causa nº 17.833, Sala I. 13/12/2010, *"Herrera, Juan Manuel s/tenencia ilegal de arma".*

beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobarse estos tratados los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Reinaldi (2006:71) fundándolo en la superior jerarquía legal acoge la definición de la Convección Interamericana, reconociendo que amplía la del decreto reglamentario 395/75. Esta también es la opinión de Balcarce (2004:77). Sayago (2005:48) disiente con los mencionados juristas por entender que nuestro derecho interno ha fijado un régimen minucioso relativo a la adquisición, uso, portación, transmisión, etc., de las armas de fuego; en cambio, la Convención tiene por objeto específico, según su Exposición de Motivos, el: "…*impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, debido a los efectos nocivos de estas actividades para la seguridad de cada Estado y de la región en su conjunto, que ponen en riesgo el bienestar de los pueblos, su desarrollo social y económico y su derecho a vivir en paz…"*. Y, a pesar de ello, *"...No pretende desalentar o disminuir actividades lícitas de recreación o esparcimiento, tales como viajes o turismo para tiro deportivo o caza, ni otras formas de propiedad y usos legales reconocidos por los Estados Partes…".* Por ello el autor concluye que le parece evidente que mientras la ley y el decreto reglamentario tienen por objeto regular todo lo relacionado con la utilización de armas y explosivos, dentro del ámbito territorial argentino, las disposiciones de la Convención tienden a impedir la fabricación y tráfico ilegal de armas, municiones y explosivos en el orden internacional.

Coincido con la opinión de Sayago, y si alguna duda cabe, de la propia Exposición se desprende también que: *"...Los Estados Partes tienen legislaciones y reglamentos internos sobre armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, y reconociendo que esta Convención no compromete a los Estados Partes a adoptar legislaciones o reglamentos sobre la propiedad, tenencia o comercialización de armas de fuego de carácter exclusivamente interno y reconociendo que los Estados Partes aplicarán sus leyes y reglamentos respectivos en consonancia con esta Convención…"*. La interpretación armónica que impone la última parte únicamente lo es cuando nos encontramos frente a una cuestión vinculada al tráfico y/o fabricación ilícitos de armas

de fuego, pero no cuando se refiere a la hermenéutica de una disposición del derecho penal material interno.

Lo mismo puede decirse del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que en su Exposición de Motivos establece: *"... Conscientes de la urgente necesidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a causa de los efectos perjudiciales de estas actividades para la seguridad de cada Estado y región y del mundo en general, que ponen en peligro el bienestar de los pueblos, su desarrollo económico y social y su derecho a vivir en paz, Convencidos, por tanto, de la necesidad de que los Estados adopten todas las medidas apropiadas a tal fin, incluidas medidas de cooperación internacional y de otra índole en los planos regional y mundial…".* Y también de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales, cuyo campo regulatorio tienen que ver con los conflictos armados, que tiende adoptar nuevas medidas para prohibir o restringir el empleo de ciertas armas convencionales, conforme se expresa en su Exposición de Motivos.

En esta inteligencia la CSJN ha dicho en el caso *"Arce"*[31] que la garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes, citando el apoyo una opinión consultiva de la Corte Interamericana que reza: *"los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"* (OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 29). Más adelante, la Corte cita la opinión del distinguido internacionalista argentino José María Ruda quien en los trabajos preparatorios del PIDCyP sostuvo que: *"la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado. Todos los individuos deben ser objeto de igual protección, pero no son iguales ante los tribunales, ya que las circunstancias varían en cada caso…".*

Por último, otro argumento que también descarta la aplicación de los mentados instrumentos internacionales y que está directamente vinculado con el principio de legalidad penal (CN, 18 y 75 inc. 2º, DUDH , 11.2; PIDCyP, 15, 1º y 2º y CADH, 9), especialmente, bajo la subconcreción de *lex certa.* En efecto, la forma dispersa y asistemática en que se regula la definición de *"arma de fuego"*, por la Convención Interamericana y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de

[31] La Ley, 1998-A, p. 326, sent. del 10/10/1997.

fuego, a lo que se suma que dichos instrumentos persiguen como objetivo fundamental combatir la fabricación y tráfico ilícitos de las mismas, parece afectar sensiblemente el mandato de determinación.

4.3.) EL PROBLEMA DE LA APTITUD/OFENSIVIDAD

Como atinadamente ha señalado Tribiño (2002:58) los seguidores de la doctrina objetiva discrepan en cuanto a si es el Ministerio Público Fiscal quien debe demostrar la aptitud del arma para el disparo, aun cuando este hecho no se encuentre controvertido, o por el contrario, deba ser la defensa quien lo alegue y pruebe. En este último sentido, el citado autor indica que la SCJBA consideró en un primer momento (causas;*"Ortiz"*, *"Di Fonso", "Díaz"*, entre otras; periodo 1978/84) que el imputado debía comprobar que el arma con que se había cometido el robo estaba descargada o tenía alguna anomalía de funcionamiento que no permitía la salida del proyectil, hasta que en el caso *"Garone",* la Corte dijo que para que opere la calificante era necesario que se utilizara en el robo un arma de fuego apta en el caso concreto (ver voto de Ghione). El fallo *"Manso"* vino a cambiar radicalmente la cuestión, ya que más allá de cualquier cuestión probatoria, del voto mayoritario se desprende que no era necesario acreditar la aptitud u ofensividad de la misma, con lo cual bastaría que a los ojos de los testigos dichos objeto fuere un arma. La CSN ha orientado su jurisprudencia en un sentido similar al que lo hizo la SCJBA en el tramo que va de 1978/84, sosteniendo que no parecía razonable poner a cargo de la parte acusadora la demostración de la idoneidad de los proyectiles, cuando se había comprobado que el arma era apta (caso *"Sánchez"*[32]), que no podía exigírsele a la Fiscalía la prueba de la idoneidad del arma cuando ello no había sido cuestionado (caso *"Aranda"*[33]*)*, que descartar la aplicación de la agravante exclusivamente por la ausencia de secuestro del arma, implica contrariar la doctrina de la Corte, como así también la subsunción legal dada por el *a quo* de robo simple no es derivación razonada del derecho vigente (caso *"Giménez Alfaro"*[34]), que las razones vertidas en el fallo acerca de la inteligencia y alcance del art. 166 inc. 2º no exceden el marco de las interpretaciones posibles que involucra la cuestión (caso *"Ricardo Jesús"*[35]), que exigirle a la parte acusadora la demostración de la idoneidad del arma, cuando la capacidad ofensiva de la misma no fue cuestionada en autos, conllevaría a que a que la

[32] Sent. del 1º/12/1988.
[33] Sent. del 12/03/1996.
[34] Sent. del 03/19/2002.
[35] Sent. del 04/11/2003.

agravante pudiese ser aplicada solamente en casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos (caso *"Villarruel"*[36]).

La reforma al delito de robo con armas iba encaminada a zanjar estos problemas, conforme proclamaba el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo, ya que de una interpretación en sentido contrario de la primera parte del párrafo final del inc. 2° del art. 166, se desprende la necesidad de la prueba de la aptitud del arma de fuego para la aplicabilidad de la figura más grave (párrafo segundo). En tal sentido, la nueva ley parece haberle dado la razón a la tesis objetiva, siendo su implicancia más natural considerar que el arma de fuego debe estar en condiciones de normal funcionamiento en el caso concreto, es decir, debe probarse que el arma puede provocar un daño a la integridad física o la vida de los sujetos pasivos del robo. Un arma descargada, un arma inepta, un arma con municiones de salva, etc. no puede -al menos conforme su uso común-, provocar daño algunos a las personas. Sin embargo, la doctrina legal de la CSJN posterior a la reforma no ha sido consecuente con esta idea, ya que en los casos *"Tedesco"* y *"Santander"* ha mantenido la doctrina iniciada en el caso *"Sanchez"*.

Se enmarca en la tesis correcta Reinaldi (2004:769), al referir que como cualquier otro extremo del delito la aptitud funcional de las armas no puede presumirse. La prueba para acreditar el mentado extremo es, en primer lugar, la pericia balística, que puede determinar fehacientemente el grado de operatividad del arma e, incluso, si tiene aptitud funcional irregular. Cuando las armas están cargadas con municiones que pericialmente no sean encontradas defectuosas, hacen correr a la víctima del desapoderamiento un peligro para su vida o su integridad física, lo que resulta imposible negarlo, así como sostener que con un arma en dichas condiciones *"se podría jugar con tranquilidad a la llamada ruleta rusa",* al decir de Núñez. En cambio, no es menester determinar el poder intimidante de las armas de fuego, porque lo son *"per se"* aunque, por no ser aptas para el disparo o carecer de proyectiles, no hagan correr el riesgo de las armas operativas. En un trabajo posterior, Reinaldi (2006:92) agrega que cuando se emplearon armas operativas está bien -como se expresó en la Exposición de Motivos de la ley 20.642-, que se castigue más severamente el hecho atentatorio a la propiedad que se realice con armas, en razón de los riesgos para la víctima y por su mayor estado de indefensión. A lo que agrega -citando a Carlos J. Lascano- *"Por el peligro de que el autor la lesione o mate disparando su arma, pues ya no se trata de una violencia de efecto puramente subjetivo que facilita el apoderamiento, sino de una violencia de posible efecto real"*.

[36] Sent. del 27/05/2004.

Desde el prisma del derecho procesal es correcto sostener que el tribunal juzgador debe tener certeza de todos los elementos de la imputación, no puede condenar por robo con arma de fuego, si tiene dudas sobre la operatividad o funcionamiento de la misma. Como explica Maier (1996:500): *"…La falta de certeza tanto respecto de la imputación y sus elementos, como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena o la pena. Sólo que cuando se trata de una causa que excluye la condena o la pena, la falta de certeza opera en forma inversa: la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación…".*

En tal sentido, en un pronunciamiento de la sala VII de la CCCC Zaffaroni, con la adhesión de Elbert[37], sostuvo que si bien surgía de la causa que el arma secuestrada era apta para el disparo, no se podía precisar si con los proyectiles incautados podía ser disparada, ya que conforme la jurisprudencia plenaria (*"Costas"*) arma cargada es la que tiene capacidad de disparar en el momento en que se la usó. Como exponía Tozzini[38] resulta un corolario inescindible de la doctrina de dicho plenario el que en cada caso la munición también sea peritada, para verificar no sólo su calidad funcional en sí misma, sino también el que, además, puede ser disparada por el arma de fuego en cuyo interior se secuestró. También Ghione[39] en *"Garone"* orientaba su postura en esta línea al considerar que el elemento *"arma"* simboliza un objeto apto, en el caso concreto y según el modo en que fuere utilizado, para dañar. Tal postura, que podríamos denominar ultraobjetivista, es compartida también por parte de la doctrina. Así, Saez Capel (1988:141) considera como derivación razonada del plenario *"Costas"* la prueba de la capacidad funcional de las municiones.

Si bien es plenamente compartible la idea que para agravar el robo por el empleo de arma de fuego, es menester la comprobación fehaciente del funcionamiento del arma junto a las municiones que lleva en el caso concreto del apoderamiento -lo que implica la comprobación de su ofensividad-, existen distintos supuestos de hecho en donde determinar ello no es tarea sencilla. Las pautas propuestas por la CSJN en los fallos reseñados precedentemente, intentan -no de la mejor forma-, solucionar estas dificultades, que siguen latentes luego de la reforma, aunque circunscriptas esencialmente al párrafo segundo del art. 166 inc. 2º del CP.

---

37 *"Mármol, S/ robo",* sent. del 17/02/1987 en Doctrina Penal, año 11, nros. 41/4, 1988, p. 142.
38 La Ley, 1989-C, p. 536
39 P. 33.715, Acuerdos y Sentencias, 1.985-II-63.

El problema se vincula estrechamente con la valoración de la prueba en el juicio penal, donde rige el sistema de libres convicciones, lo que implica ausencia de reglas abstractas y generales de valoración probatoria, pero no exime de la exigencia de fundamentación o motivación de la decisión, es decir, la expresión de los motivos por los cuales se decide de tal o cual forma, y, con ello, la mención de los elementos probatorios tenidos en cuenta para arribar a una decisión, y su valoración crítica, exigiendo esto último atenerse a las reglas de la lógica y la experiencia, de ahí que se denomine este método valorativo sana crítica racional (cfr. Maier, 1996:870/1).

Sin pretensión de exhaustividad véanse algunos supuestos que pueden presentarse de difícil solución. Es posible que se cometa un robo con lo que a los ojos de las victimas sea un arma de fuego, incluso puede haber un experto conocedor de armas que determine sin lugar a dudas que se trata de un arma verdadera. También dicha persona puede percibir además que el arma estaba cargada, sea porque observó las municiones en el tambor del revólver o vio el preciso momento en el agente introdujo el cargador con balas en la pistola, pero el cualquiera de estos supuestos el arma no pudo secuestrase. Estimo en estos casos que no es posible, bajo ningún punto de vista, probar la ofensividad de la misma. Sin embargo, si en estos supuestos el arma es disparada hiriendo a alguna persona, nadie podrá decir que la misma no es apta y ofensiva, aunque no se la secuestre para comprobarlo pericialmente. Una variante más compleja ocurriría si testimonialmente o por una videofilmación se acreditan los disparos, pero no existe o no se ha recolectado ninguna huella o rastro material de los mismos, no hay vainas servidas, no existe ningún herido ni ninguna impronta en algún objeto sólido, no se constató vestigio alguno de pólvora en la mano del asaltante, etc. Naturalmente, que si en cualquiera de estos supuestos, independientemente de su incautación, se utiliza el arma a modo de cachiporra, la doctrina mayoritaria subsumirá el hecho en los términos del párrafo primero del art. 166 inc. 2. Pero sigamos con el último caso planteado. A simple vista un ultraobjetivista diría que no se encuentra acreditado que dicha arma de fuego pudiera haber causado un daño a la integridad física de las personas, pues podría estar cargada con municiones de salva en vez de las de plomo. No parece ser esto lo más común, pero podría ocurrir.

Estos casos límite deben resolverse en cada supuesto concreto y conforme los elementos probatorios que surgen del debate, las reglas de la lógica y experiencia. Por ejemplo, si no se discutió durante el juicio que las municiones eran de salva, no parece que el tribunal tenga que teorizar sobre dicha hipótesis; si simplemente se alegó tal circunstancia, pero no tuvo apoyo en ningún otro

elemento probatorio, ni siquiera se plantea la duda sobre el funcionamiento del arma. Ahora bien, si se alegó y existen otros elementos probatorios contestes, como que el disparo se produjo en un lugar cerrado y de pequeñas dimensiones sin dejar ningún rastro material, o se demostró que el imputado en otros casos anteriores similares se le había secuestrado un revólver con municiones de salva, se habrá generado al menos una duda que opera en su favor.

Entonces, resulta una derivación lógica de la doctrina objetiva tener que acreditar la aptitud del arma y de la munición en cada caso concreto, sin que para ello se tenga que aceptar supuestos en que tal prueba conduzca al absurdo. Verbigracia: si hay herida una persona con una munición expulsada de un arma, no sería necesario acreditar también ante la falta de secuestro, que la misma se accionó por deflagración a pólvora, porque quizás alguien podría sostener que el proyectil pudo haber sido lanzado de una forma distinta a la habitual, y llevar el encuadre típico al párrafo primero de la citada figura.

La jurisprudencia del máximo Tribunal argentino apunta a tratar de solucionar casuísticamente estos problemas referidos, exigiendo a la parte que lo alega su demostración, lo que confronta con dos derivaciones del principio de inocencia, el *in dubio pro reo* y el *onus probandi* ya que no es posible exigirle a la defensa, en especial cuando lo ha alegado, la prueba de la ineptitud del funcionamiento del arma. Y, además, aún cuando este último razonamiento fuere incorrecto, en la mayoría de los casos tal prueba resultaría de imposible cumplimiento. Si una persona va a robar con un arma inepta que no se secuestra ¿como hace para probar que no funciona? ¿Debe confesar el hecho y entregar el arma inepta para que se perite? Rige el *in dubio pro reo.* Si la parte acusadora no puede acreditar certeramente el correcto funcionamiento del arma y sus municiones, no es posible hacer cargar a la defensa la prueba que el arma estaba descargada o era inepta. Mal que nos pueda pesar en algún caso en concreto este es el correcto funcionamiento de las reglas del proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos (CN, 18/9 y 75 inc. 22º). Obviamente que lo expuesto no impide que la aptitud funcional del arma de fuego pueda probarse por cualquier medio probatorio lícito (principio de libertad probatoria).

5.) ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE UN ARMA "CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUDIERA TENERSE DE NINGUN MODO POR ACREDITADA"

5.1.) LOS PRIMEROS ESCOLLOS DE LA REFORMA

Es de destacar que ya antes de la reforma el TSC había interpretado que el art. 41 bis era aplicable al robo simple (CP, 164) en los supuestos en que el apoderamiento se cometía con un arma descargada o inepta[40].

Surge del optimista mensaje de elevación de la reforma que en el tercer párrafo se contempla el caso del *"...robo cometido con arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba o con arma de utilería...de esta manera se remedia un vacío legal "* . A simple vista puede notarse la discordancia entre el texto que quedó plasmado en la reforma: *"... aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada...",* y lo expuesto en el mensaje de elevación: *"... idoneidad no acreditada...".*

Por otra parte, hay que destacar ya liminarmente que la frase *"vacío legal"* resulta autocontradictoria y trivial, ya que toda conducta que la ley no reprime en el Código Penal implicaría un vacío legal. Ello olvida el alcance del principio de legalidad, como así también el carácter fragmentario del derecho penal y el principio de última ratio. Naturalmente, parece que lo que se quiso plasmar en dicha frase es la jurisprudencia contradictoria que existía en los casos de utilización de armas ineptas o descargadas en un robo, que para la doctrina objetivista encuadraba en el art. 164 y para la subjetivista en el art. 166 inc. 2º, lo que demuestra claramente que no había ningún *"vacío legal"*, sino jurisprudencia y doctrina con distintos enfoques, como sucede en la mayoría de los temas jurídicos. Sin embargo, el agregado de la primera parte del párrafo tercero del art. 166 inc. 2º levantó -casi inmediatamente de su entrada en vigor-, algunas voces críticas que llegaron al punto de cuestionar su validez constitucional, situación esta última que analizaré en el punto siguiente.

Así, Vismara (2004:4) -a un mes de la reforma- sostuvo que la terminología empleada por el legislador ha sido poco feliz, adunando, que en los supuestos en que se secuestra un arma de fuego y se somete a peritaje, demostrándose que no es apta para disparar, deben subsumirse como robo simple (CP, 164), ello conforme una interpretación taxativa. En una misma situación se encontrarían los casos de utilización de armas descargadas, por lo que el autor también afirma, que en esta inteligencia la inclusión del arma de utilería provocaría la incongruencia de castigar más

[40] Ver causa nº 27/2000, caratulada *"Acuña, César Elías s/ robo"*, sent. del 20/12/2000, voto de Tarditti al que adhirió Rubio, en Parma (2001:489).

severamente a quien emplea un arma de utilería, de quien lo hace con un arma de fuego descargada o inepta, aunque interpretar lo contrario implicaría el uso de la analogía prohibida.

A una conclusión similar había llegado en Simaz (2004:1251), al sostener que en los supuestos en que el arma se secuestre y perite, dando como resultado que estaba descargada o que resultaba inepta para el disparo, resulta obvio que no es posible aplicar la escala del párrafo segundo de la norma en análisis, pero tampoco el último porque no es lo mismo no poder acreditar la aptitud para el disparo, que probar que el arma no funciona, por lo que siempre que se pruebe el hecho negativo mentado nos encontraremos con la aplicación del art. 164 del CP.; solución que deviene injusta, ya que la sola duda sobre el funcionamiento del arma no debería agravar la conducta del agente, pues el desvalor de acción resulta idéntico en quien roba con un arma descargada o inepta independientemente que se pueda acreditar o no tal circunstancia en un proceso.

En tal sentido Goerner (2004:193) refería que la mentada frase parece destinada a comprender únicamente el supuesto de ausencia de secuestro del arma empleada en el robo, pues en el caso contrario el arma puede ser peritada y su aptitud acreditada o descartada debidamente.

Donna (2007:224) limita la aplicación del tipo penal a los casos de ausencia de secuestro, excluyendo expresamente los supuestos en que el arma incautó y se demostró su aptitud o ineptitud. Siguen esta tesitura Defranco (2005:285), Castro (2005:313) y Morosi (2005:150), como así también la CCCC, sala IV (c. 29.235, *"Niz García, Alberto"*, sent. del 25/04/2006), sala VI (c. 26.006, *"Moroni, Javier"*, sent. del 17/12/2004), entre otros, teniendo en cuenta básicamente el principio de estricta legalidad.

Otra parte de la doctrina y jurisprudencia no comparte este tesis, que podríamos catalogar de restrictiva, ya que según la misma sólo quedarían incluidos en este tipo penal los supuestos en que el arma de fuego se perite o compruebe de alguna forma su aptitud para el disparo, quedando expresamente excluidos los supuestos en que se determine su ineptitud para el disparo. Básicamente este criterio atraparía los casos de ausencia de secuestro, en que no pueda determinarse la aptitud para el disparo en el caso concreto (CP, 166 inc. 2º, párrafo segundo).

Así, Reinaldi (2004:781) señala que esta escala penal intermedia con mayor razón se debe aplicar cuando se hubiese acreditado la ineptitud del arma de fuego, porque la ley condiciona la aplicación de la agravante mayor a la comprobación cierta de su aptitud.

En igual sentido se enrola D' Alessio (2004:421/2) al decir que todo indica que este tipo penal abarca los casos en que el arma sí fue secuestrada y peritada, y se determinó que era inapta para el disparo de fuego. No se exige demasiado esfuerzo semántico -agrega el autor- interpretar el texto como *"un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no haya podido tenerse por acreditada"* o *"un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se haya acreditado"* o *"un peritaje pudo acreditar la inaptitud"*.

También Marum (2008:304) reconoce que si bien en el tipo penal se encuentran claramente comprendidos los casos en los que no se acreditó la aptitud del arma, no es pacífica la opinión respecto de otros supuestos, como cuando se ha acreditado que el arma es inepta para el disparo, cuando se emplea un arma descargada o cuando se utiliza un arma apta con proyectiles inidóneos, interpretando que el párrafo final del art. 166 inc. 2º comprende todos estos casos son supuestos donde *"la aptitud no pudo tenerse por acreditada"*, sea porque no se probó o porque se probó lo contrario (2008:313).

Traballini de Azcona (2004:251) refiere que si antes de la reforma era cuestionable la doctrina de la Corte Suprema de la Nación que estimaba arbitrario exigir al ministerio Público Fiscal acreditar la capacidad funcional del arma cuando la prueba da cuenta de la existencia y empleo de armas y el imputado ha confesado el hecho, sin cuestionarlo, frente al nuevo texto tal argumentación es inadmisible, pues el supuesto para el cual la Corte argumentaba es ahora el que conforma el tipo objetivo del tercer párrafo del inciso.

Para Estrella y Godoy Lemos (2007:435/6) es necesario que el robo haya sido cometido con un arma de fuego, que no se haya acreditado que en el momento del hecho su mecanismo funcionara correctamente y que se encontraba cargada con sus respectivos proyectiles, una interpretación lógica y sistemática de la ley lleva a la conclusión que con mayor razón será de aplicación la mentada figura en los casos en que efectivamente se acredite que el arma utilizada no tenía aptitud para ser disparada, sea por fallas en el mecanismo o porque estaba descargada.

Sayago (2005:144/5) explica que la formula negativa empleada ha tenido por objeto castigar menos severamente a quien las referencias concretas del suceso indican que utilizó en el robo un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo establecerse, circunstancia en que la ley hace juzgar la duda respecto de la "aptitud" a favor del imputado. Si bien admite como posibilidad propuesta de la tesis restrictiva, destaca que es preciso advertir que en tal caso se estaría castigando

menos severamente el robo con un arma de verdad no hábil para el disparo, que el robo con un arma de utilería, que tampoco tiene aptitud para el disparo y ni siquiera es arma.

5.2.) LAS OBJECIONES CONSTITUCIONALES

Como se ha visto en el punto anterior las tesis en pugna difieren en cuanto al alcance que debe darse a la frase que conforma la figura legal de la primera parte del párrafo final de la disposición en cuestión. Sin embargo, una minoritaria corriente doctrinaria y jurisprudencial ha propugnado la inconstitucionalidad de dicha figura.

Una de las primeras voces que se alzó al respecto fue la de Grassi (2005:851) quien señala que el legislador ha vulnerado gravemente la independencia de los Estados provinciales en la medida en que ingresó abiertamente en una absoluta y concluyente cuestión procesal. Y es así, puesto que todo lo relacionado con la prueba, es decir, los medios de prueba, los órganos de prueba y en especial su ponderación, integran las facultades reservadas por los Estados provinciales y por ende exclusivas de las legislaturas locales. Agrega, que el Congreso Nacional avanzó en un tema esencialmente de prueba y por tanto de innegable naturaleza adjetiva, ya que cuando la mencionada norma penal alude a la imposibilidad de acreditación de la aptitud de disparo del arma de fuego, está planteando una cuestión netamente procesal, pues se refiere a la existencia o no de la misma que, a su vez, integra el elemento objetivo del tipo. Es así que el legislador no sólo reemplaza al juez, sino que a su vez vulnera los principios constitucionales de defensa y de debido procesal, pues si no puede demostrarse la aptitud para el disparo de la presunta arma, es evidente que tampoco puede demostrarse la real existencia de la misma en el hecho. Más adelante, el autor refiere que se vulnera el principio de defensa en juicio, ya que el imputado carece de toda posibilidad de cuestionar el presunto objeto arma y se conculca también el principio del debido proceso legal, en la medida en que legislativamente se invierte la carga de la prueba, con el agravante que traslada en cabeza del imputado y de su defensa comprobar la inexistencia de un objeto de por sí inexistente.

Así se ha expresado también, en un voto en disidencia, Garrigós de Rébori[41], para quien la regulación de fondo ha pretendido hacer valer doblemente una agravación de la figura base. Asimismo, la nueva frase incurre en una descripción contradictoria, pues no es arma de fuego la que carece de aptitud para el disparo, es decir, no podría producir fuego. De esta forma la agravante

[41] CCCC, sala IV, c. 24.781, *"Escudero, Javier Alejandro y otros s/ robo",* sent. del 22/09/2004, en López Gastón (2005:843).

queda vacía de contendido, lo que implica una formulación irracional impropia de los actos de gobierno (CN, 1º). Por otra parte, agrega la magistrada, que mediante la referida expresión legal se ha pretendido eludir una cuestión de mera índole probatoria, zanjándola con una norma de fondo, contraviniendo así el sistema federal, por la cual las provincias se han reservado la facultad de legislar en materia procesal. Mediante dicha presunción también se ven afectados los principios *in dubio pro reo* y de inocencia, atribuyéndose responsabilidad por un hecho, aunque carezca de los elementos indispensables para probarlo.

Comentando y ponderando dicho sufragio adhiere a dicha exposición López Gastón quien expone (2005:823/9) que la norma es irracional porque establece una doble agravación injustificada toda vez que la *vis compulsiva* ya está contemplada como elemento típico del robo simple, es también irracional en honor a su contradictoriedad toda vez que la ley exige que el *"arma de fuego"* debe reunir la cualidad que la diferencia del resto de los objetos considerados armas: el accionamiento de su mecanismo debe ser capaz de utilizar energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras con el objeto de lanzar un proyectil a distancia. Cuando por diversas causas no pueda cumplir con tal finalidad el arma de fuego resultará inocua dejando de serlo, lo que no la hace distinta del "arma de utilería", sino más bien las equipara, en la medida en que mantienen su poder intimidante y carecen de poder vulnerante. Al decir *"arma de fuego no apta para el disparo"* se incurre en la primera contradicción, porque no es arma de fuego la que no pude producirlo.

Asimismo, agrega (2005:829/30) que la disposición afecta el sistema federal de gobierno, ya que dicho supuesto cobraría virtualidad en los casos en que el agente incurriere en un robo mediante la utilización de un objeto que, a los ojos de la víctima o testigos, se trata de un arma de fuego, pero dicho extremo no puede ser corroborado fehacientemente en función de su falta de secuestro y debido a la carencia de disparos provenientes de la supuesta arma. Ello en la inteligencia de pretender agravar la situación del imputado cuando se valga de un aparente arma de fuego, de forma tal de suplir el escollo probatorio de corroborar indubitablemente los dichos esgrimidos por la prueba testimonial. El legislador ha querido, entonces, suplir la ineficiencia estatal en la comprobación del delito, soslayando medidas de prueba establecidas en los códigos procesales penales de las provincias y la Nación. También se violan a su juicio los principio *in dubio pro reo* y de culpabilidad por el hecho, el primero, porque la duda se hace pesar sobre el imputado en forma perjudicial, ya que no sólo debe emplearse lo que para la víctima sea un arma, sino que el autor debe tener conciencia

del medio empleado en función del poder vulnerante respecto del peligro corrido, resultando inadmisible que esta cuestión pueda zanjarse por una presunción que intente sustituir la inevitable prueba del dato real, pues el arma debe ser tal también para el que la usa, dado que es un delito doloso y el conocimiento del sujeto debe abarcar todos los elementos del tipo legal. El segundo de los principios se viola al sancionarse conductas sin el respaldo fáctico, eludiendo las exigencias probatorias indispensables, consagrándose una responsabilidad que excede el hecho (López Gastón, 2005:830/4).

Según Emiliozzi (2008) el tipo penal en análisis se integra de dos elementos interpretativos de distinta naturaleza óntica, la descripción parte de un dato propio de la realidad (arma con aptitud para el disparo) seguido de una negación que, a su vez, precede una consideración propia de la materia procesal y dentro de ésta del ámbito de la prueba. Lo que a su juicio se le critica al legislador es la utilización de un elemento que describe valores de prueba y no un elemento descriptivo de la realidad, lo que transforma un concepto de carácter interpretativo dual en uno de triple variable, pues en el ámbito de los hechos las armas son o no aptas para el disparo, pero al optarse por adicionar un sustrato propio de la materia probatoria, este binomio pasa a conformarse por tres variables posibles: acreditadamente apta para el disparo, arma que no puede negarse su aptitud pero tampoco afirmarse ese extremo y arma inepta para el disparo. La primera de las deficiencias legislativas que se han plasmado en esta norma es la utilización de variables propias de la materia probatoria. Las discusiones entre tesis objetivas y subjetivas han venido a intentar pacificarse mediante la intervención del legislador nacional que ha colocado un corsé interpretativo limitando con ello la tarea intelectual del juzgador. Se ha establecido, vía normativa, una regulación al principio constitucional del in dubio pro reo.

Asimismo, refiere el autor que permitir al legislador esta técnica, que parece tener su raíz en la desconfianza de los mismos en la organización judicial y olvidando que el rol de todo operador judicial tiene una finalidad última limitadora del poder Estatal, podría provocar llevado a su extremo la supresión del principio de inocencia sobre el que se fundamenta el in dubio pro reo mediante la realización de tipos penales *"intermedios"*. Además, se vulnera el principio acusatorio y lo que respecta a las carga de la prueba por el cual es el acusador quien tiene en su responsabilidad la obligación de acreditar los extremos de la imputación, ello así porque ante la posible aplicación de

distintas graduaciones de punibilidad para un mismo hecho al acusador se lo exime de acreditar un extremo, autorizándosele a alegar un hecho negativo para lograr la aplicación de una agravante.

5.3.) OPINION PERSONAL

Conforme lo expuesto surgen tres opciones posibles en cuanto al alcance de la primera parte del párrafo final del art. 166 inc. 2º del CP.

La primera y más estricta postura implicaría aceptar que sólo quedan atrapados por el tipo penal aquellos casos en que no se produce secuestro del arma de fuego y, tampoco, es posible acreditar la aptitud para el disparo. O, el supuesto, en que se incauta el arma se perita y demuestra su aptitud, pero tal peritaje es declarado nulo y no puede volver a reproducirse, por lo que tenemos un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede, ni podrá ser acreditada[42].

La segunda opción, francamente mayoritaria, implica aceptar que independientemente de la incautación y/o peritación del arma de fuego, quedan atrapadas por el tipo penal todas aquellas armas en que no es posible comprobar su correcto funcionamiento: arma descargada, arma cargada pero que no funciona por un desperfecto mecánico, arma cargada y apta, pero con proyectiles inidóneos. Los juristas llegan a esta opinión por diversos métodos interpretativos, esencialmente, por el sistemático y la voluntad del legislador.

Sin embargo, habiendo reexaminado cuidadosamente lo expuesto parece que la cuestión es mucho más sencilla de lo que parece y es posible sortearla desde una interpretación estrictamente literal. En efecto, dentro de la interpretación gramatical es posible sostener que cuando se secuestra un arma de fuego y pericialmente se demuestra que es inepta, tal conducta no queda atrapada por la *"literalidad"* de la norma que negativamente requiere no haber podido acreditar su aptitud (principio de estricta legalidad). No obstante, dentro de la óptica literal puede decirse también que en estos supuestos la *"aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada",* ni siquiera luego del secuestro del arma de fuego, con (o sin) sus respectivas municiones y su posterior peritación, que demuestra el no funcionamiento del arma.

Asimismo, cabe acotar que no encuadran en este caso la utilización de un arma de fuego apta (CP, 166, inc. 2º, párrafo segundo), el empleo de un arma de utilería (CP, 166 inc. 2º párrafo tercero, segunda parte), y los supuestos en que -independientemente de la prueba de su aptitud-, no es posible afirmar certeramente que se trate de un arma de fuego; bien sea porque los testigos no están seguros

[42] Dicha postura se ha defendido en Simaz (2004:1251).

o porque incautado el objeto, no es un arma de fuego, situaciones que oscilarán -según el caso-, entre el art. 164 y el art. 166 inc. 2º párrafo tercero, segunda parte.

Con este alcance hay que adherir a la tesis amplia.

Para terminar se verá el examen constitucional del tipo penal. Como se ha visto en el punto anterior, algunos juristas le atribuyen a esta nueva figura las siguientes violaciones a principios constitucionales:

a.) la afectación a la independencia de los Estados provinciales, al regular cuestiones probatorias, resorte exclusivo de los mismos, como así también la división de poderes, ya la legislatura asumiría funciones propias del Poder Judicial (CN, 1º, 75 inc. 12º y 121);

b.) derivación de lo anterior, es que se afectaría también el principio *in dubio pro reo*, ya que legislativamente se estaría invirtiendo la carga de la prueba. En este orden, cabría agregar todavía la afectación al principio de inocencia y culpabilidad por el hecho (CN, 18/9), atribuyéndose responsabilidad por un hecho, sin el respaldo fáctico correspondiente y aunque se carezca de los elementos necesarios para probarlo;

c.) también se violaría el principio constitucional *ne bis in idem,* pues se agravaría doblemente la figura base, es decir, el hurto, por igual motivo: la intimidación;

d.) se señala todavía una contradicción al agravarse la conducta por la utilización de un arma de fuego, que por definición tiene un mecanismo que utiliza energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras, para lanzar un proyectil, ya que *"un arma de fuego no apta para el disparo",* no sería un arma de fuego en tal sentido;

e.) Por último, hay quienes sostienen que la ley introduce una tercera categoría en lo referente a la aptitud de las armas de fuego, pues habría -a la par de los supuestos en que se determina la aptitud o la ineptitud de las mismas-, casos en que no puede negarse su aptitud pero tampoco afirmarse ese extremo variable.

No se comparten ninguno de estos cuestionamientos.

No es discutible que la frase legal *"cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada"* no denota una técnica adecuada del Congreso. Tal expresión resultaba mejorable con la sólo eliminación de la redacción negativa.[43] Sin perjuicio de ello, cualquiera de las interpretaciones posibles analizadas no tiene las objeciones constitucionales apuntadas.

[43] Podría haberse establecido una fórmula más sencilla como: *"Si se cometiere el robo con un arma de fuego no apta para el disparo."*

En efecto, la nueva disposición apunta a castigar con una pena inferior a la del párrafo segundo (arma de fuego apta para el disparo), aquellos supuestos en que el sujeto activo se vale de un arma de fuego que no resulta apta en el caso concreto por la razón que fuere. Ello no implica ninguna presunción probatoria, ni violación al *in dubio pro reo* o principio de inocencia, ni menos aún, una afectación a la independencia de los Estados Provinciales o que el legislador asuma funciones jurisdiccionales.

Dentro de las interpretaciones literales posibles, considerar que en un robo donde certeramente se prueba que el arma de fuego utilizada no funciona o esta descargada, no veo de qué forma pueda afectar a los principios mencionados. Como la propia Corte Nacional expone la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda una vía para optar por una *"interpretación constitucional"* de la ley, si existen varias interpretaciones posibles debe adoptarse la que lo preserva y no la que lo destruye[44].

Lo que parece confundir, es la situación que se produce ante la ausencia de secuestro del arma, y en tal caso, este hay que ser cuidadoso. La ley no habilita a presumir que cualquier cosa que observa la víctima (un ademán, un movimiento, un caño etc.) se trate de un arma de fuego. La ley sólo permite que en los casos en que -por el medio de prueba que fuere-, se acredite indubitadamente que estamos en presencia de un arma de fuego (secuestrada o no), se imponga una pena atenuada respecto de quien comete igual acción con un arma de fuego (secuestrada o no) que se acredita sin duda alguna su aptitud para el disparo en el caso concreto. En tal sentido, se enmarca en la posición correcta el reciente fallo del TSJC que expresa:

> *No debe confundirse el elemento típico sobre el que debe recaer la duda. Para que por imperio del principio de inocencia el robo quede subsumido en la figura básica del robo simple, la duda debe recaer sobre la utilización o no de armas de fuego en el hecho, circunstancia no prevista por el tercer párrafo del inc. 2º del art. 166 del C.P. donde la incertidumbre recae sobre la operatividad del arma de fuego. Para encuadrar la conducta en este sub tipo, el juez deberá probar la utilización de un arma (de fuego o de utilería) por cualquier medio de prueba (art. 192 del C.P.P.). Acreditada con certeza positiva la utilización de un arma de fuego por parte de los imputados*

[44] LL. 105-161.

resulta imposible subsumir lo acontecido en el tipo básico del robo (art. 164 C.P.), pues la existencia de las armas ha desplazado inexorablemente la conducta hacia la figura del robo calificado por el empleo de armas de fuego[45].

En otras palabras, la duda sobre si el objeto se trata o no de una arma de fuego, debe interpretarse a favor del imputado y, en tal caso, de no demostrarse el encuadre jurídico en los términos de la última parte del citado párrafo será de aplicación la subsunción típica del art. 164 del CP. Asimismo, la duda sobre la aptitud de un arma de fuego que se sabe *"verdadera"* también debe interpretarse a favor del imputado y, en tal supuesto, será de aplicación el párrafo final en su primera parte.

También es incorrecta la alegada doble valoración. Si bien es cierto que desde el prisma del bien jurídico tanto el art. 164 como la norma en análisis se fundamentan en la afectación al bien jurídico libertad mediante la intimidación (además de la propiedad), no viéndose afectado el bien jurídico integridad física, como sucede en los dos primeros párrafos, es indudable que la intensidad en la afectación a la libertad de decisión es mucho mayor en el párrafo final de la disposición. No es lo mismo asaltar a una persona a mano limpia, que con un arma de fuego descargada o inútil, circunstancias que la víctima desconoce, pues a sus ojos es un arma que funciona. Algo similar sucede con la relación existente entre el robo con fuerza en las cosas y el robo agravado por efracción (CP, 164 y 167 inc. 3º), donde más allá que se trate de un lugar habitado, lo que puede darse en cualquiera de los dos supuestos, lo cierto es que el mayor agravamiento obedece a la mayor intensidad en el uso de al fuerza en las cosas.

Tampoco puede admitirse el esencialismo semántico que subyace detrás de la postura que niega el carácter de *"arma de fuego"* a las armas descargadas o que no funcionan, no ya porque desde el punto de vista vulgar ello pueda o no discutirse, sino porque el legislador ha estipulado que así sea, como lo ha hecho también con las armas de utilería. En tal sentido, es atinada la observación de Reinaldi (2004:783/4) en cuanto a que con el nuevo texto son *"armas"* tanto las operativas como las no operativas. La nueva ley ha venido a tener a estos objetos, cuyo empleo no aumenta la capacidad vulnerante, como armas por el mayor poder intimidatorio que implica su exhibición.

---

[45] TSJC, en pleno, *"Nieto, Raúl Alberto s/ robo calificado"*, c. 7/06, sent. del 09/06/2008.

Finalmente, si bien es original el fundamento de Emiliozzi no es correcto interpretar que la reforma ha creado una tercera categoría, a la par de las armas apta o ineptas, esto es, supuestos en que no puede negarse su aptitud, pero tampoco afirmarse ese extremo variable. La interpretación que propongo impide afirmar la tipicidad del párrafo final, cuando existen dudas sobre la existencia de un arma de fuego (apuntar con un dedo, con un caño de metal o con algo que tiene una dudosa apariencia de arma de fuego, no lo es), situación que se produce normalmente ante la ausencia de su secuestro. Tal extremo -la existencia de un arma de fuego *"verdadera"*-, debe estar plenamente probado y en casos de duda se considerará que no ha existido (*in dubio pro reo*). Únicamente cuando lo que se discute es la aptitud del arma, sea porque se probó que estaba descargada o que no funcionó o, que si bien no pudo probarse pericialmente ninguno de estos extremos, surge igualmente que se trataba de un arma de fuego *"verdadera"*, entra a jugar la figura más benigna del párrafo final, primera parte del art. 166 inc. 2º del CP.

Naturalmente, en la práctica muchos de los casos en que no se pueda determinar fehacientemente que era un arma de fuego *"verdadera"*, van a quedar atrapados de todos modos por la segunda parte de este párrafo, que castiga con idéntica pena al que competiere un robo con un arma de utilería, con lo que estos supuestos de simulación armada, que tradicionalmente se castigaban como robo simple, van a pasar ahora al párrafo final. Volveré sobre la cuestión en el punto siguiente.

6.) ROBO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE UN "ARMA DE UTILERIA"

6.1.) CONCEPTO Y ALCANCE DE LA EXPRESION

Ya Gómez en el Plenario Scioscia señalaba que existían excelentes razones de política criminal para agravar el robo cometido con el empleo, como elemento intimidante, de un juguete, un objeto que aparente ser un arma.

Qué debe entenderse por *"arma de utilería"* es una cuestión que ha sido controvertida. Así, alguna doctrina ha criticado la imprecisión de la frase, dudando si dentro de ella quedan comprendidas las armas de juguete, toda vez que las definiciones lexicográficas de ambas son distintas[46].

[46] Ver Vismara (2004:4) y Defranco (2006:285).

La RAE tampoco nos proporciona una definición precisa del término *"utilería"*, ya que su primera acepción es la de conjunto de útiles y, la segunda, la de conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico.

Si uno se atuviera a una literalidad extrema el ámbito de aplicación de la agravante se circunscribiría a los objetos utilizados en tales ámbitos, lo que resultaría un tanto absurdo. En tal sentido, lleva la razón D' Alessio (2004:423) cuando afirma que las definiciones del diccionario son meramente orientativas (a lo que agregaría informativas), alcanzando aquellos objetos que tienen la forma de un arma, pero que no lo son. Hubiera sido más adecuada la utilización del término *"réplica"* en lugar de *"arma de utilería"*[47].

De todos modos, es en última instancia el uso que se le da a tales objetos, que simulan ser armas verdaderas, lo que determinará su inclusión en la categoría de "arma de utilería" y, en fin, en este tipo penal. Así, quien utilice en un robo el juguete de un niño que aparenta ser un arma de fuego verdadera quedará incluido en la calificante. En cambio, quien intenté hacer lo mismo con una pistola de agua color roja, no podrá ser incluido, siquiera en la figura del robo simple[48]. El contexto de hecho y el objeto que se trate será determinante para verificar en el caso concreto la concurrencia de la figura delictiva.

Como lo ha observado cierta doctrina y jurisprudencia siempre debe estarse en presencia de un objeto que imita o reproduce las características externas de un arma, aún cuando la mayor o menor perfección de la réplica no resulte dirimente. Será la apreciación del hombre medio la que determine la aplicación de la agravante[49].

Disiento parcialmente de esto último. Es claro que esta agravante se funda esencialmente en el mayor poder intimidante que implica la exhibición de un objeto similar a un arma de fuego verdadera. Dicho objeto debe revestir las características mínimas de un arma verdadera, lo que debe medirse con el criterio del hombre medio. Por lo tanto, y aunque me pueda sentir muy intimidado, la utilización de un revolver color verde fosforescente con la leyenda *"piñon fijo"* no configurará la agravante. Sin embargo, es posible que una excelente réplica sea advertida por un ojo experto, en cuyo caso el criterio del hombre medio ya no servirá, pues en el caso no se habrá producido la intimidación necesaria para la configuración del tipo, pues no parece sensato intimidarse en el

[47] Correctamente Goerner (2004:193) y Donna (2007:229) equiparan la frase a las replicas de armas.
[48] De una postura similar Donna (2007:230).
[49] Ver Traballini de Azcona (2004:251) y CCCC, sala VII, in re *"Farias, Matías S.",* sent. del 02/11/2004.

conocimiento de que el arma es falsa. Lo dicho vale también para el caso de un arma verdadera en que el damnificado advierta que esta descargada[50].

Por otro lado, si bien de esta líneas surge tácitamente que dentro de la frase *"arma de utilería"*, únicamente quedan comprendidas las de fuego, cierta doctrina lo ha cuestionado proponiendo una interpretación más amplia comprensiva de cualquier clase de arma que se imite, ello en la inteligencia que la ley no especifica que se trate sólo de las de fuego, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*[51]. Ante la notable imprecisión del legislador, que con un mínimo esfuerzo pudo haber sido más preciso, se impone una interpretación restrictiva, no sólo porque la reforma trajo modificaciones únicamente en lo que respecta a las armas de fuego, sino también porque ello fue lo único que se mencionó en la discusión parlamentaria. No existe ninguna referencia a otra arma de utilería que no sea la de fuego[52].

Por último, y a riesgo de ser reiterativo, la reforma ha optado por castigar más severamente que el robo simple, los casos en que se utilice un arma de fuego simulada, por la mayor intensidad en la intimidación que ello genera sobre la víctima, aunque con una escala inferior que en los supuestos en que concurra un riesgo para su salud o integridad física de las personas, supuestos que se han regulado en los dos primeros párrafos. Desde esta óptica -más allá del acierto o desacierto legislativo-, no parece objetable la figura legal arguyéndose que se ha incurrido en una doble valoración, pues como hemos visto en el punto anterior la utilización de un arma de fuego real o una réplica, que a los ojos de la víctima funciona correctamente genera un mayor temor que el robo cometido a mano limpia.

6.2.) HACIA UNA INTERPRETACION TOTAL

El agregado de los dos nuevos tipos penales en el párrafo final del art. 166 inc. 2º del CP, ha venido a trasladar ciertos casos de simulación armada, que desde antaño siempre se consideró regulado en el art. 164 del CP. Sin lugar a dudas ello ocurre cuando el robo se comete con el empleo de una réplica de un arma de fuego, que la víctima no identifica como real. Sin embargo, en aquellos supuestos en que los que los sujetos pasivos no han podido percibir, a los ojos del hombre medio, al

[50] De una opinión distinta Sayago (2005:161/2). Admito, sin embargo, que sería discutible la subsunción en los términos del art. 164 del CP., cuando pese a que la víctima advierte que el arma esta descargada o que el falsa, ha existido una intimidación previa.
[51] Ver Vismara (2004:4) y Defranco (2006:285).
[52] Cfr. en tal sentido las opiniones de D' Alessio (2004:423/4) y Castro (2006:314).

menos un objeto con características morfológicas a la de un arma de fuego, la agravante no podrá tenerse en cuenta bajo ninguno de los tipos penales, y resultará de aplicación la figura del robo simple.

Si bien el motivo de la agravación obedece a la mayor intimidación generada por la exhibición en el acto de apoderamiento de un objeto que simula ser un arma, ello debe tener un correlato objetivo superior a una mera simulación. Quien apunta a la víctima con un dedo, o coloca es su espalda un caño de hierro, más allá que la víctima pueda pensar -engañada por una *mise en scene*-, que se trate de un arma de fuego verdadera, su pura subjetividad no basta para que se aplica la severizante, es como mínimo necesario que a esta se le haya exhibido por lo menos un objeto que tenga similares características a una real[53].

7.) PROBLEMAS CONCURSALES CON LA TENENCIA Y PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS

El modo en que concurre el robo cometido con arma de fuego y la tenencia o portación de armas es un tema arduamente discutido por los juristas, al punto que se ha señalado su concurrencia material, ideal y aparente, esta última por una relación de subsidiariedad o consunción.

El concurso real sólo es posible en mi opinión cuando la portación o la tenencia del arma excede el momento consumativo del robo, quedando incluso comprendido dentro del mismo los casos en que se utilice un arma de fuego para procurar la impunidad, en un momento inmediatamente después al apoderamiento.[54] En otras palabras, ambos hechos serán plenamente independientes cuando se determine que la tenencia (o portación) del arma haya sido en un momento anterior o posterior al momento consumativo del robo, con la excepción que prevé el art. 164 en su parte final.

Al respecto es sumamente interesante –y el más completo que se ha hecho- el análisis de Ziffer (1996:339 y 341), quien afirma que el empleo efectivo del arma producirá el desplazamiento de la figura de peligro abstracto que reprime el acto preparatorio, por aplicación del principio de subsidiariedad tácita. Sin embargo, más adelante, la jurista reconoce que no es sencillo determinar si

[53] Ver en tal sentido Traballini de Azcona (2004:251) y el fallo de la sala penal del TSJC in re *"Laxi, Daniel Alberto",* c. 8/2008, sent. del 13/11/2009.

[54] Así lo ha entendido acertadamente el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al afirmar que: *"...La portación ilegal del arma de fuego acotada al mismo contexto en el que se perpetró el delito de robo queda comprendida dentro de las violencias ejercidas inmediatamente después de cometido el robo, para asegurar su impunidad. Y por ello, al no guardar autonomía la portación respecto de dicho ilícito, resulta erróneo hacer concursar ambos delitos, ya que todo el suceso criminoso resulta completamente atrapado por una única figura delictiva..."* (causa n° 103, sent. del 11/02/02, in re *"Ferreira"*).

estamos en presencia de un supuesto de subsidiariedad tácita o un caso de consunción. Soler participa de esta última postura cuando existen infracciones progresivas, aunque la autora se inclina por la primera solución, ya que la subsidiariedad tiene su fundamento en el hecho de que se trata de un delito que sólo debería ser aplicado en caso de que no exista otro delito que ya lo hubiera captado, por la responsabilidad remanente que debería tener la figura, en el sentido de la pena por el uso de un arma de guerra.

En los supuestos en que la tenencia o portación del arma de fuego no excede el momento consumativo del robo me inclino por la relación de consunción, donde el hecho principal (robo con armas) consume el hecho accesorio (tenencia o portación de armas de fuego). No obstante, es posible concebir la relación de consunción como un caso especial de subsidiariedad tácita presupuesto por la ley, de acuerdo con su sentido contextual (ver Klug, 1989:67).

De todos modos, más allá de la decisión que se adopte, aplicar el concurso real de delitos (CP, 55) a los casos en que no pueda determinarse claramente una tenencia o portación anterior o posterior del *inter criminis* del robo con armas, implicará una doble valoración vedada por nuestra Carta Magna (CN, 18).

Por último, debe mencionarse que seguir esta tesis que se propugna no está exenta de cierta paradoja, pues en el caso de quien cometa una tentativa de robo agravado por el empleo de un arma de fuego de guerra, cuya posesión no exceda el momento consumativo, tendrá en abstracto un mínimo de pena inferior de quien únicamente porte ilegítimamente un arma de guerra (CP, 42, 44, 166 inc. 2º párrafo segundo y 189 bis apart. 2º, párrafo cuarto), asistematicidad que se debe a lo irreflexivo que ha sido el legislador argentino.

8.) CONCLUSION

Durante el último decenio, se ha vuelto particularmente persistente la recurrencia de la legislatura a la reforma normativo-legal en materia penal, con el objeto de dar una respuesta inmediata y efectiva a los problemas de seguridad que aquejan a la sociedad argentina. Un buen ejemplo de ello puede verse en las reformas experimentadas por el título sexto de la Parte Especial del Código Penal, donde se sancionaron las leyes 25.602 (B.O. 20/06/2002), 25.742 (B.O. 20/06/2003), 25.816 (B.O. 09/12/2003), 25.882 (B.O. 26/04/2004), 25.890 (B.O. 10/05/2004), 25.930 (B.O. 21/09/2004) y 26.338 (B.O. 25/06/2008), que introdujeron distintas incorporaciones,

modificaciones, sustituciones y derogaciones, que hicieron perder notable sistematicidad a los delitos contra la propiedad.

Particularmente agitado fue el año 2004 -que en lo que interesa destacar y como se ha visto-, la ley 25.882 agregó dos párrafos al art. 166 inc. 2º del CP., lo que sumado a la sustitución del art. 189 bis del CP., especialmente, en materia de tenencia y portación de armas de fuego, -efectuada por la ley 25.886 (B.O. 05/05/2004)-, cambiaron notablemente el escenario de los delitos vinculados a la *"delincuencia armada"*.[55] Estas reformas tuvieron un origen esencialmente coyuntural, en el caso puntual de las leyes 25.882 y 25.886 el público y notorio secuestro extorsivo seguido de muerte de Axel Blumberg ocurrido en el mes de marzo del año 2004.[56]

Asimismo, si bien en ocasiones el proceso legislativo resulta ser objeto de un estudio previo técnicamente sustentado, la velocidad con que el Congreso sancionó (un mes) estas dos normas y las referencias obtenidas en las discusiones parlamentarias, muestra la improvisación del legislador**,** como así también lo hace el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo que acompaña al proyecto, donde se menciona que se termina con las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, mediante una adecuada técnica legislativa.[57]

No obstante, que –como se ha visto- no se ha podido cumplir con la promesa del optimista mensaje de elevación, la reforma ha traído un aspecto positivo (quizás el único), consistente en el establecimiento de un sistema progresivo de sanciones en proporción al delito cometido y bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Así, quien se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena deberá afrontar una escala penal que va de un mes a dos años de prisión (CP, 162); quien lo haga con fuerza en las cosas o violencia en las personas tendrá un incremento de un mes a seis años de prisión (CP, 164) en la escala punitiva; quien lo haga –además- con un arma de fuego *"verdadera"*, pero cuya aptitud para el disparo no pueda acreditarse o con una réplica, deberá afrontar una pena de tres a diez años de prisión (CP, 166 inc. 2º párrafo tercero); en tanto, que quien realice el robo con un arma *"impropia"* o propia, pero no de fuego, con una sanción de cinco a quince años de prisión (CP, 166 inc. 2º, párrafo primero); culminado con la escala penal más grave de seis años y ocho meses a veinte

[55] Dicha expresión le pertenece al título de un exitoso libro del autor argentino Víctor Félix Reinaldi (2006) que va por su tercera edición y que permite aglutinar un conjunto de figuras delictivas heterogéneas que tienen como denominador común el uso de armas.
[56] Independientemente de que en el caso de la ley 25.882 tiene como antecedente un proyecto del Poder Ejecutivo del año anterior a su sanción.
[57] Cfr. Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Buenos Aires, Año XI, n° 4, mayo de 2004.

años de prisión, los casos en que el robo se cometiere con un arma de fuego apta para el disparo (CP, 166 inc. 2º párrafo segundo).

A su vez, esta progresividad encuentra plena consonancia con los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. En el hurto, la propiedad es lesionada. En el robo a ello se le suma la libertad, cuando existe violencia o intimidación y, en ciertos casos, puede agregarse la puesta en peligro (concreto) de la vida, salud o integridad física de las personas, que a veces puede verse lesionada (lesiones leves). En los supuestos del párrafo final del art. 166 inc. 2º del CP. no puede afirmarse esto último, pues, por un lado, no es posible determinar certeramente que el arma *"cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada"* ponga en peligro la vida o integridad física de las personas, ya que no se sabe si el arma de fuego es ofensiva (es decir, si está cargada y funciona) y, por el otro, lo mismo sucede en el caso del arma de utilería o réplica de arma (salvo que se la utilice impropiamente).

Planteadas las cosas en estos términos, sólo puede justificarse la mayor entidad represiva de estas calificantes respecto del robo simple, en la mayor intensidad en la intimidación que provoca exhibirle a la víctima lo que a sus ojos es un arma de fuego cargada y apta para disparar, pero sólo ello. Esto último se despeja en los supuestos del primer y segundo párrafo de la citada norma, donde la pluriofensividad aparece claramente determinada, ya que allí hay lesión a la propiedad y libertad, y puesta en peligro de la vida, salud e integridad física de las personas. Dado su mayor poder vulnerante, en el robo con armas de fuego aptas esto se ve más patente.

Naturalmente, que si algo hay que objetar a la reforma es la severidad con que el legislador ha castigado estos nuevos tipos penales, especialmente, el robo con arma de fuego apta para el disparo (6 años y 8 meses a 20 años), lo que paradójicamente supera el robo con lesiones graves o gravísimas (CP, 166 inc. 1º) quebrando así la progresividad que culminaría en el robo con homicidio (CP, 165), dando que en el tipo penal del art. 166 inc. 1º el peligro a la integridad física se transforma en lesión, de modo que ahora –incongruentemente- es más levemente castigado quien roba a una persona y la mutila, que quien mediante el empleo de un arma de fuego pone en peligro su salud o integridad física

9.) BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRON, Carlos E. – **BULYGIN**, Eugenio (1991), *“Definiciones y normas”,* en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

BACIGALUPO, Enrique (1999), Principios constitucionales de derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires.

BALCARCE, Fabián (2004), Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal (art. 189 bis), Lerner, Córdoba.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1995), Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, t. VI.

BOBBIO, Norberto (1.938), L´ analogia nella logica del diritto, Serie: Memorie dell istitute Giuridico, la Universitá, Torino.

BUTELER, José A. (2004), *"Arma impropia' que no es 'arma",* nota a fallo*,* Actualidad Jurídica de Córdoba, Derecho Penal, 29/3/2004, año I-Vol. 14. Córdoba, ps. 830/2.

CASTRO, Julio César (2006), *“El nuevo robo con armas ‘sin armas’. La reforma de la ley 25.882”*, en Reformas penales actualizadas, Edgardo A. Donna (Dir.), Rubinzal – Culzoni, Bs. As., ps. 297/319.

CAVALLERO, Ricardo Juan (1981), *“Sobre el delito de robo agravado por el uso de armas”*, La Ley, Buenos Aires, t. 1981A, p. 774.

COLOMBO, Marcelo (2003), *"El robo con armas: un tipo penal sin límites. La peligrosa función del concepto de arma impropia"*, (nota a fallo), La Ley, Bs. As., 2.003-E-52.

CREUS, Carlos (1998), Derecho penal. Parte especial, 6ºedición, Astrea, Bs. As. t. I.

D´ALESSIO, Andrés José (2004), Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial, Andrés José D´Alessio (Dir.), Mauro A. Divito (Coord.), La Ley, Buenos Aires.

DEFRANCO, Gustavo A. (2006), *"Aspectos salientes de las reformas introducidas al Código Penal por las leyes 25.882 y 25.890"*, en Reformas penales actualizadas, Edgardo A. Donna (Dir.), Rubinzal – Culzoni, Bs. As, ps. 277/95.

DE LA GUARDIA, Ernesto (1997), Derecho de los Tratados Internacionales, Abaco, Buenos Aires.

DOMENECH, Ernesto Eduardo (1990), En banda, (nota a fallo), Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, t. 1.990-I.

DONNA, Edgardo Alberto (2001), Derecho penal. Parte especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., t. II-B.

DONNA, Edgardo Alberto (2007), Derecho penal. Parte especial, 2 edición, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., t. II-B.

EMILIOZZI, Gustavo Roberto (2008), *"¿Es constitucional la calificante reglada por el último párrafo del Código Penal?"*, en www.pensamientopenal.com.ar

ESTRELLA, Oscar Alberto – **GODOY LEMOS,** Roberto (1996), Código Penal. Parte especial, Hammurabi, Bs. As. t.II.

ESTRELLA, Oscar Alberto – **GODOY LEMOS,** Roberto (2007), Código Penal. Parte especial, 2° edición, Hammurabi, Bs. As. t. II.

FERRAJOLI, Luigi (1998), Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3º edición, Trotta, Madrid.

FONTAN BALESTRA, Carlos (1969), Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. t. V.

GARCIA, Luis M. (2002), *"El derecho internacional de los derechos humanos"*, en Los derechos humanos en el proceso penal, AAVV, Abaco, Buenos Aires.

GOERNER, Gustavo (2004), *"Apuntes sobre algunas recientes reformas al Código Penal"*, en Reformas penales, Edgardo A. Donna (Dir.), Rubinzal - Culzoni, Bs. As., ps. 190/5.

GOMEZ, Eusebio (1941), Tratado de derecho penal, Compañía Argentina de Editores S.R.L, Bs. As., t. IV.

GONZALEZ ROURA, Octavio (1925), Derecho penal, 2ºedición, Valerio Abeledo, Bs. As., t. III.

GRASSI, Ricardo J. (2003), *"Indefinición del concepto arma en el Código Penal. Indiferencia legislativa y apropiación jurisprudencial*", La Ley, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 2003-3, p. 737

GRASSI, Ricardo J. (2005), *"Ley 25.882. Su intromisión en jurisdicciones locales*", La Ley, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 2005-1, p. 851

HART, H. L. A. (1961), El concepto de derecho, traducido por Genaro Carrió, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

JULIANO, Mario Alberto (2004a), *"El nuevo tipo penal de robo con armas (Ley 25.882)"*, en www.pensamientopenal.com.ar.

KLUG, Ulrich (1989), "Sobre el concepto de concurso de leyes", en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho,* traducción de Jorge M. Seña, Fontamara, México.

LARENZ, Karl (1994), Metodología de la Ciencia del Derecho, traducido por Marcelino Rodríguez Molinero, 4º edición, Ariel, Barcelona.

LOPEZ GASTON, Rodrigo D. (2005), *"La ley 25.882 y el nuevo delito de robo con armas: La peligrosidad de desconocer principios constitucionales en la construcción de los tipos penales. Comentario al fallo "Escudero, Javier Alejandro s/ robo", CNCrim. y Correc., sala IV, causa 24.781, rta. 22/9/2.004,*" (nota a fallo), en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Bs. As., Año 10, nros. 18/9, ps. 817/48.

MAIER, J. B. (1996); Derecho Procesal Penal. Fundamentos. 2º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires.

MARUM, Elizabeth (2008), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (Direct.), Marco Antonio Terragni (Coord.), Hammurabi, Buenos Aires.

MOLINARIO, Alfredo J. (1996), Los delitos, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Bs. As., t. II.

MORENO (h), Rodolfo (1923), El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi, Bs. As. t. V.

MOROSI, Guillermo E. H. (2005), *"El robo con armas según la reforma de la ley 25.882"*, en Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial, Gustavo Aboso (Coord.), B de *F*, Bs. As., ps. 135/54

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (2004), *"El concepto legal de arma y las nuevas figuras del art. 189 bis Cpen."*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Andrés J. D´Alessio y Pedro J. Bertolino (Direct.), Lexis Nexis, Bs. As., fasc. 5, ps. 883/95.

REINALDI, Víctor Félix (2004), *"El robo con armas"*, La Ley Córdoba, (set.), 769-2.004.

REINALDI, Víctor Félix (2006), Delincuencia Armada, 3º edición, Mediterránea, Córdoba.

ROXIN, Claus (1997), Derecho penal. Parte general, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2º edición, Civitas S.A., Madrid, t.I.

SAEZ CAPEL, José (1988), *"¿Se puede estimar razonable consecuencia del plenario "Costas", la prueba de la capacidad funcional de las municiones?"*, en Doctrina Penal, año 11, nros. 41/4, ps. 139/43.

SAYAGO, Marcelo J. (2005), Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley 25.882, Advocatus, Córdoba.

SIMAZ, Alexis Leonel (2004), *"La nueva reforma y consiguientes dificultades del artículo 166 inciso 2º del Código Penal Argentino",* Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, t. 2.004-2, ps. 1.251/3.

SOLER, Sebastián (1987), Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrío, 4º edición, TEA, Bs. As. t. IV.

TOZZINI, Carlos A. (2002), Los delitos de hurto y robo, 2º edición, Depalma, Bs. As.

TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A. (2004), *"El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2°, C.P.). Las formas agravadas de la ley 25.882. El arma de utilería"*, en Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal integrado, Mediterránea, Córdoba, vol. 9, ps. 251/9 y **en** www.eldial.com.ar

TRIBIÑO, Guillermo C. (2002), *"El delito de robo con armas: análisis crítico de un cambio jurisprudencial"*, JA, Bs. As., 31/7/02, p. 53.

VISMARA, Santiago (2004), *"Nuevo régimen del delito de robo con armas"*, La Ley, Bs. As., t. 2004-D-1.080.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996a), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996b), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996c), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. III.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996d), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. IV.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996e), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. V.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996f), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. VI.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - **ARNEDO**, Miguel Alfredo (1996g), Digesto de codificación penal argentina, AZ, Buenos Aires, t. VII.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – **ALAGIA,** Alejandro – **SLOKAR,** Alejandro (2000), Derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires.

ZIFFER, Patricia S. (1996), “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal,* Ad-Hoc, Año II, núm. 3, Buenos Aires, ps. 331 y ss.

Violación de medidas contra epidemias

Por **Sebastián Zanazzi**

Art. 205: ***“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia*”.**

1- Antecedentes históricos y/o legislativos y/o proyectos[1].

En primer lugar, cabe hacer mención al proyecto de Código Penal de 1881 que, en el capítulo destinado a la salud pública, establecía que aquellas personas que violaren una cuarentena en tiempos de epidemia sufrirían la pena de destierro menor[2].

Una redacción similar adoptó el Código Penal de 1886, en el artículo 299, también dentro del capítulo de los delitos contra la salud pública.

Posteriormente, el Proyecto de Código Penal de 1891, introdujo el artículo 243, que ya no hacía referencia a la vulneración de la cuarentena sino a la violación de cualquier medida sanitaria, dispuesta por la autoridad competente, destinada a impedir la introducción o propagación de una epidemia. La sanción prevista era la de ser sometido a penitenciaría de seis meses a dos años[3]. Concretamente, la redacción textual era la siguiente: *“el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia, será reprimido con penitenciaría de seis meses a dos años”*.

El proyecto de 1895 (Segovia), contempló en el artículo 285, la posibilidad de aplicar una pena de penitenciaría de tres meses a un año a quien *“violare la cuarentena u otras medidas de aislamiento y precaución tendientes a prevenir la introducción o propagación de una enfermedad contagiosa…”*. El

[1] La presente recopilación es tomada de las siguientes obras: “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 9”- Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl (dirección); Terragni, Marco Antonio (coordinación); De Langhe, Marcel (supervisión). Comentario al texto del artículo 205 a cargo de Arnaudo, Luis y Garavano, Germán C, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 229/236. En igual sentido, Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo “Digesto de Codificación Penal Argentino", ed. AZ, Buenos Aires-Madrid, 1996; Tomo II. pág. 34, 87, 267, 454 y 649/650; Tomo III, pág. 100, 243, 373; Tomo IV, pág. 116/118, 170/171, 257/258, 401, 622/623, 721/722; Tomo V, pág. 327, 630/632.

[2] Conf. texto del art. 129 citado por Arnedo y Zaffaroni, op. cit. págs. 34 y 87, del citado proyecto Villegas, Ugarriza y García. También, Arnaudo, L. y Garavano, G. C., op. Cit. El diccionario de la Real Academia Española define cuarentena, en su cuarta acepción, como “espacio de tiempo que están en el lazareto, o privados de su comunicación, los que vienen de lugares infectos o sospechosos de algún mal contagioso”.

[3] Conf. Arnedo y Zaffaroni op. cit., Tomo II, págs. 454 y 649, del citado proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo. En igual sentido, Arnaudo, L. y Garavano, G. C. op. cit. También, Fontán Balestra, Carlos (Guillermo A.C: Ledesma –actualizador-), “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo III, 1era edición actualizada y ampliada, La ley 2013, pág. 511. Donna, Edgardo A. “Derecho Penal Parte Especial”, Rubinzal Culzon, Santa Fe-Buenos Aires, primera edición 2002, Tomo II C, pág. 247/248,

tipo penal referido contemplaba una agravante en la pena para el caso en que, como consecuencia del incumplimiento de la medida impuesta, se hubiere afectado a otra persona; para este último caso la pena se elevaba de seis a dieciocho meses[4].

El proyecto de 1906, en el artículo 222, reiteró el texto del proyecto de 1891 (art. 243)[5]; sin embargo, la pena a imponer era de prisión y no de penitenciaría. Asimismo, ésta fue la formulación adoptada por el proyecto de 1917 y por el texto definitivo adoptado por el Código Penal de 1921 (según ley 11.179)[6].

La ley 11.309 agregó al artículo original un segundo párrafo que castigaba la introducción clandestina en el país de alcaloides o narcóticos, pero el decreto-ley 17.567 lo derogó. Desde entonces, todo lo concerniente a la introducción al país de estupefacientes fue regulado en forma particular, con leyes especiales, y cobró autonomía del delito aquí estudiado.

El proyecto Coll-Gómez (1937), mantuvo la redacción del Código Penal de 1921, en el artículo 273[7].

En el año 1941, el Proyecto Peco tipificaba en su artículo 231 el quebranto de las *"... providencias que se adopten por medio de la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia entre las personas…"*; en dicho texto se preveía la pena de privación de libertad, se mantenía el mínimo de la escala penal en seis meses pero se agravaba el máximo de la sanción a tres años[8].

En cuanto al proyecto de 1951, en el artículo 367, definía la conducta como *"la violación de la medidas adoptadas por autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia"*, la amenaza de pena era de uno a dos años de; asimismo, se preveía una figura agravada, con pena de uno a seis años de prisión, para los casos en que, efectivamente, se introdujera o propagara la enfermedad[9].

El proyecto Levene, Maldonado y Laplaza de 1953[10], incluía el artículo 262 en el que se indicaba que la pena aplicable era de seis meses a dos años para el caso en que se produjere la violación de las *"…medidas adoptadas por la autoridad competente con carácter obligatorio a fin de prevenir o localizar una enfermedad contagiosa…"*. En cuanto a la penalidad, introducía la pena de multa como alternativa a la privación de libertad y contemplaba la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación de uno a cuatro años para el caso en que quienes cometiesen el delito fueran personas que realizaran prácticas médicas o actividades vinculadas a esta disciplina.

[4] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit., Tomo III, pág. 100.
[5] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit. Tomo III, op. cit. pág 374 y Arnaudo y Garavano, op. cit.
[6] Conf. Arnedo y Zaffaroni op. cit., Tomo IV Pág. 117, 171, 257 y 401 y Aranudo y Garavano, op. cit.
[7] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit. Tomo IV, pág. 722.
[8] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit. Tomo V, Pag. 632 y Anaudo, L. y Garavano, G. C. op. cit.
[9] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit. Tomo VI, pág. 128.
[10] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit., Tomo VI pág 224 y 305 También, Arnaudo y Garavano, op. cit.

Por otra parte, el art. 263, sancionaba la omisión o retardo de comunicar el haber tenido conocimiento de la existencia de una enfermedad contagiosa a la autoridad por parte de quienes estuvieran obligados a hacerlo.

Finalmente, la figura del artículo 264 introducía la figura culposa.

Sebastián Soler, en 1960, en su proyecto de Código Penal, propuso que las medidas sanitarias violadas debían ser impuestas por ley o por la autoridad competente para impedir el ingreso o propagación de una epidemia. También contemplaba la aplicación de multa como sanción alternativa[11].

Por último, el artículo 240 del Proyecto Integral de Reforma del CP del año 2006, establecía, en el artículo 240, como delito que debía afectar el bien jurídico Salud Pública, el texto siguiente: *"Violación de normas sanitarias. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia*"[12].

2- Bien jurídico ofendido.

El tipo penal tiene por objeto la sanción de aquellas acciones u omisiones dolosas mediante las cuales se puedan producir la introducción o propagación de una epidemia. No de cualquier forma, sino exclusivamente, a través de la violación de las normas impuestas por la autoridad competente.

Donna sostiene que en el fondo, se trataría de una mera desobediencia a las órdenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, recibe un castigo penal especial[13]. Evidentemente, para no caer en un derecho penal formal y administrativo, para ser típica la conducta requerirá la violación a la norma del Estado que haya traído como consecuencia la introducción o propagación de una epidemia o, por lo menos, el riesgo concreto de que ello ocurra. Todo ello, claro está, en relación causal. Es por ello que, a diferencia de la mayoría de la doctrina, sostenemos que se trata de un delito de peligro concreto[14].

A menudo la doctrina crítica la inclinación que tiene el legislador a procurar solucionar cuestiones administrativas con una herramienta tan sensible como la penal. Práctica ésta que ha llevado al ámbito penal a sus actuales desproporcionadas dimensiones, lejos de la idea de *ultima ratio* con la

[11] Conf. Arnedo y Zaffaroni, op. cit. Tomo VI pág. 386 y 488 y Arnaudo y Garavano op. cit.)
[12] Conf. proyecto elaborado por la Comisión para la Elaboración del proyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones M.J. y D.H. Nº 303/04 y Nº 136/05); también citado por Aranudo, L. y Garavano G. C. en la obra ya mencionada.
[13] Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo II-C, editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2013. pág. 248.
[14] Así, Edgardo Alberto Donna sostiene que "el delito se consuma con la realización del acto prohibido o en la omisión del mandato. Se trata de un peligro de peligrosidad en concreto. La doctrina, sin embargo, afirma que se trata de un delito de peligro abstracto, de modo que no es necesario el resultado ni el peligro real y, menos aún, que alguien se contagie, con lo cual convierten la desobediencia en una cuestión vacía en el caso de que se prueba la absoluta falta de peligro al bien jurídico", ob.cit. pág.250.

cual se lo diseñó teóricamente. Los artículos 205 y 206 son un claro ejemplo de ello, y forma parte de las numerosas disposiciones que conforman esta suerte de administrativización del derecho penal[15].

Entonces reitero, para que en la práctica el derecho penal no pierda su naturaleza de última ratio resulta indispensable que en el caso concreto, la violación a la norma conlleve un peligro concreto al bien que tutela la norma (salud pública), para satisfacer un derecho penal respetuoso del principio de lesividad (artículo 19 de la Constitución Nacional) por el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, y la voluntad del estado no es un bien jurídico[16].

Es por ello, que en el caso del artículo 205 del Código Penal, resulta indispensable que la violación a la normativa conlleve la introducción o propagación de una epidemia o, al menos, el riesgo concreto de que ello suceda. El bien jurídico ofendido demanda lesión o puesta en peligro de la salud pública y no una mera desobediencia al estado. Si no se acredita esa afectación a la salud pública, se tratará de una infracción administrativa.

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.[17]

Al respecto cabe señalar que la difusión o ingreso al país de una enfermedad contagiosa puede ser perjudicial para la comunidad toda y, por lo tanto, evitar que tal situación se produzca resulta ser un interés social[18].

En tal sentido, cabe recordar lo sostenido por Carrara: "los delitos contra la salud pública serán, pues, todos los actos por medios de los cuales ciertas sustancias que sirven para la nutrición, para el mantenimiento de la vida de un grupo de hombres y en general para sus necesidades cotidianas, llegan a corromperse, a infectarse, a convertirse en cambio en causa de enfermedades de daños para la salud y aun de muerte para un número indefinido de ciudadanos, y posiblemente de todos. Es innegable que todos los habitantes de una ciudad tienen igual derecho a que no se inficione el aire que los circunda, y el que viola este derecho no ofende a un solo individuo o a una sola familia determinada, sino que ofende directamente a todos los asociados, pues viola un derecho común a todos; y dígase lo mismo del agua y de cualquier otra cosa que puede hacer accesible al uso de todos. Éste no es un daño mediato, que resulte de prever la repetición del acto; es verdaderamente un daño inmediato inherente al hecho especial que se contempla, hecha abstracción de su renovación posible…"[19].

[15] Rafecas, Daniel Eduardo utiliza este argumento para comentar el artículo 143 inciso 4to. del Código Penal en "Delitos contra la Libertad", Luis F. Miño y Stella Maris Martínez, editorial Ad-Hoc, 2da. edición actualizada y ampliada, 2010, pág. 139.

[16] Zaffaroni, Alagia, Slokar "Derecho Penal, Parte General", editorial Ediar, 2002, Bs. As. pág.129.

[17] La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

[18] D'Alessio, Andrés José (director), Mauro Divitto (coordinador) "Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial", editorial La Ley, año 2004, pág. 638 y 656.

[19] Conf. Carrara, Francesco "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen VI"; Editorial Temis, Bogotá 1998, Páginas 262/263, Par. 3172.

Por otra parte, se ha definido el término epidemia como: "una enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas"[20].

La Organización Mundial de la Salud destaca la importancia de la problemática referida a la transmisión de enfermedades, prevención y control de epidemias: "todos los países deberían ser capaces de detectar, comprobar rápidamente y responder de forma adecuada a las amenazas de enfermedades emergentes y con tendencia a producir epidemias, a fin de reducir al mínimo su impacto en la salud y la economía de la población mundial"[21].

Las enfermedades cuyo contagio se pretende evitar mediante la imposición de medidas, son aquellas que afectan a las personas; sin embargo, se ha destacado que ellas pueden ser el resultado de contagio de persona a persona o bien ser consecuencia de un contagio proveniente de plantas o animales que produzcan el desencadenamiento de una enfermedad contagiosa que afecte a los seres humanos[22].

Como señalan Molinario y Aguirre Obarrio, a lo largo de la historia, nuestro país ha sido testigo de diferentes brotes epidémicos que dieron lugar a diferentes medidas de prevención tendientes a evitar su propagación (fiebre amarilla, viruela y cólera por citar algunos ejemplos)[23].

Más recientemente, en el año 2009, se produjo la epidemia de Gripe A (H1N1) que también dio lugar a la adopción de medidas tendientes a evitar el contagio de esa enfermedad[24].

También cabe mencionar, a modo de ejemplo, que se encuentra vigente el Plan nacional de vacunación que establece un calendario de aplicación de diferentes vacunas tendientes a prevenir diferentes enfermedades[25].

3- Conducta.

La conducta consiste en violar las medidas adoptadas por la autoridad competente tendientes a evitar la introducción o propagación de una enfermedad contagiosa; por ello, es dable entender que el comportamiento penado puede consistir tanto en una acción como en una omisión.

[20] Conf. definición del diccionario de la Real Academia Española disponible en rae.es), también hacen referencia a esta definición Garavano y Arnaudo en la obra citad ya citada.

[21] Conf. http://www.who.int/csr/es/.

[22] D'Alessio, op. cit., Donna, op. cit; Soler "Derecho Penal Argentinio", Tomo IV, editorial TEA, Buenos Aires 11ª reunpresión, pág. 681/683 y Buompadre, Jorge, Eduardo "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II, Editorial Astrea, 3era edición actualizada y ampliada, pág. 539. En el mismo sentido, Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal", Parte Especial, Tomo II-C, editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2002, pág.248.

[23] Molinario, Alfredo J. "Los Delitos", Tomo III (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), editorial TEA, año 1999, pág. 132/134.

[24] A modo de ejemplo, Res. MTE y SS n° 471/09, citado por Garavano y Arnaudo, op. cit y en en igual sentido la Res. n° 182/2009 de la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública (infoleghttp://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/155184/norma.htm)

[25] BCG: Tuberculosis (formas invasivas); HB: Hepatitis B; Neumococo conjugado. Previene la meningitis, neumonía y sepsis por neumococo.; DTP-HB-Hib: (Pentavalente) difteria, tétanos, Tos convulsa, Hep B, Haemophilus influenzae b; DTP-Hib: (Cuádruple) difteria, tétanos, Tos convulsa, Haemophilus influenzae b; OPV: (Sabin) poliomielitis oral; SRP: (Triple viral) sarampión, rubeóla, paperas; HA: Hepatitis A; DTP: (Triple bacteriana celular) difteria, tétanos, Tos convulsa; dTpa: (Triple bacteriana acelular) difteria, tétanos, Tos convulsa; dT (Doble bacterinana) difteria, tétanos; VPH: Virus papiloma humano; SR: (Doble viral) sarampión, rubeóla; FA: (Fiebre amarilla) residentes o viajeros a zonas de riesgo; FHA: (Fiebre hemorrágica argentina) residentes o trabajadores con riesgo ocupacional en zonas de riesgo. Información disponible en http://www.msal.gov.ar/index.php/ayuda/184-calendario-nacional-de-vacunacion-2013

De ello deriva que, por tratarse de una ley penal en blanco, para verificar en qué consiste la acción de violar (o quebrantar) las disposiciones impuestas habrá que completar el tipo con una disposición que defina la situación con la mayor certeza y que establezca la prohibición o mandato con la claridad requerida por el principio constitucional de legalidad. Por supuesto, allí aparece el problema de la remisión de la ley penal a otras leyes o a normas emanadas del Poder Ejecutivo, y toda la problemática de la validez de las leyes penales en blanco en este último supuesto.

Las leyes penales en blanco se clasifican en dos categorías, una propia, que son aquellas que emanan de normativa legal en sentido material pero que no son sancionadas por el órgano legislativo que tiene facultades para sancionar normas penales, y otra impropia, que son aquellas que remiten a legislación, de igual jerarquía, emanada del legislador con competencia para sancionar tipos penales[26].

No se incursionará aquí en la discusión acerca de la validez de las leyes penales en blanco. Solo se indicará que las leyes penales en blanco son aquellas que son complementadas por cualquier otro tipo de disposiciones normativas, generalmente emanadas del Poder Ejecutivo, que pueden revestir o no el carácter de excepcionales o transitorias, permanentes o de emergencia y que, al servir de complemento, su infracción es la que constituye delito. La Corte Suprema confirió validez a este tipo de técnica legislativa y afirmó que la Constitución permite -bajo ciertos requisitos- las leyes penales "en blanco"[27]; luego, el P.E.N. reglamenta la ley y llena el contenido de la infracción.[28]

Es que, en el campo de política sanitaria, al igual que sucede, por ejemplo, en materia política económica y, con mucha más razón en el primero de los supuestos enunciados, la rapidez y versatilidad de formas de afectación del bien jurídico, la urgencia en la adopción de medidas necesarias para neutralizar cualquier posible afectación a la salud, transforman esta técnica legislativa en la más adecuada para la protección de la salud de todos los ciudadanos. En tal sentido, sostuvo la Corte que "La existencia de las leyes penales en blanco halla justificación en la peculiar naturaleza de las materias que regulan; como es el caso de las infracciones a las leyes reglamentarias de la policía económica y de salubridad, las cuales al vincularse a situaciones sociales asaz fluctuantes, exigen una legislación de oportunidad, requisito que sólo está en condiciones de satisfacer una norma extrapenal"[29].

La ley se refiere expresamente a las medidas adoptadas por las autoridades competentes entendida esta última expresión en el sentido amplio de autoridad nacional, provincial o municipal, facultada para dictar normas generales o particulares tendientes a evitar la introducción o propagación de una epidemia[30].

---

[26] De tal modo se ha dicho: "…la ley penal se limita a establecer una conminación, dejando que la acción prohibida la determine otra ley, que puede ser también formal, pero que por lo general no lo es: se trata de las llamadas leyes penales en blanco (que también se llamaron conminaciones penales ciegas)… o sea, las que reenvían a otra norma emanada de la misma fuente. Este reenvío puede ser interno (a otra disposición de la misma ley) o externo (a otra ley de igual jerarquía que la penal)….", op. cit. Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Derecho Penal. Parte General", editorial Ediar año 2003, Pág. 115/116.

[27] Fallos: 204:359; 237:636; 254:315; 275:89; 301:395; 304:892 y 308:1224; 2043 y 2650; 312:1920, entre muchos otros

[28] De Luca, Javier Augusto, "Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional", editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1997 (hay segunda edición actualizada) y "La garantía constitucional de retroactividad de ley penal más benigna y su violación en las leyes penales económicas en blanco con el pretexto de subsistencia de la lesión al bien jurídico protegido" en el Congreso Internacional de Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. 11 al 14 de agosto de 1997. Buenos Aires. Argentina.

[29] Fallos: 323:3426

Por ello no integra el tipo penal los meros consejos, recomendaciones, publicidades que se hagan por vía del Estado o de organizaciones no gubernamentales.

Ahora bien, aquí la conducta típica es definida como la violación de aquellas medidas que emanan de una disposición estatal (sea que provenga del poder legislativo y/o ejecutivo, ya sea por decreto o por una disposición ministerial), que deben ser de carácter obligatorio y cuyo objeto sea el impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Por ello, entendemos que el texto del artículo se refiere a la realización de conductas activas que conllevan la violación de una norma antepuesta de carácter prohibitivo o, también, a las omisiones de realizar las debidas, que consisten en el incumplimiento de normas antepuestas de carácter imperativo.

Sin embargo, y a partir de la discusión doctrinaria acerca de la validez de los tipos penales en blanco, existen autores que sostienen que la única interpretación constitucionalmente válida de este artículo impone que se considere que la remisión efectuada deba ser completada por leyes formal y materialmente válidas emanadas del Congreso Nacional (art. 75 inc. 12), en su función de legislador en materia penal. Ello, en virtud de que conforme al principio de legalidad, es la legislación nacional la única que puede sancionar tipos[31]

En cuanto al significado del término introducir debe entenderse que ella se refiere a la posibilidad de que se produzca el ingreso en el territorio sometido al control estatal de una enfermedad contagiosa que pueda afectar a un número indeterminado de personas, en cuanto son las autoridades estatales las que tienen la responsabilidad de asegurar que no se vea afectada la salud pública.

Por otra parte, la posibilidad de propagación se refiere a que la epidemia se extienda de modo tal de que puedan resultar afectadas un mayor número de personas o que la enfermedad contagiosa se expanda a lugares que no se encuentran afectados.

4- Tipicidad objetiva.

El delito analizado puede ser cometido por cualquier persona; se trata de un delito común (*delicta comunia*) y, por ello, puede ser sujeto activo cualquier persona que realice la acción u omisión prevista legislativamente en la normativa que complemente el tipo penal en blanco; sin embargo, se ha sostenido que solo será posible establecer si existe alguna obligación específica para determinadas personas en los casos en que las disposiciones que completan el tipo penal hagan especiales referencias a la actividad que desempeñan[32].

[30] Fontán Ballestra, Carlos y Ledesma, Guillermo, “Tratado de Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo III, editorial La Ley, 2013, pág. 512.
[31] En favor de la constitucionalidad de la figura Fontán Balestra -quien cita a Eusebio Gomez-; Soler, Núñez, Molinario y Aguirre Obarrio -quienes destacan la posición de Malagarriga que opina que el tipo penal en estudio es inconstitucional-; en cuanto a Donna, destaca la complejidad que tiene la problemática referida; obras ya citadas.

[32] Conf. Arnauda y Garavano, op. cit.

El sujeto pasivo, es indeterminado; al tratarse de un bien jurídico colectivo (salud pública)[33].

5- Tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso, en tanto se requiere el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, completados por la normativa a la que se remite, mediante el incumplimiento del mandato (omisión) o la violación de la prohibición (acción)[34].

No se observan impedimentos para admitir las tres posibles formas de dolo (directo, indirecto y eventual).

Son aplicables las reglas del error de tipo, respecto de lo cual cabe destacar que la exclusión del dolo deja atípica la conducta por no encontrarse contemplada la figura culposa. El sujeto debe conocer que con su conducta está transgrediendo una disposición obligatoria. En tal sentido, sostiene Fontán Balestra-Ledesma que "el dolo abarca el conocimiento de la existencia de una norma válida por la que se adoptan medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia y la voluntad de incumplirlas mediante acción u omisión".[35] En el mismo sentido, Donna afirma que "el delito es doloso y exige el conocimiento de la medida, de su obligatoriedad y la voluntad de incumplirla"[36].

6- Consumación y Tentativa.

La mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto[37], por lo que el tipo se consumaría con la mera acción o la omisión mediante la cual se vulnera la normativa sanitaria. Para nosotros, una interpretación más estricta, conforme el principio de lesividad, lleva a la necesidad de que dicho peligro sea concreto y, de esa manera, diferenciar el delito de una mera infracción administrativa. Esto es, que se trate de un peligro próximo y objetivable para la salud pública. Luego, en nuestra opinión y como sostuvimos al referirnos al bien jurídico ofendido, en cada caso concreto deberá verificarse que la transgresión a la norma haya efectivamente causado la propagación de una enfermedad o, por lo menos, el riesgo de que ello ocurriera.

En cuanto a la tentativa, se aplican las reglas generales relativas a tal concepto.

7- Autoría y participación.

---

[33] Conf. Carrara, Soler, Nuñez, Creus, Arnaudo Garavano, D'Alessio, Bompadre, obras ya citadas.
[34] Así: Creus, Soler, Donna, Fontán Balestra, D'Alessio, Garavano y Arnaudo, Buompadre, Nuñez (obras citadas).
[35] Fontán Balestra y Guillermo A.C. Ledesma, ob. cit., pág. 512
[36] Edgardo Alberto Donna, ob. cit., pág. 250.
[37] Así: Soler, Creus, Fontán Balestra, D'Alessio, Garavano y Arnaudo (obras citadas). En contra, Donna, para quien el peligro requerido debe ser concreto, op. cit.

Tal como se ha dicho, habrá de entenderse que las reglas de la autoría y la participación deberán regirse de conformidad con principios generales de dichas materias; sin perjuicio de las cuestiones específicas que puedan imponer mediante la legislación que complementa el tipo pena.

Bibliografía:

Núñez, Ricardo “Tratado de Derecho Penal (Tomo V-Volumen I)”, editorial Marcos Lerner, Córdoba, año 1992.

- Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal. Parte Especial (Tomo II)”, editorial Astrea, Buenos Aires, séptima edición, año 2007.

- D’Alessio, Andrés José (director) Mauro Divitto (coordinador) “Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial”, editorial La Ley, año 2004.

- Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, editorial TEA, décimo primera edición (actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio), Buenos Aires, año 1999/2000.

- Fontán Balestra, Carlos “Derecho Penal. Parte Especial” (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), editorial Abeledo Perrot, décimo séptima edición, Buenos Aires, año 2008.

- Fontán Balestra, Carlos (Guillermo A.C: Ledesma -actualizador-), “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo III, 1era edición actualizada y ampliada, La ley 2013.

- Molinario, Alfredo J. “Los Delitos. Tomo III” (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), editorial TEA, año 1999.

- Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl (dirección); Terragni, Marco Antonio (coordinación); De Langhe, Marcela (supervisión) “Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 9”. Comentario al texto del artículo 205 a cargo de Garavano, Germán C. y Arnaudo, Luis, editorial Hammurabi, año 2010.

- Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo “Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo I a VII.

Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte General”, editorial Ediar año 2003.

-De Luca, Javier Augusto “Leyes penales, más benignas, en blanco y Constitución Nacional", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, segunda edición actualizada, abril 2010.

-De Luca, Javier Augusto “Omisión impropia, legalidad y congruencia” (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 “Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado”, del 11 de diciembre de 2007), publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, Nº 5/08, mayo de 2008.

-Donna, Edgardo A. “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II C”, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé-Buenos Aires, año 2002.

Violación de leyes de policía animal

Por **Sebastián Zanazzi**

Art. 206. "*Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal*[1]. "

1- Antecedentes históricos y/o legislativos y/o proyectos.

En primer lugar, cabe destacar que -antes de su consideración como delito- el supuesto de hecho citado era considerado una contravención. Así lo estableció el Proyecto de 1891, en el artículo 348 inc. 18[2].

El tipo penal aquí analizado encuentra su primer antecedente en el Proyecto de 1906, que en el artículo 223 reprimía la violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal con prisión de uno a seis meses[3].

Dicho texto fue reiterado en el artículo 206 del Proyecto de 1917 y así se incorporó al Código Penal de 1921 por ley 11.179[4].

El Proyecto Coll-Gómez, art. 274, mantuvo la redacción[5].

El Proyecto Peco, postuló la reforma del mencionado tipo penal, mediante la incorporación del artículo 231, inc. 2º. Se fundamentó la reforma en la posible afectación de la salud pública que pueden tener las infracciones a las normas sanitarias en virtud de las eventuales repercusiones epidémicas que pudieran producirse en humanos, lo cual se incorporó en la descripción de la figura[6], al indicarse que era aplicable: "…si creare un peligro de epidemia humana".

La ley de facto 17.567[7], introdujo una nueva modificación mediante la cual se incorporó la posible *"introducción o propagación de una epizootia*[8] *o de una plaga vegetal"* y la violación de

[1] Texto del artículo según redacción de la ley n° 25.890, B.O. 21/5/2004.
[2] Núñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal. Tomo Quinto. Volumen I", Editorial Marcos Lerner, Pág. 154/157. En igual sentido Donna, Edgardo A., "Tratado de Derecho Penal", Tomo II C, Rubinzal Culzoni, año 2002, pág. 251/253, en opinión de quien el delito en cuestión debería ser materia contravencional y no penal. Así Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo II, pág. 715/716 (Libro Tercero del proyecto citado "Faltas).
[3] La presente recopilación normativa no hubiese sido posible sin la consulta de los libros: "- Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl (dirección); Terragni, Marco Antonio (coordinación); De Langhe, Marcela (supervisión) "Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 9". Comentario al texto del artículo 206 a cargo de Garavano, Germán C. y Arnaudo, Luis, editorial Hammurabi, año 2010, pág. 237/247. En igual sentido, Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo I, pág. 1/131 y 534/536.; Tomo II. pág. 34, 86/87, 266/267, 452/457 y 648/650; Tomo III, pág. 99/100, 242/245, 373/374; Tomo IV, pág. 116/118, 170/171, 256/258, 400/402, 622/623, 721/722; Tomo V, pág. 327, 630/632; Tomo VI, pág. 127/129, 224, 304/308, 386/387, 486/489 y Tomo VII, pág. 47, 55, 88, 133, 349/352 y 377.
[4] Publicada en el BO nº 8300 -03/11/1921- (fuente: Infoleg.gov.ar).
[5] Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo IV, pág. 622 y 722.
[6] Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo V, pág. 323 y 632.
[7] Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo VII, pág. 29.
[8] La definición de epizootia es: "Enfermedad que acomete a una o varias especies de animales, por una causa general y transitoria. Es como la epidemia en el hombre" (conf. diccionario de la Real Academia Española consultado on line) fuente: rae.es).

medidas impuestas por las autoridades. En dicho texto también se estableció que el tipo penal en blanco aquí analizado podía complementarse no solo por otra ley de igual jerarquía, sino también por medias impuestas por la *"autoridad"*; todo esto, en igual sentido que lo sostenido por el Proyecto de Soler del año 1960[9].

La reforma anteriormente mencionada fue suprimida por ley 20.509, con lo cual recuperó su vigencia el texto del artículo 206 del Código de 1921[10].

Mediante la ley de facto 21.338/76[11], se estableció nuevamente la vigencia del texto del artículo sancionado por el Decreto ley 17.567.

Una vez reestablecido el orden constitucional se reimplantó, mediante ley 23.077, el texto original del Código Penal de 1921[12].

Posteriormente, la ley 25.528 de 2002 incorporó un segundo párrafo al artículo 206 que indicó: *"Si la violación a las reglas precedentes se cometiere realizando el faenamiento de un animal que, de acuerdo a las circunstancias, debía sospecharse proveniente de un delito, la pena será de ocho meses a dos años de prisión. La pena será de uno a tres años cuando conociere el origen ilícito del animal. Si hiciere de ello una actividad habitual, se le aplicará además pena de inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena"*[13].

Sin embargo, la redacción actual del artículo 206 se debe al artículo 4 de la ley 25.890, que dejó sin efecto la última modificación. El texto quedó redactado conforme a la transcripción que encabeza este comentario[14].

El Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal 2006 propició la siguiente redacción *"Violación de normas sanitarias animales. Será reprimido con prisión de UN (1) mes a DOS (2) años, el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal"*[15], con lo cual se mantenía el texto actualmente vigente.

2- Bien jurídico ofendido.

El artículo que se comenta se encuentra dirigido a la punición de aquellas acciones y/u omisiones de carácter doloso, que provoquen la afectación del bien jurídico sanidad animal, esto es, la salud de los animales, en relación directa con la salud pública[16], es decir acciones y/u omisiones que, a través del daño a los animales produzcan efectos no queridos y lesivos a la salud pública. De modo que

---

[9] Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo VI, pág. 468 y Tomo VII, pág. 47..
[10] Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo VII, pág. 133/134.
[11] Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo VII, págs. 219 y 242.
[12] Comentario al texto del artículo 206 a cargo de Garavano, Germán C. y Arnaudo, Luis, en "Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial", Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl (dirección); Terragni, Marco Antonio (coordinación); De Langhe, Marcela (supervisión) Tomo 9". editorial Hammurabi, año 2010, pág. 237/247.
[13] Publicada en el BO nº 29812 -09/01/2002- (fuente: infoleg.gov.ar).
[14] Publicada en el BO nº 30406 -21/05/2004- (fuente: infoleg.gov.ar).
[15] Conf. texto definitivo elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Resoluciones M.J. y D.H. Nº 303/04 y Nº 136/05). También citado por Arnaudo, L y Garavano, G. C. en la obra ya citada.
[16] D'Alessio Andrés J. (Director) Divito, Mauro (coordinador) "Código Penal Comentado y Anotado", Editorial La Ley, año 2004, pág. 658-659, con cita de Creus, Núñez, Donna y Molinario.

siempre se tiene en cuenta la salud pública, por lo que no se ha tomado la salud del animal como valor en sí, sino en relación al hombre.[17]

Así, lo que se pretende sancionar son las acciones y omisiones, no por la afectación a intereses individuales, sino por la ofensa de intereses colectivos de un conjunto social mediante la existencia de un peligro común; o bien, cuando la conducta es susceptible de producir peligros ulteriores; por lo que se pretende castigar es la creación de un peligro común e indeterminado[18].

En tal sentido, cabe reiterar lo dicho por Carrara respecto del bien jurídico: "los delitos contra la salud pública serán, pues, todos los actos por medios de los cuales ciertas sustancias que sirven para la nutrición, para el mantenimiento de la vida de un grupo de hombres y en general para sus necesidades cotidianas, llegan a corromperse, a infectarse, a convertirse en cambio en causa de enfermedades de daños para la salud y aun de muerte para un número indefinido de ciudadanos, y posiblemente de todos. Es innegable que todos los habitantes de una ciudad tienen igual derecho a que no se inficione el aire que los circunda, y el que viola este derecho no ofende a un solo individuo o a una sola familia determinada, sino que ofende directamente a todos los asociados, pues viola un derecho común a todos; y dígase lo mismo del agua y de cualquier otra cosa que puede hacer accesible al uso de todos. Éste no es un daño mediato, que resulte de prever la repetición del acto; es verdaderamente un daño inmediato inherente al hecho especial que se contempla, hecha abstracción de su renovación posible…"[19].

De cualquier forma, es importante insistir que el ámbito de prohibición de la norma se refiere a la vulneración de las leyes sanitarias animales en la medida de su repercusión en la salud pública de las personas. Es que, como sostuvimos en el comentario al artículo 205 del Código Penal, las epidemias pueden ser el resultado de contagio de persona a persona o bien ser consecuencia de un contagio proveniente de plantas o animales que produzcan el desencadenamiento de una enfermedad contagiosa que afecte a los seres humanos[20]. De ahí que resulte esencial el control de salubridad de los animales para que sus enfermedades no se trasladen a los seres humanos.

Pero además, debe tenerse presente que se debe afectar la salud animal pero no de cualquier forma, sino exclusivamente, mediante la transgresión de las reglas establecidas a través de las leyes de policía sanitaria animal.

Aquí también caben las consideraciones efectuadas en el comentario al artículo 205 en cuanto a que el delito no castiga la desobediencia al estado, sino la lesión o la puesta en peligro de la salud pública. De lo contrario, se trataría de un derecho penal no respetuoso del principio de lesividad (artículo 19 CN) porque el único bien jurídico protegido sería la desobediencia al Estado. En todo caso y si no está presente la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico (salud pública) se tratará de una contravención o infracción administrativa.

En relación con la expresión *"leyes de policía sanitaria animal",* se ha sostenido que: "En esa vieja noción liberal se caracterizaba al poder de policía que competía al Estado, como la facultad de

[17] Donna, Edgardo A. "Tratado de Derecho Penal" Tomo II C, Rubinzal Culzoni año 2002. pág. 252
[18] Ib. Id. Nota precedente.
[19] Conf. Carrara, Francesco "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen VI"; Editorial Temis, Bogotá 1998, Páginas 262/263, Par. 3172.
[20] D'Alessio, op. cit., Donna, op. cit; Soler "Derecho Penal Argentinio", Tomo IV, editorial TEA, Buenos Aires 11ª reunpresión, pág. 681/683 y Buompadre, Jorge, Eduardo "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II, Editorial Astrea, 3era edición actualizada y ampliada, pág. 539. En el mismo sentido, Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal", Parte Especial, Tomo II-C, editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2002, pág.248.

imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla"[21]. En tal sentido, es doctrina de la Corte Suprema que "El ejercicio del poder de policía sobre personas y bienes tiende a la protección, no sólo de la seguridad, moralidad y salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general"[22]. La Corte Suprema fundó tal poder en el antiguo artículo 67 inciso 16 de la Constitución Nacional, actual artículo 75 inciso 18.

Por otra parte, en atención a la definición que brinda la ley 23.899 que creó el Servicio de Nacional de Sanidad Animal -y fija sus funciones- puede definirse la sanidad animal como aquella actividad que realiza el Estado para: "programar y realizar las tareas necesarias para prevenir, controlar y erradicar las enfermedades propias de los animales y las transmisibles al hombre, ejercer el contralor higiénico-sanitario integral de todos los productos de origen animal, atendiendo a los avances de la tecnología sanitaria y de los más modernos procedimientos para su fiscalización y la de los productos destinados al diagnóstico, prevención y tratamiento de las enfermedades de los animales"[23].

Por lo tanto, es dable concluir que las leyes de policía sanitaria animal se refieren a la actividad reglamentaria del Estado, dentro del marco legal y constitucional, destinadas a controlar las condiciones de salubridad animal, en tanto pueda repercutir en la salud pública comunitaria. Así, las leyes de policía sanitaria animal pueden tener distintos objetivos: desde la delimitación de zonas geográficas para mantenerlas incólumes frente a una enfermedad, como el caso de la fiebre aftosa, pasando por cronogramas de vacunación y medidas de higiene de transportes, así como todo tipo de medidas tendientes a la no propagación de enfermedades entre animales o de éstos al hombre.

La importancia para nuestro país de este tipo de normas y su penalización se debe a las enfermedades de ganado, como la aftosa, de rápida propagación.

3- Conducta.

Al respecto, debe entenderse que en virtud de encontrarse definida la acción como la violación de leyes de policía sanitaria animal, el comportamiento penado puede consistir tanto en una acción como en una omisión.

De ello deriva que para verificar en qué consiste la acción de violar esas normas habrá que completar el tipo con una ley de igual jerarquía que defina la situación con la mayor certeza, que establezca la prohibición o mandato con la claridad requerida por el principio constitucional de legalidad. Es decir, se trata de una ley penal en blanco, pero donde el complemento emana de otra norma de igual jerarquía (ley).

Así pues, la conducta típica es definida como *violar* aquellas medidas que emanan de una ley (formal y material) y que tiene como objeto la regulación de la sanitaria animal.

---

[21] Gordillo, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo Tomo 2", Capitulo V, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009, consulta on line en http://www.gordillo.com/tomo2.html. En igual sentido, "Policía y poder de policía," artículo publicado en "Universidad Austral, Servicio público, policía y fomento", Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41, consulta on line en http://www.gordillo.com/cv/2_7_1.html.

[22] Fallos: 327:4958; 313:1513;295:552; 289:67;

[23] Publicada BO nº 26.995 -de fecha 24/10/1990- publicada en infoleg.gov.ar, artículo 1ero.

Consecuentemente, el texto del artículo se refiere a la realización de conductas activas que conllevan la violación de una norma antepuesta de carácter prohibitivo; o, también, a la realización de omisiones que consisten en el incumplimiento de una norma antepuesta de carácter imperativo.

Las posibilidades delictivas se deducirán de la remisión a las normas que deben ser violadas para que la conducta sea típica y, en tal sentido, a diferencia del artículo 205 del Código Penal, es el propio artículo el que establece que lo que debe transgredirse es una "ley" por lo que, no sería aplicable este artículo si lo que se viola son decretos o resoluciones ministeriales.[24]

4- Tipicidad objetiva.

a- Sujeto Activo.

Se trata de un delito común (*delicta comunia*) y, por ello, sujeto activo puede ser cualquier persona que realice la acción u omisión prevista legislativamente en la normativa sanitaria vigente.

b- Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo, es indeterminado; al tratarse de un bien jurídico colectivo (salud pública) es dable afirmar que el sujeto pasivo es la comunidad, en cuanto la violación de la normativa resulta en la afectación de la salud animal que incide en la salud pública de los habitantes de la Nación.

Por otra parte, cabe señalar que por el término animal debe entenderse todo "Ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso" o aquello que es "Perteneciente o relativo a los animales"[25].

Por lo tanto, el incumplimiento del debido cuidado de los animales de modo que lesione la salud pública es lo que debe considerarse como prohibido.

Ya se ha establecido que la acción típica puede ser realizada de modo activo u omisivo, para incumplir las leyes de sanidad animal.

La conducta violatoria de la norma (prohibitiva o imperativa) debe acarrear un peligro concreto, es decir, generar una factible consecuencia para la salud de los habitantes de la Nación (art. 18 y 19 CN).

5- Tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso, en tanto se requiere el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo, completados por la normativa a la que se remite, mediante la violación del mandato (omisión) o de la prohibición (acción) [26]. El dolo está dado por el conocimiento de las reglas impuestas por las leyes de policía sanitaria animal y la voluntad de quebrantarlas.

No se observan, impedimentos para admitir las tres posibles formas de dolo (directo, indirecto y eventual).

[24] En ese sentido, D´alessio ob. cit, y también Fontán Balestra-Ledesma que sostienen que "al igual que la regla del art. 205 del Código, la disposición que comentamos constituye una ley penal en blanco. Importa señalar que, a diferencia de aquélla, el contenido de la figura sólo puede ser fijado por una ley, y no por un decreto u ordenanza, aunque el incumplimiento de los primeros, si estuvieran dentro del derecho de reglamentación de las leyes que la Constitución acuerda al Poder Ejecutivo (art. 99), pueden llevar a la configuración del delito. No así, una ordenanza u otra orden individual que, en el mejor de los casos, podrá constituir el delito de desobediencia", "Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, editorial La Ley, 2013, pág. 513.

[25] Acepciones del diccionario de la Real Academia Española consulta on line rae.es.

[26] Así: Creus, Soler, Donna, Fontán Balestra, D'Alessio (obras citadas).

6- Consumación y Tentativa.

La mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto[27], por lo que el tipo se consumaría con la mera acción o la omisión mediante la cual se vulnera la normativa sanitaria.

Sin embargo, a nuestro criterio, en una inteligencia más restrictiva derivada de las exigencias del principio de lesividad, el peligro debería concretarse en uno real para la salud pública. Si ello no es alcanzado, podrá considerarse una contravención local o infracción administrativa.

En cuanto a la tentativa, se aplican las reglas generales relativas a tal concepto.

7- Autoría y participación.

Tal como se ha dicho, habrá de entenderse que las reglas de la autoría y la participación deberán regirse de conformidad con las reglas generales de dichas materias; sin perjuicio de las reglas limitadoras particulares que puedan imponer mediante la legislación que complementa el tipo penal; es decir, se tratará de acciones que son ejecutadas por subalternos de aquellos sobre los que recae el deber legal (como establecimientos ganaderos, laboratorios o aquellos que tengan a su cargo el cumplimiento de la normativa aplicable),

8- Jurisprudencia.

-"La ley 3939, sobre policía sanitaria de los animales, es federal, y el conocimiento de las causas sobre infracción a sus disposiciones compete a la justicia federal" (C.S. Fallos: 202:164) [28].

- "De acuerdo con los arts. 4 y 29 de la ley 3959, y 52, 53 y concordantes del reglamento de Policía Sanitaria de los animales, incurre en la sanción penal que aquéllos establecen, quien trasladó animales con garrapata desde un campo situado en zona infectada a otro de zona intermedia, sin ajustarse a lo prescripto por dicha reglamentación" (C.S. Fallos: 176:283)[29].

- "Las facultades que concede el decreto 2899/70 al Servicio de Lucha Sanitaria - dependiente del Servicio Nacional de Sanidad Animal- deben entenderse en armonía con la política nacional de salud animal trazada en la ley 3959 y sus modificaciones" (C.S. Fallos: 318:137)[30].

-"Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la acción tendiente a obtener una declaración de certeza respecto de la vigencia y validez de la resolución 624/02 del SENASA, ya que la decisión de instrumentar la aplicación y comercialización de las vacunas antiaftosa -que se utilicen en las campañas de vacunación sistemática- por medio de los entes sanitarios locales no aparece como irrazonable o contraria al espíritu de la ley 24.305 y su finalidad, que es la de erradicar el virus que provoca la fiebre aftosa, y teniendo en cuenta además que dicha resolución se fundó en razones de orden práctico y técnico y fue resuelta dentro de la órbita de su competencia (art. 2°, inc. b, de la ley mencionada)". (C.S. Fallos: 333: 2179)[31].

[27] Así: Soler, Creus, Fontán Balestra, D'Alessio, Garavano y Arnaudo, Donna entre otros.
[28] Publicado en csjn.gov.ar http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=347803&indice=20
[29] Publicado en csjn.gov.ar http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=344193&indice=21.
[30] Publicado en csjn.gov.ar http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=284353&indice=0
[31] Publicado en sjn.gov.ar http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/MostrarSumario?id=406700&indice=0

Bibliografía:

- Núñez, Ricardo "Tratado de Derecho Penal (Tomo V-Volumen I)", editorial Marcos Lerner, Córdoba, año 1992.

- Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo "Derecho Penal. Parte Especial (Tomo II)", editorial Astrea, Buenos Aires, séptima edición, año 2007.

- D'Alessio, Andrés José (director) Mauro Divitto (coordinador) "Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial", editorial La Ley, año 2004.

- Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino", editorial TEA, décimo primera edición (actualizada por Manuel A. Bayala Basombrio), Buenos Aires, año 1999/2000.

- Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial" (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), editorial Abeledo Perrot, décimo séptima edición, Buenos Aires, año 2008.

- Molinario, Alfredo J. "Los Delitos. Tomo III" (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), editorial TEA, año 1999.

- Baigún, David y Zaffaroni, E. Raúl (dirección); Terragni, Marco Antonio (coordinación); De Langhe, Marcela (supervisión) "Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 9". Comentario al texto del artículo 206 a cargo de Garavano, Germán C. y Arnaudo, Luis, editorial Hammurabi, año 2010.

- Zaffaroni, E Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo "Digesto de Codificación Penal Argentino", editorial AZ, Madrid, 1996, Tomo I a VII.

Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Derecho Penal. Parte General", editorial Ediar año 2003.

-De Luca, Javier Augusto "Leyes penales, más benignas, en blanco y Constitución Nacional", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, segunda edición actualizada, abril 2010.

-De Luca, Javier Augusto "Omisión impropia, legalidad y congruencia" (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.1318 "Antognazza, María Alexandra s/ p.s.a. abandono de persona calificado", del 11 de diciembre de 2007), publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, Nº 5/08, mayo de 2008.

-Donna, Edgardo A. "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II C", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé-Buenos Aires, año 2002.

- Gordillo, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo Tomo 2", Capitulo V, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2009, consulta on line en http://www.gordillo.com/tomo2.html. En igual sentido, "Policía y poder de policía," artículo publicado en "Universidad Austral, Servicio público, policía y fomento", Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41, consulta on line en http://www.gordillo.com/cv/2_7_1.html.

Competencia desleal.

Por **María Ángeles Ramos**

Art. 159: ***"Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial."***

Bien Jurídico.

Las reglas del mercado y de productividad comercial ocasionan muchas veces que perderá valor o "morirá" aquello que no pueda subsistir. Por ello, se estimula la libre concurrencia y propaganda en la medida que se desarrolle dentro de un ámbito de lealtad comercial.

En este caso, el bien jurídico lesionado ha de ser otro aspecto de la libertad de trabajo referido a la libre concurrencia comercial o industrial[1] o el pacífico disfrute de la libertad de comerciar.[2] Podría pensarse que la ubicación de este tipo penal dentro de los delitos que ofenden la libertad no es la más acertada por estar íntimamente vinculado a un derecho de propiedad que deriva del perjuicio económico que la conducta es capaz de ocasionar.

Sin embargo, el legislador no tuvo por propósito proteger la clientela de una industria o comercio -como ocurre en las leyes de defensa de la competencia[3]- sino castigar la restricción de su libre concurrencia. Como vemos, el interés de la ley es distinto.

La naturaleza de la acción de este delito a los fines de ejercerla penalmente es de carácter privada, de acuerdo a lo que manda el artículo 73 del C.P.[4] Por lo tanto, regirán las reglas de los juicios de acción privada previstas en los códigos procesales de cada jurisdicción.

Acción.

La conducta típica debe consistir en tratar de desviar en provecho propio, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, la clientela de un establecimiento comercial o industrial total o parcialmente ajeno.

Ante un supuesto de clientela propia nunca se podría desviar en provecho propio pero sí, como explica Núñez[5], en provecho exclusivo. Por ejemplo, cuando se da un caso de una sociedad comercial que posee una cartera de clientes compartida por los socios. En el supuesto en que uno de los socios desviare en su propio provecho la clientela, se daría un supuesto de desvío en provecho exclusivo.

---

[1] NÚÑEZ, op.cit., pág. 146.
[2] SOLER, op.cit., pág. 163.
[3] La ley 22.262 de defensa de la competencia o ley antimonopólica tuvo su primera manifestación en el año 1923 cuando se sancionó la ley 11.210. El objetivo de su dictado fue el de evitar las prácticas anticompetitivas capaces de afectar el bienestar de la comunidad cuando operan comercialmente.
[4] Art. 73 C.P.: *"Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: ... 3° Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;..."*
[5] NUÑEZ, op.cit., pág. 147.

No se trata solamente de restar clientela sino de hacerlo en provecho propio[6], circunstancia que confiere un carácter lucrativo a la conducta del autor[7]. La conducta de quien ocasione la disminución de la clientela de un comercio o industria por medio de difamaciones o desprestigio no resulta típica del presente artículo aunque podría constituir otro delito, como por ejemplo, el de injurias.

Se debe tener cuidado y evitar confundir la acción típica del presente delito con las modalidades delictivas previstas por la Ley de Marcas y Designaciones[8] que prevé una serie de conductas típicas que ofenden otro bien jurídico, la libertad y buena fe de los consumidores y el derecho de propiedad de los propietarios de marcas y designaciones.

Tipo objetivo.

Sujetos.

En cuanto al sujeto activo, el legislador ha optado por la fórmula tradicional, es decir, cualquier persona puede revestir la calidad de sujeto activo. Sin embargo, en razón de que la conducta típica exige un desvío de clientela, hay consenso en considerar que generalmente se tratará de una persona física comerciante o industrial –o que aspire a serlo- porque solamente quien reúna esta condición podrá captar la clientela de algún establecimiento [9.]

Distinta es la situación para el sujeto pasivo que sí debe reunir la condición de comerciante o que se desarrolle en la actividad industrial. Soler deja afuera de este grupo a los profesionales, médicos, dentistas, abogados y establecimientos de enseñanza que solo podrán querellarse por injurias[10].

Elemento normativo.

El tipo penal exige que la conducta tenga por objeto tratar de desviar la *clientela.* Por cliente debemos entender a toda persona que utiliza servicios, consuma, adquiera determinado producto en determinado lugar[11], con independencia de la habitualidad o periodicidad con que lo haga. Clientela, será entonces, el grupo de esas personas. Como la ley no lo aclara, la clientela puede ser total o parcial.

Medios comisivos.

Los instrumentos para llevar a cabo la acción son de carácter intelectual que, en todos los casos, deberán ser de una entidad tal que resulte suficiente para lograr el desvío de clientela. Entre los medios comisitos previstos por la ley se encuentran:

---

[6] SOLER, op.cit., pág. 163.
[7] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 427.
[8] LEY 22.362, artículo 31: *"Será reprimido con prisión de tres meses a dos años pudiendo aplicarse además una multa australes un millón trescientos sesenta y ocho mil a doscientos seis millones ciento ochenta y nueve mil. A) El que falsifique o emite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) El que use una marca registrada o una designación falsificada fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin autorización; c) El que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin autorización; d) El que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada. El poder Ejecutivo nacional actualizará anualmente el monto de multa prevista sobre la base de la variación registrada en el índice de precios al por mayor nivel genera, publicado oficialmente por el Instituto Nacional de Estadística y Censos."*
[9] NÚÑEZ, op.cit., pág. 146, con cita de Soler y Moreno. En el mismo sentido, MORLINARIO, op.cit., pág. 167; SOLER, op.cit., pág. 163.
[10] SOLER, op.cit., pág. 165.
[11] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 430.

-*maquinaciones fraudulentas* que se vinculan a la utilización de medios ardidosos o engañosos, por ejemplo: la venta de un producto distinto en envases de una marca ajena y a menor precio del que corresponde a éste.[12]

-*sospechas malévolas*, entendidas como falsas o exageradas afirmaciones o insinuaciones perjudiciales. Soler las considera un supuesto de propaganda insidiosa de descrédito[13].

-*propaganda desleal,* es decir, aquella que viola las reglas de la buena fe debida en el comercio. Se trata de una acción psicológica ejercida sobre el público o clientes, tendiente a convencerlos injustamente de la necesidad de alejarlos del producto o comercio y que opten, a su vez, por el producto o comercio ofrecido por el autor.[14]

No debe ser confundida con la propaganda propia que es lícita o exagerada respecto de las virtudes de algún producto, porque la exaltación de la bondad de un producto no constituye un medio comisivo típico más allá de que se realice con el propósito de desviar la clientela.[15]

En todos los casos deberá acreditarse la idoneidad de los medios comisivos para permitir mantener la afirmación de la tipicidad objetiva.

Tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso. El autor debe manifestar su dolo en los medios comisivos.[16] Sin embargo, corresponde distinguir dos supuestos; es decir, casos en los que el autor actúe con la finalidad de atraer el público para su negocio o industria de aquellos supuestos en los que realice una acción de desvío ilegítimo. Sólo en este ultimo caso, podrá hablarse de tipicidad penal. Por ello, resulta sumamente importante determinar en cada caso la existencia del propósito de desvío en provecho propio por parte del autor[17].

Consumación y tentativa.

Estamos ante un delito formal que se consuma con la acción fraudulenta que es la de *"tratar de desviar"*. Con lo cual no es necesario que el desvío se concrete sino, simplemente, que se lleve a cabo una conducta que exteriorice de manera idónea tanto objetiva como subjetivamente. Pese a ello creemos que es posible la tentativa, aunque en cada caso habrá de comprobarse la puesta en peligro del bien jurídico.

Autoría y participación.

[12] NÚÑEZ, op. cit., pág. 149.
[13] SOLER, op.cit., pág. 165.
[14] SOLER, op.cit., pág. 164/165.
[15] MOLINARIO, op.cit., pág. 164.
[16] NÚÑEZ, op.cit., pág. 148.
[17] Molinario considera que el propósito de desviar la clientela, es un elemento psicológico exigido por el tipo penal que deberá ser establecido de la misma manera que el resto de los elementos que conforman la tipicidad porque permiten establecer una diferencia con una injuria, cuando, por ejemplo, sólo se intenta dañar la reputación de un comerciante alegando falsamente que los productos que comercializa son peligrosos para la salud. Op.cit., pág. 168.

El tipo penal no tiene exigencias en cuanto a la calidad que deben reunir los autores, por ello, más allá de las aclaraciones realizadas al analizar los sujetos, la modalidad de imputación se rige por las reglas generales del artículo 45 del Código Penal.[18]

Particularidades de la figura.

De acuerdo a la redacción del tipo penal advertimos que la acción reprimida se castiga con la sola puesta en peligro del bien jurídico. Los delitos de peligro son figuras complejas que, en muchos casos, se enfrentan al estándar de constitucionalidad fijado por el principio de lesividad. Por lo tanto, habrá que distinguir casos en los que se trate de una conducta peligrosa de otras que por su configuración son capaces de poner en riesgo el bien jurídico. Sólo estas últimas serán las que pasen el filtro de constitucionalidad mientras que las restantes serán atípicas por ausencia de ofensividad.[19]

Otra cuestión relevante es que como se trata de un delito que tiene prevista pena de multa, el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados mientras no se haya iniciado el juicio extinguirá en cualquier estado de la instrucción la acción penal. Si el juicio ya está iniciado, deberá pagarse el máximo.[20]

En cualquiera de los dos casos, y ante un supuesto de reiteración delictiva por un hecho similar, podrá admitirse una segunda extinción de la acción penal por pago voluntario de la multa en el caso de que hayan transcurrido ocho años a partir de la primera extinción.

Jurisprudencia de la CSJN.

- CSJN, 7/6/1933, publicado en JA, 45-30, *"Comete Concurrencia desleal el socio que vende su haber presente y futuro en la sociedad que explota un negocio, aunque el contrato no contenga prohibición especial y después abre en las proximidades un comercio similar con instalaciones exteriores idénticas, denominándolo con su apellido, que forma parte de la enseña del establecimiento del cual se retiró, circulando con una rúbrica análoga a la característica de dicha enseña."*

Bibliografía.

[18] Artículo 45 C.P.: *"Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo."*

[19] Para profundizar este aspecto ver: ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, op.cit., págs. 126 y siguientes. También, AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Un paseo por el peligro,* publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, ed. Ad-Hoc, 1996.

[20] Artículo 64 del C.P.: *"La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito. Si se hubiere iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito. En ambos casos el imputado deberá abandonar a favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera sentencia. El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior."*

- BAIGÚN, D.- ZAFFARONI, E.R (Directores), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5, Artículo 159 comentado por Carlos Cruz, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, ed. Mave, Corrientes, 1999.
- CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, parte especial, tomo II-A*, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aries, 1992.´
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Parte Especial, edición actualizada y ampliada, Guillermo A. C. Ledesma –actualizador-, ed. La Ley, Buenos Aries, 2013.
- MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos,* tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996.
- MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923.
- NIÑO, L.F.- MARTÍNEZ, S.M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino,* parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992.
- ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal- Parte General*, ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002.

Delitos contra la libertad de reunión.

Por **María Ángeles Ramos**

Art. 160*: "Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador a la institución organizadora del acto."*

Antecedentes.

Para Rodolfo Moreno (h)[1], el derecho de reunión está reconocido de manera implícita en la Constitución Nacional cuando, en el artículo 22, cuando establece *"El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete del delito de sedición.*

El Proyecto de Tejedor preveía el delito de asonada, una figura que castigaba a quienes se reunían en un número no inferior a cuatro personas con la intención de causar alboroto o para perturbar, con gritos, injurias o amenazas, una reunión pública o la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica. Este artículo se repitió en el Código de 1886 pero no como delito de asonada sino como sedición.

La ley 4189 castigaba a quien impidiese o turbare una reunión lícita con arresto de tres meses a un año y la ley 7029 contaba con una serie de disposiciones que estaban destinadas a restringir las reuniones que no tuvieran un propósito de orden.

El Proyecto de código de 1891 redactó la figura del artículo 189 que castigaba con prisión de un mes a un año al que impidiere o turbare una reunión lícita. Este artículo se repitió en el Proyecto de 1906 aunque se hizo un agregado al término *impedir* para circunscribir la conducta y se introdujo el término *materialmente*. En la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal

[1] MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, pág. 61.

y Carcelaria explicó que la expresión debía explicar la forma de *impedir materialmente* y que debía tratarse de *insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.*

De esta manera quedó perfilado el actual tipo penal previsto en el artículo 160 del Código Penal.

Bien Jurídico.

El ejercicio de este derecho está dado por la libertad de reunirse. Éste es, precisamente, el bien jurídico que surge de artículo 160. Para la corriente tradicional, no se trataba de cualquier derecho de reunión sino del que derivaba de una necesidad política porque "…el derecho de reunión, es indudable que él existe, ya sea como una necesidad de la vida republicana y de la soberanía popular, ya como una derivación o forma especial del derecho de petición, debiendo ser reconocido, por tanto, como uno de los que los poderes públicos no pueden dejar de reconocer y asegurar en la práctica"[2].

Núñez y Fontán Balestra afirman que se trata de un derecho no enumerado pero que nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Como bien jurídico se traduce en el derecho de los habitantes a congregarse para fines lícitos[3].

En efecto, explica Bidart Campos[4], el derecho de reunión integra el catálogo expreso de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional[5] que se materializa en la agrupación transitoria, tal vez momentánea o hasta fugaz, con algún fin de interés común para sus participantes, que puede darse de forma espontánea o concertada. Por otra parte agrega que esta conclusión deriva

---

[2] González, Joaquín V., citado por MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos,* tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996, pág. 173.

[3] NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino,* parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, pág. 153; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aries, 1992, pág. 435.

[4] BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual para la Constitución reformada,* tomo II, ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 64/67.

[5] CN, Artículo 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno."

de una interpretación del artículo 22 CN[6] en cuanto incrimina como sedición la acción de toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a su nombre, porque permite inferir que, si se castiga una reunión con fines ilícitos, significa que existe el derecho de reunirse con fines legítimos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, encontramos que el derecho de reunión se encuentra reconocido en el artículo 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 15 de la CADH, artículo 21 del PIDCP, artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Existen distintos tipos de reuniones, según sean públicas o privadas pero no debemos confundir el carácter de la reunión con el sitio en el que se realiza. No se debería asociar que las primeras serán realizadas, exclusivamente, en sitios públicos o de acceso al público y viceversa. Veremos entonces que resultará válido hablar de una reunión privada llevada a cabo en un sitio público; por ejemplo: una plaza, una esquina, un bar o restaurante. Como contrapartida tendremos reuniones públicas que pueden realizarse en lugares públicos, como los que ya se señalaron, o en lugares privados; por ejemplo: un comité partidario.

El carácter de la reunión surgirá de la determinación de un interés público o interés general. Este aspecto resulta algo dificultoso por la imprecisión del término y porque muchas veces se confunde el "interés público" con el "interés del público", es decir, no debe confundirse popularidad o *raiting* con un interés general. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó un estándar que permite determinar un supuesto de otro. En este sentido, interés público es aquél que se vincula con asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes[7].

[6] CN, Artículo 22: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición."

[7] CorteIDH, "Caso Tristán Donoso vs. Panamá", sentencia del 27/1/2009.

Del tipo penal se desprenden dos conductas punibles, *impedir materialmente* o *turbar* una reunión lícita, con insultos o amenazas, a la institución organizadora del acto.

a) <u>Impedir materialmente una reunión lícita.</u>

Acción.

Significa obstar con actos materiales la posibilidad de que se lleve a cabo la reunión y, si estuviere iniciada, realizar actos materiales para disolverla sin que pueda concluir[8].

Tipo Objetivo.

Sujetos.

Sujeto activo de esta conducta puede ser cualquier persona. En cambio, podrá ser sujeto pasivo sólo aquel que forme o quiera formar parte de la reunión.

Elemento normativo.

Explica Soler[9] que la mayor o menor amplitud con que se reconoce este derecho marca el grado de sinceridad democrática y posición liberal de una sociedad y de un gobierno. Cuanto más dudosa sea la base de apoyo de un gobierno más necesaria se hará la restricción de este derecho y se calificarán de ilícitas reuniones con este pretexto, para legitimar al Estado a inmiscuirse y vigilar a los ciudadanos. Las reglamentaciones deben atenerse a límites que no importen, como excusa de argumentos preventivos, una efectiva derogación del derecho.

La ley requiere que se trate de una reunión lícita. Que no se trata de la simple aglomeración de personas, sino de una congregación convenida[10]. El problema radica en determinar cuándo una reunión no es lícita. Algunos autores consideran que la determinación del carácter lícito o ilícito de una reunión debe ser hecho teniendo presente si ella se celebra o no de acuerdo con una ley

---

[8] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 437.

[9] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992, pág. 166 y 167.

[10] NÚÑEZ, op.cit., pág. 154.

reglamentaria[11]. Otros, que será lícita aquella reunión que se realice según la Constitución, la ley y los reglamentos vigentes[12].

Estas expresiones no aclaran mucho la cuestión, porque si existe un derecho de difícil reglamentación es el de reunión, especialmente porque es un derivado del de libertad de expresión. Recuérdense las reuniones de personas en señal de protesta, haciéndose oír mediante "cacerolazos", durante fines del 2001 en todo el país. Eran reuniones espontáneas y no existieron pronunciamientos judiciales por su legalidad o ilegalidad.

Por otra parte, se plantea la paradoja de la realización de reuniones para protestar contra una reglamentación o directiva que prohíbe determinadas reuniones. Esa cuestión conduce al problema de los permisos previos o avisos a la autoridad. ¿Qué ocurre con quien no tiene permiso para reunirse o no avisó a la autoridad que lo haría, como exigen algunas reglamentaciones locales? ¿Se es autor de un delito porque no se avisó a una autoridad local de la celebración de una reunión? Todo ello trae inconvenientes desde el punto de vista del principio de legalidad, porque sólo el legislador nacional dispone qué es delito y qué no lo es, y en estos casos se trataría de la inobservancia de una exigencia del orden jurídico local.

Además, en cuanto a la licitud, supóngase que un grupo de personas decide disolver una reunión que reputan ilícita, por ejemplo, la de un conjunto de neonazis que se congregaron frente a una sinagoga o a un colegio donde concurren mayoritariamente inmigrantes; en tal caso, quienes pretenden disolverla, deberían tener conocimiento de si la reunión era lícita o no lo era, o encontrarse en un supuesto de legítima defensa putativa. Asimismo, todas estas situaciones podrían ocasionar abusos de poder, por cuanto el gobierno de turno podría ubicarse en un lugar de censor, con la consiguiente afectación de todos los derechos derivados o conectados con la libertad de expresión (arts. 14 y 32 CN; art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos).

Desde una posición limitada podríamos afirmar que para la ley penal no son reuniones lícitas las previstas en los artículos 210 (asociación ilícita); 216 (conspiración); 229 y 230 (supuestos de sedición); 241 (perturbación de las sesiones de los cuerpos legislativos y de funciones públicas).

[11] MOLINARIO, op.cit., pág. 174.
[12] NÚÑEZ, op.cit., pág. 154.

Medios comisivos.

El delito no tiene restricciones en cuanto a los medios. Solamente exige que haya un impedimento material, físico o de hecho[13], en que se lleve a cabo la reunión o cuando ya se hubieran congregado las personas y se ejercen actos materiales para disolverla[14]. Esto podría suceder, por ejemplo, cuando se bloquea el acceso o se emite un mensaje sobre algún cambio de fecha de la reunión para que los asistentes se confundan y no concurran, etc.

Como la ley exige que se lleven a cabo actos materiales, quedan de lado los actos de autoridad meramente dispositivos. Si la autoridad prohíbe ilegalmente una reunión lícita, su conducta será la de abuso de autoridad pero no la del art. 160 CP. Si la autoridad, además de prohibirla ilegítimamente la impide materialmente, habrá un concurso de delitos[15].

Tipo Subjetivo.

Es una figura dolosa. El dolo estará representado por el conocimiento y voluntad por parte del autor de impedir una reunión lícita.

Consumación y tentativa.

Se trata de un delito de resultado que se consuma cuando el autor logra, mediante el ejercicio de actos materiales, impedir que la reunión se lleve a cabo. Admite tentativa.

b) <u>Turbar una reunión lícita con insultos o amenazas a la institución organizadora.</u>

Acción.

Esta acción está vinculada a la molestia, alteración, entorpecimiento del desarrollo de una reunión, siempre y cuando, sea con insultos o amenazas, dirigidas al orador o a la institución organizadora del acto.

[13] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 438.
[14] NÚÑEZ, op.cit., pág. 155.
[15] NÚÑEZ, op.cit., pág. 155. En igual sentido opina FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 438.

Tipo objetivo.

Sujetos.

Sujeto activo de esta conducta puede ser cualquier persona. En cambio, podrá ser sujeto pasivo sólo aquel que forme parte de la reunión.

Elementos normativos.

Dentro de estos elementos típicos encontramos el concepto de licitud -que ya fue analizado supra-, los insultos y las amenazas.

Insultar significa una forma de ofensa. Tiene un carácter subjetivo porque dependerá del efecto causado al destinatario. Podrá suceder que la ofensa lesione otro derecho del sujeto pasivo, como el honor, en cuyo caso, la conducta podrá ser típica de otro delito y deberá ser analizada desde las reglas del concurso.

Amenazar es el anuncio de un mal futuro sin que por su gravedad constituya el supuesto previsto en el artículo 149 bis del Código Penal, porque en ese caso, habría una doble afectación al bien jurídico por tratarse de dos aspectos de la libertad del individuo bien diferenciados. En este caso, si el anuncio de un mal futuro tiene entidad para afectar la tranquilidad de espíritu del sujeto pasivo, debería analizarse la cuestión desde las reglas del concurso de delitos.

En cualquier caso, los insultos o amenazas tienen que lograr turbar la reunión lícita, de lo contrario, será una conducta atípica por falta de lesividad.

Medios comisivos.

Advertimos que ambos supuestos constituyen, además, medios de comisión y, como tales, deben ir dirigidos por el plan del autor, es decir, la afectación de la reunión y no del sujeto pasivo.

Existe un límite que no aparece adecuadamente definido por la ley como criterio de distinguir una simple discrepancia de una verdadera intención agresiva. Muchas veces en las reuniones multitudinarias y, especialmente, en aquellas en las que se debaten cuestiones de interés público; por ejemplo, puntos de vista políticos, el calor de la discusión alcanza niveles que, analizados fuera de

contexto o en sentido literal, podrían ser entendidos como agraviantes. Entendemos que la virtualidad lesiva de un insulto o de una amenaza, deben ser analizadas desde el significado corriente de las palabras y los gestos, sin dejar de tener en cuenta el contexto en el que sean expresados.

Tipo subjetivo.

Estamos en presencia de una figura dolosa cuyo aspecto subjetivo se traduce en el conocimiento y voluntad de turbar una reunión lícita con amenazas o insultos al orador o a la institución organizadora.

Resulta necesario advertir que, si el dolo exige conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que comprende el elemento normativo "licitud", podría generarse un problema de difícil resolución. Nos referimos, puntualmente, a que no es lo mismo el conocimiento que el autor debe tener del carácter lícito de una reunión que la comprensión de lo antijurídico de su acción.

Zaffaroni sostiene que la antijuridicidad es el resultado del juego de la antinormatividad y de la no permisión; y demanda, en el plano de la culpabilidad una comprensión diferente a la del conocimiento de los elementos del tipo objetivo requerido por el dolo porque la llamada "consciencia de la antijuridicidad" sólo puede ser la exigencia de una mera posibilidad de conocimiento y no de un conocimiento efectivo, porque para que una acción típica y antijurídica sea culpable es suficiente con que el autor haya tenido la posibilidad de saber y comprender que su acción era antijurídica, aunque en los hechos no lo haya sabido efectivamente o no lo hubiera comprendido[16].

Es necesario remarcar la diferencia porque quien actúa en la creencia de que impide o turba una reunión ilícita, lo hará sin el dolo que el tipo requiere. En cambio, quien no haya podido comprender o internalizar lo antijurídico de su acción, ingresará en el terreno del error de prohibición, que deberá relevarse en el plano de la culpabilidad.

Consumación y tentativa.

Se trata de un delito de resultado, que admite tentativa.

[16] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 2008, pág. 527/528.

Particularidades de la figura.

Este delito se diferencia del previsto en el artículo 211 del Código penal que castiga al que "…para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos…"

Existe consenso[17] en considerar que la diferencia radica fundamentalmente en que tiene otra finalidad específica, la de infundir temor público.

También aparece en escena el delito del art. 241, inc. 1, por el cual se reprime con prisión de quince días a seis meses al que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones.

Creemos que esta figura desplaza por especialidad a la del art. 160 aquí analizada.

Jurisprudencia de la CSJN.

- CS, Fallos: 156:81 (1929), *"Cada ciudadano o habitante tiene la libertad de ir a donde le plazca y de expresar sus ideas en privado o público, y la reunión de este habitante ciudadano en un lugar donde hay otros con el mismo derecho para un fin permitido, que puede ser político, social, económico, religioso, y de una manera legal, es lo que esencialmente constituye el derecho de reunión."*

- CS, "Spagnolo, Amador y otros" (10-12-1941), LL 24-869, *"El derecho de reunión tiene su origen en la libertad individual, en la libertad de palabra, en la libertad de asociación. No se concibe cómo podrían ejercerse estos derechos, cómo podrían asegurarse los beneficios de la libertad […] sin la libertad de reunirse o asociarse, para enseñar o aprender, para*

[17] FONTÁN BALESTRA, op.cit., pág. 440; SOLER, op.cit., pág. 170.

propagar sus ideas, peticionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos.”

- CS, Fallos: 191:388 (1941), *“El derecho a reunión presupone la existencia de una causa lícita como requisito indispensable para su ejercicio. No revestiría el mencionado carácter legal la actividad conjunta que contradijera las normas de la moral social o personal o la que intentara suprimir las libertades individuales aseguradas […] El expediente remitido por la policía al tribunal muestra que la mayoría de las personas detenidas en el local donde tenía lugar la reunión eran comunistas y extranjeros […] El comunismo como idea es algo concretado en el propósito de arrasar con las instituciones […] que un partido que actúa con estas directivas, tiene lógicamente, dondequiera que se presenten sus afiliados organizados, que despertar desconfianza y sospechas y provocar la intervención vigilante de la autoridad que tiene la responsabilidad de conservar el orden público.”*

- CS, Fallos: 207:251, *“Con arreglo a lo resuelto por esta Corte en CSJN- Fallos, 191:197 y en los precedentes que allí se citan, el derecho de reunión, aunque no expresamente enunciado en la Constitución nacional, nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, está implícito en lo establecido por el art. 33 de aquella y se vincula con la libertad individual, de palabra y de asociación (art. 14 y concs. Const. Nacional).”*

- CS, Fallos: 243:504, *“El derecho de reunión es uno de los fundamentales en el ordenamiento jurídico argentino (arts. 14 y 33, Const. Nacional). Constituye traducción de la libertad individual y es formativo de la opinión pública como pilar del sistema representativo y republicano (art. 1°), de modo que toda disposición que importe restringirle debe interpretarse con suma prudencia. Una suspensión de él sin discriminar la naturaleza diversa de las reuniones, que va desde las dedicadas a la fe religiosa y las congregadas por los motivos más utilitarios, y, desde otro punto de vista, desde las más íntimas a las más publicas, desde las más pacíficas a las más violentas, entraña un ejercicio no razonable de*

las facultades establecidas por el art. 23 de la Constitución (del voto en disidencia del doctor Boffi Boggero).”

- CS, Fallos: 314:1531, *“Sólo cuando esté comprobado fehacientemente que el ejercicio de los derechos de asociación y expresión interfiera directamente en la legítima libertad de un tercero, ocasionándole un daño concreto, podrá válidamente la autoridad estatal restringir su ejercicio, lo cual no ha de verse como una negación de la libertad, sino como su más efectivo resguardo. Precisamente, es la falta de acreditación en autos de la existencia del citado gravamen a terceros, lo que demuestra a las claras la violación, por parte del a quo, de los mentados derechos constitucionales (del voto en disidencia del doctor Enrique Santiago Petracchi).”*

- CSJN, A.2036.XL, “Asociación lucha por la identidad travesti-transexual”, *“El concepto de fines útiles que condicionan el derecho de asociarse sólo podrá ser definido ponderando el alcance de ese derecho en relación funcional con otras garantías esenciales del Estado constitucional vigente en la República, al igual de lo que ocurre con el derecho de reunión, con la libertad de expresión o de prensa.”*

Bibliografía.

- BAIGÚN, D.- ZAFFARONI, E.R (Directores), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, ed. Ediar, Buenos Aires, 1998.

- BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, ed. Mave, Corrientes, 1999.
- CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, parte especial, tomo II-A*, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aries, 1992.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Parte Especial, edición actualizada y ampliada, Guillermo A. C. Ledesma –actualizador-, ed. La Ley, Buenos Aries, 2013.
- MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos,* tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996.
- MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923.
- NIÑO, L.F.- MARTÍNEZ, S.M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino,* parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992.
- ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal- Parte General*, ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2008.

Robo Agravado por lesiones graves o gravísimas

Por **Gustavo L. Vitale**

Art. 166. –"Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91."

A. Texto legal.

El artículo 166 inc. 1 del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad de cinco a quince años *"si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91"*.

B. Origen. Los tipos penales contenidos en la disposición legal citada (robos agravados por la producción, al realizarlo, de lesiones graves o gravísimas) fueron incorporados a su texto al momento mismo de la sanción del Código Penal de 1921/22.

La "ley" de facto 21338 (B.O. 1 de julio de 1976), que había modificado el texto del inc. 1 del art. 166, CP (tratando de distinto modo el robo con lesiones graves y el robo con lesiones gravísimas, incrementado la escala penal para este último supuesto), fue dejada sin efecto con el advenimiento de la democracia. Fue así que la ley 23077 (B.O. 27 de agosto de 1984) restableció la vigencia del Código Penal de 1921/22 y, de ese modo, volvió a regir hasta nuestros días el texto del artículo 166, inciso 1, del Código Penal, tal como ha sido transcripto al comienzo del presente apartado.

C. Fundamentos de la agravación de la pena. El motivo de agravación de la escala penal de este delito radica en la desvaloración del bien jurídico *salud o integridad corporal de las personas*, a tal punto de ser gravemente afectado como un *medio para lesionar el patrimonio ajeno*. Es decir, la

ley considera particularmente disvalioso que el autor del delito, para perjudicar el patrimonio ajeno (para robar), utilice, como medio de su conducta, la producción de graves lesiones a la integridad corporal o a la salud de alguna persona. Para que se cumpla con la razón de ser de esta agravante, las lesiones graves o gravísimas deben ser buscadas por el autor "para realizar el robo" (como lo expresa el texto legal).

D. Innecesariedad del art. 166, inc. 1, CP.

Las conductas prohibidas por el art. 166 inc. 1 se superponen, parcialmente, con la descripción legal efectuada en el artículo 92 del Código Penal, que reprime con pena carcelaria de tres a diez años, o de tres a quince años, a quien cause una lesión grave o gravísima, respectivamente, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80 del Código Penal [entre las cuales se vinculan con nuestro caso las previstas en el inciso 7 (es decir, que el autor haya obrado "para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito")].

Debe tomarse en consideración que el referido *artículo 92 del Código Penal* establece una escala penal que, tanto para las lesiones dolosas graves como para las lesiones dolosas gravísimas (ambas *criminis causae*), tiene un mínimo de *tres* años de pena privativa de libertad (variando sólo los máximos en función del tipo de lesión producida).

A diferencia de ello, el *artículo 166, inc. 1, CP* contempla un mínimo de pena carcelaria de *cinco* años, sin hacer distinciones entre las lesiones graves o gravísimas ocasionadas por el autor (es decir, establece un mínimo de pena privativa de la libertad que supera, en las dos terceras partes, al previsto en el citado artículo 92).

Esta última circunstancia constituye una importante pauta interpretativa de los supuestos de hecho contenidos en el art. 166, inc. 1, CP, pues, desde el vamos, es indicativa de la previsión legal de *supuestos que deben ser notoriamente más graves que los previstos en el art. 92*. En base a ello, causar una lesión grave o gravísima "por las violencias ejercidas para realizar el robo" (art. 166, inc. 1, CP) debe ser, en abstracto, una *conducta considerablemente más grave* que la causación dolosa de lesiones graves o gravísimas "para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro *delito* o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro *delito"* (art. 92, C.P.).

Si no encontráramos suficiente diferencia valorativa (o desvalorativa) entre ambas acciones, que resulte acorde a la relevante diferencia del mínimo de cada una de las escalas penales (previstas

en los arts. 166, inc. 1 y 92, CP), entonces el art. 166, inc. 1, no tendría un contenido propio que justifique su existencia independiente del art. 92 (y, como consecuencia de ello, debería aplicarse siempre la disposición contenida en el art. 92, por ser una ley más benigna que el art. 166, inc. 1). Si, por el contrario, la conducta descripta en el 166, inc. 1, fuera mucho más grave, que la señalada en el 92, debería aplicarse (cuando correspondiera) la primera de las disposiciones citadas, por tratarse de una disposición legal especial (que, en el punto concreto, derogaría la general contenida en el 92).

En verdad, no encontramos tal divergencia valorativa (que nos demuestre la tan mayor gravedad de los hechos descriptos en el art. 166, inc. 1, del Código Penal, en comparación con los contenidos en el 92). Es más, advertimos que existe, en el punto, una suerte de superposición parcial de los elementos de ambos tipos, que sólo puede ser resuelta entendiendo que el legislador (por medio del art. 166, inc. 1) intenta sancionar más severamente las graves lesiones ocasionadas *para atacar el patrimonio a través de un robo,* que las mismas graves lesiones causadas *para afectar el mismo bien jurídico por medio de otros actos o bien otros bienes jurídicos (tanto de menor como de mayor trascendencia)*. La respuesta propiciada por el art. 166, inc. 1, CP, resulta, en tal sentido, francamente irracional.

En tal sentido, entonces, encontramos razón a Sebastián SOLER, en cuanto propuso "abandonar la agravante por concurrencia de lesiones" (añadiendo, el autor citado, que "el abandono de este sistema, ya propuesto por nosotros en el P 1960, es fundado por la Comisión diciendo: 'Las agravaciones relacionadas con lesiones se suprimen, dando lugar a la aplicación del art. 92 o, en su caso, a las reglas del concurso' " [1]. En realidad, concordamos con su propuesta (aunque no con todos sus fundamentos), pues SOLER postuló la conveniencia de prescindir de dicha fórmula legal, por entender que, conforme a cierta interpretación del texto del inciso 1º del art. 166, "procedería aplicar esta figura solamente cuando entre el robo y las lesiones existiera una conexión meramente ocasional. En cambio, cuando las lesiones fuesen inferidas directamente *para* robar o *para* procurar la impunidad por el robo, correspondería aplicar el art. 92" [2]. En base a dicha interpretación, se opuso a incluir una disposición semejante en el Código Penal, fundado en que ella "conducía a aplicar las penas más graves a los casos más leves y viceversa" [3]. En verdad, es cierto que el art. 166 inciso 1 describe casos *menos* graves que muchos otros comprendidos en el art. 92, sancionándose con penas *más severas* hechos de *menor* gravedad que los reprimidos con penas menos graves. Esto es así, pero por una razón diferente: porque (como se dijo) el art. 166, inc. 1, CP contempla los casos de robos en

[1] Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 260.
[2] Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 260.
[3] Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 260.

los que el autor produce dolosamente lesiones graves o gravísimas *para realizar dicho delito (para realizar el delito de robo)*, mientras que, en el art. 92, se describen los casos de lesiones dolosas graves o gravísimas producidas (entre otros supuestos) "para consumar otro delito" *distinto del robo.*

Por ello es que, no obstante los distintos motivos que nos guían, nos parece acertado postular, como lo ha hecho SOLER, "la supresión de tales dificultades manteniendo la aplicabilidad de los principios generales del concurso", por resultar ella "la solución lógica" [4].

Sin embargo, a pesar de nuestra posición contraria a la previsión legal de una disposición como la contenida en el art. 166 inc. 1, tal fórmula legal (nos guste o no) *existe* hoy en nuestro Código Penal (y ha dado lugar a la imposición de excesivas penas carcelarias), por lo cual corresponde, en primer término, determinar su alcance, para luego verificar la legitimidad constitucional (o no) de las consecuencias a las que da lugar su aplicación.

E. Alcance del art. 166, inc. 1, CP. Para delimitar el alcance de los tipos penales de robo agravado por la producción de lesiones graves o gravísimas para realizarlo (del art. 166, inc. 1, CP), conviene desechar, ante todo, las interpretaciones claramente equivocadas, que dan lugar a consecuencias jurídico-penales demasiado irracionales. Veamos cuáles son.

E.1. Interpretaciones excluidas del art. 166 inc. 1. Hay ciertas interpretaciones del texto del art. 161 inc. 1 que deber excluirse por incorrectas.

E.1.1. Tesis que admite la tipicidad, en el art. 166 inc. 1, tanto de las lesiones producidas "para" robar como las no dirigidas a ese fin. Se excluyen, del ámbito de prohibición del art. 166 inc. 1, las posturas que entienden incluidas en dicha disposición legal tanto las lesiones graves o gravísimas *dirigidas a robar* como aquellas *no encaminadas al robo*.

Se excluyen del ámbito de aplicación del art. 166 inc. 1, entonces, tanto las lesiones ocasionadas en forma *accidental*, como las producidas por *culpa* (dentro de la *culpa* incluyo el mal llamado *"dolo eventual"*, que, en verdad, es un supuesto de *culpa grave*) [5]. Sobre esto no existe duda alguna, pues los motivos que fundan tal exclusión son verdaderamente contundentes.

[4] Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, p. 261.

[5] En sentido concordante, Alberto M. BINDER, para quien "como concepto límite el dolo es siempre *dolo directo*. La dogmática penal debe reconducir los demás casos de imputación subjetiva a las condiciones del dolo directo (es decir, conocer actual y querer directo) y no permitir que se amplíen los criterios de imputación subjetiva. *O existe dolo (y el dolo sólo dolo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias que forman nuevas clases de tipos abiertos que violan el principio de legalidad"* (*Introducción al derecho penal*, p. 148).

E.1.1.a. Lesiones accidentales. Aunque resulte una obviedad, se excluyen del ámbito de este delito las lesiones graves o gravísimas producidas, al realizar el robo, de manera *accidental*. La pretensión de incluir este tipo de lesiones (no queridas ni previsibles) en el campo de aplicación del delito en análisis, transgrede la Constitución en forma clara y manifiesta, pues postula incorporar una forma de responsabilidad penal *objetiva*, o *por la mera producción de un resultado*, desconociendo el *principio constitucional de responsabilidad penal subjetiva*, que exige dolo o, al menos, culpa como presupuestos de la pena. En tal sentido, cualquiera sea el texto de una ley penal, nunca es legítimo sostener tipicidad penal alguna si la conducta descripta no contiene un elemento subjetivo en el que se funde su imputación al autor. Cuando la ley penal funda o agrava la pena por el resultado producido, exige siempre que dicho resultado sea imputable subjetivamente al autor, quedando por determinar solamente si tal imputación subjetiva se funda en el dolo o en la culpa. En ningún caso la punibilidad, o la mayor punibilidad, pueden fundarse en la mera circunstancia de producir la acción un determinado resultado. El art. 19, C.N., al respecto establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no *manda* ni se encuentra privado de hacer lo que ella no *prohíbe*. Al hablar de *mandatos* y *prohibiciones*, requiere, como presupuesto lógico, el conocimiento del autor de lo que hace y de sus consecuencias o, por lo menos, la previsibilidad para el autor de tales posibles consecuencias. Ello prohíbe toda forma de responsabilidad penal objetiva.

Sorprendentemente, sin embargo, pareciera haberse sostenido lo contrario.

> Aunque no es muy claro, podría ser el caso, entre otros, de Ricardo C. NÚÑEZ, para quien "como lo indica ya el texto de la ley ('violencias ejercidas para realizar el robo'), el tipo del artículo 166, inciso 1º, comprende las lesiones accidentales y las preordenadas respecto del robo" [6]. Las lesiones "accidentales" son aquellas causadas por accidente y, por ello, sin que medie dolo ni culpa. La cuestión sería distinta, por supuesto, si se entendiera que Núñez, con tal equívoca terminología, hizo referencia sólo a las lesiones producidas por culpa. Algo semejante ocurre con Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS, en cuanto afirman la tipicidad en el art. 166 inc. 1 "cuando las lesiones … siendo producto de la violencia desplegada para robar, son el resultado accidental y ocasional de ésta" [7], aunque, como destacamos más adelante, la transcripción

---

[6] Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, p. 232.

[7] Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular*, p. 398.

de una cita de SOLER (que parecen hacer propia) hace pensar que los autores requieren necesariamente *culpa* en relación a la producción de lesiones.

Más clara es la mención de cierta jurisprudencia que ha exigido, para la tipicidad del art. 166 inc. 1, que la lesión grave o gravísima "constituya un resultado ocasional o accidental del robo" (Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, "Martín, Francisco", del 21/12/1938, en L.L., t. 13, ps. 369/370). La lesión que es resultado *accidental* del robo es aquélla producida en forma involuntaria y, por ende, sin dolo ni culpa, constituyendo una forma de la proscripta responsabilidad penal objetiva.

E.1.1.b. Lesiones culposas. Para un postura distinta a la que entendemos aceptable, el *art. 166 inc. 1* abarca los supuestos en los que las lesiones fueron producidas por el autor de robo en forma *culposa* (o también con el mal denominado *"dolo eventual"* –que, como se dijo en C.1.1.a., no es *dolo* sino *culpa grave*– [8]).

Es el caso, entre otros, de Sebastián SOLER (las lesiones "no es necesario que sean dolosas; basta que sean preterintencionales, es decir, objetivamente causadas y subjetivamente previsibles" [9] -sin perjuicio de ello, no debe olvidarse la crítica que el mismo SOLER efectúa a la propia existencia del art. 166 inc. 1, tal como lo hemos señalado antes, en el apartado II, C, y, en particular, en la nota 4-); Ricardo C. NÚÑEZ ("el tipo del artículo 166, inciso 1º, comprende las lesiones accidentales y las preordenadas respecto del robo" [10]; al considerar NÚÑEZ que son típicas del 166 inc. 1 las lesiones "accidentales", junto a las preordenadas al robo, si bien deja abierta la duda sobre la admisión de alguna forma de responsabilidad objetiva –como hemos indicado en el apartado anterior–, es claro que admite, al menos, la misma tipicidad de las lesiones de carácter *culposo*); Carlos CREUS ("sin duda quedan comprendidas en las agravantes las lesiones de carácter culposo …" [11]); Edgardo A. DONNA ("quedan comprendidas en la agravante las lesiones de carácter culposo, preterintencional …" [12], aunque luego, al tratar el elemento subjetivo del tipo, pareciera exigir el dolo, pues allí sostiene, por el contrario, que "el tipo subjetivo requiere que el contenido de ambas ofensas esté presente en el dolo

[8] Ver nota 5.
[9] Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, primera edición 1945/6, tercera reimpresión 1.956, p. 279.
[10] Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, p. 232.
[11] Carlos CREUS, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 2º edición actualizada, p. 454.
[12] Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 154, y *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 154.

de todos los partícipes, inclusive en aquellos que no tomaron parte en las lesiones" [13]); Andrés D'ALESSIO ("la agravante comprende las lesiones culposas …" [14]); Jorge E. BUOMPADRE también acepta la producción *culposa* de las lesiones típicas del 166 inc. 1, aunque, por la forma de expresarse, podría pensarse que sugiere además la inclusión, en el mismo tipo penal, de las lesiones causadas por mero accidente. Adviértase que, para el autor citado, "el tipo abarca las lesiones … meramente accidentales u ocasionales (culposas)" [15]. Es cierto que BUOMPADRE califica a tales lesiones como "culposas", aunque lo hace describiéndolas de un modo que no se compadece con ellas, pues las individualiza como "accidentales" u "ocasionales". Las lesiones causadas sólo por *accidente* no son imputables subjetivamente a su autor, por lo que no sólo están excluidas del art. 166 inc. 1, sino de cualquier tipicidad penal. Si, en verdad, no se tratara sólo de una cuestionable descripción de las lesiones culposas (sino que, por el contrario, admitiera las lesiones ocasionadas por mero accidente), la mención del autor citado habría que incluirla, también, entre las posturas más criticables todavía, aludidas en el apartado anterior; Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS igualmente aceptan la inclusión de las lesiones culposas entre las que exige la tipicidad propia del art. 166, inc. 1, CP [16], aunque corresponde formular, a su respecto, una aclaración semejante a la efectuada en relación al autor citado inmediatamente antes de ellos, pues, si bien estos autores afirman que las lesiones "es innecesario que sean dolosas", pareciera que hacen suyo un párrafo de SOLER según el cual "basta que sean preterintencionales, es decir, objetivamente causadas y subjetivamente previsibles", aunque ello lo han manifestado luego de haber afirmado renglones antes que "también juega la agravante … cuando (las lesiones) siendo producto de la violencia desplegada para robar, son el resultado accidental u ocasional de ésta, y cuya producción no estaba en los planes del agente. Es decir, la figura se aplica tanto si las lesiones han estado preordenadas al robo e intencionalmente producidas, (como) también 'cuando la gravedad de la lesión ha sobrepasado la intención del ladrón' [Núñez, Delitos contra la propiedad]". Otra vez se hace referencia a la inclusión, en el tipo del 166 inc. 1, de las lesiones que fueron el resultado "accidental" de las violencias del robo, lo que, al menos, genera la confusión

[13] Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 155, y *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 155.
[14] Andrés D'ALESSIO, *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, p. 409.
[15] Jorge E. BUOMPADRE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, mave, Bs.
As., 2004, p. 71.
[16] Oscar A. ESTRELLA y Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular*, p. 398.

acerca de la posible admisión de alguna forma de responsabilidad objetiva (por mero accidente); Justo LAJE ANAYA ("no es necesario que las lesiones sean dolosas … el resultado preterintencional queda comprendido" [17]); Fernando DÍAZ CANTÓN ("si, … , por más que las violencias hayan sido intencionales, las lesiones graves no lo son (dolo eventual o culpa) se aplica únicamente el tipo del art. 166, 1" [18]).

Esta tesis no se encuentra en condiciones de explicar la razón de semejante incremento del mínimo de la escala penal del art. 166, inc. 1, respecto del 92, mucho más para aquellos que entienden que el *artículo 92* comprende, entre otros, los casos de lesiones graves o gravísimas producidas *dolosamente y con el propósito de consumar un robo*, mientras el *art. 166 inc. 1* abarca los supuestos en los que las lesiones fueron producidas por el autor de robo en forma *culposa* (es decir, para aquellos que postulan la aplicación de ambas disposiciones legales, el 92 y el 166 inc. 1, a las situaciones de conexión entre el robo y las lesiones, para diferenciar su campo de aplicación sólo por el elemento subjetivo que requiere la producción de lesiones).

Por el contrario, la escala penal más severa contenida en el art. 166, inc. 1, CP sólo permite incluir, en su ámbito de prohibición, a las lesiones graves o gravísimas producidas en forma *dolosa* y *con el propósito de realizar la acción típica de robo ("para realizar el robo")*.

La exigencia de *culpa* en la producción de tales lesiones tornaría incongruente la mayor penalidad del art. 166 inc. 1, CP, en relación a la prevista en el art. 92 del mismo cuerpo legal. Es que la *culpa* es una forma de tipicidad menos grave que la *dolosa*, pues en ella el autor produce un resultado prohibido *sin querer causarlo*, mientras que en el dolo, por el contrario, el autor consigue la producción del resultado que *quiere* (diferencia que ha sido respetada por la ley penal argentina, al distinguir nítidamente las penas previstas para los hechos dolosos de las previstas para los culposos –cfr. arts. 79, 84, 90, 91 y 94, CP–). Sería, por ello, irrazonable, que la ley penal tratara en forma más severa la producción de lesiones *culposas* efectuadas para realizar el robo (en el art. 166 inc. 1) que las *dolosas* para robar (para algunos descriptas *sólo* en el 92 [19]).

Además de lo dicho, la propia interpretación literal del texto del art. 166 inc. 1 requiere el *dolo* de lesiones agravadas, pues tal disposición describe la conducta de quien, por las violencias ejercidas "para realizar el robo", causa lesiones graves o gravísimas previstas en los artículos 90 y 91

[17] Justo LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, p. 69.
[18] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 605.
[19] Es el caso, que no compartimos, de Andrés D'ALESSIO, *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, p. 409; Alejandro SÁNCHEZ FREYTES, Robo, Títuto VI, Capítulo II, en *Estudios de las figuras delictivas*, p. 74.

(que son lesiones agravadas dolosas), mientras que las culposas son aquellas que se producen sin querer y sólo por un obrar violatorio de un deber legal de cuidado (y que, por ende, no son aquellas queridas *con el propósito de robar*). Es decir, la exigencia legal de ocasionar lesiones agravadas "previstas en los artículos 90 y 91" (que son dolosas), unida al requerimiento de que sean producidas "para realizar el robo", impide incluir en este tipo penal a las lesiones graves o gravísimas no buscadas por el autor de robo.

E.1.2. Tesis que admite la tipicidad, en el art. 166 inc. 1, sólo de las lesiones no dirigidas al robo. Quedan también fuera del campo de prohibición del art. 166 inc. 1, CP, las posturas que entienden incluidas, en dicha disposición legal, *exclusivamente* las lesiones graves o gravísimas *no dirigidas al robo*, mientras entienden que las *orientadas a robar* resultan típicas de las lesiones *criminis causa* del art. 92, C.P. Esta postura se diferencia de la anterior en que no admite, en ningún caso, que las lesiones producidas con el propósito de realizar el robo se encuentren alcanzadas por la prohibición contenida en el art. 166 inc. 1.

> Para Fernando DÍAZ CANTÓN "ambas figuras (arts. 92 y 166) son heterogéneas, no pudiendo, por ende, concursar entre sí. Si la lesión es intencionalmente provocada para realizar el robo, estará reprimida por el art. 92 CP (prisión de tres a diez años), en concurso ideal (art. 54) con el delito de robo simple (CP, 164) y, en caso de que éste no se haya llegado a consumar, con su tentativa. … Si, en cambio, por más que las violencias hayan sido intencionales, las lesiones graves no lo son (dolo eventual o culpa) se aplica únicamente el tipo del art. 166, 1" [20]. Luego añade: "en el tipo del art. 166, 1, …, lo doloso son las violencias , no así las lesiones. La redacción del tipo: 'Si por las violencias ejercidas para realizar el robo' y luego 'se causare algunas de las lesiones…' no deja margen a otra conclusión: lo 'conocido y querido' deben ser las violencias, en modo alguno las lesiones. Interpretar que comprende también las lesiones intencionales implicaría, por ende, una extensión de la tipicidad violatoria del principio de legalidad penal (art. 18 CN). El tipo del art. 166, 1, pues, abarca sólo las lesiones no queridas, aunque previsibles" [21].

[20] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, ps. 604/5.
[21] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 604.

Esta tesis resulta contraria el *principio de legalidad penal* (art. 18, CN), pues se aparta del propio texto del art. 166 inc. 1. En efecto, tal postura desconoce, como elemento subjetivo de los tipos penales incluidos en dicha disposición, *el fin de ejecutar el robo* (perseguido por el autor) al causar las lesiones graves o gravísimas (dice el art. 166 inc. 1: "si por las violencias ejercidas *para realizar el robo*, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91"). La tipicidad del 166 inc. 1 exige que el autor cometa el robo mediante violencias físicas, pero no por medio de cualquier tipo de violencias físicas, sino a través de aquéllas que causen lesiones de carácter grave o gravísimo (de las previstas en los artículos 90 y 91, CP). Las lesiones de los artículos 90 y 91 CP son necesariamente *dolosas*, pues las lesiones *culposas* se encuentran contempladas en el artículo 94 CP, que incluso no hace distinciones entre lesiones leves, graves o gravísimas. Es así que el recaudo típico de *violencias que causen lesiones graves o gravísimas ejercidas con el fin de realizar el robo*, sólo se satisface con una acción típica de tales *lesiones dolosas agravadas* (de los arts. 90 o 91, CP), consumadas con el propósito de "realizar el robo". *Ello es, precisamente, lo que evidenciaría el especial disvalor de la conducta típica del 166 inc. 1: no cualquier lesión, sino la buscada lesión grave o gravísima, utilizada como medio para ejecutar un robo*. Un acto de *violencia física*, ejecutado para robar, que *no persigue ocasionar lesiones agravadas de las previstas en los artículos 90 y 91* sólo resulta adecuado al tipo penal de robo simple (aunque se haya producido *objetivamente* alguna de las lesiones de los arts. 90 o 91 CP). *Lo único que explica (no digo justifica ni legitima) la disposición del art. 166 inc. 1, CP, es la realización de un robo por medio de un acto de violencia física encaminado a la producción de tales lesiones agravadas. El autor de la conducta descripta en el art. 166 inc. 1 debe desvalorizar la salud o la integridad corporal ajena, a tal punto de valerse de su lesión para poder dañar el patrimonio a través de un robo*. Si, en cambio, la producción de lesiones de esa gravedad no son *buscadas por el autor de robo, como un medio para su comisión,* no sólo no obraría (para realizar el robo) con la particular violencia física exigida por la ley penal (por lo cual su conducta sería atípica del 166 inc. 1), sino que, además, no concurrirían en el caso los fundamentos de tal agravación punitiva.

Sólo añado, para concluir este punto, que Fernando DÍAZ CANTÓN equivoca la crítica a la tesis que exige dolo de lesiones graves o gravísimas (como elemento de la tipicidad del art. 166 inc. 1), cuando dice que "interpretar que comprende también las lesiones *intencionales* implicaría, por ende, una extensión de la tipicidad violatoria del principio de legalidad penal (art. 18 CN). El tipo del art. 166, 1, pues, abarca sólo las lesiones *no queridas*, aunque previsibles" (ver texto

correspondiente a la nota anterior; las cursivas fueron agregadas a su texto). El error de tal protesta de inconstitucionalidad radica en que el principio de legalidad penal reviste naturaleza de garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado, y no a la inversa, por lo cual no lesiona tal principio la interpretación que, como la que defiendo, exige para la tipicidad del 166 inc. 1 el *dolo de lesiones*, pues la necesidad del obrar doloso de lesiones *restringe* el ámbito de prohibición contenido en el 166 inc. 1, mientras que lo que amplía dicho marco de punición es, precisamente, lo contrario, es decir no exigirlo y contentarse con la producción de lesiones graves o gravísimas *culposas*.

E.1.3. Tesis que admite la tipicidad, en el art. 166 inc. 1, de todas las acciones típicas del art. 92. Como el art. 92 CP contempla el caso de las lesiones dolosas graves o gravísimas producidas "para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito", la mayoría de los autores sostiene que, en la medida en que el delito *fin* sea un robo, las lesiones graves o gravísimas realizadas con *cualquiera de los fines enunciados* (Cfr. arts. 92 y 80, CP) resultan típicas de alguno de los tipos penales contenidos en el art. 166 inc. 1, CP (por entender que, entre ellos, existe una relación concursal que manda a aplicar la escala penal agravada del 166 inc. 1).

Por el contrario, si bien la mayoría de los casos comprendidos en la prohibición del art. 92 CP consisten en la producción de lesiones graves o gravísimas "para realizar otro delito" (y, por ello, se corresponden con la descripción formulada en el 166 inc. 1 CP, en la medida en que ese otro delito sea un robo), ello no se presenta en todos los casos. En efecto, para que exista tal correspondencia las lesiones dolosas graves o gravísimas deben ser producidas "para realizar el robo", es decir para llevar a cabo actos ejecutivos o consumativos de un robo.

Por ello, no resultan comprendidas en el art .166 inc. 1: a) las lesiones dolosas graves o gravísimas ocasionadas *para preparar un robo que luego no haya iniciado la etapa de los actos de ejecución;* b) las producidas *para facilitar un robo cuya ejecución nunca comenzó efectivamente;* c) las lesiones dolosas graves o gravísimas ocasionadas después de consumado un robo y *con el fin de ocultarlo o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro.* En cualquiera de estos casos, las graves lesiones causadas dolosamente no habrían sido producidas "para realizar un robo", que es lo que exige, en forma expresa, la tipicidad de algunos de los supuestos de hecho previstos en el art. 166 inc. 1 CP.

En tal sentido, Fernando DÍAZ CANTÓN, luego de preguntarse cuál es la relación típica entre las lesiones y el robo, en el art. 166, inc. 1, se refiere al siguiente caso: "el delincuente sustrae primero y, después, lesiona para procurar la impunidad", sosteniendo, correctamente, que "esta tercera situación ingresa para mí en el terreno de las lesiones *criminis causae* del art. 92 CP, y está, a mi juicio, excluida de la figura del art. 166, 1, CP) … las lesiones posteriores para impedir, por ejemplo, el descubrimiento del robo, no constituyen más que una mera sucesión en el tiempo. Por más que las violencias para procurar la impunidad constituyan el tipo base del robo simple, no sustentan a mi juicio la razón de la agravación. El hecho de que este tipo se defina con las referencias 'sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad', … sin embargo, no explica que el propósito de 'procurar la impunidad' pueda incluirse, sin más, en el concepto 'realizar' del art. 166, puesto que, en ese caso, las lesiones no sólo pueden no resultar vinculadas conceptualmente con la realización del robo, sino que, casi siempre, ellas estarán referidas a momentos posteriores a las acciones , ya cumplidas , de realización del robo" [22].

Con el mismo sentido se expresó el juez Lejarza, en la causa "Lemus García, Cándido C.", de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal (del 20 de marzo de 1.962), al sostener que "este balazo disparado en plena lucha por escapar, por su afán de liberarse a todo costo para obtener la impunidad del robo que intentó, y que ya estaba definitivamente frustrado por la concurrencia de cuatro jóvenes, ¿puede, acaso, conectarse con el propósito que exige el delito del art. 166, inc. 1º? … Y puesto que desde ningún punto de vista puede uno suponer que el disparo del arma y la subsecuente lesión tuvo por objeto consumar el robo, la figura del art. 166, inc. 1º, queda sin su natural contenido … la lesión se produjo cuando pretendía el reo escapar con el propósito único inteligible de lograr la impunidad de sus frustrado intento. No hace falta más para que la conexidad de la lesión con el fin de rehuir la acción de la justicia produzca la figura agravada del art. 92 del Cód. Penal" [23].

---

[22] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 600.
[23] La Ley, Bs. As., tomo 108, año 1.962, ps. 303/7.

E.1.4. Exclusión de las lesiones leves y las no dirigidas al robo.

Por supuesto que quedan excluidas del art. 166 inc. 1 todas las lesiones dolosas leves y las dolosas graves o gravísimas *que no hayan sido llevadas a cabo con el fin de realizar el robo*, aunque objetivamente exista conexión entre ambos delitos.

> Por ejemplo, si "el delincuente lesiona y, después, decide apoderarse de la cosa … como el delito complejo presupone, además de dos delitos, un conexión característica entre ambos, al faltar, en dicho supuesto, toda clase de conexión, no puede cumplir el tipo de robo con lesiones graves. Entre lesiones y sustracción existe una mera sucesión en el tiempo, pero nada más. Se aplican las reglas del concurso" [24].

E.2. Lesiones incluidas en el art. 166, inc. 1, CP. Se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 166 inc. 1 las lesiones *dolosas* causadas por el autor *para realizar el robo*.

La única diferencia posible existente entre el supuesto de hecho del art. 92 CP y el del art. 166 inc. 1 CP consiste en que las lesiones dolosas (graves o gravísimas) descriptas en el *art. 92* están dirigidas a preparar, facilitar o consumar otro delito *distinto del robo* o para asegurar los resultados de cualquier delito ya consumado o para procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, mientras que, por tratarse de una disposición penal especial en relación al citado art. 92, el *art. 166 inc. 1* comprende las lesiones dolosas (graves o gravísimas) producidas "para realizar un *robo"*.

Esta es la única explicación aceptable que encuentro para distinguir el ámbito de aplicación del art. 92 del correspondiente al art. 166 inc. 1.

> FONTÁN BALESTRA defendió el carácter *doloso* de las lesiones graves o gravísimas comprendidas en el art. 166 inc. 1, CP. y la necesidad de que las lesiones agravadas del art. 92 se conecten con un delito distinto del robo. En tal sentido, sostuvo que "las lesiones que se *causen* tienen que ser dolosas o *criminis causa* en función de lo establecido en el artículo 92. De lo contrario, considerar incluidas en el artículo comentado a las lesiones culposas significaría admitir la incongruencia que se puso de manifiesto, en cuanto a las penalidades, al tratar el robo con homicidio y la privación

[24] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 600.

ilegal de la libertad con lesiones resultantes … resulta, pues, preciso aceptar que el artículo 166, inciso 1º, es de aplicación a las lesiones graves o gravísimas causadas *para* robar …, con lo que la norma del artículo 92 tiene vigencia cuando las lesiones sean conexas a cualquier otro delito … De lo expuesto se deduce que tanto en lo relativo al apoderamiento como a las lesiones que se causan, el delito es *doloso"* [25].

Carlos A. TOZZINI pareciera adherir a esta postura, al sostener que "para la punibilidad, el tipo subjetivo requiere que el contenido de ambas ofensas esté presente en el dolo de todos los partícipes" [26]. Sin embargo, hay una razón que me permite dudar acerca del alcance de su posición, pues, al igual que DONNA (cuya obra contiene una frase idéntica a la transcripta), sostuvo antes que el art. 166 inc. 1 "se aplica … cuando entre el robo y las lesiones no sólo exista una conexidad preordenada …, sino también una meramente ocasional o accidental respecto del robo, puesto que las violencias causantes de estas lesiones pueden ser ejercidas en cualquiera de los momentos y con los fines que prevé el art. 164, y todas ellas realizan el robo" [27]. Ello por cuanto la *"conexidad meramente ocasional o accidental"* entre las lesiones y el robo pareciera no referirse necesariamente a las lesiones graves o gravísimas *dolosas*, aunque, como se dijo, el autor citado luego exige la comisión *dolosa* de ambas ofensas –y, por ende, también de las lesiones agravadas–).

A pesar de que no concordamos con la identidad *total* entre los supuestos de hecho de los arts. 166 inc. 1 y 92, CP, mencionamos aquí (aunque no traten expresamente el problema relativo al elemento subjetivo de las lesiones) las interpretaciones del art. 166 inc. 1 que identifican totalmente las conductas en él descriptas con las enunciadas en el art. 92. Ello por cuanto el art. 166 inc. 1 requiere que las lesiones se produzcan por las violencias causadas "para realizar el robo" y el art. 92, de modo semejante, exige que se causen lesiones "para" cometer otro delito (para estos autores: "para" robar). Para que pueda afirmarse esta correspondencia de supuestos de hecho (previstos en el 166 inc. 1 y en el 92), las lesiones deben, en ambos casos, ser causadas en forma *dolosa*, pues sólo de ese modo se entiende que su producción "para realizar el robo" sea equivalente a "para" robar.

---

[25] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial,* p. 456.
[26] Carlos A. TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, p. 298.
[27] Carlos A. TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, p. 294.

Octavio GONZÁLEZ ROURA se pregunta, en tal sentido, "¿qué pena deberá imponerse en el supuesto del art. 166, inc. 1º, *encontrándose el caso también previsto*, aunque con una pena menor, *en el art. 92* que trata de las lesiones? Y la respuesta, en el sentido de la aplicación de la pena prevista en el robo, no es por cierto dudosa. Primero, porque una disposición de carácter especial prima sobre otra de carácter general, y segundo, porque en materia de concurrencia de delitos prima la calificación del más grave, según el principio tantas veces recordado" [28].

Igualmente, Rodolfo MORENO (hijo), luego de transcribir la frase recién citada de GONZÁLEZ ROURA, añade: "el argumento me parece perfectamente claro y de todo punto aceptable" [29]. (p. 140).

F. La prueba del dolo y del elemento subjetivo del tipo que lo trasciende.

La cuestión atinente a las dificultades existentes para probar el dolo (y el elemento subjetivo del tipo que va más allá de dolo) de robo agravado por haber sido cometido por medio de lesiones graves o gravísimas de los artículos 90 o 91, CP, reviste, en verdad, naturaleza procesal. Lo cierto es que, respetando el sistema de garantías que rodean la teoría de la prueba, corresponde, en el caso del art. 166 inc. 1, CP, probar tanto el dolo de lesiones graves o gravísimas, como el fin de causarlas para realizar un robo, del mismo modo que se hace necesario probar el dolo de robo. En otras palabras, constituye uno de los tantos presupuestos de la pena la acreditación, por medio de un juicio de certeza, del obrar doloso del delito medio (lesiones graves o gravísimas), de la concurrencia del propósito de lesionar gravemente como medio para realizar el robo y del dolo del delito fin (robo). Esto significa que la tipicidad del robo con lesiones del art. 166 inc. 1, CP, requiere, como elementos subjetivos del tipo, los siguientes: a) que el autor se apodere, por medio de la particular forma de violencia física exigida y sin autorización del tenedor, de cosas muebles ajenas, *conociendo tales elementos y queriendo llevar a cabo dicho apoderamiento;* b) que el autor cause lesiones graves o gravísimas a otro, *conociendo que, con su obrar, las produce y, además, con voluntad de causarlas;* y c) que el autor *quiera provocar tales graves lesiones y tenga el propósito de utilizarlas como medio para realizar el robo*.

Probablemente, lo más difícil de probar sea el dolo de lesiones graves o gravísimas, pues, para dar un ejemplo, entre el dolo de lesionar a otro inutilizándolo para el trabajo por más de treinta días (lesiones graves del art. 90) y el de hacerlo por pocos días menos (lesiones leves del art. 89), existe una diferencia difícil de percibir desde el fin del autor. La misma dificultad se presenta, entre

[28] Octavio GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, Tomo III (Parte Especial), 1925, p. 225 (el párrafo citado no lleva cursivas).
[29] Rodolfo MORENO (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 140.



muchos otros casos, en la comparación entre el caso de quien deja ciego a otro (art. 91) y de quien le hace perder sólo un ojo (art. 90), cuestión muy complicada de dilucidar desde el querer del autor. De todos modos, ella es una problemática que corresponde zanjarla en el plano de un proceso penal de garantías, propio de un Estado Constitucional de Derecho, en cuyo ámbito rige el principio *in dubio pro reo*, según el cual en caso de duda acerca del dolo de la lesión mayor, sólo deberá tenerse por cierto, en nuestros ejemplos, el dolo de la lesión menos grave (de la leve, en el primer caso, y de la grave, en el segundo).

G. Tentativa y consumación.

Los tipos penales contenidos en el art. 166 inc. 1, CP, constituyen supuestos de robos agravados por la gravedad del medio empleado (lesiones dolosas graves o gravísimas). En cuanto son delitos de robo, el apoderamiento ilegítimo de cosas ajenas (realizado por medio de la particular violencia física exigida) debe haberse logrado; es decir, *debe haberse consumado como robo*. A su vez, *también se requiere la consumación de las lesiones dolosas graves o gravísimas*.

Por la razón apuntada, es ya tradicional la discusión entablada entre quienes postulan (para el supuesto lesiones –graves o gravísimas– *consumadas* para realizar un robo que queda sólo *tentado*) la aplicación lisa y llana del art. 166 inc. 1, CP, desconociendo la aplicabilidad de los arts. 42 y 44, CP., y quienes, del otro lado, admiten (para el mismo caso) la reducción de la escala penal prevista en el art. 166 inc. 1, de conformidad a las exigencias del art. 44, CP.

Para la primera de las tesis enunciadas, *la aplicación de la escala penal del art. 166 inc. 1, CP, sin la disminución establecida en el art. 44* (para el caso de lesiones agravadas consumadas, llevadas a cabo para realizar un robo sólo tentado), se funda, en líneas generales, en la circunstancia de tratarse de un delito “complejo” o de “ofensa compleja”, que atenta contra el patrimonio y la salud o integridad corporal de las personas, constituyendo un nuevo tipo penal, distinto de aquellos que lo componen. De admitirse la disminución de la escala penal prevista en el art. 44, CP, se produciría la *incongruencia* de entender sancionada la tentativa del art. 166 inc. 1 con un mínimo de pena *menor* que el correspondiente a las lesiones gravísimas del art. 90 [30].

[30] En verdad, se trata de una incongruencia relativa, pues depende de la tesis que se siga para reducir la escala penal de la tentativa (es decir, de la interpretación que se adopte respecto de la fórmula “de un tercio a la mitad” del art. 44, CP). Además, los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos y pueden ser dejados de lado en la medida en que lo demanden exigencias de racionalidad.

En tal sentido, Ricardo C. NÚÑEZ ha dicho que "agravando ya el delito las violencias ejercidas para facilitar el robo, la calificante no exige la consumación de este delito y, por ende, el tipo del artículo 166, inciso 1º, se estructura tanto con las consumación de la ofensa a la propiedad, como con su tentativa. Esto excluye la posibilidad de la aplicación de las reglas de la tentativa. La consumación del tipo calificado requiere, como en el artículo 165, la ofensa consumada o tentada contra la propiedad y el homicidio consumado" [31] (debió decir "y las lesiones consumadas"). Edgardo A. DONNA [32] concuerda también con este parecer ("como las violencias ejercidas para facilitar el robo ya agravan el delito, la calificante no exige la consumación del apoderamiento y, por ende, como en el caso del robo con homicidio, el robo con lesiones se consuma cuando concurren el apoderamiento o su tentativa, y la lesión grave o gravísima"). Esta es la tesis de Carlos A. TOZZINI [33], para quien "agravado el delito por el resultado de las violencias efectuadas para facilitar el robo, el inc. 1 del art. 166 no exige, pues, la consumación de este último delito". Para Carlos CREUS [34] , "como en el caso anterior (el caso anterior al que se refiere el autor es el del art. 165, CP), para que se dé el tipo calificado se requiere la ocurrencia de la lesión y la consumación o la tentativa del apoderamiento ilegítimo". Jorge E. BUOMPADRE [35] se expide en el mismo sentido: "producida la lesión, el delito queda consumado, aunque el robo haya quedado en grado de tentativa". Igualmente, Justo LAJE ANAYA [36] ("la agravante no requiere la consumación del robo").

Esta tesis se apoya, en general, en el fallo plenario dictado en el año 1.967 por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, en causa "Salvini o Gómez, J. C." [37].

La segunda posición sostuvo que si el robo queda en tentativa (y se consuman, en cambio, las lesiones graves o gravísimas) *la aplicabilidad de la escala penal disminuida, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 42 y 44, CP.*, se fundamenta, básicamente, en la exigencia del *principio constitucional de legalidad penal*. En efecto, tal principio obliga a los jueces a aplicar las reglas legales generales de los arts. 42 y 44, CP, a los delitos que son compatibles con ellas y éste,

[31] Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 233.
[32] Edgardo A. DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 157, y *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 157.
[33] Carlos A. TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, p. 296.
[34] Carlos CREUS, *Derecho Penal, Parte General,* p. 454.
[35] Jorge E. BUOMPADRE, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo 2, p. 71.
[36] Justo LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, p. 69.
[37] Jurisprudencia Argentina, 1967-V-219; La Ley, 127-1023.

precisamente, es uno de ellos, por constituir un caso de *robo* agravado (que, como tal –como robo– permite la tentativa). Para esta postura, el tratamiento de la *tentativa de robo agravado* por lesiones graves o gravísimas *como si fuera un robo consumado*, además del vicio al que se hizo alusión, conduce a una *irrazonable consecuencia punitiva*, consistente en brindar un trato más severo a casos de menor gravedad.

A favor de tal interpretación se expidió, entre otros, Fernando DÍAZ CANTÓN, para quien "1) la naturaleza compleja de una figura dice relación con el concurso de delitos, para excluir la aplicación de sus reglas por la existencia de una relación típica de medio a fin, no rozando siquiera el problema de la tentativa. 2) Esa relación típica es lo que explica –aunque no justifica– el sensible incremento de la penalidad, afincado en el incremento del injusto fundado en el mayor disvalor de acción que denota la ordenación de las violencias (causantes de graves lesiones) al robo, lo cual no se aplica a la mera conexión ocasional ente ambos delitos. 3) Esto, sin embargo, nada dice acerca de que un desvalor de acción semejante ni siquiera merezca la atenuación por tentativa. Creo que, precisamente por ello, la reducción se impone más que nunca. 4) la reducción se impone, además, por la desmesurada escala penal prevista en comparación con otras figuras de similar o mayor gravedad, lo cual constituye una evidente lesión al principio de culpabilidad" [38], a lo que el autor agrega que "el tipo del art. 166, 1, es el de un robo agravado. Por eso está situado en el título de los delitos contra la propiedad, en el capítulo del robo, dentro del mismo artículo que contempla otros tipos de robo de igual gravedad. Como robo, es delito doloso …, como robo, su núcleo consiste en apoderarse ilegítimamente de lo ajeno. Como robo, pues, se consuma o no según se logre o no el apoderamiento; y queda, en caso contrario, en tentativa, aunque la forma de violencia empleada haya provocado lesiones graves o gravísimas [39]. Igualmente, citando el voto de Lejarza en el fallo plenario "Salvini o Gómez", añade que "*realizar* no quiere decir *intentar* y para echar mano del artículo en caso de que la acción descripta no se cumpla, el legislador debió haber agregado … o *intentar* el robo, lo que no supone demasiado esfuerzo. Además, el empleado en la norma es uno de los pocos verbos españoles de

[38] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 608.
[39] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 608.

significado muy concreto, intergiversable. Realizar (…) tr. Verificar, hacer real y efectiva una cosa, Diccionario de la Lengua Española” [40].

Entre las decisiones judiciales que admiten la tentativa de robo con lesiones graves o gravísimas del art. 166 inc. 1, CP, puede mencionarse, entro otras, las siguientes:

- *Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal*, causa “Lemus García, Cándido C.”, del 20 de marzo de 1.962 [41]: “tal calificación es de incuestionable procedencia, toda vez que en autos ha quedado acabadamente establecido que el procesado penetró al lugar del hecho con propósitos de robo; que valiose del revólver que portaba para intimidar a algunos de los ocupantes de la casa; que luchó empeñosamente contra quienes luego se opusieron a sus designios intentando reducirlo y arrebatarle el arma aludida, y que en estas últimas circunstancias el prevenido hirió de una balazo a uno de sus oponentes … dicha lesión fue causada por el imputado en el acto de intentar la comisión del delito contra la propiedad que constituía su finalidad y en momentos en que, sorprendido por algunos de los moradores de la finca, pretendía imponerse a éstos” (de la decisión, confirmada, de primera instancia, del juez Martín Soto). “Se está frente a una unidad jurídica de la creación legal, excluyente de todo tipo de concurso, y por cierto susceptible como el delito simple de ser cometido en grado de tentativa en virtud de conformar también sólo un delito autónomo único no obstante la pluralidad natural de sus elementos” (del voto de Vera Ocampo). Se añade que “la pretendida incongruencia por la menor pena que resultaría de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 42 y 44 del Cód. Penal, a la escala del art. 166, en el caso del inc. 1º, con respecto al mínimo conminado para las lesiones del art. 91, no es tal incongruencia. O de serlo habría también que admitir que el propio art. 166, inc. 1º, al dar una misma escala para supuestos que las tienen diferentes, arts. 90 y 91, la llevaría ínsita. Pero ‘la naturaleza de la acción’, art. 41, inc. 1º, impediría a *un juez* caer en la inconsecuencia, con lo cual quedaría cegada esta objeción más formal que sustantiva” (del voto de Lejarza).

- *Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires*: “No se advierte razón alguna para que la figura del art. 166 inc. 1º de la llamada ‘parte especial’ del Cód. Penal no sea relacionada, cuando así corresponda, con el art. 42 de su denominada ‘parte general’ … las lesiones … deben entonces consumarse … El proceso ejecutivo del robo es otra cosa

[40] Fernando DÍAZ CANTÓN, *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?*, p. 609.
[41] La Ley, Bs. As., tomo 108, año 1.962, ps. 303/7.

y, en consecuencia, admite la tentativa" (Causa "Delgado, Luis A. y otro", del 2 de abril de 1.991 [42]); "Es jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado no ya la acción descripta en la figura (art. 166, inc. 1º), sino un elemento normativo de la misma" (Causa "Iglesias, Diego A.", del 29 de diciembre de 1.992 [43]); "Lo descripto en el Art. 166 inc. 1) del Código Penal es un robo calificado y las lesiones, por constituir en dicho precepto legal un elemento normativo del tipo, deben consumarse para la aplicabilidad de la mencionada figura sea en su forma consumada sea en grado de tentativa … Las lesiones del Art. 166 inc. 1) del Código Penal … son violencias que 'realizan' el robo, pero a condición de que éste se perfeccione, pues tales 'violencias' no satisfacen por sí mismas el concepto legal de robo consumado" (Causa "Lagrekas, A. M.", del 29 de abril de 1.997 [44]).

- Tribunal Superior de Córdoba: "En el delito complejo … está aceptado que sus disposiciones adelantan el momento consumativo del delito, centrándolo en el ataque a las personas, aunque no haya todavía acto alguno contra la propiedad, con lo cual no admitiría tentativa. Sin embargo, como se trata de una cuestión opinable, en el caso, la comisión del delito complejo imputado, debe resolverse con ajuste al tipo delictivo que respete su unidad y respete el límite de la ejecución delictiva resultante de lo que se ha acreditado que hizo el sentenciado, quien no consiguió retirar prenda de vestir alguna del interior del local que asaltó, no logrando, entonces, quebrantar la tenencia de cosas muebles ajenas, por lo cual debe ser declarado coautor responsable de tentativa de 'robo con lesiones' (arts. 42, 45, 166, inc. 1º, C. Penal)" (Causa Rodríguez, Julio Julián y otros", del 7 de mayo de 1.993 [45]).

- *Tribunal Superior de Neuquén*: "En el caso de autos, la Cámara de Juicio ha determinado que *no es factible dar por acreditada la consumación del desapoderamiento*, con lo cual, *tampoco es viable considerar que, sin ese extremo, la figura calificada pueda considerarse perfeccionada*" (Causa "Quirulef, Ariel Antonio s/Robo Doblemente Agravado por el Uso de Armas y Lesiones Graves", expte. nº 350, año 1998, del 22 de marzo de 1.999).

[42] La Ley, Bs. As., tomo 1.991-D, p. 85.
[43] La Ley, Bs. As., tomo 1.994-B, p. 703.
[44] Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, tomo 99, año XXV, 1.997, F. 145, ps. 54/5.
[45] El Derecho, Bs. As., t. 160, año 1.995, p. 414.

En verdad, esta última postura (que considera aplicable al art. 166 inc. 1, CP, las reglas de la tentativa) parece haber surgido como una reacción en contra de las incomprensibles condenas por el delito que tratamos a los casos de robos meramente *tentados.* Por medio de tales condenaciones, se vinieron imponiendo penas carcelarias mínimas de cinco años para los casos de *tentativa* de *robo agravado por el modo particularmente lesivo de su comisión*, desconociendo, precisamente, que el art. 166 inc. 1, CP, contempla un delito "complejo" que fue más severamente penado (que lo que resultaría de aplicar las reglas del concurso) por fusionar *dos* delitos consumados en uno independiente (que comprende a cada uno de ellos).

De no haber sido por ello, probablemente se habría advertido (desde hace muchos años y en forma general) la razonabilidad de la posición postulada por varios autores (aunque en relación al homicidio en ocasión del robo –del art. 165, CP–), según la cual (aplicando dicho criterio al caso del art. 166 inc. 1, CP) el delito de *robo cometido por medio de graves lesiones* constituye un delito complejo que abarca, en uno solo, dos delitos *consumados:* el robo y las lesiones graves o gravísimas.

Más allá de la crítica de la que se hace claramente pasible la previsión legal de tales "complejidades" (que parecen haber nacido para crear confusión y encubrir la introducción de supuestos de verdadera responsabilidad penal objetiva), lo cierto es que *el art. 166 inc. 1, CP, comprende, entre los elementos del tipo fusionado, los propios de los fundantes (es decir, los elementos típicos del robo y los de las lesiones graves o gravísimas)*. Lo que agrava la pena (en la lógica del texto del cuestionable art. 166 inc. 1, CP) es *la producción real de graves lesiones ocasionadas para realizar total y efectivamente un robo*. Si las lesiones no se consuman, el hecho es atípico del art. 166 inc. 1, CP, aunque se consume el robo (aunque, en verdad, esto no fue nunca discutido). Si, en cambio, se consuman las lesiones, pero no el robo (quedando este último en tentativa), la conducta tampoco concuerda con las prohibiciones contenidas en el art. 166 inc. 1, CP., resultando atípicas en relación a ellas.

En estas hipótesis de atipicidad del art. 166, inc. 1, CP (por la no consumación de las lesiones graves o gravísimas o por la no consumación del robo), debe aplicarse la escala penal que resulta de las normas del *concurso ideal entre tentativa de robo y lesiones graves o gravísimas consumadas, o, en su caso, entre robo consumado y tentativa de lesiones graves o gravísimas*.

El concurso reviste la naturaleza de "ideal", por cuanto la conducta típica de las lesiones que agravan el robo (tentadas o consumadas) son, precisamente, el medio comisivo de este último delito (consumado o tentado), no constituyendo, entonces (las lesiones y el robo) acciones independientes

entre sí (por lo que el propio texto legal requiere que las lesiones sean producidas “por las violencias ejercidas para realizar el robo”).

Al mismo tiempo, la aplicabilidad de las reglas del concurso “ideal” entre robo y lesiones graves (al citado supuesto de atipicidad del art. 166, inc. 1, CP) explica de un modo razonable la deferencia comparativa de las penas establecidas legalmente: a) para el art. 166, inc. 1, CP (5 a 15 años de pena carcelaria para el robo *consumado* a través de la *consumación* de lesiones dolosas graves o gravísimas), b) para la tentativa de robo llevada a cabo por medio de la consumación de lesiones dolosas graves o gravísimas (1 a 6 años o 3 a 10 años de pena privativa de libertad, de acuerdo a que las lesiones dolosas sean graves o gravísimas) o c) para el robo consumado por la acción típica de tentativa de lesiones graves o gravísimas (1 a 6 años o 1 año y 6 meses a 6 años y 8 meses, según que se trate de tentativa de lesiones graves o gravísimas).

Esta solución salva las objeciones que, con razón, se formulan a las tesis que postula aplicar, sin más, la escala penal del art. 166 inc. 1, CP, tratando a la *tentativa* de robo como si fuera un robo *consumado* (mientras que para la tentativa de lesiones graves o gravísimas manda a aplicar las reglas del concurso, sea que el robo haya sido tentado o consumado). De la misma manera, evita el cuestionamiento que ha sido formulado a la tesis que postula la reducción de la escala penal del art . 161, CP, conforme a lo establecido en el art .44, CP, que mandaba a aplicar (a las lesiones gravísimas *consumadas* para lograr un robo que queda sólo *tentado*) un mínimo de pena inferior al previsto sólo para las lesiones dolosas consumadas del art. 91, CP.

Adviértase que, de acuerdo con la solución que postulamos, la escala penal aplicable a nuestros casos (de tentativa de cualquiera de los delitos fusionados en el art. 166, inc. 1, CP) resulta explicable a través de la razón, pues es siempre menor a la escala del 166 inc. 1 (que exige las dos consumaciones) y nunca menor al mínimo de las lesiones dolosas graves o gravísimas de los arts. 90 o 91, CP, o al mínimo del robo.

> La razonabilidad de esta postura la advertí luego de leer el exhaustivo análisis que hace Alexis L. SIMAZ del *homicido con motivo u ocasión del robo*, previsto en el art. 165, CP [46]. Nos dice este autor: “queremos delinear una tercera interpretación posible –a nuestro criterio más justa que las formuladas anteriormente–, que es la de exigir la consumación tanto del robo como del homicidio para que se pueda dar el delito complejo, aunque somos conscientes de que no existe doctrina y jurisprudencia en que nos podamos

[46] Alexis L. SIMAZ, *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*.

apoyar al respecto … Dentro de las interpretaciones posibles ésta es la más favorable para el imputado (*favor rei*) … Por otra parte, interpretarlo en forma diferente implicaría adelantar el momento consumativo del delito, sin que exista una norma específica que lo disponga … Por último, existe una desproporcionalidad manifiesta en la postura que admite la tentativa del complejo …, por lo que creemos que si exigimos la consumación tanto del robo como del homicidio le otorgamos mayor racionalidad y proporcionalidad al sistema punitivo, pues de acuerdo a nuestra posición la escala penal sería de 10 a 25 en caso de que se consumen tanto el robo como el homicidio y de 8 a 25 cuando se consume el homicidio y el robo quede en grado de tentativa, como consecuencia de la aplicación de las normas del concurso real; de esta forma le otorgamos mayor coherencia en lo que hace a la gravedad relativa de las penas, pues en este sentido tiene razón la Corte provincial al expresar que de cuerdo a la posición contraria se estaría declarando consumado un hecho meramente tentado … Por todo lo expuesto, creemos que esta es la postura más justa. Con relación a la posición que admite la tentativa, es evidente que, más allá de todos los reproches dogmáticos, la desproporción en la pena la hace totalmente insostenible; y con respecto a la segunda posición … , tiene la dificultad de no explicar cómo se puede entender que el complejo se consumó cuando una de sus acciones descriptas quedó en grado de tentativa; en este caso tenemos la ventaja de establecer una diferencia en materia punitiva según el robo se haya consumado o no" [47]. Cabe aclarar que Alexis L. SIMAZ concluyó el trabajo citado antes de la reforma operada al art. 55 del Código Penal argentino, que tristemente admite, para el concurso real, un máximo de pena carcelaria resultante de "la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos", la que "no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión" (Cfr. ley 25.928/2004). Por ello, para el autor citado, las escalas penales aplicables a los distintos casos que plantea resultaban explicables en aquel momento, aunque no ahora, después de la insensata reforma efectuada al art. 55, CP. Ahora, en cambio, sólo resulta comparativamente explicable si se aplican (a los casos de robo tentado y lesiones consumadas de los arts. 90 o 91 o bien a los supuestos de robo consumado por tentativa de tales lesiones) las reglas del concurso ideal entre ellos (Cfr. tesis de Mauro A. DIVITO, referida en el párrafo siguiente).

[47] Alexis L. SIMAZ, *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, ps. 312 a 313.

También ha sido decisivo, para mí, el interesante trabajo de Mauro A. DIVITO [48] (aunque en relación al art. 165, CP). Este autor ha expresado, al respecto, que "en principio, la consideración de la figura como un robo calificado conduciría a admitir que, cuando el apoderamiento no se consumó y el homicidio sí, el delito del art. 165 no superó la etapa de la tentativa y, por ende, correspondería reducir la escala penal conforme al art. 44. Pero esa operación arrojaría un resultado bastante desconcertante, pues –siguiendo la opinión predominante– en tal caso se aplicaría una escala cuyo mínimo –cinco años– sería marcadamente inferior al del art. 79. Y aunque el CP no se caracteriza precisamente por la armonía entre las penas que contempla para los distintos delitos, en la disyuntiva parece razonable intentar una interpretación que, al menos, reduzca la irracionalidad más grosera. En consecuencia, ha de concluirse que la figura del art. 165 es aplicable solamente en los casos en que el robo y el homicidio se han consumado. En los supuestos en que el homicidio se consumó y el robo quedó tentado, … debe considerarse que deja de operar la excepción a las reglas del concurso ideal –propia del tipo complejo–, y resolver el caso de acuerdo a éstas, es decir, aplicando la escala del art. 79 –que es la más grave- (CP, 54)" [49]. El autor aclara que, como consecuencia de las disposiciones legales que regulan el concurso *ideal*, corresponde aplicar la escala penal del delito más grave (que, en el caso del art. 165, es la de ocho años de privación de libertad por homicidio doloso), pues "resolver esta hipótesis según las reglas del concurso real conduciría a una escala bastante extravagante, con un mínimo (ocho años –art. 79–) menor al del art. 165, pero con un máximo sustancialmente mayor al allí previsto (en el mejor de los casos, es decir si se tratara de un robo simple, el máximo ascendería a veintinueve años, resultante de sumar veinticinco –art. 79– más cuatro –arts. 42 y 164–)" [50]. Adviértase que, de aplicarse las normas reguladoras del concurso real, se produciría la consecuencia inadmisible de permitir la aplicación de una pena máxima de *veintinueve* años de cárcel para la *tentativa de robo* si en su contexto se comete un homicidio doloso, mientras el máximo es menor (veinticinco años) cuando el robo se consumó.

[48] Mauro A. DIVITO, *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, 2005/A, ps. 229 y ss. (y, en particular, las páginas. 250 a 252).

[49] Mauro A. DIVITO, *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, 2005/A, ps. 251/2.

[50] Mauro A. DIVITO, *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, 2005/A, p. 252, nota 82.

Guillermo E. H. MOROSI [51] también defiende esta idea (aunque también en relación al delito de homicidio *en ocasión del robo* del art. 165, CP). Sobre el punto, señaló que "la sola tentativa de robo con resultado fatal no consuma el delito por cuanto, a falta de aclaración en la norma, debe considerarse que el legislador se refiere al hecho consumado y no al tentado. En este caso, ambas figuras –tentativa de robo y homicidio– concurrirán en forma material" [52].

Salvo el caso de los autores citados, la doctrina en general se ha enrolado a favor de las dos tesis tradicionales: a) la que no admite la disminución de la escala penal de la tentativa y postula la aplicación lisa y llana del art. 165, o b) la que, por el contrario, postula tal reducción de la escala punitiva de conformidad con lo dispuesto por los arts. 42 y 44, CP.

Ello concuerda, a su vez, con las decisiones de la jurisprudencia.

G. Autoría y participación.

Por una parte, el principio constitucional de responsabilidad penal personal exige, para la actuación típica requerida por el art. 166 inc. 1 CP: a) que cada interviniente en el hecho haya participado concretamente en la causación de las lesiones graves o gravísimas consumadas con el fin de realizar el robo.

A su vez, la misma tipicidad requiere que, en el plano objetivo, cada interviniente participe en la realización del robo consumado, para cuya realización se haya realizado en común la acción gravemente lesiva.

Por otra parte, por ser un tipo penal doloso, que exige, además del dolo, un elemento subjetivo del tipo que trasciende al dolo (el propósito de lesionar de ese grave modo como medio "para realizar el robo"), cada uno de los autores, coautores o partícipes, para obrar típicamente, debe obrar con conocimiento y voluntad de consumar lesiones graves o gravísimas, sabiendo que, con ellas, se va a realizar un apoderamiento ilegítimo de cosas mueble ajenas a través de esa forma concreta de violencia física en las personas, y, además, con el propósito de producir tales graves lesiones *para realizar el robo*.

Si un interviniente (coautor, cómplice o instigador) obra con dolo de lesiones *leves* para realizar un robo, su conducta será atípica del art. 166, inc. 1, CP, por falta de dolo de lesiones graves

[51] Guillermo E. H. MOROSI, *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*.
[52] Guillermo E. H. MOROSI, *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*, p. 40.

o gravísimas de los arts. 90 o 91, CP., restando la comprobación de la tipicidad en relación al robo simple.

Si, en cambio, un coautor, cómplice o instigador de lesiones graves o gravísimas, obra con dolo de producir ese tipo de lesiones, pero luego roba sin que exista conexión entre aquellas lesiones y el robo, habrá realizado una acción también atípica del art. 166, inc. 1, CP, por cuanto falta de la necesaria conexión entre las graves lesiones y el robo (requerida, como elemento subjetivo distinto al dolo, por el tipo penal aludido).

H. Ilegitimidad constitucional del art. 166, inc. 1, CP.: imprecisión de lo prohibido e incongruencia valorativa de la pena.

No obstante lo dicho, la única interpretación plausible del texto del art. 166 inc. 1, CP (referida en E.2 del presente apartado), aparece igualmente reñida con nuestros principios constitucionales.

Por una parte, ello sucede debido a la *imprecisión* con la cual la ley penal describe las conductas prohibidas, por medio del art. 166, inc. 1, CP. Tal imprecisión afecta el *principio constitucional de legalidad penal*, que exige, entre sus consecuencias, una *descripción exhaustiva* de la materia de la prohibición, para permitir el conocimiento y comprensión de lo prohibido. De otro modo, no hay verdadera *posibilidad de contramotivación en la norma penal*, como para fundar en ella, luego, el eventual juicio de *reprochabilidad por el hecho,* necesario para habilitar la imposición de una pena estatal. Esta vaguedad la demuestra la existencia de posiciones demasiado divergentes, en doctrina y jurisprudencia, en lo que hace a la determinación del alcance de lo prohibido (recuérdese que, mientras para *algunos* las graves lesiones deben ser *dolosas*, para *otros* basta con que hayan sido producidas con *culpa*, no faltando la opinión de aquellos que admiten, incluso, la tipicidad de las lesiones producidas por simple *accidente;* debatiéndose, también, si el art. 166, inc. 1, CP, admite o no la *reducción de la escala penal por tentativa*, postulando *algunos* que la tentativa de robo manda a aplicar siempre la escala penal prevista en el art. 166, inc. 1, CP, *otros* la aplicación lisa y llana de la escala penal disminuida prevista en el art. 44, CP –defendiendo ambos la atipicidad en el art. 166 inc. 1 de los casos de lesiones tentadas para realizar robos que luego se consuman–, mientras *otros*, como en nuestro caso, sostenemos la atipicidad en el art. 166 inc. 1 de todos los supuestos en los que no se consuman tanto las graves lesiones dolosas como el robo para cuya realización se quería causar aquél importante daño al cuerpo o a la salud de otro). Más allá de la irrazonabilidad de algunas de las tesis interpretativas mencionadas, lo cierto es que ellas se han

apoyado en una circunstancia que ha colocado en serio riesgo la seguridad jurídica, afectándola en verdad de modo notorio: en la imprecisión y, por ello, falta de exhaustividad de la descripción de las conductas prohibidas. Esto último afecta el aludido *principio de estricta legalidad*.

Por otro lado, la inconstitucionalidad del tipo se explica en que la ley penal (es decir la ley infraconstitucional) prioriza el bien jurídico patrimonio, por sobre otros de indudable mayor valor. Piénsese que, según el alcance que le adjudicamos al texto del art. 166 inc. 1, CP, corresponderá aplicar una pena carcelaria mínima de *cinco* años a quien causa dolosamente lesiones graves o gravísimas *para realizar un robo*, mientras que, conforme a lo establecido en el art. 92, CP, resultará aplicable al autor de lesiones dolosas graves o gravísimas una pena mínima de *tres* años de encarcelamiento cuando ellas hayan sido causadas para consumar *cualquier otro delito distinto al robo* [por ejemplo, cuando se las haya producido *para consumar una daño* (que es un delito más leve todavía que el robo) o *para consumar un cohecho,* o, incluso, *el homicidio doloso de un tercero* (que son delitos más graves que el robo)]. Es decir, ya sea con la misma lógica que la seguida en el art. 166 inc. 1 (que desvalora enormemente la acción de lesionar gravemente a una persona cuando ella es un medio para cometer un *delito patrimonial de robo*), o ya sea con la lógica opuesta (que desvalora más la causación dolosa de graves lesiones para consumar un *delito más grave aún que los patrimoniales*), en ambos casos la elevada cuota de irracionalidad deslegitima constitucionalmente la previsión legal (que desconoce, inclusive, el diferente tratamiento brindado por el Código Penal a las lesiones graves y gravísimas). Ello es así porque en ningún caso aparece explicable, a través de la razón, que el *mínimo* de la pena carcelaria *se eleve en dos tercios* (en relación a la escala penal prevista en el art. 92, CP), por el solo hecho de haber causado las lesiones *con el fin de realizar un robo*, mientras se mantiene un mínimo tanto más bajo (tres años, en el art. 92) para los casos en los que las graves lesiones hayan buscado la realización de *delitos más leves* o, también, *considerablemente más graves*. ¿Cómo se explica que, para la lesión gravísima producida *para robar* la radio de un automóvil, esté prevista una pena carcelaria mínima de *cinco* años (art. 166, inc. 1, CP), mientras ha sido establecido un mínimo de *tres* años de encarcelamiento para el autor de la misma lesión causada *para consumar una apropiación de cosa perdida* (art. 92, CP), *para abusar sexualmente de una niña* (arts. 92 y 119, primero y último párrafo, CP) o *para cometer incluso una rebelión* (art. 92, CP)?. Se ha producido aquí, una vez más, una "falta de equivalencia de las escalas penales dadas por el legislador para las distintas figuras delictivas previstas en el Código Penal" [53],

[53] Alejandro SÁNCHEZ FREYTES, *Estudios de las figuras delictivas*, tomo II-A, p. 72.

que demuestra que "no hay un sistema coherente en orden a las penas … (sino un) descalabro punitivo" [54].

En tal contexto, la irracionalidad del art. 166, inc. 1, CP salta a la vista (por establecer penas más graves para hechos más leves en relación a otros hechos de mayor gravedad sancionados con penalidades menos severas). Por ello, corresponde declarar su inconstitucionalidad, al afectarse la forma republicana de gobierno (que exige, entre otras cosas, la racionalidad de los actos públicos). Debe aplicarse, entonces, para los casos descriptos por tal disposición legal, los tipos penales contenidos en el art. 92, CP, o, en su caso, las reglas del concurso.

Bibliografía.

AVACA, Diego J.: *¿Quiénes son mayores para el artículo 41 quáter del Código Penal? Armas "impropias": ¿analogía in malam partem? Dos preguntas con una misma cuestión de base,* en La Ley, Bs. As., 2004.

BARBADO, Analía R.: *El delito de robo según la jurisprudencia*, Ad-hoc, Bs. As., 1996.

BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho penal*, Ad-hoc, Bs. As., 2004.

BUOMPADRE, Jorge E.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, mave, Bs. As., 2004.

CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, *El delito de robo*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2003.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN: Debate en la Cámara de Diputados, 5a. reunión - 4a. sesión ordinaria, especial, del 07/04/2004, en www.camaradediputados.gov.ar

[54] Alejandro SÁNCHEZ FREYTES, *Estudios de las figuras delictivas*, tomo II-A, ps. 72/3.

CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN: Debate en la Cámara de Senadores de la Nación, 41/ Reunión - 21/ Sesión ordinaria - 17 de diciembre de 2003, en www.camaradesenadores.gov.ar

CARRERA, Daniel P.: *La tentativa en los robos calificados de los arts. 165 y 166, inc. 1º del código penal,* en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 1, Vol. 1, año 1993, ps. 147 y ss.

CARRERA, Daniel P. (director), SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro, LUCERO OFFREDI, Guillermo, SANDOVAL CEVALLOS, Gustavo, TRABALLINI, Mónica Adriana, VIDAL, Marta: *Estudios de las figuras delictivas*, Tomo II-A, Advocatus, Córdoba, 1994.

CARRIÓ, A. D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3º ed.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 2º edición actualizada, Astrea, Bs. As., 1988.

D'ALESSIO, Andrés: *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, LexisNexis, Bs. As., 2004.

DÍAZ CANTÓN, Fernando: *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?,* en Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Editores del Puerto, Bs. As., ps. 591 y ss.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Real Academia Española, Espasa Calpe, 21ª edición, Madrid, 1992.

DIVITO, Mauro A.: *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Bs. As., 2005/A, ps. 229 y ss.

DONNA, Edgardo A.:

- *Delitos contra la propiedad*, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2001.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. - Santa Fe, 2003.

ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto: *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular, Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada, 2,* Hammurabi, Bs. As., 1996.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FINZI, Marcelo: *La banda como agravante del robo y del daño (arts. 166, inc. 2º, 167, inc. 2º y 184, inc. 4º, Cód. Penal argentino*).

FONTÁN BALESTRA, Carlos:

- *Derecho Penal, Parte Especial,* 11º edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987.
- *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Parte Especial,* Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969.

GOERNER, Gustavo: *Apuntes sobre algunas de las recientes reformas al código penal*, en Reformas penales, AA.VV., coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2004.

GONZÁLEZ ROURA, Octavio: *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Valerio Abeledo, Bs. As., 1925.

JULIANO, Mario A.:

* *El nuevo tipo penal del robo con armas (ley 25882) o 'el tiro por la culata",* en ElDial.com, 24 de mayo del 2004.

* *La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales,* en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, 2004.

* *La construcción de una legalidad democrática (nueve temas penales),* en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Nº 2, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2006.

LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, Depalma, Bs. As., 1979.

LÓPEZ GASTÓN, Rodrigo D.:

* *Comentario al fallo 'Escudero, Javier Alejandro y otros s/robo', de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, causa 24781, rta. 22/09/2004, en* Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nº 18, Ad-hoc, Bs. As., 2005 (en prensa).

* *Objeciones constitucionales al nuevo tipo penal de robo con armas (ley 25882),* en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, nº 2, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2006.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, 2º edición.

MARTÍNEZ, Marcela A.: *La nueva estructura del delito de robo con armas*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* LexisNexis, Bs. As., agosto del 2004.

MORENO, Rodolfo (hijo): *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo V, H. A. Tommasi, Bs. As., 1923.

MOROSI, Guillermo E. H.:

* *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2003.

* *El robo con armas según la reforma de la ley 25882,* en *Reformas al Código Penal, Análisis doctrinario y praxis judicial,* B de F, Montevideo – Bs. As., 2005.

NEIRA, Claudia: *Una nueva discusión acerca del concepto de 'arma',* en ADLA, 2004-C, 4105.

NÚÑEZ, Ricardo C.:

- *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, 2º edición, 2º reimpresión, 1965.
- *Análisis de la ley nº 21338 (Parte Especial),* Lerner, Córdoba-Bs. As, 1976.

PENNA, Cristian D.: *Robo con armas y armas impropias. Armas que no son armas, interpretación de la ley penal y principios constitucionales,* Editores del Puerto, Bs. As., 2012.

RECALDE, Jorge: *Un aporte más a la confusión general ¿El arma impropia no es arma?*, en La Ley, Bs. As., 2004.

REINALDI, Víctor Félix: *El robo con armas,* La Ley, Bs. As., 2004.

SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro: *Título VI, Capítulos I, II y III (hurto, robo y extorsión),* en *Estudios de las figuras delictivas,* Tomo II-A, Advocatus, Córdoba, 1994.

SCHIAVO, Nicolás: *La violencia física en el robo,* Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2005 (en prensa).

SIMAZ, Alexis L.:

* *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, Ad-hoc, Bs. As., 2002.

* *La reforma del art. 166 inc. 2º del Código Penal Argentino. ¿Solución definitiva a los problemas o nuevos inconvenientes sin respuesta?,* en revista *El derecho penal. Doctrina y jurisprudencia,* El Derecho, Bs. As., julio de 2004, ps. 14 a 31.

* *El concepto de "banda" en los delitos de robo y daño calificados (CPA, 166, inc. 2º; 167, inc. 2º y 184, inc. 4º),* en *Temas de Derecho Penal Argentino,* La Ley, Bs. As., 2006, ps. 581 y ss.

SOLER, Sebastián:

- *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., primera edición 1.945/6, tercera reimpresión 1.956.

- *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., tercera edición 1.970, séptima reimpresión 1.976.

TARDITTI, Aída: *La aplicabilidad de la tentativa al robo con lesiones (art. 166, inc. 1º, C.P.)*, en Semanario Jurídico, Nº 943, Córdoba, 29/7/1993.

TOLNAY, Iván C.: *Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882,* La Ley, Bs. As., 24 de septiembre del 2004.

TOZZINI, Carlos A.: *Los delitos de hurto y robo (en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia),* Depalma, Bs. As., 1995.

TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A.: *El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º, CP). Las formas agravadas de la ley 25882. El arma de utilería,* en Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de derecho penal integrado, año V, nº 9, Mediterránea, Córdoba, 2004.

VISMARA, Santiago: *Nuevo Régimen del delito de robo con armas,* La Ley, Bs. As., 28/05/2004.

VITALE, Gustavo L.:

* *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75 Aniversario del Código Penal, Ad-hoc, Bs. As., primera edición, 1998.

* *¿Robo con armas, extorsión o coacción con armas? (arma de fuego, prueba del "arma", art. 41 bis del Código Penal y consumación de un solo coautor)*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, año 2003.

* *Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir),* en Pensamiento Penal del Sur, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, 2004.

* *Hurto, robo e intervención de menores en el hecho (Art. 41 quáter del Código Penal)*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, año 2005, ps. 307 a 321.

* *Responsabilidad penal personal e inculpabilidad de la defensa provocada (en el contexto de un robo o de un homicidio en ocasión de un robo)*, en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, año 2004, ps. 211 a 267.

* *Robo en banda (un reconocimiento a los fallos de la Cámara de Apelación Criminal de Azul)*, en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2, año 2006, ps. 329 a 361.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal),* EDIAR, Bs. As., 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General,* EDIAR, Bs. As., 2000.

ZURUETA, Federico A.: *Reformas legislativas a los delitos cometidos con armas,* LexisNexis – Jurisprudencia Argentina, Doctrina, SJA 14/07/2004, JA 2004- III-751.

Robo Agravado en despoblado y en banda

Por **Gustavo L. Vitale**

Art. 166 Inc. 2do.: ***"Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:***
2.- Si el robo se cometiere (…) o en despoblado y en banda.

El robo con armas y su vinculación con el despoblado.

Desde la sanción del Código Penal de la Nación Argentina de 1921/2 (y durante más de cuarenta años), el delito de *robo con armas* estuvo vinculado con su comisión *en despoblado*.

a) El art. 167 del Código Penal (conforme al texto de 1921/2) reprimía con pena carcelaria *de tres a diez años* al que *"cometiere el robo en despoblado y con armas"*. Este texto estuvo vigente desde el 29/4/1922 hasta el 19/6/1963; luego, en un segundo período, desde el 27/11/1964 hasta el 31/3/1966 y, por último, tuvo vigor entre el 6/6/1973 y el 6/2/1974. Como se desprende del propio texto, el Código Penal (tal como estaba redactado al momento de su entrada en vigor) no sólo sancionaba al autor de robo con armas con una pena carcelaria *menos severa* que la prevista en la actualidad, sino que, además, la comisión *con armas* no constituía una circunstancia agravante autónoma, sino que sólo aumentaba la severidad de la pena cuando tenía lugar *en despoblado*. Durante el largo tiempo de vigencia del señalado texto legal (en contra de lo que pregonan las campañas de "ley y orden" con las que nos han castigado a los argentinos), nuestra sociedad no estuvo "desprotegida" por la previsión legal de una penalidad menos grave que la que hoy contempla la legislación. Tampoco lo estuvo por no haber existido antes la agravante autónoma consistente en la intimidación con un arma (robo con armas). Por el contrario, el tipo penal contenido en el Código Penal de 1921/2 era más que suficiente para afrontar los hechos que describía con la herramienta penal del Estado, que (por la especial gravedad de la pena que establece) debiera ser siempre la última alternativa de enfrentamiento de conflictos (después de recurrirse a tantas otras menos lesivas). Como se sabe, por otra parte, los niveles de seguridad o inseguridad ciudadana se vinculan con múltiples factores (sobre todo de índole social, económica y cultural) y poco o nada tiene que ver en ello el contenido de la legislación punitiva, que, lejos de prevenir, suele servir de instrumento reproductor del crimen (sobre todo cuando incrementa las cuotas de represividad).

b) El decreto-ley 4778/1963 (ley 16478) también conectaba la comisión del robo con armas y en despoblado, al sancionar con pena carcelaria *de cinco a quince años* "si el robo se cometiere *en despoblado, con armas* o con intervención de tres o más personas" (texto que permaneció vigente entre el 20/6/1963 y el 26/11/1964). La misma disposición legal establecía una pena notoriamente menor cuando el *robo con armas* se cometía *en poblado* (conf. art. 167 inc. 1, que contemplaba la pena *de tres a diez años* de privación de libertad.

El robo en despoblado y en banda.

A. Introducción. B. El concepto de despoblado y los fundamentos de la agravante. C. El concepto de banda y los fundamentos de la mayor punibilidad.

A. Introducción.

La tercera causal de agravación de la pena prevista en el art. 166 CP, para el delito de robo, es la que exige que éste sea cometido *en un lugar despoblado* y, a su vez, *en banda*.

Son dos, entonces, las situaciones que deben concurrir, conjuntamente en el hecho, para configurarse este tipo penal de robo agravado. El despoblado no es, para nuestro código penal, una causal de agravación autónoma, sino que, por el contrario, requiere siempre otra circunstancia para agravar la escala penal en relación al robo simple del art. 164, CP. [así como ahora se exige la comisión *en banda* (junto al despoblado), antes se requería que el robo, además de tal elemento de lugar, fuera cometido *con armas*].

Obviamente, si el robo se cometiese *en despoblado*, pero *no en banda*, la conducta será típica de robo simple (art. 164, CP) y podrá, eventualmente, tomarse en cuenta la primera circunstancia al momento de graduar la pena que pudiera aplicarse en el caso concreto [valorándosela a los efectos de establecer cuál fue la naturaleza de la acción; es decir para determinar la gravedad del ilícito como pauta para la individualización judicial de la pena (art. 41 CP)].

Si, en cambio, concurriera la actuación *en banda*, pero el hecho fuera cometido en un lugar que, por las circunstancias concretas de comisión, no puede calificarse como *despoblado,* la conducta en juzgamiento quedará fuera del ámbito de la tipicidad correspondiente al art. 166, inc. 2, CP, mientras que será típica de robo (también agravado, aunque en menor medida) por comisión *en banda* y *en lugares poblados* (art. 167, inc. 2, CP), siempre que concurra también esta última causal de agravación.

B. El concepto de despoblado y los fundamentos de la agravante.

El código penal no define el *despoblado*, por lo cual se presenta aquí, desde el vamos, una seria cuestión constitucional, que pone en juego el principio de legalidad penal. La exigencia de legalidad penal presupone exhaustividad en la descripción de las acciones prohibidas o mandadas, de modo que no queden dudas acerca del ámbito de prohibición. Este requerimiento de certeza, necesaria para la comprensión de lo prohibido, manda a tener por inexistente la circunstancia agravante cuando se presente una situación de seria duda sobre sus presupuestos típicos. Al mismo tiempo, la descripción precisa de la conducta típica tiende a evitar la delegación de la función legislativa en el juez, quien, ante el supuesto de oscuridad legal, deberá abstenerse de formular un concepto que pueda resultar extensivo de la punibilidad (o, en este caso, de la mayor punibilidad).

En primer lugar, la realización del hecho en despoblado requiere la *inexistencia de poblado*. En tal sentido, se ha dicho que "sólo puede haber despoblado fuera del radio poblado" [1] (es decir, fuera de "los lugares habitados de las ciudades, villas, pueblos o aldeas y sus calles, plazas y baldíos inmediatos" [2]). Esto es lo que Ricardo C. NÚÑEZ ha denominado "criterio absoluto", en la medida en que "la soledad de uno de esos lugares no lo vuelve despoblado" [3]. En otros términos, dentro de los lugares poblados no hay situación alguna que pueda revestir carácter de despoblado, ni siquiera cuando el tenedor de un objeto se encuentre solo y sin posibilidad alguna de ser auxiliado en el caso concreto.

En segundo término, la realización del hecho fuera de los lugares poblados es necesaria pero no suficiente para afirmar el despoblado, pues a ello debe añadirse la presencia de la razón de ser de tal circunstancia agravante; es decir, *la imposibilidad de que la víctima reciba auxilio de terceras personas*. De este modo, habrá que tomar en cuenta las circunstancias concretas de comisión de cada robo cometido fuera de los lugares poblados para determinar si, en el caso particular, las víctimas del hecho tuvieron, o no, la posibilidad de ser auxiliadas por personas distintas a ellas. Es lo que NÚÑEZ denominó "criterio relativo" y que cumple con la función reductora de la tipicidad proveniente de la consideración de los fundamentos de la agravación (interpretación teleológica). En base a tal criterio, un sitio ubicado fuera de los lugares poblados puede todavía no ser despoblado, por existir, en el caso concreto, posibilidad de auxilio a las víctimas del hecho.

---

1 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 234.

2 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 234.

3 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 234.

En este sentido se expresó Ricardo C. NÚÑEZ, para quien "un paraje fuera de poblado puede no estar solitario. Esto sucede si eventualmente se encuentra en él, morando o de paso, un número suficiente de individuos para eliminar su desamparo" [4]. Igualmente, al ofrecer, como ejemplo de despoblado, el caso del "asalto al tren correo en un lugar solitario" (debe entenderse siempre que no transite por un lugar solitario dentro de un poblado, en cuyo supuesto no sería despoblado por imperio del citado "criterio absoluto"), aclaró que "no lo es el cometido en presencia de otras personas en un vagón del tren (Sup. Corte de Tucumán, 25-X-941, La Ley, t. 24, p. 789)" [5]. Hasta aquí es comprensible su postura, aunque no en adelante, pues seguidamente añade: "empero, es admisible la circunstancia del despoblado si en el vagón, al que no podrían llegar otros auxilios, sólo viajaban los autores y la víctima (Sup. Corte de Bs. Aires, 24-VII-945, IV, p. 28 [Argañarás-Casas Peralta, t. V, núm. 407])" [6]. El caso recién citado resulta, en principio, atípico de robo en despoblado y en banda (suponiendo que se dieran los elementos de la banda), pues, si bien no era posible el auxilio por parte de otras personas ubicadas dentro del vagón en el que se cometió el hecho, no puede descartarse la eventual ayuda de los que viajan en un vagón diferente.

El último caso dado nos permite aclarar que el robo en despoblado se descarta toda vez que se encuentre, en el lugar de realización del acto (o en las cercanías), un tercero que no sea víctima del hecho y que podría haber acudido en ayuda de la víctima en caso de haber percibido el hecho (como sucedería si el chofer de un auto roba una documentación de su interés, que estaba en poder de su acompañante, en medio de un camino en lugar solitario y alejado de toda población, mientras un tercero, que dormía en el asiento de atrás, ni siquiera se enteró del hecho). En este último caso, no era imposible que el tercero se despierte y auxilie a la víctima, por lo que no queda debidamente comprobado el fundamento de esta circunstancia calificante. Por ello no me parece correcto el concepto que, del despoblado, nos brinda Ricardo C. NÚÑEZ, al sostener que "éste existe cuando en el lugar, además de la víctima del robo, de su familia o del pequeño grupo de que aquélla forma parte, no se encuentran otras personas que puedan prestar auxilio de la manera que sería posible

---

4 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 234.

5 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, nota 97, ps. 234/5.

6 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, nota 97, p. 235.

obtenerlo en una población, de los vecinos o terceros” [7]. Ello por cuanto las personas que pueden prestar auxilio a la víctima (y por esa razón descartar el despoblado) son, precisamente, los familiares o los integrantes del “pequeño grupo” del que la víctima forma parte, en la medida en que ellos no sean también víctimas de la violencia física propia de la comisión del mismo delito de robo.

Con tal “criterio relativo” no se persigue extender el campo de punibilidad (calificando de despoblado un hecho cometido dentro de una población en circunstancias en las que era imposible prestar a las víctimas ayuda alguna), pues ello afectaría el *principio constitucional de legalidad*.

En otro orden de cosas, cabe recordar que se ha discutido si el robo en despoblado debe ser cometido en descampado o, como suele decirse, “a cielo descubierto”, o si, en cambio, puede ser realizado también dentro de una casa solitaria. Al respecto, debe tomarse en cuenta, además de la enorme vaguedad del término despoblado (y del compromiso que tal imprecisión importa para el principio de legalidad), el fundamento de semejante aumento de pena en relación al robo simple (que pasa de *un mes* a *cinco años* de pena carcelaria *mínima*): la imposibilidad de defensa de la víctima. En verdad, la circunstancia de encontrarse la víctima dentro de una casa (aunque sea en un lugar alejado de cualquier población) le brinda cierta protección que no tiene quien transita por un camino público (y que se encuentra, por este último motivo, expuesto a mayores riesgos debido a su desamparo).

En el sentido indicado, ha expresado Sebastián SOLER que la agravante de despoblado se funda “en el desamparo de la víctima. De ello parece forzoso deducir la inaplicabilidad de la agravante cuando el robo tiene lugar en una casa donde quiera que ella se encuentre, y que, en consecuencia, la expresión ‘despoblado’ conservaría en nuestra ley el sentido tradicional de campo abierto o camino: la agravante procedería, en consecuencia, precisamente por ‘la imposibilidad de hallar refugio o abrigo contra el peligro’ y no sería aplicable cuando ha sido asaltada una casa, aunque se halle distante de otras” [8]. Comparando las agravantes de robo en despoblado y en banda (art. 166, inc. 2, CP: 5 a 15 años de pena carcelaria) y robo en poblado y en banda (art. 167, inc. 2, CP: 3 a 10 años de la misma pena), SOLER añadió, con toda corrección, que “una diferencia de tanto monto parece corroborar la hipótesis de la existencia de una figura distinta, cual sería la del asaltante de caminos, inaplicable, por cierto, al que asalta una casa, aunque esté en el campo” [9]. Al mismo

---

7 Ricardo C NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, p. 235.

8 Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 1º edición, p. 281.

9 Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 1º edición, p. 282/3.

tiempo, SOLER marca la incongruencia que importaría la aplicación de la agravación por despoblado a un supuesto de robo en una casa, aún ubicada en un sitio solitario, señalando que "el caso que mostraría la mayor incompatibilidad sería el de empleo de escalamiento o fractura, en el cual la agravante se fundaría, por una parte, en la superación de reparos defensivos y, por la otra, en la situación de desamparo". La afirmación de SOLER es correcta, pues poco podría entenderse que un individuo, en un mismo hecho, sea sancionado con una pena tan severa por la conjunción de razones contradictorias entre sí [es decir, tanto por el vencimiento de las defensas o resguardos preexistentes (escalamiento) como, al mismo tiempo, por la mayor desprotección que trae aparejada la soledad (despoblado)]. Y ello es mucho más claro si reparamos en que una casa es un lugar que sirve de resguardo a los moradores y a los objetos que se encuentran en su interior. Por ello encontramos razón a SOLER cuando afirma que "esta agravación conserva para nosotros el sentido tradicional referido a los asaltos cometidos en lugares solitarios, a viajeros o personas que se encuentran en los campos" [10].

Sin perjuicio de resultar obligatoria, en un Estado Constitucional de Derecho, la interpretación reductora de la tipicidad, que descarte toda posible extensión del ámbito de lo prohibido (y, por ende, toda ampliación del espacio de punibilidad), "había, pues, fundamentos sobrados para abandonar una fórmula legal que tantos reparos ofrecía" [11] y que tantos peligros genera a la vigencia irrestricta del *principio constitucional de legalidad*. La fórmula del despoblado, entonces, por su nivel de imprecisión y de apertura del tipo, crea un serio riesgo de inconstitucionalidad.

C. El concepto de banda y los fundamentos de la mayor punibilidad.

El art. 166 inc. 2 CP no contiene un concepto de *banda* que permita extraer sus elementos típicos, por estar ellos incluidos (al menos sus componentes mínimos) en el art. 210 CP, que caracteriza el llamado "delito" de "asociación ilícita". En esta última disposición legal se pretende penalizar al "que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación".

Como se verá en adelante, la actuación *en banda* [prevista en el art. 166 inc. 2 CP (igual que en el 167 inc. 2)] requiere la conjunción de varios elementos (faltando uno de los cuales la agravación desaparece):

---

10 Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 1º edición, p. 283.

11 Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 3º edición, p. 263.

a) actuación conjunta de tres o más personas en los actos de ejecución del robo, con co-dominio del hecho de cada uno de ellos;

b) pertenencia de dichas personas a una asociación organizada con el fin de cometer delitos indeterminados (asociación ilícita);

c) actuación conjunta frente a la víctima del robo.

Hay razones contundentes a favor de la integración del concepto de *banda* con los elementos típicos que acaban de señalarse (los que, obviamente, requieren componentes objetivos y subjetivos). Veamos las principales.

Contemplaban alguna definición de *banda* el Proyecto de 1.881, el Código Penal de 1.886/7, así como los proyectos de 1.906, de 1.916 y su versión definitiva de 1.917. Los nombrados exigían, para la actuación en banda, la ejecución del robo por parte de dos o más personas asociadas para cometer delitos indeterminados.

El Proyecto de 1.917 [que, con modificaciones, se convirtió en el Código Penal Argentino de 1.921/2 (vigente al momento de la confección de este trabajo)] definía la *banda* como la "asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados" (art. 78). Es de hacer notar (como lo han hecho tantos comentaristas de la disposición legal que aquí se analiza) que la Comisión de Códigos del Senado, que revisó el texto del aludido Proyecto de 1917, se expidió a favor de la supresión del concepto de banda de su artículo 78, fundando su postura en que *dicha definición estaba ya efectuada "con toda precisión en el artículo 210 del Proyecto"*.

Este antecedente directo del actual delito de robo *en banda* (de los arts. 166 inc. 2 y 167 inc. 2 CP) no deja duda alguna sobre el alcance del término "banda" para el Código Penal vigente en Argentina. *Banda* significa asociación ilícita y, precisamente, por *esa* razón (y no por otra) fue eliminado tal concepto del art. 78 del proyecto [convertido luego en ley 11.179, que aprobó el Código Penal el 30 de septiembre de 1.921 (el que entró a regir recién el 30 de abril de 1.922)].

> En este sentido se expidió claramente Rodolfo MORENO (hijo), al sostener que "la banda se encuentra definida en el artículo 210 del código vigente, que precisa el concepto diciendo que es una asociación ilícita compuesta de tres o más personas y destinada a cometer delitos" [12], añadiendo que "el Código habla de banda, o sea la asociación destinada a cometer delitos y no un delito" [13].

12 Rodolfo MORENO (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 141.

13 Rodolfo MORENO (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 143.

En base a lo dicho, queda claro que: a) no sólo los caracteres de la *banda* están previstos en el art. 210 CP (por lo cual es obligatorio acudir a dicha disposición legal para desentrañar su alcance), sino que, b) además, en el proceso de sanción del código penal se explicó (debidamente) que *ese* fue el motivo para no volver a definirla, del mismo modo, en una disposición de naturaleza general. Con ello es imposible dudar acerca del sentido que pretendió adjudicársele a la expresión *banda* en el contexto del Código Penal de 1.921/2.

Por si eso fuera poco, hay una circunstancia que no puede ser pasada por alto (relativa a este proceso de sanción legislativa) y que también resulta decisiva para la delimitación del campo de aplicación del término *banda*. Me refiero al hecho de haber coexistido, en el propio Código Penal, las agravantes de robo en banda y de robo cometido por tres o más personas. En efecto, la mal llamada "ley" de facto 21.338 incorporó al art. 163 CP el supuesto de hurto agravado por haber sido cometido *por tres o más personas*. El art. 167 inc. 4, a su vez, al agravar el robo por concurrir "las circunstancias enumeradas en el artículo 163", contemplaba el supuesto de robo agravado por haber sido cometido por *tres o más personas*, mientras el Código Penal, simultáneamente, contenía la hipótesis del robo agravado por comisión *en banda* (en los arts. 166 inc. 2 y 167 inc. 2 CP). No hay, entonces, ninguna posibilidad de discutir que, bajo la vigencia de la mentada "ley" 21.338, el robo en banda y el cometido por tres o más personas eran cosas distintas. Pero, igualmente (y esto es lo trascendente), tampoco se pueden confundir ambos supuestos *después* de la feliz derogación de la aludida legislación de facto, pues existen varias razones que lo impiden: a) primero, porque la exclusión de un supuesto no tiene por qué variar el significado del otro [es decir, la eliminación del robo agravado *sólo por el número de personas que lo han cometido*, no produce, por sí, un cambio de significado del término "banda" (que existía antes de tal exclusión y que perduró luego de ello)]; b) segundo, porque siempre estuvo vigente el art. 210 CP, que define los elementos mínimos de una banda, no siendo posible apartarse de su previsión legal sin violar con ello el *principio constitucional de legalidad penal* (art. 18 CN).

Las razones apuntadas nos permiten formular, desde ya, una conclusión parcial de particular contundencia: la interpretación del artículo 166 inc. 2 de nuestro código penal, efectuada de conformidad con el proceso de sanción de dicho cuerpo legal, nos muestra que la actuación en "banda" fue incluida para hacer referencia a los robos cometidos por una asociación organizada de personas destinada a cometer delitos indeterminados.

Al no contener el texto del art. 166 inc. 2 CP un concepto de *banda*, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha pretendido determinar su alcance sin ceñirse a disposición legal alguna.

El hecho de partir, para tal emprendimiento, sólo del texto del artículo 166 inc. 2 CP (o del 167 inc. 2 CP), sin considerar la definición legal contenida en el art. 210 CP, constituye un procedimiento que, ignorando una disposición legal vigente, se propone descifrar el alcance de los primeros artículos citados sólo en base a su particular sentido de "justicia". Ello es así, no sólo por la falta de consideración del citado art. 210 CP, sino, también, porque la asignación precisa del alcance de la palabra *banda* ofrece un inconveniente irresoluble (desde la óptica de un derecho penal constitucional), pues dicho término presenta, como característica del lenguaje, un enorme contenido de vaguedad. A tal punto esto es cierto que, si el término "banda" sólo hubiera sido utilizado en la formulación de los tipos penales de robo en banda (y no hubiera sido incluido en la descripción legal del inconstitucional "delito" de asociación ilícita), encontraría sobradas razones para coincidir con Ángela E. Ledesma en que tal descripción no cumple con los requerimientos mínimos del principio constitucional de legalidad penal.

Si, entonces, pretendiéramos conocer el sentido de la palabra "banda" *desconociendo el texto expreso señalado en el art. 210 CP (violando la legalidad en contra del imputado)*, a los únicos efectos posibles (es decir, a los fines de cotejar la significación legal con alguna estructura óntica en la que la primera pueda sustentarse), podríamos recurrir al diccionario. En tal sentido, la Real Academia Española define la banda como un "grupo de gente armada" [14]. Sin embargo, quienes desconocen la acepción legal de *banda* contenida en el art. 210 CP no adhieren, tampoco, al señalado sentido asignado por el diccionario de nuestra lengua, por lo que no exigen que el grupo humano que la integra se caracterice por la portación de armas.

Los intentos de definir la "banda" (utilizada en los arts. 166 inc. 2 y 167 inc. 2 CP) sin recurrir a la disposición legal contenida en el art. 210 CP, ni a la acepción correspondiente asignada por el diccionario, ofrecen el serio inconveniente, de orden constitucional, de partir de una base *extralegal* para atribuir el alcance que debe reconocerse a esta circunstancia agravante.

Por las razones aludidas, la tesis que, en Argentina, adjudica un alcance amplio al concepto de banda (sin respetar la exigencia legal del art. 210 CP), resulta *inconstitucional*, por transgredir el *principio de legalidad* (en la medida en que permite acordar a la prohibición legal un contenido que, ante su imprecisión, no consulta la única descripción legal existente y, con ello, desconoce la necesaria *exhaustividad* en la descripción de la conducta prohibida (o, como también suele denominarse, la *estricta legalidad*).

14 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, 1.992, p. 182.

Las definiciones extensivas de “banda”, a las que venimos aludiendo, pretenden restringirla a la mera concurrencia en el hecho de tres o más personas (sin requerir organización de ningún tipo). Tales extensiones legales, parten, en general, del fundamento que le adjudican a la previsión legal de mayor punibilidad. Es decir, consideran en general que el fundamento de la agravación punitiva (consistente en las mayores chances de éxito que acuerda la actuación en “banda”, a lo que se une la más clara desprotección o indefensión que corre la víctima por el referido modo de ejecución del robo) resulta compatible con la actuación en el hecho de tres o más personas y, sólo por ello, el término *banda* debiera entenderse del modo señalado. Es decir, para estas tesis, ampliatorias de la legalidad, son las consideraciones político-criminales las que llenan de contenido la palabra *banda* utilizada por la legislación. Es así como tales posiciones ignoran decididamente la legalidad, pues los aludidos fundamentos de la más severa punición sólo pueden servir (en un derecho penal constitucional) para explicar el por qué de la actuación en “banda” definida por la ley penal y no para cualquier otra modalidad de ejecución del hecho no prevista en ninguna de sus disposiciones. Por ello es que, normalmente, brindan ejemplos que sólo buscan mostrar alguna consecuencia objetable a la que conduciría (para ellos) la tesis reductora del concepto de “banda” (que se ciñe a la definición legal). Así es como se dice, por ejemplo, que “sería un absurdo agravar el robo por haberse cometido por tres sujetos que integran una asociación ilícita, pero no agravarlo si es cometido por diez sujetos que no son integrantes de una asociación de aquel tipo” (¿?) [15]. En verdad, si hay algo absurdo pareciera ser, justamente, el ejemplo ofrecido, pues resulta claro que la razón que permite fundar el mayor desvalor de la actuación delictiva por medio de una “banda” es, precisamente, la mayor chance de lesividad que proporciona la *actuación criminal organizada*, pues ella es la que más disminuye la capacidad de defensa de la victima. La actuación concreta de tres personas *organizadas* (a través de una entidad planificada para cometer *delitos en general*) suele ser mucho más peligrosa, para bienes jurídicos de terceros, que la de diez ocasionales participantes en un delito de robo ejecutado en común (aun para el supuesto en el que dichas personas se hubieran organizado para cometer ese único acto, pues la estructura y la permanencia de la organización de una asociación ilícita permite la utilización de medios más efectivos –y muchas veces más sofisticados– para delinquir). Es más, la ejecución delictiva organizada (propia de la actuación de miembros de una asociación ilícita) suele tener como autores a integrantes de capas sociales, como mínimo, vinculadas de alguna manera con el poder, mientras que ello no caracteriza, en general, a la comisión de robos por parte de reuniones accidentales de personas (por lo general jóvenes) que, en el común de los

---

15 Por todos: Oscar A. ESTRELLA – Roberto GODOY LEMOS, *Código Penal, Parte Especial, De los delitos en particular, Análisis doctrinario, Jurisprudencia seleccionada*, 2, p. 411.

casos, pertenecen a los sectores más vulnerables al sistema penal [que, la mayoría de las veces, deben hacer un esfuerzo verdaderamente mínimo para alcanzar un estado de vulnerabilidad (para usar palabras de Raúl E. ZAFFARONI [16])].

La equivocación de las tesis extensivas del concepto de banda [que, para asignarle significado, parten de los fundamentos político-criminales en los que (para ellos) se basa la previsión legal de mayor punibilidad], se advierte claramente con sólo pensar en la aplicación de tal procedimiento a otros institutos previstos en la legislación penal. Imaginemos que alguien pretenda fundar la calificación de *amenaza con armas* (art. 149 bis, primer párrafo, segunda frase, CP) sólo en la intensificación del temor que toda amenaza provoca en la víctima y pensemos en el caso en que una persona apunta a un viejo enemigo con un teléfono celular, que se coloca debajo de su chomba, haciéndole creer que es un arma de fuego, diciéndole que lo va a matar. Imaginemos no sólo que el caso es real, sino también que la víctima de tal amenaza, por el modo de realización y por la enemistad mantenida con el autor, sintió un inmenso temor (que le agravó, incluso, un problema cardíaco). ¿Podrá sostenerse que el teléfono celular utilizado para amenazar constituye un *arma*, por la sencilla razón de servirle al autor para cumplir un propósito compatible con los fundamentos de la agravación de pena por el uso de armas para concretar la amenaza? Obviamente que no [cabe aclarar, de todos modos, que el ejemplo brindado sólo sirve para fundar la atipicidad de la acción, en relación al tipo penal agravado de amenazas por el uso de armas, para aquellos que, equivocadamente, piensan que el fundamento de la mayor punibilidad del mencionado tipo penal consiste únicamente en el aumento de la *capacidad intimidatoria* de la amenaza con armas, pues estos últimos (si se atuvieran sólo a las razones político-criminales en las que se funda la más grave penalización) debieran sostener que el teléfono celular, usado del modo descripto en nuestro ejemplo, constituye un arma, pues sirvió para incrementar el temor en la victima (cuando, en verdad, es evidente que ello no alcanza, pues un teléfono celular no es un arma para la ley, para la lengua castellana, ni para nadie que respete mínimamente la naturaleza de las cosas]. Lo mismo sucedería con el empleo intimidatorio de un dedo bajo la ropa. En cambio, tales ejemplos (el del uso intimidatorio del celular o del dedo, haciendo creer que se trata de una arma de fuego) no concordarían siquiera con los *fundamentos* de la mayor punibilidad para quienes, como en mi caso, entendemos que la agravación de penas por el empleo de un arma se funda también, y en todos los casos, en el peligro real que se hace correr a la vida o integridad corporal de la víctima. De todas maneras, los ejemplos referidos

16 Eugenio R. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, ps. 274 y ss.

muestran, a las claras, la flagrante violación del principio constitucional de legalidad penal de todas aquellas construcciones dogmáticas que parten de las razones político-criminales *(y se quedan en ellas)* para explicar el sentido de la legislación, aparatándose luego de las palabras de la ley para ampliar las hipótesis de punibilidad.

Tampoco resulta ajustado a derecho sostener que el robo en banda es aquel cometido por tres personas como mínimo, sin exigirse la existencia de una organización que las vincule (tal como surge del art. 210 CP), sobre la base de sostener que *la banda a que se refieren los arts. 166, 167 y 184 es una agravante del delito por la manera de cometerlo, por su forma de ejecución, a diferencia de la asociación ilícita, que es un delito punible independientemente de la comisión de algún otro delito por parte de los asociados*; a lo que se añade que *no es exacto que el art. 210 haya querido definir el término banda* y que *cometer un delito "en banda" es algo totalmente distinto a "pertenecer a una banda"* [17]. El equívoco consiste en que pretender relacionar el concepto de *banda* con la diferenciación que, obviamente, existe entre los delitos que, para la ley penal, se agravan por ser cometidos *en banda* y el llamado "delito" de asociación ilícita. La asociación ilícita (del art. 210 CP) se presenta, por cierto, con independencia de la ejecución de un delito por parte de cualquiera de los miembros, por lo que sólo requiere la prueba de la pertenencia de una persona a una asociación o banda con las características descriptas en la ley penal.

> Esta última aclaración es lo que hace que muchos sostengamos, con toda convicción, que la mera pertenencia a una banda o asociación no puede constituir delito alguno, por falta de acción, por lo cual la pretensión delictiva prevista en el artículo 210 CP resulta inconstitucional, por afectación al *nullum crimen sine conducta* (art. 19 CN) [18]. Los tipos penales como la asociación ilícita han sido reputados, por ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR como "de constitucionalidad harto dudosa, pues revelan una ampliación del ámbito de la prohibición que no puede sortearse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas en el peligro para todos los derechos y libertades que

---

17 Marcelo FINZI, *La banda como agravante del robo y del daño (arts. 166, inc. 2º, 167, inc. 2º y 184, inc. 4º, Cód. Penal argentino*).

18 VITALE, Gustavo L., *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, p. 87.

> la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad" [19]. Una postura similar adopta CASTEX y SOBERANO, para quienes "el principio de lesividad tiene la función de contener la irracionalidad del sistema penal, exigiendo la efectiva afectación de un derecho o interés de un tercero (bien jurídico) para habilitar la imposición de una pena. Su violación tiene como consecuencia directa la "moralización" del derecho penal, que viene de la mano de la "progresiva subjetivización del injusto en la que está incurriendo la dogmática. A lo largo de este trabajo hemos visto que las figuras que penalizan meros acuerdos no exteriorizados lejos están de afectar grave y justificadamente intereses de terceros, y por ello de hallar una legitimación valedera. Si no deseamos un derecho penal de enemigos propio de un Estado de policía en el que se permita criminalizar a un sujeto por el delito de conspiración para matar, cuando es encontrado a 50 millas de la víctima o en el que se pueda también condenar por el mismo delito a dos hermanos por haber celebrado un acuerdo para matar al individuo que lesionó a su hermana, debemos intensificar el trabajo desde la dogmática penal para reducir las consecuencias de este tipo de figuras incompatibles con el principio liberal de intersubjetividad del derecho penal" [20].

Que la *asociación* o *banda* del art. 210 CP no requiera, además de la mera pertenencia a ella, la comisión de ningún delito por parte de sus miembros *no dice nada, por cierto, acerca de la atribución al concepto de banda (de los arts. 166 inc. 2 y 167 inc. 2 CP) de un significado diferente.* En otras palabras, de la circunstancia de que la *asociación ilícita* y el delito de *robo en banda* sean *diferentes* no puede extraerse ningún fundamento que apoye la pretensión de construir un concepto de banda, para el robo, mucho menos exigente que el contenido en el art. 210 CP. Por ello no se entiende que se haya dicho, para defender un concepto extensivo de banda, que "cometer un delito

19 Eugenio Rául ZAFFARONI – Alejandro ALAGIA – Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2000, p. 777.

20 Francisco CASTEX y Marina SOBERANO, *Un análisis de la afectación al principio de reserva a través de los delitos asociativos*, en "Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado", Edmundo HENDLER, compilador, ps. 271 y ss. y, en particular, ps. 302/3.

en banda es algo totalmente distinto a *pertenecer a una banda*". Claro que es totalmente diferente (a tal punto que sólo el primer caso puede penalizarse legítimamente) [21], pero *ello nada quita ni agrega a la cuestión atinente a la determinación del alcance del delito de robo cometido en banda*. El campo de aplicación del delito de *robo en banda* depende (además del comienzo de ejecución del robo) del significado que el código penal le asigna a la banda (lo que sólo hace en el art. 210, al que no queda otra alternativa que recurrir), aunque tal delito tenga notorias diferencias con la ilegítima descripción de una *situación de pertenencia a un grupo* como base de una imputación penal.

Tampoco resulta comprensible que se haya fundado la tesis extensiva del concepto de banda (para el robo) en que "no es exacto que el art. 210 haya querido definir el término banda", pues –como expresamos– ella es la única disposición del código penal que requiere, en forma expresa, que la *asociación* o *banda* tenga tres o más personas y un fin de cometer delitos indeterminados. Si esa no hubiera sido la intención del legislador (aunque, como ya dijimos, su propósito fue precisamente ese), de todos modos ella constituye la llamada "voluntad de la ley", pues esta última alude a la "banda" *requiriendo* los caracteres de pluralidad y *finalidad* propios de la "asociación ilícita". En todo caso, lo que nunca puede ser exacto es que la definición de banda esté contenida en los artículos 166 inc. 2, 167 inc. 2 ni en el 184 inc. 4 CP. (pues estas disposiciones nada dicen al respecto). Por esta última razón es que, ante la ausencia de definición en los últimos artículos citados, su alcance no puede determinarse libremente y sin consultar la única disposición legal que le exige recaudos concretos, sin afectarse con ello el principio constitucional de legalidad.

También se dice (en argumento complementario del ya tratado) que *el art. 210 CP no define la banda sino la asociación ilícita, entendiendo por ella la asociación o banda destinada a cometer delitos, lo que "no excluye la existencia de una banda destinada a cometer un solo delito"* (cfr. voto de Cabral en el fallo plenario "Coronel, R. A.", CNCCorr., del 7 de junio de 1.963) [22]. Es cierto que, como se expresa, puede existir una *banda* destinada a cometer un solo delito, pero indiscutiblemente esa no será la *banda* a la que se refiere el Código Penal argentino, que la limita a la que tiene por finalidad la de cometer "delitos" (es decir *muchos* y *no uno solo* y, como se interpreta invariablemente, *indeterminados*).

Resulta sorprendente advertir que las tesis extensivas del concepto de banda, no obstante su invocada preocupación por distanciarse de la acepción de banda contenida en el art. 210 CP, recurren a esta última disposición legal para determinar el número mínimo de sus integrantes (es decir, sólo para lo que les resulta conveniente a su postura). En otras palabras: o el art. 210 no tiene nada que

---

21 Cfr. notas 1, 6, 7 y 8.

22 L.L., III-270

ver con la cuestión (como ellos dicen, en forma claramente equivocada), o, por el contrario, tiene que ver y, entonces, la banda deber reunir todos los requisitos enunciados en el artículo citado en último término. Sin embargo, la tesis extensiva acude al art. 210 para extraer de él el número de integrantes de la banda, pero luego pretende dejarlo de lado (como si ya no tuviera nada que ver con el tema) para precisar el resto de los componentes de tal instituto. La incongruencia de las posiciones extensivas de la legalidad salta, por ende, a la vista. Esta objeción a las propuestas ampliatorias del concepto de *banda* fue debidamente desarrollada por Edgardo A. DONNA, quien se pregunta (en relación a las pretensiones de desvinculación del concepto de banda con el texto del art. 210 CP): "¿De qué texto legal, de qué extraña conjunción de ideas o factores surge el número de tres personas, que se ha repetido hasta en cansancio? ¿Y por qué no llevar éste a dos, cuatro, a cinco o veinte personas, que integran la llamada banda, independiente de la asociación ilícita?" [23]. Obviamente, el único texto legal del que extraen el número mínimo de tres individuos es el contenido en el art. 210 CP.

Otro de los argumentos que se ha esbozado para defender un concepto de banda más amplio del que permite la ley (sobre la base de comparar el *llamado "delito de asociación ilícita"* con el *delito de robo cometido por personas que integran una banda*) es aquel que sostiene que la identificación de la *banda* con la *asociación ilícita* permite penalizar con mayor severidad a "los jefes u organizadores de la asociación" que a los "autores materiales" de un robo calificado (de "un hecho singular"), "trastocando todas las reglas de la participación criminal" [24]. Este argumento es manifiestamente equivocado, pues parte de la base de confundir *la mayor rigurosidad penal que se deriva de la previsión legal del denominado "delito" de asociación ilícita* (que nunca puede serlo en un derecho penal constitucional) con *la respuesta punitiva establecida para el delito de robo en banda*. Es decir, si los "jefes" o los "organizadores" de una asociación ilícita *que no cometen robo alguno* tienen prevista una pena *más rigurosa* que los miembros de esa misma banda que *cometen un robo en forma personal*, ello es consecuencia exclusiva de la previsión legal del "delito" de asociación ilícita, pero en nada se relaciona esa respuesta legal con el concepto de banda que se adopte (pues, aunque *banda* fuera sólo tres o más personas, los "jefes" o los "organizadores" de una asociación ilícita seguirían siendo sancionados con mayor pena que los autores del robo, aunque los miembros de la asociación ilícita no cometieran robo alguno). Menos aún se entiende que se diga que

23 Edgardo A. DONNA, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, p. 178.

24 Voto de *Massoni* en el plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal, del 4/9/1.989, pl. 111.

esa mayor punibilidad de los jefes u organizadores "trastoca las reglas de la participación criminal", ya que ellos no son penados por intervenir en delito alguno, sino, como se dijo, sólo por *formar parte* de la asociación (razón por la cual la punibilidad carece de la más mínima legitimidad constitucional). A su vez, la pena del robo en banda (mayor que la del robo simple) que corresponderá aplicar a los miembros de la banda que intervienen, como coautores, en la ejecución del robo, se encuentra establecida en una ley especial que, reunidos los elementos típicos de la actuación en banda, desplazan por especialidad las reglas generales que rigen la participación criminal (en este caso en el delito de robo). Por este mismo motivo, no me parece correcto, tampoco, que se formule idéntica imputación *(la violación de las reglas legales de la participación criminal)* a la tesis opuesta (es decir, a la extensiva del concepto de banda), sosteniendo, como lo hace DONNA, que (para la concepción ampliatoria) "siempre que una persona actuara en el número de tres en un robo, formaría una banda, aunque fuera una complicidad secundaria" [25]. Esta crítica resulta objetable, pues, si (para la ley) la actuación "en banda" consistiera en la mera participación de varias personas en la ejecución de un hecho, entonces la mayor punibilidad del robo en banda (en relación a la pena que correspondería por robo simple, aplicando las normas que regulan la participación) se debería sólo a la naturaleza de ley *especial* que caracteriza a intervención plural de personas en un delito. En otros términos, si el robo en banda requiriera, legalmente, nada más de la intervención de tres personas en el robo, las reglas de la participación cederían ante la especialidad del tipo penal agravado. En verdad, la violación de las normas legales sobre participación criminal se produce, para la tesis extensiva, por aplicar un concepto de banda que no guarda concordancia con el de la ley penal; es decir, porque, al identificar el art. 210 CP la *banda* con la *asociación ilícita*, la simple intervención de tres o más personas en un robo constituye un robo simple (no en banda), por lo cual, en lugar de aplicar a los intervinientes la escala penal agravada del robo en banda, corresponde la aplicación de la del robo simple (o la que, a su respecto, deba aplicarse de acuerdo con las reglas de la participación criminal).

Así como el robo se califica por su comisión "en banda" (lo mismo que ocurre con el delito de daño), existen delitos penalizados de mayor manera sólo por haber sido cometidos por una pluralidad de autores (sin que, en relación a ellos, la ley utilice el término "banda"). Ello ocurre con la violación ejecutada "con el concurso de dos o más personas" (art. 122 CP), con el atentado a la autoridad cometido "por una reunión de tres o más personas" (art. 238, inc. 2, CP) o con el homicidio llevado a cabo "con el concurso premeditado de dos o más personas" (art. 80 inc. 6). Ello ha sido señalado debidamente en el voto de *Ouviña* en el citado fallo plenario de la Cámara Nacional en lo

---

25 Edgardo A. DONNA, *Derecho Penal, Parte Especial,* Tomo II-B, p. 179.

Criminal (del 4/9/1.989, pl. 111). “Esta comparación (sostuvo *Ouviña*) muestra que el codificador no quiso, pudiendo hacerlo, seguir en el caso del robo el criterio que adoptó en las hipótesis de la violación y del atentado a la autoridad. Al elegir ‘en banda’ y no cualquier otra expresión que aludiera a la reunión o concurso de personas, ha señalado una diferencia que el intérprete no puede ignorar”.

En suma, cualquier intento de delimitación del término “banda” que tome como base sólo la mención de dicho término en el delito de robo agravado (del art. 166, inc. 2) afectaría el principio constitucional de legalidad penal (por no poderse conocer con precisión los elementos que deberían probarse para la habilitación de una penalidad tanto mayor que la del robo simple). Por ello, no puede perderse de vista que el propio Código Penal establece, expresamente, los requisitos mínimos de una “banda”, al describir el cuestionable “delito” de asociación ilícita. La propia ley penal argentina establece, entonces, los elementos mínimos de una banda: la actuación conjunta de “tres o más personas” y su objetivo de comisión de “delitos” indeterminados. Más allá de las exigencias que surgen de la aplicación de otros métodos de interpretación legal (sobre todo del teleológico, que demanda la actuación en presencia de la víctima), los componentes mínimos establecidos por la ley penal son parte inescindible del concepto penal de *banda* para el Código Penal de nuestro país.

> Con el alcance indicado se pronunciaron distintos órganos judiciales del país, pudiendo mencionarse, entre los actuales, los siguientes:
>
> *1) Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional de Azul, provincia de Buenos Aires (jueces: Jorge Esteban Herrero, Ernesto Julio Arrouy y Carlos Paulino Pagliere), Expte. Nº 13295, “Aquino, Juan Ramón – Campodónico Luis Horacio – Flores Delgado, Gabriel A. – Herrera, Daniel E. – Ledesma, Claudio Ramón, s/ privación ilegal de libertad calificada y robo de automotor –Rauch”, del 21 de junio de 1994 (decisión citada en los fallos actuales que se publican luego de éste).*
>
> “Penetrando en el arduo problema del alcance que corresponde otorgar al concepto ‘banda’, anticipo mi opinión en el sentido que no puede ser otro que el contenido en el art. 210 del C.P. No se me escapa que esta postura difiere de la sustentada por la Excma. Suprema Corte de la Provincia de Bs. As., fijada en Fallos P. 37917 y P. 45400; sin embargo, no debe adjudicarse a la conclusión que propongo otro sentido diferente al de la plena convicción.

Sabido es que la doctrina se ha dividido en cuanto al vocablo 'banda', considerando algunos que el mismo se halla definido legalmente en el art. 210 del C.P. y otros que corresponde no adjudicar el concepto, cuando el reclamado por los arts. 166 y 167, el fin de cometer delitos indeterminados, pudiendo, en consecuencia, tratarse de una banda constituida para cometer un delito determinado.

Considero que un análisis gramatical, lógico y sistemático arroja como resultado que la primera de las dos posiciones prevalece sobre la segunda.

Por una parte, aparece como sólido sostener que el art. 210 define el concepto de 'banda'.

Puesto que la ley se expresa a través del lenguaje humano, es lógicamente necesario concluir que toda actividad exegética ha de tener su punto de partida en descifrar la acepción gramatical de los términos empleados en la misma, para establecer el sentido y alcance de la norma.

En ocasiones, sin embargo, la interpretación gramatical es insuficiente para tal fin y es menester acudir a otros métodos para lograrlo; más antes de pasar directamente a la interpretación lógica o sistemática, resulta ineludible reparar si no concurre en auxilio del lector la llamada interpretación auténtica, es decir la consagrada por el legislador no como opiniones personales pre-legen o extra-legen, sino a través de una ley interpretativa que fije el sentido, requisitos y alcance de los vocablos empleados. Tal el caso, a título de ejemplo, de los arts. 77 y 78 del C. Penal.

En el caso que nos ocupa, la simple y sola remisión al diccionario de la Real Academia Española no brinda solución alguna, pues, analizando el texto del art. 210 del C.P., se advierte que se otorga calidad sinonímica a dos palabras que, por definición gramatical, difieren entre sí: 'banda' y 'asociación'. Esto es así, y no una mera adjudicación de consecuencias jurídico-penales idénticas a dos situaciones conductuales diversas que se asemejan, porque la parte final de dicho artículo, luego de establecer que corresponderá pena al que tomare parte en una asociación o banda, expresa que la punibilidad será por el sólo hecho de formar parte de la asociación (y no vuelve a referirse a la banda). De pretender el legislador mantener o respetar la diferente esencia de significado de ambos términos, necesariamente debió expresar 'por el sólo hecho de formar parte de la asociación o de la banda". Al no hacerlo así, no cabe sino concluir que, para el legislador, banda y asociación son un mismo y único concepto, pues si se quisiese sostener que para la ley

mantienen su individualidad gramatical se caería en el absurdo de que el solo hecho de formar parte de una banda no es punible, ya que el artículo sólo refiere a la asociación, quedando la referencia a tomar parte de la 'banda' como un giro literal inexplicado o bien una conducta incompleta, una especie de parcial tipo abierto, que se cerraría por contraposición a lo dispuesto para la asociación, con la comisión de alguno de los delitos que conforman su finalidad. Esto resulta inadmisible por varias razones. Primero, porque la ley no lo dice así; segundo, porque por definición 'banda' es simplemente un grupo de gente armada (Diccionario de la Real Academia Española, 1992), sin designio alguno, de manera que mal podría cerrarse el tipo con el cumplimiento de una finalidad que el concepto gramatical no contiene; y, tercero, porque se produciría con el robo en banda o el daño en banda una simultánea consumación en tanto y en cuanto el robo o el daño fueran cometidos por un grupo de gente armada, es decir jamás concurrirían materialmente las conductas tipificadas en los arts. 166 inc. 2º y 167 inc. 2º o 184 inc. 4º con el art. 210, del C. Penal, lo que significaría que delitos que inevitablemente se consuman en una misma acción se retroalimentan entre sí; uno (el robo o el daño) permitiendo que quede consumado el otro (banda que comete el delito) y otro, al así consumarse, calificar gravosamente al o a los primeros. En este harto confuso panorama, carente de toda explicación, de evidente incoherencia sistemática, reside la demostración dela imposibilidad lógica de entender que, para el legislador, 'banda' y 'asociación' son términos diversos. Por el contrario, sólo puede concluirse que la ley, en ejercicio de su soberanía, lo ha identificado, a despecho de sus reales acepciones, tal como, verbigracia, otorgó al concepto 'violencia' un alcance que gramaticalmente no tiene (art. 78 del C.P.).

Ahora bien, corresponde entender también que esta unificación terminológica (esta sinonimia jurídica), lo es en base al concepto asociación y no al de banda.

Ello es así porque uno de los aspectos definitorios del vocablo asociación es una determinada finalidad, así como el armamento lo es de la palabra banda. Atendiendo a esto y a que en la norma se expresa el designio de cometer delitos, y no la portación de armas, sólo puede aceptarse que 'banda' fue asimilado a 'asociación' por el legislador, y no a la inversa. En aval de ello, como argumento

simplemente corroborante, cabe recordar que el epígrafe que precede al art. 210 y da denominación al delito es, precisa y únicamente, 'asociación ilícita' y no 'asociación ilícita y banda'.

Esto tiene su importancia, porque entiendo que incuestionablemente 'asociación ilícita' está definida en el art. 210 del C.P.

Si la conducta de asociarse es, en principio, un derecho de jerarquía constitucional, que luego ha sido recogido y regulado por diversas ramas del ordenamiento jurídico (derecho civil y derecho comercial, por ejemplo), es evidente que tan sólo el fin de la asociación puede permitir considerarla una acción prohibida por el derecho.

Obviamente esto es lo que justifica la tipificación del art. 210 del C.P.: el fin de cometer delitos. De esto se sigue que al identificarse y delimitarse el fin o designio de la asociación ilícita, por él se la está definiendo como conducta punible y no por otra circunstancia. Así, entonces, la conclusión es una y única: el legislador ha dado el concreto significado y alcance de asociación –y, por ende, de banda– en el art. 210 del C.P.

Por consiguiente, si banda es, para la ley, asociación ilícita –aunque gramaticalmente no se puedan identificar y tampoco se pueda soslayar el criterio seguido por el legislador al considerarlos sinónimos, creando así un concepto jurídico de banda–, pierde identidad el razonamiento consistente en que 'el empleo del término 'banda' en la agravante del robo se refiere a su perpetración por una pluralidad de sujetos, pero ello no significa identificar aquel concepto con el de 'asociación ilícita' al que se refiere el art. 210 del C.P., desde que si tal figura supone siempre una 'banda' ésta no constituye en todos los casos la 'asociación ilícita' (Fallo P. 37917 del 25-II-92)', pues ello tiene, sin duda, fundamento gramatical, pero no jurídico ni sistemático.

Este aserto se refuerza cuando se repara que, en varias ocasiones, la ley alude expresamente a pluralidad de sujetos que concurren a cometer un delito, sin llamar banda a tal situación, que coexistió y coexiste con el reclamo típico de banda, en otras figuras. Por ejemplo, el art. 122 habla del *concurso de dos o más personas;* el 216 de *conspiración de dos o más personas* y el 238 de *reunión de más de tres personas*. Pero el ejemplo más claro es el del art. 80 inc. 6º del C.P., que dice: 'con el concurso premeditado de dos o más personas', exigiendo así, para la tipificación, pluralidad de sujetos (al menos tres: el autor y dos que concurren) que

convergen a un fin delictivo determinado. No se advierte diferencia alguna entre esta situación y la postura que, desvinculando el concepto 'banda' del art. 210 del C.P., sostiene la agravación del robo cuando es cometido por pluralidad de sujetos (tres al menos) y ello deja inexplicada la diferenciación que el legislador ha mantenido desde siempre entre banda y pluralidad de sujetos.

Este trato gramatical diverso, sin duda, obedece a que en realidad no son situaciones idénticas, sino a que 'el Código Penal ha distinguido, como circunstancia calificativa, la simple 'comisión del delito por varias personas' de su 'comisión en banda'. Cuando ha querido caracterizar de la primera forma el agravamiento, ha usado fórmulas como las siguientes: 'con el concurso de dos o más personas' (art. 122) o 'reunión de más de tres personas' (art. 238, inc. 2). Por el contrario, en el art. 166 inc. 2, como en los arts. 167 inc. 2 y 184 inc. 4, ha utilizado la expresión 'en banda', como acertadamente expresa Ricardo Núñez (Delitos contra la propiedad, pág. 228).

En consecuencia, los sostenedores de la existencia legal de un concepto de banda diferenciado de asociación ilícita tienen, ante sí, el problema de diferenciarlo, a su vez, de otras situaciones típicas de pluralidad de intervinientes y esto aparece como insoluble.

Banda, en el art. 166 inc. 2 o 167 inc. 2 sería algo menos que lo dispuesto en el art. 210 y la diferencia, según los doctrinarios que la propician y los fallos que la reconocen, residiría en que, en estos casos, bastaría con la finalidad de cometer un delito determinado.

Pero esto es precisamente lo que se necesita para calificar el homicidio y no se llama 'banda', por la sencilla razón de que 'banda' no es simple concurso de personas para cometer un delito específico, ni por definición gramatical ni por definición jurídica.

Si el legislador diferencia, refiriéndose paralela y simultáneamente a concurso premeditado de dos o más personas (o sea, al menos tres) y a banda, no puede sino pensarse que no se trata de conceptos idénticos. Tan acertado y obligatorio es no distinguir donde la ley no distingue (lo cual es aplicable a la identificación de banda y asociación en el art. 210) como no unificar situaciones que la ley diferencia.

En resumen, dado que el límite y alcance del concepto ‘banda’ debe ser el fijado en el art. 210 (por las razones antes expuestas), no corresponde adjudicar al mismo un contenido y extensión diferente cuando es utilizado como circunstancia típica de otra figura penal sin aditamento o aclaración alguna que modifiquen su primitivo sentido. En auxilio de todo lo expuesto y no como razón principal, sino como simplemente coadyuvante –atento a que su valor no es dirimente–, rescato el informe de la Comisión especial de la Cámara de Diputados de la Nación que dijo que ‘a fin de evitar repeticiones podría suprimirse del art. 78 la definición de ‘banda’ en razón de que está con toda precisión en el art. 210 del proyecto’.

Como ‘última ratio’ de la postura que sostengo, puntualizo que quitar al término banda el fin de cometer delitos indeterminados cuando de los tipos del art. 166 inc. 2º o 167 inc. 2º se trate significa efectuar una interpretación, a mi entender, analógica de la ley. Pero, aun morigerando el aserto, resulta, por lo menos, una interpretación extensiva, en desmedro de una interpretación restrictiva de los tipos penales, en una situación normativa ofrecida al análisis, que lo menos que puede decirse es que arroja un equilibrio entre las dos posibles conclusiones. He procurado abarcar todas las hipótesis de contradicción, brindando las correspondientes explicaciones. Si de cualquier modo quedase algún flanco expuesto a una crítica negativa, considero que ello sólo generaría el hipotético equilibrio aludido: particularidad que me llevaría, sin hesitar, a tener como obligatoria la interpretación que restringe la esfera de aplicación del robo calificado, desechando aquella que la amplía.

Cabe señalar aquí que, si bien la interpretación extensiva no viola, en principio, el ‘nullum crimen sine lege’, puesto que no opera ‘extra leguen’ como la analogía, sólo es aceptable si resulta la interpretación verdadera y excluyente. Si, como en el caso, aparecen vallas tanto desde el punto de vista gramatical (recuérdese la acepción del vocablo) como sistemático (la coexistencia del concepto banda con tipos que reclaman pluralidad de sujetos en la comisión de un delito), es evidente que la interpretación extensiva dista de ser la que corresponde. Aun en el caso de que la restrictiva también debiera reconocer escolios, debe prevalecer, teniendo en cuenta que ‘el derecho penal es un sistema discontinuo de prohibiciones, porque su ingerencia es completamente excepcional en el campo inmensamente más amplio dela antijuridicidad. Esta característica (sancionadora) del derecho penal no puede pasar del todo inadvertida para el intérprete. Esta

general excepcionalidad de la ingerencia penal nos debe llevar siempre que nos encontremos con una expresión legal de alcance dudoso a inclinarnos primariamente a entenderla en la forma más restrictiva de la punibilidad (Zaffaroni, tratado de Derecho Penal, t. I, pág. 311).

Es por todo lo expuesto que descarto el encuadre en el art. 166 inc. 2º del C.P." (del voto del Dr. Jorge Esteban Herrero –al que adhirieron los Dres. Ernesto Julio Arrouy y Carlos Paulino Pagliere–).

2) Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional de Azul, provincia de Buenos Aires, Expte. Nº 21722, "Chena, Mauricio Alberto; Cárdenas, José Luis; Chena, Juan Ramón; Colado, José Luis y Solís, Héctor Germán, s/ robo simple, tentativa – Torquinst", enero de 2003.

"No concurre el concepto de 'banda', toda vez que el concepto no se satisface con la simple concurrencia objetiva de tres o más personas, sino que es menester que se comprueben los recaudos establecidos en el art. 210 del Código Penal, ya que no es admisible interpretar que el legislador ha brindado diferente alcance y contenido a un mismo y único concepto, al como lo tiene reiteradamente dicho este Tribunal en *causa nº 13295, caratulada 'Aquino, Juan Ramón y otros s/ privación ilegal de la libertad calificada y robo de automotor – Rauch',* entre otras".

3) Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional de Azul, provincia de Buenos Aires, Expte. Nº 21722, "Bandi, Adalberto y otros, s/ robo calificado en despoblado y en banda – Torquinst", abril de 2004.

"No concurre, en el caso, el reclamo típico de 'banda', toda vez que el concepto no se satisface con la simple concurrencia objetiva de tres o más personas, sino que es menester que se comprueben los recaudos establecidos en el art. 210 del Código Penal (lo que no ha concurrido en autos), ya que no es admisible interpretar que el legislador ha brindado diferente alcance y contenido a un mismo y único concepto, al como lo tiene reiteradamente dicho este Tribunal en *causa nº 13295 y 21722,* entre otras".

4) Cámara Nacional de Casación Penal, Sala Tercera, causa n° 6179 caratulada "Carrazana, Diego Armando y Carrazana, Guillermo Luis s/rec. de casación", marzo de 2006 [jueces: Guillermo José Tragant, Eduardo Rafael Riggi –en disidencia– y Angela Ester Ledesma (Secretaria de Cámara: María de las Mercedes López Alduncin; Fiscal General: Ricardo Gustavo Wechsler; Defensor Público: Juan Carlos Sambuceti)].

Postura de la mayoría:

"En cuanto al … alcance que habrá de otorgarse al concepto 'banda' y en consecuencia al encuadre legal del hecho en juzgamiento, he sostenido en minoría en las causas 'Esponda, José Roberto s/rec. de casación', Reg. n° 118bis/94; 'Papalardo, Gustavo Alberto s/inconstitucionalidad y casación', Reg. n° 76/95; 'Braccamonte, Silvio L. y otros s/rec. de casación', Reg. n° 54/98 y 'Calderón, Mauricio J. s/rec. de casación', Reg. n° 238/98, todas de esta Sala, sintéticamente que 'una correcta interpretación histórico-sistemática de las normas analizadas tiene como resultado que la expresión 'en banda' es sinónimo de la asociación ilícita...' 'estimo que la solución que propicio brinda absoluta seguridad jurídica al establecer que sólo al reunirse las circunstancias que tipifican la 'asociación ilícita' nos encontramos en la presencia de la denominada 'banda', respetándose, de este modo, el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, principio que, en mi sentir, vulnera la postura contraria a la que propicio'" (voto mayoritario de *Guillermo José Tragant*).

"Si no se reúnen en el grupo actuante las características enumeradas en el artículo 210, los agentes deberán responder por el delito de robo simple. La pluralidad de ellos, que conlleva indudablemente una mayor peligrosidad que deber soportar el sujeto pasivo, será considerada como circunstancia de agravación y permitirá elevar la pena hasta los límites máximos de la norma del artículo 164@ (voto mayoritario de *Guillermo José Tragant*).

"No habiendo cambiado desde entonces la ley aplicable, no advierto motivo para variar mi pensamiento, razón por la cual, en base a lo ya dicho en los aludidos precedentes, a los que en homenaje a la brevedad remito y, sellando ello la suerte del recurso, toda vez que más allá de la calificación que merezca la participación de la tercera persona no se ha alegado ni probado que se encuentren reunidas en el

caso las mencionadas circunstancias tipificantes del agravante cuya aplicación pretende el recurrente" (voto mayoritario de *Guillermo José Tragant*).

"Tal como lo sostuviera al votar en la causa 6137 'Duarte Castro, María Angélica s/ recurso de casación', resuelta el 3/3/06, no existe una definición constitucional válida del término 'banda' como agravante del robo y, por lo tanto, si el legislador no ha determinado cuál es el significado del concepto, no es posible completar esa laguna acudiendo a otras normas. 'Por aplicación del principio constitucional de legalidad, el rol del legislador en la definición de la infracción punible no puede ser suplido por interpretaciones doctrinarias y/o jurisprudenciales' (López Casariego, Julio: *Banda: no hay un concepto legal en la Argentina* en La Ley, Suplemento de Derecho Penal del 8 de abril de 2002, p. 21). Por lo expuesto, y con fundamento en los demás argumentos expuestos en aquella causa, adhiero a la solución propuesta por el Dr. Guillermo José Tragant, en orden a que debe rechazarse el recurso interpuesto por el Sr. Fiscal General Dr. Guillermo F. Pérez de la Fuente" (voto mayoritario de *Angela E. Ledesma*).

Postura minoritaria:

"Sellada como se encuentra la suerte del recurso en tratamiento por el voto concurrente de los colegas que nos precedieron en el orden de votación, sólo nos resta por memorar que ya en la causa n° 206 caratulada 'Esponda, José Roberto' (reg. 118/94 bis, del 23/9/94), sostuvimos que el concepto 'banda' no resulta asimilable a los requisitos propios de una asociación ilícita. Al respecto, indicamos que el término 'banda' que califica como agravante al delito de robo alude sin duda alguna al modo de ejecución o manera de comisión del hecho, y obedece a una larga tradición histórica y a un cabal sentido punitivo, pues la intervención de varias personas asume por sí sola una particular gravedad por la mayor vulnerabilidad en que el grupo coloca al bien jurídico. Dicho concepto no se identifica ni es sinónimo del de 'asociación ilícita', cuyos elementos específicos consisten en formar parte de una asociación, cierta permanencia, el propósito colectivo de cometer delitos, su indeterminación, y el número mínimo de partícipes. En efecto, el 'género' banda aludido en los artículos 166, 167 y 184 del Código Penal que como agravante califica el robo o el daño, exige fundamentalmente la comisión de 'un delito' por tres o más personas, con presencia activa y cumpliendo actos de ejecución, para lo

cual no resulta necesario que dicha pluralidad de individuos haya constituido previamente una asociación destinada a cometer delitos, extremo que por el contrario, sí cabe exigir para conformar el concepto de banda 'específica' o asociación ilícita definida en al artículo 210 del Código Penal. Con lo expuesto, dejamos asentada nuestra respetuosa discrepancia con el criterio que sostienen los doctores Guillermo J. Tragant y Angela E. Ledesma, en cuanto descartan la aplicación al caso -por los motivos que indican- de la figura legal contenida en el artículo 167 inciso 2° del Código Penal" (voto en disidencia de *Eduardo R. Riggi*).

5) Cámara Nacional de Casación Penal, Sala Tercera, *causa n° 6137* del registro de la Sala Tercera, caratulada *"Duarte Castro, María Angélica s/ recurso de casación"*, 3 de marzo de 2006 *[jueces: Guillermo José Tragant, Eduardo Rafael Riggi –en disidencia– y Angela Ester Ledesma (Secretaria de Cámara: María de las Mercedes López Alduncin; Fiscal General: Raúl Omar Pleé; Defensor Público: Juan Carlos Sambuceti –h–)]*.

Posición de la minoría:

"Al ingresar a la cuestión, advertimos que resultan de aplicación al caso la doctrina que sentáramos en la causa n° 206 caratulada 'Esponda, José Roberto' (reg. 118/94 bis, del 23/9/94), oportunidad en la que señalamos -al fundar nuestro criterio en orden a que el concepto 'banda' no resulta asimilable a los requisitos propios de una asociación ilícita- que '...razonables argumentos han sustentado las tesis contrapuestas con innegable consistencia y real eficacia persuasiva. Al efecto basta con recordar los conocidos fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en los que se abordara esta cuestión, a saber: los dictados en las causas 'Mouzo' (resuelta el 28 de julio de 1944), 'Casanova' (resuelta el 24 de noviembre de 1953), 'Coronel' (resuelta el 7 de junio de 1963), y 'Quiroz' (resuelta el 4 de septiembre de 1989), con conclusiones disímiles que llevaron en los dos primeros a identificar el concepto de banda con el de asociación ilícita, por lo que consecuentemente para que se configure la agravante en cuestión es necesario verificar la existencia de la permanencia de los miembros en el grupo y la finalidad de ejecutar delitos indeterminados; mientras que en los dos últimos pronunciamientos citados, por el contrario, se distingue la asociación ilícita de la banda, sosteniéndose que tres o

más personas, aún cuando no se propusieran la comisión de otros delitos, califican el robo encuadrándolo en el inciso 2 del artículo 167 del Código Penal. Es así, que la doctrina legal fijada en los dos más recientes plenarios aludidos, estableció que: 'a los fines de la aplicación de la agravante del artículo 167 inciso 2 del Código Penal es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho -empleando este término en el sentido del artículo 45-, sin necesidad de que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de la que describe el artículo 210 del citado texto legal.

A esta última posición es a la que -por nuestra parte- adherimos sin reservas, tal como fuera anticipada en el voto del juez Pessagno en el plenario 'Mouzo' y que desarrollara con brillante fundamentación en su voto el juez Luis Carlos Cabral en el plenario 'Coronel', a cuyos términos respetuosamente nos remitimos en homenaje a la brevedad. Sobre esa base, los vocablos asociación y banda constituyen el género, una de cuyas especies es la de aquellas asociaciones o bandas destinadas no a cometer un solo delito, sino varios, grupo que se denomina asociación ilícita (del voto del Dr. Cabral). El concepto de 'banda' que califica como agravante al delito de robo alude sin duda alguna al modo de ejecución o manera de comisión del hecho, y obedece a una larga tradición histórica y a un cabal sentido punitivo, pues la intervención de varias personas asume por sí sola una particular gravedad por la mayor vulnerabilidad en que el grupo coloca al bien jurídico. Dicho concepto no se identifica ni es sinónimo del de 'asociación ilícita', cuyos elementos específicos consisten en formar parte de una asociación, cierta permanencia, el propósito colectivo de cometer delitos, su indeterminación y el número mínimo de partícipes. En efecto, el género 'banda' aludido en los artículos 166, 167 y 184 del Código Penal que como agravante califica el robo o el daño, exige fundamentalmente la comisión de 'un delito' por tres o más personas, con presencia activa y cumpliendo actos de ejecución, para lo cual no resulta necesario que dicha pluralidad de individuos haya constituido previamente una asociación destinada a cometer delitos, extremo que, por el contrario, sí cabe exigir para conformar el concepto de banda 'específica' o_asociación ilícita definida en al artículo 210 del Código Penal (el subrayado nos pertenece).

Por lo demás, corresponde recordar que el criterio al que adscribimos es concordante con lo decidido por esta Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I□ in re ‘Aguilera, Oscar s/ rec. de casación’ n□: 102, rta. 23/3/94, Reg. n□: 147; ‘Baratta, Rubén A. s/ rec. de casación’ n□: 227, rta. 19/3/94, Reg. n□: 303; y ‘Madotta, Claudio F. s/ rec. de casación’ n□: 300, rta. 16/3/95, Reg. n□ 429; Sala II□ in re ‘Torlasco, G. E. s/ rec. de casación’ n□: 64, rta. 9/2/94, Reg. n□: 80 y ‘Sánchez, Luis A. s/ rec. de casación’ n□: 91, rta. 28/3/94, Reg. n□ 103; y Sala IIIa. in re ‘Esponda, José Roberto’ n□: 206, rta. 23/9/94, Reg. n□ 118 bis/ 94, entre otros) en pronunciamientos que han efectuado un profundo y acabado estudio de la cuestión, cuya atenta lectura respetuosamente nos permitimos sugerir, y a los que sólo cabe remitir con el objeto de eludir innecesarias reiteraciones.

Finalmente, cabe señalar que la solución que se propone concuerda con la doctrina adoptada por este Tribunal, coincide con el criterio jurisprudencial observado en el Fallo Plenario n□ 111 de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional *in re* ‘Quiroz, Julio A.’ (rto. 4/9/89), respecto del cual se ha expedido en términos concluyentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación señalando que ‘... no ha introducido elementos extraños al tipo penal descripto por la ley, sino que ha interpretado el alcance del concepto ‘banda’, al que se refiere el art. 167, inciso 2□, del Código Penal; interpretación que, por esta u otra vía, indefectiblemente hubiesen necesitado hacer los jueces para determinar su aplicabilidad al caso’” (del voto, en minoría, de *Eduardo Rafael Riggi)*.

Posición de la mayoría:

“En cuanto al remedio casatorio vinculado al alcance que habrá de otorgarse al concepto ‘banda’ y en consecuencia al encuadre legal del hecho en juzgamiento, cabe puntualizar que la cuestión no es novedosa y que fue objeto de tratamiento en las causas ‘Esponda, José Roberto s/rec. de casación’, Reg. 118bis/94; ‘Papalardo, Gustavo Alberto s/inconstitucionalidad y casación’, Reg. 76/95; ‘Braccamonte, Silvio L. y otros s/rec. de casación’, Reg. 54/98; ‘Calderón, Mauricio J. s/rec. de casación’, Reg. 238/98; ‘Scalfoni, Juan Carlos s/rec. de casación’, Reg. 364/01 y ‘Celiz, José Luis s/rec. de casación’, Reg. 617/05, todas de esta Sala.

Así en la primera de ellas sostuve que AEs que como integrante de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial Lomas de Zamora tuve oportunidad de expedirme con específica referencia al tema

en debate, haciéndolo en un sentido diverso al de los colegas preopinantes, en el plenario 'Villarruel, Juan Carlos y otros' (Reg. nº 55ter/91 de fecha 30 de mayo de 1991), como no ha variado mi postura desde entonces habré de remitirme a las consideraciones allí vertidas.

A modo de anticipo he de permitirme transcribir mi voto en la causa número 11.985 de fecha 20/4/89 en la parte pertinente y vinculada al caso en tratamiento, en la que dije: '...En mi criterio el hecho nominado con la letra 'A' del que resultara víctima Walter Alfredo Bravo debe ser tipificado como robo simple en los términos del artículo 164 del Código Penal, modificándose la sustentada en la sentencia analizada. Pues, estimo no es de aplicación el artículo 167 inciso segundo del Código Penal. En este sentido Núñez al referirse a la caracterización de la banda dice 'La ley no se limita aquí a exigir que el robo se cometa por varias personas, como, por ejemplo, sucede en los artículos 122 ('con el concurso de dos o más personas') y 238 inciso segundo ('por reunión de más de tres personas'). La comisión del robo en banda alude a su ejecución por varias personas y a algo más; a la asociación de los ejecutores en una banda. Esta es la opinión dominante, la cual, siguiendo los lineamientos de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores Revisora del proyecto de 1917 de la Cámara de Diputados, equipara la banda a la asociación ilícita definida en el artículo 210 del Código Penal' (Ricardo C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", T. V, pág. 235, Buenos Aires 1967).

En este sentido estimo necesario reseñar las modificaciones legislativas que han sufrido los artículos 166 y 167 del Código Penal. Así en la ley 11.179 se hace referencia a robos en despoblados y en banda (artículo 166 inciso segundo), robo en lugares poblados, en banda (artículo 167 inciso segundo) y el artículo 210 que caracteriza a la asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de integrarla.

Estos artículos fueron sustituidos por el decreto ley 4778/63 ratificado por la ley 16.478, por el que en el segundo caso de los supuestos del artículos 166 se habla del 'robo...con la intervención de tres o más personas', siguiéndose el mismo criterio en el primer inciso del artículo siguiente, que preveía el robo en poblado. Efímera vida la de esta modificación, pues fue derogada por la ley 16.648 con lo cual se vuelve al texto original.

En el año 1967 la ley 17.567 hace un distingo entre el hurto o robo cometido por tres o más personas (artículo 163 inciso noveno, 166 inciso tercero y 167 inciso cuarto) y robo en poblado y en banda del artículo 167 inciso segundo. Además en el artículo 210 se hace mención a la 'asociación de tres o más personas' eliminándose el vocablo banda.

En el año 1973 se sanciona la ley 20.509, por la que se vuelve al texto originario de 1921 y un año más tarde, por la ley 20.642 se reemplaza el inciso segundo del artículo 166 por el siguiente 'si el robo se cometiera con armas o en poblado y en banda'.

La ley 21.338 del año 1976 restaura el distingo entre un hecho cometido por tres o más personas de aquel que se cometiera en banda.

Finalmente, el 27 de Agosto de 1984 la ley 23.077 restablece los textos primitivos que son los actualmente vigentes.

A partir de ello entonces estimo esclarecedor el comentario que ya en 1923 efectuaba Rodolfo Moreno (h) al respecto, cuando sostuvo: 'Dados los términos del inciso, si se comete un robo en despoblado y con el concurso de tres personas o más, ¿será necesario, para que concurra la agravante especial, que esas personas estén asociadas para cometer delitos, o bastará que hayan realizado el acto en compañía, y aún concertándolo previamente?.

Los términos del Código, unidos a lo que dispone el artículo 210, solucionan la cuestión. El Código habla de banda, o sea la asociación destinada a cometer delitos y no un delito.

En el proyecto de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que siguió a los de 1891 y 1906, se definía a la banda en el artículo 78, que se ocupaba de la significación de conceptos en el Código, diciendo: 'Se entiende por banda la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados'.

La definición se suprimió a propuesta de la Comisión de Códigos del Senado, la cual dijo:

'La comisión piensa que debe mantenerse este título, pero cree que, a fin de evitar repeticiones, podría suprimirse del artículo 78 la definición de banda en razón de que lo está con toda precisión en el artículo 210 del proyecto'.

De manera que es preciso, para que la agravante especial se compute, que sea el robo la obra de una asociación de tres o más personas que se encuentran

convenidas para la comisión de delitos' (R. Moreno (h), "El Código Penal y sus antecedentes" T V, Buenos Aires, 1923, pág. 143 y siguientes).

A este valioso aporte doctrinario, debe agregarse lo que calificados autores han sostenido. Así a la ya transcripta opinión de Nuñez, debe agregarse la de Gómez, quien afirma 'no existe otra banda, para el código penal, que la asociación ilícita; y está en pugna con la realidad el aserto de que no median diferencias entre la banda y el complot, aunque la ley no haga especial referencia este último. No existe banda cuando los componentes de una agrupación la han constituido para cometer un delito determinado' (Eusebio Gómez, "Tratado de Derecho Penal", T. IV, pág. 147 y siguientes, Buenos Aires 1941).

En el mismo sentido lo siguieron Ramos, T V, N 205; González Roura, T III, pág. 225 y Malagarriga T. II, pág. 351"3. También se enrola en esta tesis Sebastián Soler, quien sostiene que para haber banda (artículo 166 inciso segundo) tiene que haber asociación ilícita (artículo 210). Dice también Soler que 'es un principio de la interpretación de la ley Penal que si una palabra tiene dos acepciones, una popular o corriente y otra técnica, debe prevalecer esta última, porque importa una interpretación auténtica, es decir, dada por el mismo legislador' (T IV, pag. 259, Buenos Aires 1988).

También la opinión que sostengo encuentra nutrido apoyo en fallos jurisprudenciales de indudable valor 'in re': Mouzo, 28/7/44, Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal; Casanova J. del año 1953, también plenario de Capital Federal; Barreiro Jorge y otros, Suprema Corte de Buenos Aires, J. A, tomo 1976-III-111 y Maldonado, Luis F. Cámara Criminal de Tucumán, L.L. 85-103.

Puede concluirse entonces, que una correcta interpretación histórico-sistemática de las normas analizadas tiene como resultado que la expresión 'en banda' es sinónimo de la asociación ilícita. No se me escapa, lógicamente, que quienes sostienen que el sólo agrupamiento de personas para cometer un ilícito contra la propiedad, caracterizan la 'banda', lo hacen con sólidos argumentos y en este sentido se ha expedido la Cámara Criminal de la Capital Federal en el plenario 'Coronel', del año 1963 y en el más reciente 'Quiroz, Julio A.' del 4 de septiembre de 1989.

Mas, estimo que la solución que propicio, brinda absoluta seguridad jurídica al establecer que solo al reunirse las circunstancias que tipifican la 'asociación ilícita' nos encontramos en la presencia de la denominada 'banda', respetándose, de este modo, el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, principio que en mi sentir, vulnera la postura contraria a la que propicio.

Nótese además que si banda no fuera sinónimo de asociación ilícita, cabe preguntarse de dónde dimana que el número de intervinientes mínimo es el de tres. Quienes sostienen lo contrario no citan norma alguna, ni regla lógico-jurídica que indique que tal es el número requerido, y en consecuencia, la exigencia resulta arbitaria, entendiendo este vocablo en el preciso sentido de carencia de fundamentación.

Es conveniente puntualizar que para la presencia de la agravante 'en banda' deben llevar a cabo la acción punible prevista en los artículos 166, 167 184, según el caso, tres o más individuos aunque la asociación ilícita del artículo 210 la integren otros no presentes en el acto. Aquellos responderán materialmente por ambos ilícitos (artículo 55 del Código Penal), el que vulnera la propiedad y el que ofende el orden público, mientras que los ausentes, en su caso, serán responsables sólo por este último.

Ello no viola el principio de *non bis in idem*, desde que se presentan dos conductas punibles distintas, una consistente en integrar una asociación ilícita con lo cual ya se infringe el art. 210, y otra cometer tres al menos miembros de ella, un robo en poblado.

Si no se reúnen en el grupo actuante las características enumeradas en el artículo 210, los agentes deberán responder por el delito de robo simple. La pluralidad de ellos, que conlleva indudablemente una mayor peligrosidad que debe soportar el sujeto pasivo, será considerada como circunstancia de agravación y permitirá elevar la pena hasta los límites máximos de la norma del art. 164 y agrego ahora, para este caso concreto, y tal como fuera dispuesto en la sentencia que propicio modificar en el extremo bajo estudio, con aplicación del art. 41 quater del C.P.

Este voto que acabo de reseñar, fue el inicial en el Plenario que aludiera al comienzo y que por escazo margen (5 a 4) triunfara imponiendo una obligatoria jurisprudencia en el Departamento Judicial Lomas de Zamora, y que aún hoy lo sigue siendo.

Un elemental principio de honestidad intelectual, sumado a la circunstancia que a las ya numerosas y sólidas opiniones en contrario de la postura que sostengo se han agregado las emitidas por los señores jueces de esta Cámara, el que me precede y en especial el muy compacto y aggiornado voto del Dr. Esteban E. Vergara en la causa 'Torlasco', todos los cuales respeto, no cambian mi rumbo en el tema, me lleva definitivamente a disentir con mi colega Dr. Riggi ('Torlasco, G.E. s/rec. de casación' Reg.80 del 9/2/94 y 'Sánchez, Luis A s/rec. de casación' Reg. 103 del 28/3/94 ambas de la Sala II y 'Aguilera, Oscar S. s/rec. de casación' Reg. 147 del 23/3/94 de la Sala I).

Aunque no se trate este de un fallo plenario he de permitirme sugerir que se excite al Congreso de la Nación para que se concrete en la ley de fondo la modificación correspondiente para que la cuestión suscitada, tenga solución legal y se eviten así desgastantes polémicas y lo que es más grave aún, se arribe a resultados diversos, frente a situaciones análogas, en evidente detrimento de las garantías que la Constitución Nacional brinda a los justiciables.

No habiendo cambiado desde entonces la ley aplicable, no advierto motivo para variar mi pensamiento, razón por la cual, en base a lo ya dicho en los aludidos precedentes, propicio al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, sin costas, en consecuencia casar la sentencia de fs. 451/vta. cuyos fundamentos obran a fs. 453/457vta., y en definitiva condenar a María Angélica Duarte Castro, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de robo, reiterado en dos oportunidades a tenor de los arts. 164, 41 quater y 55 del C. Penal" (voto mayoritario de *Guillermo José Tragant*).

"Si bien al votar en la causa 5778 'Celiz, José Luis y otro s/rec. de casación', resuelta el 3 de agosto de 2005, reg. 617/05 adherí al voto del Dr. Riggi, que es sustancialmente similar al que expidiera en esta causa, lo cierto es que, un nuevo análisis del tema, a la luz del principio de legalidad, me lleva a rever aquella posición.

Como es sabido, el principio de legalidad sustantivo (*nullum crimen sine lege*) es una garantía en favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las

distintas conductas contenidas en la ley penal (cfr., al respecto, entre otros, Schünemann, Bernd: *Nulla poena sine lege?*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1978, p.4 y ss.; Roxin, Claus: *Strafrecht, Algemeiner Teil*, 3° edición Beck, München, 1997, p. 98 y Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, parte general*, 5° edición, Reppertor, Barcelona, 2000, p.78).

De esta manera se receptan tanto el axioma de mera legalidad, que exige una ley como condición necesaria de la pena y del delito, como '(...) el principio de estricta legalidad (que) exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (...) la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes' (Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 95).

De lo expuesto, se puede concluir que constituye, entonces, una garantía constitucional de primer grado. Ello así, en razón de que, desde esa perspectiva, se puede concluir en que se trata de la legitimación de la intervención de los derechos de los ciudadanos (Bacigalupo, Enrique: *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999,p. 48).

Es así que, cualquier interpretación que se pretenda de una norma penal debe ser la más fiel y estricta del texto legal pues, como señala Jäger, '(c)uando el resultado de una interpretación conlleva exceder el posible sentido del texto de la ley en perjuicio del autor, entonces podemos considerar que ha traspasado la frontera de la interpretación permitida y se ubica en los terrenos de la analogía prohibida' (*Problemas fundamentales del derecho penal*, traducido por Enrique Díaz-Aranda en AProblemas fundamentales de derecho penal y procesal penal@ Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 34).

Sentado ello y sobre esa base, el problema radica en determinar qué debe entenderse por Abanda@. Tradicionalmente, dos han sido las corrientes que han buscado dar respuesta a esta cuestión.

La primera de ellas, sostenida por la doctrina mayoritaria (José Manuel Núñez, Ricardo Núñez, Sebastián Soler, Alfredo Molinario, Edgardo Alberto Donna, entre otros) exige para la configuración de la agravante los mismos requisitos que los de la asociación ilícita. La otra, postulada mayoritariamente por la jurisprudencia, requiere únicamente la intervención de tres o más personas en el delito, número mínimo que surgía, también, del artículo 210 del Código Penal. La discusión también se vio plasmada en la jurisprudencia plenaria de la Cámara Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires. La primera de las posturas fue adoptada por dicho tribunal en el plenario 'Mouzo, José' del 28 de julio de 1944, mientras que la otra fue receptada a partir del fallo 'Coronel, Rogelio Adulbe' del 7 de junio de 1963.

Estas dos posiciones, para poder justificarse, deben acudir -de alguna manera- a una interpretación extensiva o analógica en contra del imputado al recurrir a otro artículo del Código Penal (210) para poder dar fundamento a la agravante. De tal forma, éstas se encuentran reñidas con el principio de legalidad, en razón de que buscan completar la laguna dejada por el legislador, interpretando *in malam parte* la norma penal.

Por ello, entiendo que se debe aplicar una tercera postura -sostenida desde la doctrina por Julio López Casariego- según la cual se puede afirmar que no existe una definición constitucionalmente válida del término 'banda' como agravante del robo. Esto no significa que se encuentre prohibida la valoración o la interpretación, sino que se exige que la norma contenida en la ley contenga los indicadores necesarios para ser entendida y prevista por sus destinatarios con anterioridad a su aplicación judicial (Jäger, Christian: op. cit., p. 33).

En nuestro ordenamiento estos indicadores no se encuentran presentes ni en el tipo del artículo 167 inciso 2° (no establece un número de personas que deben estar presentes para que el robo se agrave), ni con una remisión a la asociación ilícita (que en realidad define ese delito y no el término en estudio). Esto es, la normativa no determina, para que se configure el ilícito, que deba tratarse de una agrupación de tres o más personas que se reúnen para cometer un delito determinado o, como lo requiere la asociación ilícita, una planificación y cometer delitos indeterminados.

En consecuencia, la utilización de otro artículo para completar el significado 'banda' excede el texto de la ley e ingresa en el campo prohibido de la analogía.

Ni siquiera se puede solucionar el tema apelando al 'concepto usual' del término, pues según el diccionario de la Real Academia la banda es, en lo que aquí importa y entre doce acepciones diferentes, un '*grupo de gente armada*' (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21° edición, Madrid, 1992, p.182). A su vez, el *Nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española* define al vocablo como '*porción de gente armada'* (Tomo I, Ediciones Grijalbo S.A., Barcelona, 1980, p. 155). Aceptar esta posición implicaría que se le requiera un elemento más al tipo penal y generaría incoherencia en el sistema debido a que para un caso (robo con armas) se estarían dando dos soluciones diferentes.

Pero de ambos glosarios no se puede determinar cuántas personas equivalen a 'grupo' ni cuántas a 'porción'. Si acudimos nuevamente al diccionario, encontramos que el primero de ellos ha sido definido como '*conjunto de seres o de objetos reunidos*' mientras que el segundo como '*cantidad segregada de otra mayor*' o '*número considerable e indeterminado de personas o cosas*'. Todo ello demuestra lo multívoco de la expresión y de ahí su imposibilidad de utilizarlo para perfeccionar el tipo penal.

De tal forma, si el legislador no ha determinado cuál es el significado del concepto, no es posible completar esa laguna acudiendo a otras normas. 'Por aplicación del principio constitucional de legalidad, el rol del legislador en la definición de la infracción punible no puede ser suplido por interpretaciones doctrinarias y/o jurisprudenciales' (López Casariego, Julio: *Banda: no hay un concepto legal en la Argentina* en La Ley, Suplemento de Derecho Penal del 8 de abril de 2002, p. 21). Resulta necesario, entonces, una redefinición teórica rigurosa de los elementos constitutivos del delito, dotada de una extensión tan determinada como sea posible.

En esta dirección, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 159/86 sostuvo que 'el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones criminales, de tal manera que de ello se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada'. Reitero aquí la conclusión: de la norma del art. 167

inc. 2° no se puede determinar con claridad cuantas personas deben estar presentes en el hecho para configurar la agravante.

La postura asumida me lleva a concluir que la conducta reprochada a Duarte Castro debe ser subsumida, tal como lo propicia el Dr. Tragant en su voto, en el artículo 164 del Código Penal. En tal sentido, también adhiero a la propuesta del colega en orden a la pena a aplicar (voto mayoritario de *Angela E. Ledesma*).

Con resoluciones judiciales como las referidas, el Poder Judicial se prestigia, como así también la vida republicana propia de nuestro Estado Constitucional de Derecho, pues, en dichas decisiones, queda en claro que la ley penal (y, por encima de ella, la constitucional) debe ser respetada como límite mínimo al poder punitivo del Estado (poder que, si no respeta aquellas limitaciones, podrá incrementar –de una manera demasiado intolerable– sus propios efectos altamente destructivos para el ser humano). No obstante ello, y de acuerdo con el sentido que se acordó –y que pretendió adjudicársele– a la expresión *banda* en el contexto del Código Penal de 1.921/2, no concuerdo con un aspecto del valioso voto de Ángela E. Ledesma en los últimos fallos citados (sin perjuicio de compartir sus conclusiones), en cuanto sostiene que en la ley penal argentina “no existe una definición constitucionalmente válida del término ‘banda’ como agravante del robo”, añadiendo que “esto no significa que se encuentre prohibida la valoración o la interpretación, sino que se exige que la norma contenida en la ley contenga los indicadores necesarios para ser entendida y prevista por sus destinatarios con anterioridad a su aplicación judicial”. A mi criterio, la mención de dicho término en el artículo 210 del Código Penal y la expresa fundamentación de la Comisión de Códigos del Senado que revisó el texto del aludido Proyecto de 1917 (que, como se dijo, se expidió a favor de la supresión del concepto de banda de su artículo 78, fundando su postura en que *dicha definición estaba ya efectuada “con toda precisión en el artículo 210 del Proyecto*”) resultan suficientes para tener por incluidos en la ley penal los elementos mínimos sobre los cuales puede construirse un concepto dogmático de “banda”. Es más, al exigir este robo agravado *la comisión en banda* (“si el robo *se cometiere* … en banda”), queda neutralizada toda posible objeción constitucional que, legítimamente, hubiera podido efectuarse a la mera e hipotética comisión del robo por parte de personas que, independientemente de la realización del robo, integran una banda. Es decir, *la circunstancia agravante que tratamos no se refiere a una característica del autor* (que forme parte de una banda –lo que no constituye acción alguna–), *sino* a una forma de comisión del

delito de robo: *a la actuación organizada en banda*). Distinta es la situación en el caso de agravantes designadas sólo con una palabra y sin indicación de elemento alguno que deba reconocer un concepto dogmático elaborado a partir del texto legal, como es el caso del homicidio con "ensañamiento" o con "alevosía" (del art. 80, inc. 1, del Código Penal), que agotan su contenido en la sola denominación legal, aunque luego se agregue "u otro procedimiento insidioso" para exigir el modo subrepticio de comisión. En estos últimos casos no tengo duda que la ley penal *no describe* elemento alguno de la circunstancia agravante que sólo menciona, por lo cual aquí sí se produce una violación a la exigencia de taxatividad propia del principio constitucional de legalidad penal. En los citados ejemplos de previsión legal de una pena severísima para el homicidio con "ensañamiento" o "alevosía", entonces, la ley penal, al sólo mencionar una circunstancia agravante, carece de "los indicadores necesarios para ser entendida y prevista por sus destinatarios con anterioridad a su aplicación judicial". Pero ello no ocurre –del mismo modo– en el caso de la actuación en "banda", pues en este último supuesto –por las razones aludidas– tales indicadores se encuentran contenidos en el art. 210 del Código Penal.

En otro orden de cosas (y como acaba de anticiparse), el robo *en banda* requiere, ineludiblemente, la ejecución de *violencia física en las personas*, debiendo actuar sus integrantes *en presencia de la víctima*, pues sólo de este modo se cumple con el fundamento de la mayor punición.

No debe olvidarse que el *robo en banda* es una modalidad del delito de *robo,* y, en consecuencia, requiere ineludiblemente la ejecución de algún acto de *violencia física* (es decir, de aquella violencia ejecutada directamente sobre el cuerpo de la víctima), pues esa forma de violencia (y no otra) es la que exige el art. 164 para toda clase de robo.

> De tal modo, toda forma de *violencia moral* o *intimidación* (aunque sea por medio de la exhibición amenazante de un arma) no constituye *violencia física* y, por ende, no basta para la tipicidad del robo (simple o agravado).
>
> En tal sentido se ha expedido Ricardo C. NÚÑEZ, para quien "Queda excluida del concepto de violencia física en las personas, la amenaza a mano armada real o simulada, incluida antes en aquélla por la doctrina y los

> tribunales" [26]. Con la misma idea tuve la ocasión de expedirme en varias ocasiones [27]. Concordantemente también lo ha hecho Nicolás SCHIAVO [28].

Es, pues, la actuación organizada, conjunta y violenta *frente a la víctima* la que coloca a esta última en situación de mayor indefensión (generada por la realización de una conducta con mayor posibilidad de consumación). Si un grupo organizado de personas ingresan a un lugar deshabitado (por medio de fuerza en las cosas), apoderándose de cosas muebles ajenas, no se advierte la mayor gravedad del ilícito que justifique semejante incremento punitivo. Sean dos o más los autores, organizados o no, podrán actuar con análoga posibilidad de concretar su propósito cuando actúan en ausencia de la víctima. La actuación en banda adquiere, por ende, una particular gravedad (un mayor contenido de "injusto"), lo que es proporcionado por la *realización conjunta de actos violentos sobre la víctima*.

Así como de la conjugación de los artículos 166 inc. 2, 167 inc. 2 y 210 del Código Penal se desprende la exigencia, para la agravación por "banda", de la *actuación conjunta de tres o más personas, organizadas para cometer delitos indeterminados,* de los artículos 164 ("violencia *física* en las personas") y 166 inc. 2 ("si el robo *se cometiere … en banda"*) se deduce la necesidad de *actuación en presencia de la víctima*. Ello también es necesario para el otro supuesto previsto en el mismo inciso de la disposición legal citada: para el robo con armas (que resultaría inadmisible para el supuesto de un robo sólo cometido con fuerza en las cosas y sin la presencia de la víctima).

> En tal sentido, la Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén ha sostenido que "el número de sujetos activos no sería suficiente para agravar el robo, ya que la única persona presente en el lugar estaba complotada (como quedó visto) y se sumó a los restantes tres autores realizando actos consumativos. No corrió riesgo alguno en función de la banda; y el número de participantes tampoco está relacionado con una mayor capacidad operativa o poder vulnerante de la cosa, pues no está legalmente prevista la

26 NÚÑEZ, Ricardo C., *Análisis de la ley nº 21338 (Parte Especial),* p. 61.

27 VITALE, Gustavo L., *¿Robo con armas, extorsión o coacción con armas? (arma de fuego, prueba del "arma", art. 41 bis del Código Penal y consumación de un solo coautor)*; *Los robos agravados del art. 166 inc. 2 del Código Penal;* prólogo al libro *La violencia física en el robo,* de Nicolás Schiavo.

28 SCHIAVO, Nicolás, La violencia física en el robo.

agravante para el delito de hurto. Parece entonces razonable exigir que el robo se cometa en un lugar habitado para que proceda la calificante de banda; exigencia que obviamente también procede para que se aplique la agravante del art. 166 inc. 2° CP, ya que la ausencia de personas torna inocuo el empleo de armas. En función de ello, y dado que los tres enjuiciados actuaron con dominio funcional del hecho, considero que deben ser responsabilizados a título de coautores del robo de que se trata" [Expte. N° 465, año 2002 (ex causa N° 16.801 -fo.38- año 2001 del Juzgado de Instrucción N° cinco), sentencia Nº 92/2002, del 22/10/2002, en causa CANDIA, H. O. s/robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda, PETRAZZINI, J. S. s/robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda en concurso real con falsa denuncia, IBÁÑEZ, S. A. s/robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda en concurso real con encubrimiento por receptación en concurso ideal con tenencia de arma de guerra (jueces: José V. Andrada, Emilio E. Castro y Eduardo G. Goncevatt –subrogante–)].

Concuerda con ello Cristina CAMAÑO IGLESIAS PAIZ, para quien "es necesario que la banda violente o intimide a un sujeto o varios sujetos. Por tanto, si una banda irrumpe en una vivienda vacía, con el fin de robar, no queda configurado este ilícito, porque el delito se agrava por la indefensión de la víctima" [29].

Bibliografía.

AVACA, Diego J.: *¿Quiénes son mayores para el artículo 41 quáter del Código Penal? Armas "impropias": ¿analogía in malam partem? Dos preguntas con una misma cuestión de base,* en La Ley, Bs. As., 2004.
BARBADO, Analía R.: *El delito de robo según la jurisprudencia*, Ad-hoc, Bs. As., 1996.
BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho penal*, Ad-hoc, Bs. As., 2004.
BUOMPADRE, Jorge E.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, mave, Bs. As., 2004.
CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, *El delito de robo*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2003.
CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN: Debate en la Cámara de Diputados, 5a. reunión - 4a. sesión ordinaria, especial, del 07/04/2004, en www.camaradediputados.gov.ar

29 *El delito de robo*, p. 200.

CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN: Debate en la Cámara de Senadores de la Nación, 41/ Reunión - 21/ Sesión ordinaria - 17 de diciembre de 2003, en www.camaradesenadores.gov.ar

CARRERA, Daniel P.: *La tentativa en los robos calificados de los arts. 165 y 166, inc. 1º del código penal,* en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 1, Vol. 1, año 1993, ps. 147 y ss.

CARRERA, Daniel P. (director), SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro, LUCERO OFFREDI, Guillermo, SANDOVAL CEVALLOS, Gustavo, TRABALLINI, Mónica Adriana, VIDAL, Marta: *Estudios de las figuras delictivas*, Tomo II-A, Advocatus, Córdoba, 1994.

CARRIÓ, A. D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3º ed.

CREUS, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 2º edición actualizada, Astrea, Bs. As., 1988.

D'ALESSIO, Andrés: *Código Penal Comentado y anotado, Parte Especial*, LexisNexis, Bs. As., 2004.

DÍAZ CANTÓN, Fernando: *Tentativa de robo agravado por lesiones graves o gravísimas: ¿es aplicable la escala del art. 44 CP?,* en Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Editores del Puerto, Bs. As., ps. 591 y ss.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Real Academia Española, Espasa Calpe, 21ª edición, Madrid, 1992.

DIVITO, Mauro A.: *La muerte de un coautor del robo y el derrumbe de un nicho jurídico*, en Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Bs. As., 2005/A, ps. 229 y ss.

DONNA, Edgardo A.:

- *Delitos contra la propiedad*, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2001.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. - Santa Fe, 2003.

ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto: *Código Penal, Parte Especial. De los delitos en particular, Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada, 2,* Hammurabi, Bs. As., 1996.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FINZI, Marcelo: *La banda como agravante del robo y del daño (arts. 166, inc. 2º, 167, inc. 2º y 184, inc. 4º, Cód. Penal argentino*).

FONTÁN BALESTRA, Carlos:

* *Derecho Penal, Parte Especial,* 11º edición, actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987.
* *Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Parte Especial,* Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969.

GOERNER, Gustavo: *Apuntes sobre algunas de las recientes reformas al código penal*, en Reformas penales, AA.VV., coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal – Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2004.

GONZÁLEZ ROURA, Octavio: *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Valerio Abeledo, Bs. As., 1925.

JULIANO, Mario A.:

* *El nuevo tipo penal del robo con armas (ley 25882) o 'el tiro por la culata",* en ElDial.com, 24 de mayo del 2004.

* *La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales,* en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, 2004.

* *La construcción de una legalidad democrática (nueve temas penales),* en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Nº 2, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2006.

LAJE ANAYA, Justo: *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Volumen II, Depalma, Bs. As., 1979.

LÓPEZ GASTÓN, Rodrigo D.:

* *Comentario al fallo 'Escudero, Javier Alejandro y otros s/robo', de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, causa 24781, rta. 22/09/2004, en* Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nº 18, Ad-hoc, Bs. As., 2005 (en prensa).

* *Objeciones constitucionales al nuevo tipo penal de robo con armas (ley 25882),* en *Pensamiento Penal del Sur*, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, nº 2, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2006.

MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, 2º edición.

MARTÍNEZ, Marcela A.: *La nueva estructura del delito de robo con armas*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* LexisNexis, Bs. As., agosto del 2004.

MORENO, Rodolfo (hijo): *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo V, H. A. Tommasi, Bs. As., 1923.

MOROSI, Guillermo E. H.:

* *Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2003.

* *El robo con armas según la reforma de la ley 25882,* en *Reformas al Código Penal, Análisis doctrinario y praxis judicial,* B de F, Montevideo – Bs. As., 2005.

NEIRA, Claudia: *Una nueva discusión acerca del concepto de 'arma',* en ADLA, 2004-C, 4105.

NÚÑEZ, Ricardo C.:

- *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, 2º edición, 2º reimpresión, 1965.
- *Análisis de la ley nº 21338 (Parte Especial),* Lerner, Córdoba-Bs. As, 1976.

PENNA, Cristian D.: *Robo con armas y armas impropias. Armas que no son armas, interpretación de la ley penal y principios constitucionales,* Editores del Puerto, Bs. As., 2012.

RECALDE, Jorge: *Un aporte más a la confusión general ¿El arma impropia no es arma?*, en La Ley, Bs. As., 2004.

REINALDI, Víctor Félix: *El robo con armas,* La Ley, Bs. As., 2004.

SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro: *Título VI, Capítulos I, II y III (hurto, robo y extorsión),* en *Estudios de las figuras delictivas,* Tomo II-A, Advocatus, Córdoba, 1994.

SCHIAVO, Nicolás: *La violencia física en el robo,* Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2005 (en prensa).

SIMAZ, Alexis L.:

* *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, Ad-hoc, Bs. As., 2002.

* *La reforma del art. 166 inc. 2º del Código Penal Argentino. ¿Solución definitiva a los problemas o nuevos inconvenientes sin respuesta?,* en revista *El derecho penal. Doctrina y jurisprudencia,* El Derecho, Bs. As., julio de 2004, ps. 14 a 31.

* *El concepto de "banda" en los delitos de robo y daño calificados (CPA, 166, inc. 2º; 167, inc. 2º y 184, inc. 4º),* en *Temas de Derecho Penal Argentino,* La Ley, Bs. As., 2006, ps. 581 y ss.

SOLER, Sebastián:

- *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., primera edición 1.945/6, tercera reimpresión 1.956.
- *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Bs. As., tercera edición 1.970, séptima reimpresión 1.976.

TARDITTI, Aída: *La aplicabilidad de la tentativa al robo con lesiones (art. 166, inc. 1º, C.P.)*, en Semanario Jurídico, Nº 943, Córdoba, 29/7/1993.

TOLNAY, Iván C.: *Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882,* La Ley, Bs. As., 24 de septiembre del 2004.

TOZZINI, Carlos A.: *Los delitos de hurto y robo (en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia),* Depalma, Bs. As., 1995.

TRABALLINI DE AZCONA, Mónica A.: *El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2º, CP). Las formas agravadas de la ley 25882. El arma de utilería,* en Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de derecho penal integrado, año V, nº 9, Mediterránea, Córdoba, 2004.

VISMARA, Santiago: *Nuevo Régimen del delito de robo con armas,* La Ley, Bs. As., 28/05/2004.

VITALE, Gustavo L.:

* *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en Teorías Actuales en el Derecho Penal, 75 Aniversario del Código Penal, Ad-hoc, Bs. As., primera edición, 1998.

* *¿Robo con armas, extorsión o coacción con armas? (arma de fuego, prueba del "arma", art. 41 bis del Código Penal y consumación de un solo coautor)*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, año 2003.

* *Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir),* en Pensamiento Penal del Sur, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, 2004.

* *Hurto, robo e intervención de menores en el hecho (Art. 41 quáter del Código Penal)*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de Neuquén, año 2005, ps. 307 a 321.

* *Responsabilidad penal personal e inculpabilidad de la defensa provocada (en el contexto de un robo o de un homicidio en ocasión de un robo)*, en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 1, año 2004, ps. 211 a 267.

* *Robo en banda (un reconocimiento a los fallos de la Cámara de Apelación Criminal de Azul)*, en *Pensamiento Penal del Sur,* Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de La Pampa, Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2, año 2006, ps. 329 a 361.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal),* EDIAR, Bs. As., 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General,* EDIAR, Bs. As., 2000.

ZURUETA, Federico A.: *Reformas legislativas a los delitos cometidos con armas,* LexisNexis – Jurisprudencia Argentina, Doctrina, SJA 14/07/2004, JA 2004- III-751.

Ciberacoso sexual infantil ("cibergrooming")

Por **Marcelo A. Riquert**[1]

Art. 131: ***"Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".***

1. A fines del año 2008, por vía de una importante modificación a la parte especial del Código Penal consagrada mediante la Ley 26388, nuestro país ajustó sus tipos penales vinculándolos con las nuevas modalidades de ataque generadas por las tecnologías de la información y comunicación (TICs). Por eso, al momento de adherir un par de años después al "Convenio sobre Cibercriminalidad" de Budapest (2001), no mediaron problemas de armonización en lo atinente al derecho sustancial.

A lo largo de la década siguiente a su inicial suscripción, en el propio ámbito de la Unión Europea ha ido surgiendo el interés en que las legislaciones nacionales incorporen nuevas tipicidades o refuercen las anteriores. En lo específico al objeto de atención en este comentario, Rovira del Canto recuerda la *"Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil"*, cuyo art. 2° indicaba a los Estados miembros adopten las medidas necesarias para punir una serie de conductas intencionales vinculadas con la explotación sexual de niños, que sirviera en definitiva en España de base para la reforma por L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se incorporara al CPE el "grooming" como art. 183bis[2].

Más reciente, puede citarse *"Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información"*, respecto del robo o

[1] Profesor Titular Regular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (2013-2015). Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

[2] Rovira del Canto, Enrique: *"Ciberdelincuencia intrusiva: hacking y grooming"*, conferencia brindada en Barcelona, noviembre de 2010, pág. 6. Hay versión digital disponible en http://www.iaitg.eu/mediapool/67/671026/data/Ciberdelincuencia_intrusiva_hacking_y_grooming_Enrique_Rovira.pdf

suplantación de identidad digital[3]. También se propulsa la incorporación de figuras que capten con más precisión, entre otras conductas disvaliosas, el grooming, el ciberstalking, el ciberbullying o el sexting. En algún caso puede dificultarse su clara diferenciación y apreciarse un cierto solapamiento, por ejemplo, entre el ciberstalking y el ciberbullying cuando, en lugar de tratarse de actos continuados son algunos concretos ya que, conforme indica Fernando Miró Llinares, en ese supuesto estaríamos más cerca del ciberharassment o "online harassment"[4], que podría entenderse como una hostilidad o disturbio puntual. Aunque no en todas ellas en forma exclusiva, un factor común vinculante de estas propuestas de novedosas tipicidades es que la víctima suele ser uno de los segmentos sociales más vulnerables: los menores. Sin ignorar que pueden darse casos de acoso o acecho (ciberstalking), hostigamiento, agresión o maltrato (ciberbullying) o difusión inconsentida de imágenes íntimas (sexting) respecto de mayores se afirma, en general, que las principales víctimas son los jóvenes. Y esto tiene una explicación lógica ya que, como resaltan Juan María Martínez Otero y Álvaro Boo Gordillo, la incidencia de la estrecha relación entre los menores y las nuevas tecnologías puede calificarse de "omnipresente" para estos verdaderos "nativos digitales", siendo Internet para ellos un preponderante entorno de socialización y, como natural derivación, comportamientos como el sexting y otras formas de abuso y violencia se magnifican entre los adolescentes junto al grooming y el ciberbullying[5].

Además, como destaca Holt, se trata de esos comportamientos online respecto del que varios estudios sugieren que herramientas como los antivirus no guardan relación como modo de prevenir los riesgos de victimización y, en todo caso, los paquetes de software de protección a disposición de los padres se limitan a bloquear el acceso a contenido pornográfico o programas no requeridos, pero no modifican el hecho de que no puede bloquearse muchos intentos de contacto por vía de e-mails o

---

[3] En nuestro país existe ahora un proyecto con trámite parlamentario, presentado el 15 de mayo de 2012 por la senadora Higonet (Exp. S Nº 1312/12), por el que se incorporaría como art. 138 bis del C.P. este tipo penal con el siguiente texto: *"Será reprimido con prisión de 6 (seis) meses a 3 (tres) años o multa de pesos veinte mil a pesos doscientos mil, el que sin consentimiento, adquiriere, tuviere en posesión, transfiriere, creare o utilizare la identidad de una persona física o jurídica que no le pertenezca, a través de internet o cualquier otro medio electrónico, y con la intención de dañar, extorsionar, defraudar, injuriar o amenazar a otra persona u obtener beneficio para sí o para terceros"*. Le precedió otro similar presentado en la otra Cámara por Monastersky un par de años antes (Exp. 4643 D 2010), según recuerda Nora Cherñavsky (en su conferencia *"El delito informático"*, pub. en AAVV *"XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina"*, Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 286).

[4] En su obra *"El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio"*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 91.

[5] En su trabajo *"El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas"*, pub. en AAVV "La violencia de género en la adolescencia", Javier García González director, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), España, 2012, págs. 292 y 294.

de mensajería instantánea que el niño pudiera recibir[6]. Nuevamente, la prevención parece apoyarse, centralmente, sobre la educación y control parental más que sobre la adopción de medidas de puro corte tecnológico. Y no es fácil la prevención cuando los padres pertenecen a la generación "X" y los hijos a la generación "Z"[7] y viven en lo que se ha dado en llamar la *"cultura de la habitación"*[8] o, en otras palabras, cuando no hay clara percepción de lo que implica la socialización en el ciberespacio o, si se la tiene, cuando no media confluencia de intereses que permita la percepción directa de cuáles son los contactos.

Evocando a Terceiro, Morón Lerma nos habla del pasaje del *"homo sapiens"* al *"homo digitalis"* y destaca que, en el ciberespacio, cada individuo es potencialmente un emisor y un receptor en un medio cualitativamente diferenciado, en el que todos se comunican con todos pero, los internautas, no se localizan principalmente por su nombre, posición social o ubicación geográfica, sino a partir de centros de intereses, por lo que puede hablarse de una suerte de *"mundo virtual segregado por la comunicación"*[9].

Retomando la novedad legislativa motivante de este comentario, el grooming, entre las mencionadas, se trata de la conducta que, en exclusiva, tiene por sujeto pasivo a los niños y, al decir de Ana Pérez Martínez y Reyes Ortigosa Blanch, no se trata de un nuevo delito derivado de la revolución tecnológica, sino una forma evolucionada de cometer un delito preexistente, es una técnica actualizada con la que los pedófilos tratan de contactar con sus potenciales víctimas[10]. En

---

[6] Holt, Thomas J.: *"Rethinking the Prevention of Cybercrime"*, ponencia en el "1st. International Workshop on Cybercrime. Rethinking Cybercrime", realizado en sede de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España), los días 17 y 18 de octubre de 2013, inédito, pág. 4.

[7] Como recuerda Carlos Christian Sueyro, la generación "X" es la que integran los nacidos entre fines de los sesentas y comienzos de los setenta, por lo que en su adolescencia vivieron los primeros pasos de la era digital y han debido adaptarse a ella, mientras que la generación "Z" está constituida por los nacidos entre 1993 y 2004, actuales adolescentes, que no han conocido otra sociedad que la de la era de la información con sus celulares, emails, netbooks, tablets, redes sociales, etc. (en su ponencia *"La eficiencia de la Ley 26388 de reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación"*, pub. en AAVV *"XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina"*, Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 311, notas al pié N° 7 y 9).

[8] Se entiende por tal la situación que viven aquellos menores que disponen en su habitación de todos los recursos tecnológicos necesarios (tv, móvil, PC o notebook/netbook/tablet, conexión con Internet) para permanecer durante horas encerrados en ella sin ningún tipo de contacto o relación con el resto de los familiares con los que conviven. Este contexto de aislamiento, enfatiza Joaquín J. Marco Marco, propicia que los padres desconozcan cómo utilizan sus hijos los recursos a su alcance y facilitan que los menores puedan ser sujetos activos o pasivos de una relación de ciberacoso (en su trabajo *"Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad"*, pub. en AAVV *"Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet"*, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, pág. 85).

[9] Cf. Esther Morón Lerma, *"Internet y derecho penal: hawking y otras conductas ilícitas en la red"*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2° edición, 2002, pág. 89.

[10] Cf. su trabajo *"Una aproximación al ciberbullying"*, pub. en AAVV *"Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet"*, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, pág. 16. Ccte.: Miró Llinares, quien apunta que Internet cambió no sólo la forma de hacer

interesante fallo, previo a la reforma, se indicó que el anglicismo "grooming" proviene del vocablo "groom", que alude a la preparación o acicalamiento de algo, aunque en el ámbito de la pedofilia suele asociarse a toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral o psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual, por lo que se trata entonces de un supuesto de acoso sexual infantil. Allí se lo define como un proceso sexual abusivo a transitar evolutivamente (acoso progresivo), facilitado por el uso de las nuevas tecnologías, que consiste en la interacción comunicacional de un adulto con un menor con fines sexuales y abusivos[11].

Miró Llinares apunta que el término "grooming" comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio criminológico y psicológico de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del "depredador sexual" llevados a cabo en la primera fase del abuso, en la que el abusador trata de ganarse la confianza del menor y de acceder a información esencial sobre él para la posterior consumación del abuso[12]. A su vez, Rovira del Canto indica que es posible esquematizar el acoso sexual infantil o child grooming en una serie de fases sucesivas, a saber: a) fase de amistad; b) toma de contacto, gustos, preferencias, confianza; c) fase de relación; d) confesiones personales e íntimas, consolidación; e) componente sexual; f) participación de actos de naturaleza sexual, fotografías, webcam; g) extorsión; h) escalada de peticiones; i) ¿agresión?[13].

En nuestro país, Cherñavsky señala que se trata de una figura de peligro abstracto que comenzó a ser penalizada en algunos estados de EEUU y que consiste en mantener contacto vía Internet, a través de grupos de chat, con fines de abusar sexualmente de menores[14]. Sería esta versión más simplificada o reducida del concepto de "grooming" la que se adopta ahora en la legislación argentina.

2. En efecto, en la sesión del día 13 de noviembre de 2013, la Cámara de Senadores aprobó una nueva modificación al Código Penal, incorporando dentro del Título correspondiente a los

---

"grooming" sino que también ha modificado el perfil del sujeto que lo hace y de la víctima que lo padece, a la vez que ha incrementado el número potencial de agresores y víctimas (ob.cit., págs. 99 y 254).

11 Sentencia del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, causa N° 4924-0244, caratulada *"Fragosa, Leandro Nicolás s/corrupción de menores agravada"*, fallo del 5 de junio de 2013, cuestión primera. En definitiva, se arribó a una condena a diez años de prisión por promoción de corrupción de menor agravada por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño (art. 125, párr. 2° y 3° del CP).

12 Ob.cit., pág. 97.

13 Trabajo citado, pág. 16.

14 Trabajo citado, pág. 286.

"Delitos contra la integridad sexual" como nuevo art. 131[15] el siguiente texto: "*Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".*

Mantuvo así la redacción que había aprobado, como Cámara originaria, el 28 de setiembre de 2011, ignorando la propuesta modificatoria de la Cámara de Diputados, que delineaba el tipo del siguiente modo: *"Será reprimida con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos le requiera de cualquier modo a una persona menor de 13 años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de 13 de años y menor de 16 años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación".*

El rápido ejercicio de contraste entre lo que se corregía en Diputados (sobre la base de un proyecto conjunto encabezado por los diputados Paula Bertol, del PRO; Manuel Garrido, de la UCR, y Paula Gambaro, del Peronismo Federal) y aquello sobre lo que se insistió omitiendo todo aporte en Senadores, permite advertir que, lamentablemente, no estamos frente a un tipo defectuoso cuyos errores no fueron vislumbrados en el trámite parlamentario sino que, pese a ser alertados, se avanzó en la consagración de una norma con varias incorrecciones técnicas. De allí, que se hablara de repercusiones "polémicas" ante su aprobación[16]. Veamos.

3. En la mencionada sesión[17], una de las autoras del proyecto original del FpV, la senadora Sonia Escudero (también lo fueron, con proyecto propio, María Higonet, María José Bongiorno y Mario Verna), señaló expresamente que el de la otra Cámara constituía *"otro delito completamente distinto"* y apuntó que se había modificado la escala de la pena conminada en abstracto reduciéndola,

[15] El anterior art. 131 había sido derogado por Ley 26087 (B.O. del 14/5/99) y contemplaba la figura del rapto de menores.
[16] En la nota periodística de Martina Rúa titulada *"Satisfacción y polémica por la nueva ley que penaliza el grooming"*, publicada en la edición del día 16 de noviembre pasado del diario "Perfil" (versión digital disponible en: http://www.perfil.com/ciencia/Satisfaccion-y-polemica-por-la-ley-que-penaliza-el-grooming-20131116-0056.html).
[17] Cuya versión taquigráfica está disponible en el sitio web de la Asociación Pensamiento Penal, en la siguiente dirección http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/11/vt-2013-11-13_-or-091.pdf

mientras que la iniciativa impulsada desde Senadores fijaba una que tenía *“amplitud suficiente para que el juez, de acuerdo con las características del caso, pueda aplicar pena”*[18] (esta idea también fue reivindicada en su intervención por la senadora Higonet[19]).

Más allá de la declarada voluntad de brindar un marco más amplio al juzgador para individualizar la pena, por cierto, muy discutible como parámetro para fijar una escala, cualquiera, por el legislador, lo cierto es que, como ha puesto de resalto a través de un comunicado institucional la “Asociación Pensamiento Penal”[20] concordando con lo advertido en la Cámara de Diputados, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas que el acto preparatorio incriminado autónomamente que se lleva a cabo en el espacio virtual (grooming) tenga la misma sanción que delitos de lesión consumados en el mundo real afectando el mismo bien jurídico, como sucede por ejemplo con el abuso sexual simple del 1° párrafo del art. 119 del CP[21].

En otras palabras, no se trata de avalar un proyecto porque *“cercena las penas”* –según calificó la senadora Bongiorno–, sino sencillamente que contactar a un menor con la intención de hacerlo víctima de un delito contra la integridad sexual no puede tener la misma escala de pena conminada en abstracto que efectivamente haberlo victimizado abusándolo (párrafo citado del art. 119) o que quien produce, financia, ofrece, comercia, facilita, divulga o distribuye pornografía infantil u organiza espectáculos en vivo con participación de menores en representaciones sexuales explícitas o le facilita a los menores el acceso a esos espectáculos o les suministra tal índole de material (art. 128). Tampoco puede tener el mismo máximo que su rapto, es decir, su sustracción o retención mediante fuerza, intimidación o fraude, con intención de menoscabar su integridad sexual (art. 130, 1° párrafo).

Queda claro entonces que los tres meses a dos años de prisión que se proponía en la Cámara de Diputados evitaban el problema mencionado, habitual cuando se legisla “en el aire”, es decir, sin sistematicidad, sin percepción de que el nuevo tipo habrá de insertarse en el Código y debe guardar coherencia y proporción con los que le preceden.

---

[18] Véase págs. 84/85 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.
[19] Véase pág. 86 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.
[20] Emitido el 20 de noviembre de 2013.
[21] Dice: *“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece de años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.*

4. Precisamente, esto último es lo que se percibe más logrado en el omitido aporte de la Cámara Baja en otros aspectos como la simple referencia a "persona menor de edad" aprobada mientras que, haciéndose cargo de la sistemática consagrada a partir de la figura inicial de los "Delitos contra la Integridad Sexual" (el citado art. 119), en Diputados se fijaba como sujeto pasivo al menor de 13 años de edad o de 13 a 16 años pero cuando mediare a su respecto engaño, abuso de autoridad o intimidación. Esta noción de "Código", de que la redacción del tipo se vincula con la de otras figuras penales es la que no se percibió en Senadores con expresa confesión del senador Fernández que, en su intervención, dijo: *"No entiendo qué significa eso de menos de trece años o más de trece. No entiendo qué tiene que ver. Nosotros tenemos muy en claro que lo que estamos planteando son delitos novedosos, que hablan de nuevas conductas, y que como nuevas conductas reprochadas deben ser tipificadas para que se conviertan en delito. Y en ese marco es donde nosotros queremos consolidarlo"*[22].

Lo que es novedoso –tal como se ha señalado antes, con cita a Pérez Martínez y Ortigosa Blanch– es que los pedófilos establezcan contacto con las víctimas mediante las TICs, pero los abusos sexuales respecto de menores no lo son. Lo que es novedoso es que sea delito el acto preparatorio de una conducta que puede no ser delito. Los delitos contra la integridad sexual existen independientemente de que ahora surja una modalidad como el "grooming" y es esta figura la que debe ajustarse a la sistemática de los primeros y no al revés.

No es la única inconsistencia por "sobre" o "super" inclusión: además de poder ser víctimas del acto preparatorio quienes no lo serían de un abuso simple consumado, en materia de sujeto activo al no aclarar (como se hacía en Diputados) que debe ser una persona mayor de edad, podría ser autor de "grooming" un joven de 16 años que trata de contactar a alguien de su misma edad.

Este "exceso" tiene una posible explicación justificante pero, si esa hubiera sido la intención de nuestros senadores, olvidaron configurar el tipo en el modo coherente con ella. Me explico. Hay una extendida descripción básica del grooming como puesta en contacto (de un mayor) con un menor finalidad sexual que es la que recoge el nuevo tipo penal que se incorpora al CPA (parcialmente, al no distinguir en el sujeto activo), pero hay otras que hacen hincapié en el componente extorsivo o de chantaje sobre el menor, es decir, que enfatizan que bajo amenazas se logra que acceda a las peticiones de connotación sexual. En este caso, se habla de *"Child Grooming"*, cuya esquematización ya fuera presentada.

[22] Véase pág. 87 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

Se ha señalado que, en muchos casos, todo comienza a partir de lograr que mediante un acto de confianza el menor brinde una foto o imagen comprometida y, luego, comienza el chantaje coaccionándolo para obtener un contacto sexual mayor. Esta variante se ha verificado es llevada adelante en numerosas ocasiones por menores contra víctimas de su propio grupo etario. Juan Pardo Albiach resalta que *"Lo curioso y espeluznante es que… los delincuentes pueden ser incluso menores de edad, cuyo perfil no es el de un menor con una situación familiar y social desestructurada, sino de un menor que dispone de una educación y unos medios de vida (ordenador, Internet, móvil, etc.) que no denotan marginalidad en absoluto y que revelan que carecen del más mínimo sentido de la responsabilidad de sus propios actos y de la gravedad de los mismos. En definitiva, no hay un perfil concreto para este tipo de delincuentes sexuales"*[23].

Si en Senadores se hubiera asumido con conciencia la inclusión de menores como eventuales sujetos activos sólo podrían serlo aquellos que tuvieran entre 16 y 18 años y lo lógico sería la incorporación de la "intimidación" dentro de la conducta típica. El proyecto de Diputados la tuvo en cuenta para uno de sus supuestos (víctima de entre 13 y 16 años) pero siempre con un autor mayor de edad. En cualquier caso, parece evidente que esto pasó absolutamente inadvertido.

Al rechazar las precisiones incorporadas en la Cámara Baja y sugerir se insista en la redacción original la senadora Escudero aludió a las dificultades probatorias que provocaría el aceptar que la vaga fórmula *"contactare … con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual"* fuera reemplazada por otra que demandaría acreditar que al menor se le requiera que realice actividades sexuales u otros actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual. Además, puntualizó que la intención era (es) proteger a *"todos los menores porque es justamente entre la edad de 13 y 16 años cuando los chicos están más conectados en la red y donde son más vulnerables"*. En la misma línea, la senadora Bongiorno reiteró que la voluntad era apuntar a *"la protección integral del menor"*.

Inevitable resulta compartir la preocupación por una conducta cada vez más extendida (valga aquí el ejemplo de la senadora Higonet al caso de la ONG holandesa que creó una niña filipina "virtual" de 10 años y verificó más de mil requerimientos de pederastas de distintos lugares del mundo o las cifras proporcionadas por estudios de UNICEF[24]). No puede discutirse que estamos

[23] Cf. su trabajo *"Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros"*, pub. en AAVV *"Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet"*, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, págs. 58/59.
[24] Véase pág. 86 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

frente a un comportamiento cuyas consecuencias son particularmente graves por quien es su destinatario.

Pero, insisto, también es inevitable criticar una norma que pretende criminalizar actos preparatorios de conductas que consumadas con el consentimiento de un menor entre los 13 y 16 años no serían delito o que equipara la pena de un acto preparatorio a la de un delito consumado. Sin mayor esfuerzo de imaginación puede anticiparse que habrá variados planteos de inconstitucionalidad respecto de la norma comentada.

5. Sintetizando y sin reiterar críticas tenemos entonces que el ciberacoso sexual infantil, tal como ha quedado normado en el nuevo art. 131 del CP, se inserta dentro de los delitos contra la integridad sexual, que constituye el bien jurídico cuya afectación se pena. Es un delito común que puede ser cometido por cualquiera, lo que incluye a los menores imputables como eventuales sujetos activos. En cuanto al sujeto pasivo, es cualquier menor sin distingo adicional alguno.

Se ha tipificado un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual físico ya que la conducta que prevé es contactar a un menor mediante alguna TIC. Hoy día se incluirían tanto los SMS, el chat, los emails, Facebook o cualquier otra de las redes sociales, Skype, WhatsApp, así como sistemas y aplicaciones similares.

En relación con el tipo subjetivo, se trata de una figura dolosa (dolo directo) y reclama la acreditación de un elemento ultraintencional, cual es el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual del menor.

La conducta se consuma cuando se establece efectivamente contacto con el menor en forma tal que sea advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación ya que no se trata de la punición de cualquier contacto sino sólo de aquél que persigue esa específica finalidad. Al menos desde el punto de vista teórico sería posible la tentativa ya que podría darse el caso, por ejemplo, de interceptación de mensajes por control parental previo a su percepción por el menor.

Se ha omitido modificar el art. 72 del CP, de lo que deriva que se trate de un delito de acción pública, perseguible de oficio. En términos prácticos esto significa que mientras en los más graves delitos contra la integridad sexual la víctima es quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal (cf. inc. 1° de la regla citada, que incluye a los previstos en los arts. 119, 120 y 130), en un acto preparatorio esto queda fuera de su ámbito de decisión.

6. Quisiera cerrar con dos referencias de derecho comparado regional y otra europea, ciertamente cercana en lo cultural y en lo afectivo, que permiten advertir que las dificultades al momento de tipificar no son exclusivas de nuestro legislador pero, también, que se pueden hacer las cosas mejor. Para el primer rubro puede computarse la no demanda de mayoría de edad en el sujeto activo, para el segundo que, pese a algunos defectos, se hacen tipificaciones un poco más precisas que la novedad nacional. Podría decirse que más cercanas a la propuesta ignorada de la Cámara de Diputados.

a) En Brasil, el "Estatuto del Menor y del Adolescente" (ECA, Estatuto da Criança e Adolescente, Ley 8069/90), fue de nuevo modificado masivamente en sus previsiones penales por Ley 11829/08, con la intención de actualizarlo en el tema pedofilia. En lo que aquí interesa, la punición del grooming se incorporó como art. 241-D, con el siguiente texto:

"Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita".

Sin ingresar en mayores detalles, puede cotejarse el uso de cuatro verbos en la figura básica, así como la tipificación de dos conductas vinculadas en el parágrafo único subsiguiente. El máximo de pena conminado en abstracto es menor que el nuestro pero, a su vez, el mínimo es mayor.

b) Más reciente, mediante la nueva *"Ley de Delitos Informáticos"* N° 30096 (pub. el 22/10/2013), Perú también ha incorporado en su art. 5 el tipo de "Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos" en el marco de su cap. III "Delitos Informáticos contra la indemnidad y libertad sexuales". Su texto es el siguiente:

"*El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.*

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal".

En este caso, véase que se distinguen edades de minoridad para definir el sujeto pasivo en las distintas situaciones típicas contempladas. El primer párrafo, al igual que nuestra novedad, tipifica la puesta en contacto con la finalidad prohibida, mientras que el segundo, cuando se trata de menores entre 14 y 18 años, añade la necesidad de que medie engaño. En ambos casos, puede advertirse que las penas conminadas en abstracto son mucho más rigurosas.

c) Por último, la tipificación en España, donde el vigente art. 183 bis del CPE dice: *"El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño".*

Nuevamente puede advertirse el límite de edad para el sujeto pasivo, así como el mayor rigor de la pena cuando medie coacción, intimidación o engaño. También que la sanción privativa de libertad prevista es menor que la nuestra, aunque incorpora en conjunto la de multa. Comentando la previsión, Rovira del Canto destaca que al requerir que la acción se desarrolle respecto de un menor de trece años, deberá acreditarse el conocimiento por el sujeto de la edad del niño. También la presencia del elemento subjetivo específico: proponer se concierte un encuentro para perpetrar alguno de los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales previstos en los arts. 178 a 183 y 189 del CPE (agresiones y abusos sexuales, utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico). No es necesario que estos se verifiquen, sino que el ilícito se consuma cuando la propuesta venga acompañada de algún otro acto material encaminado al acercamiento, como desplazamiento o contacto personal, y naturalmente, medie acuerdo con el menor para la reunión[25].

[25] Trabajo citado, pág. 17.

Hurto Agravado

Por **Luis Milei**

Art. 163*: "Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:*

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido substraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público."

Art. 163 bis*: "En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario."*

I.- Prolegómenos

El tema de los delitos contra la propiedad y, tal vez, específicamente el hurto, impresiona, "*prima facie*", como inofensivo y hasta trillado, hasta que nos dimos

cuenta, siguiendo a Ortega y Gasset o a Ramón y Cajal (quien lo haya dicho) que, en realidad, no existen temas agotados sino hombres agotados de los temas.

No debe soslayarse que el análisis de los delitos contra la propiedad siempre ocupa una gran cantidad de páginas en la literatura jurídico penal, no sólo por su abultada casuística sino también por la compleja tarea que pesa sobre la doctrina y la jurisprudencia tanto al momento de interpretar el alcance del bien jurídico penalmente tutelado como el del momento consumativo de estos injustos. Para ello, es de medular importancia recurrir a la teoría del delito. En efecto, el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene por finalidad permitir una aplicación racional de la ley penal en cada caso. Como tal, pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías[1]. Teniendo en cuenta lo dicho, este sistema cumple con una doble función mediadora. Por un lado media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la concreción de éste en una norma particular que decide sobre el caso concreto; y, por otro, entre la ley y los hechos objetos del juicio, ya que cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley[2]. Así, la primera función mediadora debe ser utilizada por el legislador y la segunda por el juez. Y es que siguiendo una línea finalista en lo que a la teoría del delito se refiere, será aquel operador del sistema penal el que deberá valorar, no sólo la función sistemática del tipo objetivo sino también su función conglobante, mediante la cual se afirma la conflictividad que depende no sólo de que el hecho le sea imputable al sujeto como obra propia, sino también de que exista *lesividad*, es decir, una menoscabo o daño a un derecho o bien jurídico ajeno, *lesividad* que puede ser excluida por el principio de insignificancia[3], que es aquel que permite no enjuiciar conductas socialmente irrelevantes, garantizando no sólo que la justicia se encuentre más desahogada, o bien menos atosigada, permitiendo también que hechos nimios no se erijan en una suerte de estigma prontuarial para sus autores[4]. Y es por esto que es de extrema importancia encuadrar el alcance del bien jurídico que se intenta tutelar.

---

[1] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 203.

[2] *Ibídem*, p. 203.

[3] ZAFFARONI, EUGENIO RAUL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 353. Las palabras “lesividad” y “conglobante” no existen en el Diccionario de la Lengua Española.

[4] CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 44. Aclaramos que la palabra “prontuarial” no existe en el Diccionario de la Lengua Española.

II.-Generalidades

En el Título VI del Libro II de nuestro Código Penal (CP), se tipifican los delitos contra la propiedad. Aquél se encuentra dividido en diez capítulos, a saber: **I. Hurto** (artículos 162, 163 y 163 bis), **II. Robo** (artículos 164, 165, 166, 167 y 167 bis), **II bis. Abigeato** (artículos 167 ter, 167 quáter y 167 quinquies), **III. Extorsión** (artículos 168, 169, 170 y 171), **IV. Estafas y otras defraudaciones** (artículos 172, 173, 174 y 175), **IV Bis. Usura** (artículo 175 bis), **V. Quebrados y otros deudores punibles** (artículos 176, 177, 178, 179 y 180), **VI. Usurpación** (artículos 181 y 182), **VII. Daños** (artículos 183 y 184) y **VII. Disposiciones Generales** (artículo 185)[5].

En el Código Moreno, el Título de marras sólo contaba con ocho capítulos[6] que, luego de un trabajo legislativo cuantitativamente importante a través del tiempo, ascendió al número de diez. En efecto, en los últimos veintidós años (a partir de 1987), doce normativas le imprimieron reformas: la ley **23.468**[7] incorporó el inciso 5 al artículo 163 referido al hurto de mercaderías transportadas; la ley **24.286**[8] modificó el importe de la multa prevista en los párrafos primero y tercero del artículo 175 bis; la ley **24.441**[9] incorporó el inciso 14 al artículo 173 sancionando al tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiere consignar en el título los pagos recibidos; la ley **24.454**[10] modificó el texto del artículo 181 en lo concerniente al delito de usura; la ley **24.721**[11] modificó el texto del inciso 3 del artículo 163 referido al hurto mediante el uso de ganzúa o con llave falsa o llave verdadera sustraída, hallada o retenida e incorporó el inciso 6 al mismo, tipificando el hurto de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público; la ley **25.602**[12] que incorporó el inciso 6 al artículo 174 tipificando el delito de afectación maliciosa del normal desenvolvimiento de establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios o mineros como la destrucción, el daño, el hacer desaparecer, el ocultar o disminuir fraudulentamente el valor de materias primas, productos de cualquier

[5] Hago mención que en el Código Penal consultado, la palabra "bis" del Capítulo II (Abigeato), se encuentra escrita con minúscula, y en la del Capítulo IV (Usura) con mayúscula. *Códigos Penal, Procesal Penal y Otras Normas Penales*, Editorial Carpetas de Derecho, p. 28 (agosto de 2008) para la primera cita y p.31 (agosto de 2008) para la segunda.

[6] *Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179*, Valerio Abeledo, Editor – LIBRERÍA JURIDÍDICA, Buenos Aires, 1922, ps.85 a 96. También puede consultarse ADLA 1920 – 1940, p. 85.

[7] ADLA XLVII – A, p. 102 (B.O. 26 – 1 – 1987).

[8] ADLA LIV – A, ps. 40 y 41 (B.O. 20 – 12 – 1993).

[9] ADLA LV – A, ps. 296 y 307 (B.O. 16 – 1 – 1995).

[10] ADLA LV – B, p. 1533 (B.O. 7 – 3 – 1995).

[11] ADLA LVI – E, p. 6099 (B.O. 18 – 11 – 1996). Esta ley derogó los artículos 33 a 39 del decreto – ley 6.582/58 (ADLA XVIII – A, p. 1083), que fuera ratificado por ley 14.467 (ADLA XVIII – A, ps. 94/95).

[12] ADLA LXIII – C, ps. 2892/93 (B.O. 20 – 6 – 2002). Esta ley derogó la ley 20.840 (ADLA XXXIV – D, p. 3333) de subversión económica.

naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital y, además, conminó pena de inhabilitación para el caso de que el culpable fuere funcionario o empleado público; la ley **25.742**[13] que modificó el artículo 170 referido al secuestro extorsivo; la ley **25.816**[14] que incorporó los artículos 163 bis y 167 bis agravando las penas para todos los casos de hurto y robo, cuando quienes ejecutaren esos hechos fueren miembros integrantes de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario; la ley **25.882**[15] que modificó el artículo 166 agravando el robo con armas de fuego y atenuándolo cuando la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada no pudiese tenerse por acreditada de ningún modo o se utilizase un arma de utilería; la ley **25.890**[16] que modificó el inciso 1 del artículo 163 e incorporó el Capítulo II bis titulado Abigeato; la ley **25.930**[17] incorporó el inciso 15 al artículo 173 referido a la defraudación mediante el uso de tarjeta de crédito, compra o débito falsificadas, adulteradas, hurtadas, robadas, perdidas u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática; y la ley **26.388**[18] que incorporó el inciso 16 al artículo 173 referido al fraude informático, el segundo párrafo al artículo 183 tipificando el daño informático y el inciso 6 del artículo 184, agravando el daño informático cuando el mismo recaiga sobre sistemas destinados a la prestación de los servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

Sumado a estas reformas, ha menester comentar, finalmente, que el artículo 2 de la ley **24.192**[19] agravó el hurto simple (entre otros delitos), cuando éste se cometiere antes, durante o después de un espectáculo deportivo.

III. El concepto de propiedad

Mucho se ha discutido sobre el alcance del vocablo propiedad utilizado por el legislador en este Título, un debate por cierto no menor, toda vez que tiende a desentrañar el bien jurídico penalmente tutelado por los tipos penales en crisis. En esta dirección se ha expresado que la voz *propiedad* no tiene un concepto unívoco para el

---

[13] ADLA LXIII – C, ps. 2599/2600 (B.O. 20 – 6 – 2003).

[14] ADLA LXIV – A, p. 36 (B.O. 9 – 12 – 2003).

[15] ADLA LXIV – C, p. 2851 (B.O. 26 – 4 – 2004).

[16] ADLA LXIV – C, p. 2863 (B.O. 21 – 5 – 2004).

[17] ADLA LXIV – E, ps. 5406/5407 (B.O. 24 – 9 – 2004).

[18] ADLA LXVIII – C, ps. 2281/2283 (B.O. 25 – 6 – 2008).

[19] ADLA LIII – B, 1339.

Derecho sino todo lo contrario, es decir, es utilizado con diversas y distintas acepciones[20].

Para tratar de explicar esta cuestión, que por cierto, no es menor, expondremos las posturas desde el derecho penal, el derecho privado y el derecho constitucional.

a) La cuestión de la propiedad en el Derecho Penal Argentino

Del repaso de las posiciones doctrinarias adoptadas por distintos autores, y sin pretender agotarlos, pueden distinguirse, sustancialmente, tres ejes. Por un lado, aquellos que adhieren a que debería cambiarse el nombre del título por el de delitos contra el patrimonio como RAMOS[21], MOLINARIO[22], DONNA[23], TOZZINI[24] y D´ALESSIO[25]. Por otro, se encuentran aquellos que opinan que llamarlos delitos contra la propiedad es correcto, como SOLER[26], NÚÑEZ[27], FONTÁN BALESTRA[28], CREUS[29] y DAMIANOVICH DE CERREDO[30]. Finalmente, ROMERO opina que debería o bien distinguirse entre delitos contra la propiedad, el patrimonio o el orden socioeconómico o rubricarse como delitos contra la propiedad y el patrimonio[31].

---

[20] DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II – B, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 7; MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Editorial Revista Jurídica, Buenos Aires, 1937, p. 13; MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Talleres Gráficos Emilio Bustos, La Plata, Buenos Aires, 1943, p. 431 y ss.

[21] RAMOS, JUAN P., *Curso de Derecho Penal (segunda parte)*, Tomo Quinto, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938, p. 153. La cursiva me pertenece.

[22] MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Editorial Revista Jurídica, Buenos Aires, 1937, p. 13; MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Talleres Gráficos Emilio Bustos, La Plata, Buenos Aires, 1943, p. 431 y ss.

[23] DONNA, op. cit., p. 9.

[24] TOZZINI, CARLOS A., *Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Lexis – Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 89 y 90.

[25] D´ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Código Penal comentado y anotado, Parte Especial*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 385.

[26] SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1973, ps. 157 a 159.

[27] NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 215.

[28] FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Parte Especial, 3º edición, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 377 a 379.

[29] CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 6º edición, 2ºreimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 387.

[30] DAMIANOVICH DE CERREDO, LAURA T. A., *Delitos contra la Propiedad*, 3º edición actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 43.

[31] ROMERO, NANCY GLADYS, CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, CRISTINA y LÓPEZ, HERNÁN, *Curso de delitos contra la propiedad. Hurto – Robo – Extorsión*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008, p. 22.

a.1 La postura de cambio. RAMOS, MOLINARIO, DONNA, TOZZINI y D ´ALESSIO

En esta dirección expresa RAMOS que… *la mayor parte de la actividad delictuosa está orientada, precisamente, en el sentido de ataques contra el patrimonio…*, sin efectuar precisiones al respecto. Sin embargo, más adelante aclara que estos delitos… *no afectan derechos tan fundamentales como los delitos contra las personas, pero atentan contra la organización social y económica en una forma tal que hace que toda la legislación sobre ellos, sea, en el fondo, defectuosa…*[32]. Pareciera confusa la idea de este autor, pero nos inclinamos a colocarla en el primer grupo, toda vez que afirma que el ataque está dirigido al patrimonio, siguiendo los criterios de Civoli, Crivellari, Chaveau y Hélie, Giuriati, Manzini e Irureta Goyena[33].

MOLINARIO, por su parte, dice que… *la denominación con que el código reúne a todos estos delitos contra la propiedad, es, técnicamente, defectuosa…*[34]. Por un lado, entiende que la definición de dominio que surge del artículo 2506 del Código Civil (CC)[35], es la acepción más restringida de la palabra *propiedad* y que, usada en ese sentido, la palabra resulta impropia, toda vez que existen formas de conducta que nada tienen que hacer con el derecho real de dominio cuyo objeto son las cosas que están en el comercio[36]. Por otro, lo hace echando mano a las siguientes disposiciones del CP: 173 inciso 5 (defraudación por sustracción), 176 (quiebra fraudulenta), 177 (quiebra culpable) y el 181 inciso 1 (usurpación mediante despojo). Respecto de la defraudación por sustracción razona que, en este caso, el derecho de propiedad entendida esta palabra como sinónimo de dominio no sufre lesión alguna ya que quien sustrae la cosa es precisamente su dueño, por lo que entiende que lo que ataca el autor del hecho es otra cosa, es el derecho en virtud del cual el sujeto pasivo del delito tenía legítimamente en su poder la cosa sustraída[37].

Refiriéndose al delito de quiebra en sus dos modalidades, fraudulenta y culposa, expresa que tampoco importan un ataque al patrimonio “strictu – sensu” de los acreedores, ya que estas incriminaciones tienen su objetividad jurídica en el derecho que compete a la masa de acreedores a exigir del deudor común que no se altere, en

---

[32] RAMOS, op. cit. p. 153.

[33] *Ibídem*, p. 153, nota (1).

[34] MOLINARIO (1937), op. cit. p. 13.

[35] Artículo 2506 del CC: *es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.*

[36] MOLINARIO (1943), op.cit. p. 432.

[37] *Ibídem*, p. 432.

perjuicio de todos o de alguno de ellos, la situación de los bienes que constituyen las garantías de sus créditos[38].

En el caso de la usurpación por despojo[39], según él, el derecho de propiedad entendido como sinónimo de dominio, no aparecería afectado, toda vez que la posesión y la tenencia son situaciones de hecho que el derecho protege y los otros derechos reales son distintos del dominio de cuya desmembración derivan[40]. Y así concluye que en este caso, el derecho penal protege no sólo la propiedad (como el derecho real más pleno y perfecto que se pueda tener sobre los bienes) sino también todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria que pueden recaer sobre los bienes de las personas[41].

También expresa que podría sostenerse que la palabra propiedad está tomada, en la ley penal, con el mismo alcance que la emplea el artículo 17 constitucional, donde la propiedad comprendería todos los derechos patrimoniales, pero para MOLINARIO esto no decisivo, aunque la considera exacta[42], tanto que expresa que… *entre tanto y bueno es dejar constancia de ello, el término "propiedad" empleado por nuestro Código deberá ser entendido en la acepción jurídica que tiene, según lo ha declarado la Suprema Corte, el mismo vocablo en el artículo 17 de la Constitución Nacional…*[43].

Luego de estas disquisiciones, y con base en lo normado por el artículo 2312 del CC y lo manifestado por el codificador en la nota del mismo, entiende que el patrimonio es una universalidad jurídica, es decir, una masa abstracta de bienes, independiente y distinta de cada uno de sus componentes, toda vez que pueden salir o entrar distintos bienes de esa masa, sin que por ello ella varíe en su naturaleza. También efectúa un distingo entre patrimonio como universalidad jurídica y como universalidad de hecho. Por un lado, la universalidad jurídica no es susceptible de ser destruida por la voluntad de una persona, en cambio la de hecho puede ser destruida por la voluntad de la misma persona que la creó[44]. En la misma nota del artículo citado, aclara VÉLEZ SARSFIELD, que el patrimonio de una persona es la

---

[38] *Ibídem*, p. 432.

[39] El artículo 181 inciso 1 del CP que MOLINARIO analiza estaba redactado de la siguiente manera, expresando que se reprime al que… *con violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituidos sobre un inmueble…*, tal cual la redacción del CP de 1922, op.cit. p. 94. Actualmente reprime al que… *por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la tenencia o posesión de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes…* (texto según ley 24.454, cit. nota 9).

[40] MOLINARIO (1943), op.cit. p.433.

[41] *Ibídem*, p. 433.

[42] *Ibídem*, p. 433.

[43] *Ibídem*, p. 434.

[44] *Ibídem*, p. 434.

universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes.

En base a esto, MOLINARIO hace una distinción entre derechos reales y derechos personales. Para los primeros, expresa que sólo pueden ser creados por ley y que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificar los que el CC reconoce, sólo tendrán valor como derechos personales. Respecto de estos últimos aclara que sólo crean una relación entre la persona a quien el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de tal forma que en esta relación, se encuentran tres elementos: el objeto, el acreedor y el deudor[45]. Asevera además que tanto los derechos reales como los personales están tutelados por el CP. Los primeros a través de las figuras de hurto, robo, extorsión, defraudación y daño. Y que el dominio y el condominio de inmuebles se encuentran tutelados por las figuras que reprimen los hechos que impiden el ejercicio pacífico de su posesión o tenencia por medio de violencia, engaño o abuso de confianza. Y que los derechos personales encuentran protección en disposiciones como la prevista por el artículo 173 inciso 2 del CP (retención indebida)[46]. Finalmente, junto con AGUIRRE OBARRIO, propuso llamar a este Título, *Delitos contra los derechos patrimoniales*[47].

DONNA también adhiere a la postura del cambio de rúbrica del Título VI del CP, entendiendo que el término *propiedad* adolece de una inexactitud terminológica, y entendiendo que el término patrimonio resulta más adecuado[48]. En este sentido expresa que la noción civil de patrimonio, plasmada en el artículo 2312 del CC, no sería del todo aplicable a los efectos penales, y que es necesario precisar en qué sentido se habla de patrimonio, vocablo que, a veces, tiene un contenido diferente[49].

Así postula la existencia de cuatro conceptos de patrimonio: el jurídico, el económico, el mixto y el personal[50].

Define al concepto jurídico de patrimonio, como el conjunto de derechos patrimoniales de una persona y sólo será elemento integrante del mismo aquel que esté reconocido como derecho subjetivo por el orden jurídico[51]. Por lo que lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa, por lo que el patrimonio está integrado por los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean reconocidos

[45] *Ibídem*, p. 435.

[46] *Ibídem*, p.436. La aclaración del nombre del tipo penal nos pertenece.

[47] MOLINARIO, ALFREDO y AGUIRRE OBARRIO, ALFREDO, *Los Delitos*, Tomo II, Editorial TEA, Buenos Aires, 1966, p. 190.

[48] DONNA, op. cit. p. 9.

[49] *Ibídem*, p. 10.

[50] Aclaramos que en la página 10 de su obra hace referencia a tres conceptos pero siguiendo su exposición, en la página 14, letra d) menciona *el concepto "personal" de patrimonio*.

[51] *Ibídem*, p. 11. Las palabras derechos subjetivos en el original están entre comillas.

por el Derecho Público o por el Privado, y no por las expectativas, ni las cosas que se detenten sin contar con la protección del Derecho, pero sí lo integran las cosas sin de valor económico, pero dotadas de valor afectivo[52]. Según DONNA, esta teoría no resuelve el tema de saber qué derechos deben incluirse en los patrimoniales y, por otro lado, que la pérdida de bienes o derechos sin valor económico podría entenderse como perjuicio patrimonial, de tal forma que cometería estafa quien mediante engaño obtuviera una cosa, a cambio de una contraprestación del mismo valor, atentando contra la libertad de los negocios[53].

En lo que respecta al concepto económico, lo define como el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como “derechos”, por lo que lo integrarían no sólo las expectativas sino también las cosas fuera del comercio como las de tráfico ilícito[54]. Teniendo en cuenta este concepto, si un individuo A compró una cantidad determinada de una droga ilícita, y otro, B, se apodera de la misma, ¿B habría cometido un delito? DONNA responde a esta cuestión diciendo que, en este tipo de casos, las propias disposiciones del Derecho colisionarían entre sí, y más aún en el ámbito penal, por lo que sería inaceptable. Además, este concepto sería contrario al de bien jurídico basado en valores reconocidos por la Constitución Nacional, en la medida en que ésta no podría aceptar que lo ilícito tuviera protección directa[55].

La concepción mixta de patrimonio, entiende a este último como el conjunto de bienes o derechos con valor económico que gozan de protección jurídica, siempre y cuando no contradigan el sistema de valores de la Constitución Nacional y del orden jurídico en general, por lo que se incluyen las cosas, bienes y créditos con valor económico, los derechos reales, personales e intelectuales, la posesión, las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica previa y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación[56].

Por último, el concepto personal de patrimonio, se define como una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Al respecto, DONNA transcribe a ROMERO, quien dice que… *en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acopio de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los*

[52] *Ibídem*, p. 11. Aclaramos que en el original se dice “cosas privadas de valor económico” y no “cosas sin valor económico”. Hacemos esta salvedad y nos permitimos cambiar la letra de lo escrito toda vez que entendemos que al decir cosas privadas de valor económico, puede interpretarse no como la utilización del verbo privar sino como algo personal y particular de cada individuo.

[53] *Ibídem*, ps. 11/12. En el original dice “libertad negocial” pero la palabra negocial no se encuentra registrada en el Diccionario de la Real Academia.

[54] *Ibídem*, p, 12.

[55] *Ibídem*, ps. 12/13.

[56] *Ibídem,* ps. 13/14.

fines perseguidos con sus actos de disposición… La consecuencia es que el perjuicio patrimonial no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima…[57].

DONNA abona la postura que implica que lo tutelado no es el patrimonio en su conjunto como *universitas iuris*, sino que las distintas infracciones a que se hace referencia en el digesto represivo, implican sólo una lesión de alguno o algunos de los elementos que lo componen. De esta forma, entiende que cuando se hace referencia a los delitos contra el patrimonio, en realidad se quiere decir *delitos contra los elementos integrantes del patrimonio*, que afectan algún aspecto de éste[58].

TOZZINI, citando a nuestro tribunal cimero, expresa que el mismo ha identificado a la propiedad con la totalidad de los derechos patrimoniales, superando de este modo la discusión en torno al empleo de las instituciones de la propiedad, el dominio y el patrimonio, sus significaciones y alcances[59]. Sin embargo, siguiendo a MOLINARIO, entiende que el derecho de propiedad al que se refiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), es aquel que contiene los elementos del patrimonio activo, pero que es más amplio que la institución civil, puesto que comprende no solamente el dominio, sino también otros derechos, inclusive la posesión y la tenencia como situaciones de hecho, y hasta derechos reales personales de carácter patrimonial[60]. Aumentar las deudas (patrimonio pasivo) será delictivo en la medida en que sirva para ocultar el activo, esto es, alterar la realidad del patrimonio[61].

D´ALESSIO, por su parte, entiende que no es la propiedad lo que los delitos tipificados en este Título pretenden tutelar, por lo menos no con los, según él, estrechos alcances que la ley civil define el dominio, sino que se extiende en al sentido amplio que le otorga el artículo 17 de la CN, es decir que se sancionan conductas que afectan a cualquier derecho patrimonial (derechos reales, posesión, tenencia, derechos personales, créditos) y, discrepando con DONNA, hasta la mera pertenencia originada en un título vicioso o ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a tal pertenencia inválida o ilegítima[62].

a.2) La postura conservadora. SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, CREUS y DAMIANOVICH DE CERREDO

[57] *Ibídem*, ps. 14/15, citas Nº 28 y 29.

[58] *Ibídem*, p. 15.

[59] TOZZINI, op. cit. p. 88.

[60] *Ibídem*, ps. 89/90.

[61] *Ibídem*, p. 88.

[62] D´ALESSIO, op. cit. p. 385.

En primer lugar, SOLER entiende que el error de querer modificar la voz *propiedad* por la de *patrimonio*, parte del amplísimo uso que se la ha dado a la primera con un sentido técnico idéntico al de *dominio* utilizado por la ley civil[63]. Sin embargo, el concepto de propiedad es jerárquicamente superior, debido a su inscripción constitucional (artículo 17 CN) y, conforme a ello, mucho más amplio toda vez que así fue interpretado por la CSJN en diversos precedentes. En ellos, nuestro más Alto Tribunal, ha entendido que el concepto de propiedad es aglutinante no sólo de los derechos dominicales, sino también los créditos, los derechos a percibir futuras cantidades, el derecho a percibir una renta equitativa. En este sentido se habla de derecho a la propiedad como un verdadero derecho que es ejercido por el sujeto con relación a cada uno de sus bienes que integran su patrimonio, con lo que se hace hincapié ya no sobre la cosa atacada sino sobre el derecho vulnerado, en la inteligencia de que el patrimonio no es un derecho[64]. Por otra parte, argumenta que la voz *patrimonio* podría ser impugnada por excesiva por abarcar no sólo los activos, sino también el pasivo, es decir, las deudas. Según él, estos delitos no consisten únicamente en alterar el patrimonio de otro, en modificarlo, sino también en *disminuirlo*, esto es, en alterar la relación interna al patrimonio mismo entre el activo y el pasivo. En general, siempre consisten en quitar o disminuir un crédito (derecho) o en poner o aumentar una deuda (obligación). Por ende, concluye que no son delitos contra el patrimonio como universalidad de derechos y obligaciones sino sólo contra la parte activa de él, es decir, contra derechos, contra el derecho del sujeto a que no sea alterado su estado patrimonial sin intervención de su voluntad o en forma arbitraria[65]. Y es a ese derecho, en cuanto está referido a los elementos que componen el patrimonio, al que la CSJN, interpretando el 17 CN, le llama derecho de propiedad[66].

Por su parte, NÚÑEZ, ni siquiera menciona el tema del patrimonio, pero sí entiende que la propiedad protegida penalmente es distinta de la propiedad garantizada por el 17 constitucional, ya que la primera exige la naturaleza económica de los bienes que la conforman y, la segunda, comprende bienes que no tienen, necesariamente, esa naturaleza, como son las adquisiciones de naturaleza procesal, la cosa juzgada, el derecho de accionar conforme a la ley vigente al momento de interponerse la demanda, la estabilidad de los negocios jurídicos definitivamente finiquitados, el derecho a que el tribunal de alzada no exceda los límites de la jurisdicción concedida por el recurso deducido, los derechos de familia[67]. Así, la propiedad protegida penalmente, puede ser

[63] SOLER, op. cit. p. 157.

[64] *Ibídem*, p. 158 y su nota Nº 4. SOLER utiliza la voz "dominical", la que en su cuarta acepción, conforme el Diccionario de la Lengua Española, significa… *perteneciente o relativo al derecho de dominio sobre las cosas…*.

[65] *Ibídem*, p. 158.

[66] *Ibídem*, p. 159.

[67] NÚÑEZ, op. cit. ps. 215/216 y notas Nº 3, 4, 5, 6, 7 y 8.

una cosa o un derecho. Los bienes pueden pertenecer a las personas a título de dominio, posesión, tenencia o de un derecho personal e, inclusive, la relación de propiedad es admisible a los efectos penales si, como sucede con el poseedor o tenedor, su origen es ilícito. Para él, lo que protege el CP y las leyes que lo complementan, es la propiedad común; la especial (inventos, descubrimientos, etc.), constituye objeto de leyes especiales, como la ley de propiedad intelectual[68].

FONTÁN BALESTRA, haciendo un repaso de las distintas posturas, entiende que si al término *propiedad* se le asigna el sentido que le otorga la ley civil más limitado, que la identifica con el derecho real de dominio, parecería claro que resulta estrecha para denominar el título en crisis ya que existen figuras que afectan créditos o derechos de otra naturaleza, como el hurto impropio del artículo 173 inciso 5º, la quiebra fraudulenta, modalidades de usurpación del artículo 181, etc., todas del CP. En efecto, en unos casos es la cosa propia la que se quita o se daña, en otros, la turbación recae sobre la posesión o la tenencia, mientras que en un tercer grupo se tipifica la lesión de derechos personales. Pero resultará limitado en la medida en que no se le asigne el contenido que le da el artículo 17 de la CN, jerárquicamente superior. En este caso, el concepto de propiedad resulta sensiblemente más omnicomprensivo y así fue interpretado por la CSJN[69].

En el mismo sentido se expide CREUS, quien no sólo adhiere a la interpretación que la CSJN hace del concepto propiedad mencionado en el 17 constitucional, sino que entiende que la ley penal no vacila en proteger lo que él llama la *pertenencia* que tiene origen en un título vicioso y aún ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a esa pertenencia inválida o ilegítima, poniendo como ejemplo el hecho de que el ladrón puede ser víctima de apoderamiento cuando se la quita la cosa que él previamente quitó a otro, cuando el que perpetra ese apoderamiento no es el legítimo tenedor anterior de ella[70]. También, coincidiendo con NÚÑEZ, entiende que lo protegido es la propiedad común y no la especial, que es resorte de leyes especiales[71].

DAMIANOVICH DE CERREDO, entiende que el derecho a la propiedad es una afirmación de la potestad del hombre sobre las cosas y que reconoce limitaciones pero sólo aquellas que no lleguen a debilitar la facultad humana de la disposición de los bienes y el derecho a proyectarse sobre las cosas. Según ella, éste es el sentido del término *propiedad* que recoge la ley penal para su tutela como bien jurídico, es decir, la propiedad que protege a través de la incriminación de las diversas conductas del título es el "*derecho de la propiedad*", constitucionalmente declarado como inviolable, *y no meramente el* "*derecho de propiedad*" que sólo protege a través de algunas

---

[68] *Ibídem*, p. 216.

[69] FONTÁN BALESTRA, op. cit. ps. 377/378.

[70] *Ibídem*, ps. 387/388.

[71] *Ibídem*, p. 388.

descripciones típicas. Por ello considera estéril la discusión en cuanto al cambio de denominación del Título VI del CP., si se entiende la voz *propiedad* en los términos constitucionales[72]. Luego de analizar superficialmente los artículos 2312 y su nota, 2506, 2511, 2513, 2514 y 2520 del CC, concluye que lo tutelado no es el patrimonio propiamente dicho ni el derecho de propiedad o dominio, sino *el derecho a la propiedad que en sus múltiples facetas comprende tanto la integridad del patrimonio como el derecho de propiedad propiamente dicho*[73].

a.3) La postura atomizada o mixta. ROMERO

Apunta ROMERO que el Título VI del Libro II del CP parte de un error cual es el de agrupar, bajo la misma rúbrica, como si se tratasen de delitos similares, figuras muy dispares. Así el hurto, el robo, la usurpación y el daño, son delitos contra la propiedad; que la extorsión, la estafa y otras defraudaciones y la usura, son delitos recomendables para integrar la categoría de delitos contra el patrimonio y que, las quiebras, son delitos societarios recomendables a la categoría de los delitos económicos[74].

De esta forma, entiende que la rúbrica Delitos contra la propiedad, es criticable desde distintos puntos de vista. En primer lugar, porque no se hace referencia, a pesar de tratarlos en el mismo título, a delitos contra el patrimonio, que están contenidos en él y que son conceptual y dogmáticamente distintos a los delitos contra la propiedad; en segundo lugar, porque no se especifica, a través de los oportunos capítulos, qué delitos son contra la propiedad, cuáles contra el patrimonio y cuáles contra el orden socioeconómico; en tercer lugar, porque los delitos contra la propiedad, debieran ocupar un Título independiente de los delitos patrimoniales, y de los delitos contra el orden socioeconómico, supuesto este último que debiera existir y, en cuarto lugar, si los delitos contra la propiedad se quieren tipificar "junto a" los delitos patrimoniales (lo que es básicamente posible y correcto), la rúbrica general debería ser la de "Delitos contra la propiedad y el patrimonio"[75].

b) La cuestión de la propiedad en nuestro Código Civil (CC)

Desde la óptica del derecho privado debe hacerse una clara distinción entre tenencia, posesión, dominio, propiedad y patrimonio. Con esta finalidad, es necesario puntualizar algunos conceptos que serán de mucha ayuda, no sólo para la comprensión de los institutos antes mencionados sino también para definir el derecho de propiedad.

---

[72] DAMIANOVICH DE CERREDO, op. cit. p. 43.

[73] *Ibídem*, ps. 44/45.

[74] ROMERO, op. cit. p. 21.

[75] *Ibídem*, ps. 21/22.

Tiene suma importancia desmenuzar los términos *corpus* y *animus domini*. El primero (*corpus*), es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento sin que se requiera el permanente contacto físico con ella[76]. El segundo (*animus domini*) implica no reconocer en otro, fuera de sí mismo, un señorío superior sobre la cosa[77].

b.1 Tenencia

Nuestro CC, en su artículo 2352, expresa que… *el que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho…*. De esta forma se establece el concepto de *tenencia* donde, de los elementos analizados anteriormente, sólo se encuentra presente la posibilidad de disposición física (*corpus*) y el objeto (*cosa*), más no el reconocimiento de tener un señorío superior sobre la misma (*animus domini*). Es decir, que mientras el sujeto reconozca la propiedad en otro, tendrá la tenencia de la cosa[78]. Adviértase además, que la simple tenencia se adquiere por la sola tradición de la cosa, es decir, bastando la entrega de la cosa sin ninguna formalidad (artículo 2460 del CC), ya sea por voluntad del poseedor o del tenedor.

La tenencia puede ser clasificada en absoluta y relativa. La primera es la que se presenta con carácter autónomo, desvinculada (*absolutus*) de la posesión, que en puridad no existe toda vez que se trata de cosas imposibles de ser poseídas porque están fuera del comercio. Esta clase de tenencia se da cuando no existe poseedor cuya posesión el tenedor represente, porque la cosa no admite ser objeto de posesión, como las cosas del dominio público del Estado[79].

La segunda (relativa) se presenta cuando sí existe un poseedor cuya posesión el tenedor representa, que a su vez puede ser interesada, cuando el tenedor tiene interés personal en conservar la cosa para él mismo, toda vez que saca algún provecho, como sucede con el locatario, situación prevista en el artículo 2462 inciso 1 del CC, o desinteresada, cuando el tenedor, careciendo de derecho a usar y gozar de la cosa, no tiene interés en la tenencia, como sucede con el depositario, mandatario o cualquier representante, situación prevista por el artículo 2462 inciso 2 del CC, pero haciendo la salvedad de que al decir la normativa "sin derecho", se refiere a que no puede usar la cosa, y no que la tenga contra derecho[80]. Y es el artículo mencionado (2462 CC), el

[76] MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, p. 109.

[77] *Ibídem*, p. 110.

[78] *Ibídem*, p. 192.

[79] *Ibídem*, p. 189.

[80] *Ibídem*, p. 192.

que contiene los casos de tenencia, pero cuya enunciación no es taxativa, toda vez que existirá tenencia simple en tanto y en cuanto la situación de que se trate encuadre en la previsión general del artículo 2461 del CC[81].

b.2 Posesión

La *posesión* se encuentra definida en el artículo 2351 CC, que reza que… *habrá posesión de las cosas, cuando una persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad…*, definición de la que surge claro el concepto de que en la misma, no sólo existe el objeto (*cosa*) y la posibilidad de disposición física (*corpus*), sino también el no reconocimiento en otro, fuera de sí mismo, de un señorío superior sobre la cosa (*animus domini*).

Y lo cierto es que, para caracterizar la posesión, no interesa si el sujeto es o no dueño de la cosa, sino que basta que se comporte con la cosa como si lo fuera. Es decir, es suficiente con el poder de hecho. Si una persona tiene un libro, lo lleva con ella, lo deja en su casa, lo presta o lo destruye, poco importa a los efectos de la posesión si tiene jurídicamente el derecho de propiedad sobre él, lo que importa es el poder fáctico que ostenta, sin reconocer en otro un derecho mejor[82].

La posesión puede ser legítima o ilegítima. Ambos conceptos surgen del artículo 2355 del Código Civil. La primera será cuando sea el ejercicio de un derecho real, que se ha constituido conforme a las disposiciones de ese cuerpo normativo; y la segunda, cuando no sea el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad al Código[83].

Conforme lo previsto por el artículo 2356 del CC, la posesión ilegítima puede ser de buena o mala fe, toda vez que no tiene sentido hablar de buena o mala fe en la posesión legítima[84]. Será la primera cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, esté persuadido sin que le quepa duda alguna, de la legitimidad de su posesión. Será la segunda en la medida que no exista la primera, es decir, que la mala fe decanta por exclusión[85]. La posesión de mala fe, a su vez, puede ser no viciosa o viciosa. Será la primera cuando el poseedor, en la época de la adquisición haya debido conocer la ilegitimidad de su posesión o haya tenido razones para dudar de ella, como se desprende del artículo 2771 del CC; la viciosa, respecto de las cosas muebles, cuando se haya adquirido por hurto, estelionato o abuso de confianza; y respecto de las inmuebles, cuando fuere violenta, clandestina o por abuso de confianza[86].

[81] *Ibídem*, p. 193.

[82] *Ibídem*, p. 108.

[83] *Ibídem*, p. 152.

[84] *Ibídem*, p. 152.

[85] *Ibídem*, p. 154.

[86] *Ibídem*, p. 154/155.

b.3 Dominio

El concepto de *dominio* se encuentra definido en el artículo 2506 del Código Civil cuando reza que… *es el derecho de real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona…*, siendo el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, es decir, la *plena in re potestas*, el derecho real que confiere la mayor cantidad de facultades que es posible tener sobre un objeto[87], plasmada en tres *ius* del Derecho romano: el *ius utendi* (derecho de uso), el *ius fruendi* (derecho de goce) y el *ius abutendi* (derecho de disposición).

Ahora bien, conforme el artículo 2524 del CC, el dominio se adquiere por: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción. Sin embargo, se dice que esta enumeración no es completa, toda vez que no figuran otros modos de adquirirlo como la ley, que atribuye la propiedad al poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (artículo 2412 del CC) y la expropiación por causa de utilidad pública[88].

Existirá apropiación, cuando se aprehenda una cosa con ánimo de hacerse dueño de la misma. La aprehensión aparece definida en el artículo 2374 del CC, donde no es necesario el contacto físico con la cosa sino sólo entrar en la posibilidad de disponer físicamente de ella.

b.4 Propiedad

En palabras de AUBRY y RAU, la *propiedad*, en el sentido propio de esta palabra (dominio), expresa la idea de poder jurídico, el más completo de una persona sobre una cosa, y puede definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona[89].

b.5 Patrimonio

No es posible, al menos técnicamente, esbozar una definición de *patrimonio*, sin antes despejar la de cosas y bienes. Y nuestro digesto privado de fondo, dice que las cosas… *son los objetos materiales susceptibles de tener un valor…*, es decir, aquellos que ocupan un lugar en el espacio, que son tangibles y susceptibles de tener un valor, pero entendiendo dicho vocablo ampliamente, es decir, no sólo su apreciación pecuniaria (en moneda corriente, dinero), sino también con idoneidad para desempeñar una función económica o social, esto es, por ejemplo, como objeto de interés histórico

[87] *Ibídem*, p. 267.

[88] *Ibídem*, p. 298.

[89] *Ibídem*, ps.267/ 268.

o afectivo o de uso, etc. Por ello es que, tal como lo expresa SPOTA,… *el concepto jurídico de cosa no concuerda en su totalidad con lo económico*…[90].

En cuanto al concepto de bien, dice el artículo 2312 del Código Civil que… *los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes*…. En este sentido, podría decirse siguiendo a MARIANI DE VIDAL, que para nuestro derecho positivo, la palabra *bien* tiene una acepción amplia donde bienes es la suma de las cosas y los objetos inmateriales susceptibles de valor (que son los derechos) y una restringida que se refiere, exclusivamente, a los objetos inmateriales susceptibles de valor, es decir, a los derechos patrimoniales, por lo que el patrimonio de una persona es el conjunto de cosas y derechos. Sin embargo, aclara que en realidad, no son las cosas las que integran el patrimonio de una persona, sino los derechos sobre ellas, en concordancia con lo que afirma el codificador civil en el apartado 2º de la nota del artículo 2312, cuando expresa que… *el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes*…, y concluyendo, finalmente, que *patrimonio* es una masa de derechos, ya recayeran éstos directamente sobre cosas o no, susceptibles de apreciación pecuniaria, deducidas las cargas que los gravan[91].

b.6 Derecho de Propiedad

Luego de esta revisión, entiendo que estamos en condiciones de plasmar que el derecho de propiedad es el género, identificable con todo derecho subjetivo incorporado al patrimonio, siendo el dominio el derecho de propiedad sobre las cosas. Así lo expresa FREITAS en su *Esboço: el dominio (derecho de propiedad sobre las cosas) es el derecho real, perpetuo o temporal, de una sola persona, sobre una cosa propia, mueble o inmueble, con todos los derechos sobre su sustancia y utilidad o solamente su sustancia, o sobre sus sustancia con algunos derechos sobre su utilidad*[92].

Por lo tanto, cuando se define propiedad desde el derecho privado, no sólo se encuentra el dominio sobre las cosas, sino también los derechos.

c) La cuestión de la propiedad en nuestra CN y en su último intérprete, la CSJN

Nuestra CN menciona la propiedad en los artículos 14 y 17. Sin embargo, luego de su reforma en 1994, se incorporó en el artículo 75 inciso 17 garantizar a los pueblos indígenas argentinos la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que

[90] *Ibídem*, p. 15, cita Nº 11.

[91] *Ibídem*, ps. 10 y 11.

[92] *Ibídem*, p. 268.

tradicionalmente ocupan y, en el inciso 22, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, reconociéndoles jerarquía constitucional, y conformando lo que fue adjetivado tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, como “bloque único de legalidad”, “bloque de legalidad”, “bloque de constitucionalidad”, o “bloque de la constitucionalidad argentina”[93]. En los tratados de marras, la propiedad es mencionada en los artículos XIII segundo párrafo y XXIII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (DADDH), artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 21 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en el artículo 5, d, v, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR) y en el artículo 16, 1, h, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDM). En este nuevo contexto entiendo que debe ser analizado el problema de la propiedad.

Desde esta perspectiva, pareciera ser que el bloque de constitucionalidad, asimila al concepto de propiedad el de vivienda[94], es decir, un lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado personas. Sin embargo, parece ser más esclarecedor lo vertido por BIDART CAMPOS. En efecto, el derecho constitucional argentino enfoca la propiedad en el aspecto de propiedad adquirida, toda vez que sus normas presuponen que para poder funcionar, el que las invoque ya sea propietario de algún bien, a tal punto que el artículo 14 constitucional expresa el derecho subjetivo de *usar y disponer* de “su” propiedad, declaración acompañada por el artículo 17 que afirma que la propiedad es inviolable y que ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley[95]. Y al reputarse como derecho, el mismo conlleva la existencia de un sujeto activo que es la persona, ya sea de existencia visible o de existencia ideal, y otro pasivo ambivalente, toda vez que es por un lado el estado a quien se le dirige la prohibición de violar la propiedad privada, y por otro los

---

[93] “Bloque de constitucionalidad” (conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, cfr. BIDART CAMPOS, GERMAN, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 264); o comunidad normativa en cuyo seno reina la uniformidad jerárquica de normas que la componen, existiendo principios armonizadores de su contenido a los efectos de su interpretación por los operadores constitucionales en general y de su aplicación por los jueces (cfr. MANILI, PABLO L., *El bloque de constitucionalidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 339); “Bloque de legalidad” (CSJN, B. 77. XXX. B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo, considerando 10º, también en Fallos 319:3040); “Bloque único de legalidad” (CSJN, A. 450. XXXII. Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, considerando 7º, también en Fallos 320:2145); “Bloque de la constitucionalidad argentina” (CSJN, G. 653. XXXIII. Recurso de hecho González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba, Voto del Dr. Petracchi, considerando 2º, también en Fallos 323:2659), entre otros.

[94] GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3º edición actualizada y ampliada, 3ª reimpresión, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 84.

[95] BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, tercera reimpresión, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 116.

particulares, quienes no deben perturbar el uso y ejercicio del derecho que ostenta el sujeto activo[96].

Desde esta perspectiva, el término propiedad implica mucho más que como se entiende la misma o el dominio en la concepción *ius privatista*. Lleva dicho nuestro más Alto Tribunal que… *las palabras "libertad ' y "propiedad", comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad…*[97].

Forma parte de los contenidos del derecho de propiedad, entre otros, el derecho de dominio y sus desmembraciones, los actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad y los derechos adquiridos e ingresados al patrimonio[98].

IV.- Conclusión

De este análisis, tal vez un poco extenso, pero entendemos necesario, puede concluirse que la propiedad implica tanto como detentar el poder más absoluto sobre algo intangible (derechos) o tangible (cosas). Cuando ocurre esto último, es decir, cuando recae sobre las cosas, hablamos de dominio, toda vez que para ostentarlo, el que lo hace debe tener sobre la cosa los derechos de uso, goce y disposición, *legítimamente adquiridos*.

De todas las posturas revisadas, entendemos que el bien jurídico tutelado no es la propiedad en sí misma sino la posibilidad que tiene quien ostenta la cosa de disponer de ella. Lo afectado es la relación de disponibilidad que tiene el sujeto con la cosa, más allá del instituto del derecho civil que los vincule. La afectación de la cosa es una consecuencia del ataque a esa relación de disponibilidad. *Es decir, lo atacado y eventualmente lesionado es la universalidad jurídica y su consecuencia es la afectación a la universalidad fáctica*.

V.- Distinción con otros tipos penales

Es interesante tener en cuenta las diferencias que se pueden encontrar entre los tipos penales de hurto, robo, extorsión y estafa. Así, puede formularse la existencia de dos binomios, conforme las características que tienen en común: por un lado el binomio *hurto – robo* y, por otro, el binomio *extorsión – estafa*. Los dos tipos penales que forman el primer binomio, tienen en común el hecho de que es el sujeto activo quien se apodera de la cosa pero, en el primero, mediante clandestinidad y, en el

[96] *Ibídem*, ps. 116/117.

[97] "*Bourdieu, Pedro Emilio c/Municipalidad de la Capital*", Fallos 145:307 (1925).

[98] BIDART CAMPOS, op. cit., Tomo II, p. 119.

segundo, mediante fuerza en las cosas o violencia física sobre las personas. Es decir, *es el sujeto activo quien toma la cosa*. Sin embargo, en el segundo binomio, la característica común es que *es el sujeto pasivo quien entrega voluntariamente la cosa al sujeto activo pero con la voluntad viciada*; en la extorsión, por la intimidación de la que es víctima y, en la estafa, debido al ardid o engaño que sufre.

EL DELITO DE HURTO

I.- Concepto

Hurtar, en su primera acepción, significa tanto como *tomar o retener bienes ajenos contra la voluntad de su dueño, sin intimidación en las personas ni fuerza en las cosas*. Hurto, por su parte, es *tomar con ánimo de lucro cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, sin que concurran las circunstancias que caracterizan el delito de robo.*

De estas definiciones pueden extraerse conclusiones importantes. Si bien es cierto que el verbo hurtar implica tanto tomar como retener bienes ajenos en contra de la voluntad de su dueño, no lo es menos que al momento de definir el hurto, se selecciona, solamente, el verbo tomar, con lo que la acción de retención queda excluida de la definición lingüística. A su vez, tomar implica coger o asir algo con o sin la mano (primera y segunda acepción), como también es sinónimo de quitar o hurtar (décimo quinta acepción). Siguiendo este devenir lingüístico, lo que debe tomarse, debe ser ajeno al tomador, es decir, no le debe pertenecer, pero, a su vez, le debe pertenecer a otro. Esta acción de tomar, debe llevarse a cabo con ánimo de lucro, con voluntad de ganancia o provecho que se saca de algo. Y, por último, no debe realizarse con fuerza en las cosas o intimidación en las personas, circunstancias que caracterizan al robo.

Finalizando este análisis estrictamente semántico, puede pregonarse que, para la lengua española, la definición de hurto se complementa con la del verbo hurtar, toda vez que, si incluimos el verbo retener que sigue a la acción de tomar, podemos llegar a la conclusión que tomar sumado a retener, implica apoderarse, esto es, hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder.

Sin embargo, el legislador argentino, dejó de lado el verbo tomar y el ánimo de lucro, y amplió considerablemente el universo de cosas que podían ser objeto de este delito. En efecto, desde la sanción del Código Moreno, el hurto se define, como lo hace el artículo 162 del CP, inaugurando los tipos penales del Título VI[99], expresando

[99] Ver nota Nº 5.

que… *será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total parcialmente ajena…*

A tal punto la ampliación que distintos autores opinan que lo que se protege con este delito, es la tenencia de la cosa contra los actos de apoderamiento realizados por quien no tiene derecho a hacerlo, y no su dominio[100].

II.- Bien jurídico penalmente tutelado

La lesión a la propiedad que conlleva el ataque al bien jurídico, no implica la destrucción del derecho de propiedad, toda vez que el propietario lo sigue siendo antes y después del embate. En realidad, lo lesionado se cristaliza en la lesión de las facultades derivadas de ese derecho y en la imposibilidad de ejercer el poder de señorío que la propiedad implica. En definitiva, el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad entre el titular y la cosa.

III.- Clasificación de las figuras legisladas

El delito de hurto se encuentra tipificado en tres artículos: 162, 163 y 163 bis. Describen, respectivamente, el hurto simple, los hurtos agravados y una agravante genérica por la calidad del autor, tanto para la figura básica como para las ya agravadas. Sin embargo, no debe soslayarse que el artículo 2 de la ley 24.192[101] (Ley de Espectáculos Deportivos), taxativamente, también agrava las figuras simples, tanto de hurto como de robo.

HURTOS AGRAVADOS

Art. 163: ***"Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:***

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

[100] CREUS, op. cit. p. 390.

[101] Ver nota Nº 19.

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido substraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público."

Como aclaración previa, es imperioso manifestar que lo dicho al tratar el hurto simple, se encuentra oficiosamente incorporado a estos tipos penales, por lo que nos limitaremos al análisis de los elementos, tanto objetivos como integrantes del aspecto subjetivo del tipo distintos, que existan respecto de aquél.

I) ***POR LA COSA Y SU SITUACIÓN***

Se analizarán en este apartado los incisos 1º, 5º y 6º del artículo 163 del CP.

a) El hurto campestre (artículo 163 inciso 1º)

Este tipo penal tutela el apoderamiento de distintas cosas, pero requiere una sub clasificación. Por un lado los dejados en un determinado lugar y, por otro, los que cumplen una determinada función. En efecto, conforme la redacción que le imprimió a este inciso la reforma operada por la ley 25.890[102], estamos en condiciones de afirmar que para que se perfeccione el tipo penal respecto de ciertos elementos nombrados, éstos deben haber sido dejados en el campo. Estas cosas son los productos separados del suelo, máquinas, instrumentos de trabajo, productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares y, respecto de los que cumplen una determinada función, se

[102] Ver nota Nº 15.

refiere, exclusivamente, a los alambres u a otros elementos de los cercos. En este orden de ideas entonces, expresa PIÑA que en este inciso se han descripto tres tipos penales[103]: *a) Hurto campestre; b) Hurto de maquinaria o implementos y c) Hurto de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial*.

Nos permitimos disentir toda vez que, si bien es cierto que los objetos sobre los que debe recaer la acción de apoderamiento en los supuestos *a)* y *b)* son distintos, no lo es menos que, en los mismos supuestos, deben haber sido dejados en el campo, con lo que entendemos que los supuestos de marras pueden ser reunidos en un único tipo penal que puede llamarse *hurto campestre propiamente dicho*. En segundo lugar, y respecto del tipo penal de *hurto de alambres u otros elementos de los cercos*, el tipo penal ya no exige su destrucción total o parcial[104].

a.1) Fundamento de la agravante

La explotación agropecuaria se lleva a cabo en grandes extensiones de tierra, lo que crea una situación de desprotección tanto para el producto de esa actividad como para los instrumentos utilizados para la misma, los que permanecen constantemente lejos de la vigilancia de sus dueños o guardadores, ya que las condiciones apuntadas así lo imponen[105].

a.2) El hurto campestre propiamente dicho

Los elementos que deben ser apoderados para que se configure la agravante son los productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizante u otros insumos similares. Pero todos ellos tienen en común que no basta con que sean esos, sino que, además, deben haber sido dejados en el campo.

***a.2.1)* Tipo Objetivo**

[103] PIÑA, ROXANA, *Comentario a la ley 25.890. Abigeato*, en Reformas Penales, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 156. Vale la pena aclarar que esta autora expresa que los clasifica conforme la redacción actual, por lo que no logramos comprender por qué incluye el requisito de la destrucción total o parcial de los cercos, máxime cuando en la página 157, punto 3.4. titula el párrafo como *Hurto de alambres o elementos de los cercos*, diciendo a renglón seguido que… *sin embargo existe una notable diferencia entre ambos textos legales. Antes de la reforma se requería que tal apoderamiento produjera la destrucción total o parcial de los cercos, en tanto que la ley 25.890 ha eliminado ese resultado para la aplicación de la agravante…*.

[104] Ver nota 108.

[105] DAMIANOVICH, op. cit. p. 81.

a.2.1.1) "Dejados en el campo"

Por campo puede entenderse aquel terreno extenso fuera de poblado, es decir, todo lugar alejado de zona urbana o de otro sitio habitado, de gran extensión, a consecuencia de lo cual el legítimo tenedor de la cosa no dispone de la posibilidad fáctica de proteger los objetos, aunque sea de forma mediata[106]. Por ello, cuando se hace referencia a esta locución, se entiende que no corresponde la agravante cuando los objetos se encuentran guardados en galpones u otros recintos cerrados[107], sin importar los motivos que ameritaron tal dejación[108].

a.2.1.2) Productos separados del suelo

Para que proceda la agravante los productos deben estar separados del suelo en el momento del apoderamiento, es decir, separados de su natural adhesión, ya sea estibados, embalados o sueltos. La separación debe ser una obra humana, que surge del juego armónico de las palabras separados y dejados, ya que *dejados* señala una actitud voluntaria[109]. Como bien se expresa, son los productos creados por el propio suelo pero cuya anexión a éste ha terminado por obra exclusiva del hombre, como el producto de las cosechas[110].

No hace falta que la separación la haya realizado el legítimo tenedor: quien se aprovecha de la separación realizada por otro, también está en la agravante. No opera cuando la separación la ha hecho el propio agente o cuando se produce por cuestiones distintas a actividad humana, como pueden ser fenómenos naturales, sin perjuicio de incurrir o no en otra agravante[111].

Cierto es que desde la óptica del derecho privado, existe una distinción entre frutos y productos. En efecto, la nota del artículo 2329 del CC, enseña que *frutos* son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia; en cambio, producto de la cosa, son los objetos que se sacan o separan de ella y que, una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia, como las piedras sacadas de una cantera, o el

[106] DONNA, op. cit. p. 51.

[107] FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 423; DONNA, op. cit. p. 51; D´ALESSIO, op. cit. p. 393; TOZZINI, op. cit. p. 190, quien además expresa que no sólo deben haber sido dejados en el campo sino también dentro de él, es decir, dejando fuera del concepto campo, las calles que rodean a esa extensión de terreno; CREUS, op. cit. p. 402.

[108] CREUS, op. cit. p. 402.

[109] *Ibídem*, p. 403.

[110] DAMIANOVICH, op. cit. p. 82.

[111] CREUS, op. cit. p 403.

mineral sacados de las minas (concepto que reproduce en la nota del artículo 2444), concluyendo que, ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario, pero sí en cuanto al derecho del usufructuario. En el artículo 2424 del CC se expresa que los frutos pueden ser naturales, industriales o civiles. Los primeros son producidos espontáneamente por la naturaleza; los segundos, por la mano del hombre o la cultura de la tierra y, los terceros son la renta que la cosa produce. Por otro lado, el artículo 2329 del CC dice que los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa, forman un todo con ella.

Sentado ello, y teniendo en cuenta que el tipo penal no distingue ni mucho menos excluye, deben reputarse incluidos dentro de la tutela penal los minerales, como bien lo expresa SOLER[112]. Esta línea de pensamiento es seguida por cierta doctrina[113], otros la niegan[114] y otros permanecen indiferentes, limitándose a exponer las distintas posturas[115].

Por nuestra parte, entendemos que no existe ningún motivo lo suficientemente importante para dejar de lado la tutela de los productos minerales.

a.2.1.3) Maquinarias, otros instrumentos de trabajo y productos agroquímicos

En cuanto a las *maquinarias*, pueden tratarse de tanto las que multiplican mecánicamente o facilitan el despliegue de la fuerza humana (tractores, arados, rastras) como de cualquier otro instrumento que no cumple mecánicamente esa función (guadañas, hoces puntales, lonas)[116], en tanto y en cuanto estén destinadas al trabajo campestre, es decir, específicamente destinados a la producción, separación, recolección, extracción de los frutos o productos incluidos los minerales, tutelándose tanto la tanto la totalidad como las partes de esas maquinarias o instrumental. Pero no se incluyen aquellas maquinarias o instrumentos que aunque se utilicen en ocasión del trabajo, no están destinados específicamente a él por su naturaleza (camiones, automóviles) o que, aunque lo estén, no al momento del apoderamiento, como un tractor descompuesto dejado en un camino rural[117].

---

112 SOLER, op. cit. ps. 213 *in fine* y 214.

113 CREUS, op. cit. p. 403; TOZZINI, op. cit. p. 195; DAMIANOVICH, op. cit. p. 83.

114 NÚÑEZ, op. cit. p. 221; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 424.

115 DONNA, op. cit. p. 56; D´ALESSIO, op. cit. p. 394.

116 CREUS, op. cit. p.404.

117 *Ibídem*, p. 404; FONTÁN BALESTRA, op.cit. p. 425; DAMIANOVICH, op. cit. p. 83 y ss.; NÚÑEZ, op. cit. p. 221; D´ALESSIO, op.cit. p. 394; DONNA, op. cit. p. 57 y ss.

El tipo penal también menciona tanto a los *fertilizantes*, que son aquellas sustancias que se utilizan para disponer la tierra para que dé más frutos como a los *agroquímicos* que son productos químicos, de origen natural o sintético, con actividad biológica definida empleado directamente para aumentar la productividad y/o la calidad de la producción agropecuaria[118].

Entendemos que la expresión... *u otros insumos similares…*, amplía en forma considerable el tipo penal. Por *insumo* se entiende un conjunto de elementos que toman parte en la producción de otros bienes y, *similar*, es algo que tiene semejanza o analogía con otra cosa. Y si bien es cierto que dichos insumos deben tener clara relación con la actividad agropecuaria[119], no lo es menos que será de la interpretación que se formule, de la que surja si son o no insumos similares, con lo que podría ser constitucionalmente cuestionable respecto de una probable violación al mandato de certeza que deriva del 18 CN.

a.3) El hurto de alambres u otros elementos de los cercos

***a.3.1)* Tipo objetivo**

a.3.1.1) Alambres y cercos

El alambre es un hilo de cualquier metal que se obtiene por trefilado, es decir, por reducción a través de una hilera, que es un instrumento de reducción de metales. Y cerco, es aquello que ciñe o rodea. Ahora bien, lo que deben ceñir o rodear esos cercos, cuyo uno de sus componentes es el alambre, conforme la descripción que formula el legislador, son los fundos campestres, siendo su mantenimiento incólume, de gran importancia para la actividad agropecuaria[120]. La acción del sujeto activo, debe recaer sobre alambres ya instalados en su función de separación y en cercos vigentes, pero no de sus componentes antes de que hayan sido instalados[121]. También quedan incluidos como elementos de los cercos, las varillas, postes, tranqueras, y otros[122]. Con la reforma, y al haberse suprimido como requisito la destrucción total o parcial, impresiona que, en este caso, basta con que el cerco, por el apoderamiento, se debilite.

[118] Puede leerse en la ley de Agroquímicos de la Provincia de Buenos Aires (artículo 2, Ley 10.699/88) un listado, si bien no taxativo, de los distintos agroquímicos, como por ejemplo los acaricidas, insecticidas, fungicidas, etc.

[119] PIÑA, op. cit. p. 157.

[120] DAMIANOVICH, op. cit. p. 84 y ss.

[121] FONTÁN BALESTRA, op.cit. p. 426; DONNA, op. cit. p. 59.

[122] DONNA, op. cit. p. 59.

Si opera su destrucción total o parcial, el tipo se desplazaría al artículo 167 inciso 4º del CP.

b) Hurto de mercaderías transportadas (163 inciso 5)

***b.1)* Fundamento de la agravante**

Este tipo penal, debido a la mayor desprotección que conlleva el transporte de las mercaderías, tuvo como finalidad inspiradora la de castigar más severamente la llamada "piratería del asfalto". También se tuvo en cuento la vasta extensión de nuestro territorio y la mayor complejidad delictiva que implican estos hechos[123].

***b.2)* Tipo objetivo**

b.2.1) Mercaderías u otras cosas muebles transportadas

El concepto de *mercadería* surge del art. 77 del CP cuando especifica que se refiere a todos los efectos susceptibles de expendio. Y expendio significa venta al por menor. Por ende, todo aquello que pueda ser vendido al por menor, quedará incluido en el concepto de mercadería. En general, la decisión del vender al por menor o al por mayor, es del comerciante, no teniendo que ver, exactamente, con el tipo de mercadería en cuestión.

Sin embargo, el tipo penal es mucho más amplio, toda vez que incluye también a otras cosas muebles (equipaje de viajeros, por ejemplo) mientras sean distintas a cabezas de ganado mayor o menor, toda vez que de darse esta circunstancia, la conducta del agente se subsumiría en el tipo penal de abigeato (art. 167 ter y ss. del CP).

Se exige además, que las mercaderías u otras cosas muebles sean transportadas, es decir, llevadas de un lugar a otro.

b.2.2) Momento del apoderamiento

Las mercaderías deben ser apoderadas, para subsumirse en la agravante, entre el momento de su carga, durante las escalas que se realizaren o el de su destino o entrega.

[123] DAMIANOVICH, op. cit. p. 101.

Respecto del momento de la carga, implica, mientras estén siendo ingresadas al medio de transporte, y no cuando están depositadas, antes de ser cargadas. Es decir, la acción debe materializarse cuando se comienza a ingresarlas al medio de transporte de que se trate[124].

Con referencia a las escalas, ha menester señalar que implica los puntos que tocan aeronaves o embarcaciones entre su punto de partida y el de su destino. Sin embargo, no pareciera razonable excluir los medios terrestres, más allá de que en éstos es más difundido el uso de la palabra "*paradas*", que tiene sustento normativo. En efecto, la ley 24.449 (Ley de Tránsito)[125], en su artículo 5 inciso p), establece que *parada es… el lugar señalado para el ascenso y descenso de pasajeros del servicio pertinente…*; teniendo en cuenta que el legislador ha utilizado la expresión *por cualquier medio*, es impensable suponer que sólo se refirió a embarcaciones y aeronaves. Por ello entendemos que también es aplicable a los medios terrestres.

Al agregarle la palabra *durante*, implica que la conducta debe perpetrarse mientras esté detenido esperando arrancar nuevamente. Las paradas o escalas, no necesariamente deben estar predeterminadas, pero por la redacción pareciera indicar que debe existir la expectativa cierta de continuar el viaje. En este sentido expresa DONNA que*… escalas son los lugares donde el transporte se detiene por un tiempo, más o menos breve, para reaprovisionamiento, para descanso o por puras razones de horario…*[126], con lo que si la detención se produce por un desperfecto técnico y no es posible su continuación, entendemos que no se da el supuesto de *parada* o *escala*.

Por último se alude al momento de su destino o entrega. Y debe interpretarse hasta el punto de llegada de la misma o hasta que sean entregadas a un tercero. Por lo tanto, pareciera quedar incluido en la agravante el apoderamiento de ellas, entre el momento de la descarga en el destino y su posterior entrega.

c) Hurto de vehículos (163 inciso 6)

***c.1)* Fundamento de la agravante**

La necesidad que tiene para el hombre contemporáneo el vehículo, como facilitador de sus actividades tanto laborales como recreativas o de otra índole, hizo que el legislador le imprimiese mayor tutela penal.

---

[124] FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 439.

[125] ADLA LV – A, p. 357.

[126] DONNA, op. cit. p. 84.

c.2) **Tipo Objetivo**

c.2.1) El concepto de vehículo

El tipo penal sólo hace referencia a vehículos. En principio, vehículo es todo medio de transporte de personas o cosas. Sin embargo, dada la amplitud del concepto, entendemos que quedan incluidas todas las clases de vehículo, independientemente de su tracción. Es por ello que no parece entonces prudente excluir aquellos medios de transporte de personas o cosas que actúan por la actividad misma de la persona transportada, como por ejemplo, la bicicleta[127], o un carro de supermercado o una cartera. ***Que esta latitud conceptual viola en forma flagrante el mandato de certeza del 18 constitucional***. Si la voluntad del legislador fue referirse a "vehículo automotor", sólo resta incorporar esa última palabra al tipo en cuestión.

Que en lo que a automotores se refiere, el Decreto Ley 6582/58[128], en su artículo 5, considera vehículo automotor a… *automóviles, camiones, inclusive los llamados tractores para semirremolque, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, microómnibus y colectivos, sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuvieran carrozados, las maquinarias agrícolas incluidas tractores, cosechadoras, grúas, maquinarias viales y todas aquellas que se auto propulsen…. El Poder Ejecutivo podrá disponer, por vía de reglamentación, la inclusión de otros vehículos automotores en el régimen establecido…* Sin embargo, el mismo tiene validez a los efectos registrales. Por su parte, la ley 24.449[129] en su artículo 5 inciso x), dice que vehículo automotor es… *todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia….* Parece que referirse a esta ley, es más adecuado. Así las cosas, el concepto de vehículo automotor es ***exclusivamente normativo***.

c.2.2) Lugares donde deben ser dejados

Pero es tan amplio el concepto de vehículo, que podrían quedar atrapados en el tipo penal, el carrito del supermercado, las bolsas de los mismos, las maletas de viaje, en fin, cualquier objeto que sirva de transporte de personas o cosas.

Pero el tipo penal, además exige que esos vehículos hayan sido dejados en la vía pública o lugares de acceso público. Y vía pública es toda calle, plaza, camino u otro sitio por donde transita o circula el público. Y los lugares de acceso público, a aquellos que pueden ser usados por cualquier persona, sin someterse a requisitos como

[127] DAMIANOVICH, op. cit. p. 104.

[128] ADLA XVIII – A, p. 1079.

[129] Ver nota Nº 164.

el pago de un canon o la pertenencia a determinado grupo o asociación, ni a especiales controles o limitaciones[130].

No es menor la condición de que los vehículos hayan sido *dejados* en los lugares a los que hace referencia el tipo penal. Pareciera ser que implica que de ellos se haya apartado la guarda.

II) *POR LA OCASIÓN*

En este apartado se analizarán el hurto calamitoso y el producido con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo.

a) Hurto calamitoso (artículo 163 inciso 2 CP)

***a.1)* Fundamentos de la agravante**

Puede decirse que el fundamento de la agravación de la pena conminada para este tipo penal tiene, por un lado, un basamento objetivo y otro subjetivo[131]. Respecto del primero, la protección que pueda brindar la víctima a las cosas que se encuentran afectadas por esas catástrofes es casi nula.

Por su parte, el basamento subjetivo mencionado en el tipo como el aprovechamiento, es decir, como un elemento subjetivo distinto del dolo, revela a su vez una mayor peligrosidad de los involucrados, cuestión de un claro sesgo positivista.

***a.2)* Tipo Objetivo**

a.2.1) Los conceptos de estrago y sus variantes

Las circunstancias mencionadas en el tipo penal pueden incluirse en el concepto general de estrago, es decir, toda ruina daño o asolamiento causado tanto por actividad humano como por factores naturales. En este contexto, *incendio* es un fuego intenso que destruye lo que no debería quemarse. *Explosión* es la liberación brusca de una gran cantidad de energía, de origen térmico, químico o nuclear, encerrada en un volumen relativamente pequeño, la cual produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases, que va acompañada de estruendo y

---

[130] DAMIANOVICH, op. cit. p. 105.

[131] *Ibídem*, p. 87.

rotura violenta del recipiente que la contiene. *Inundación* es el desborde del agua que cubre terrenos y poblaciones. *Naufragio* es la pérdida o ruina de la embarcación en mar, río o lago navegables. *Accidente de ferrocarril*, es un suceso eventual que altera el orden regular de las cosas, causando daño para éstas o para las personas, y que tiene lugar en un ferrocarril, es decir, un medio de transporte que circula sobre raíles, compuesto por uno o más vagones arrastrados por una locomotora. *Asonada*, es una reunión tumultuaria y violenta para conseguir algún fin, por lo común político. *Motín* es un movimiento desordenado de una muchedumbre, por lo común contra la autoridad constituida.

Debe observarse que las circunstancias en las que debe producirse el apoderamiento no son taxativas, sino a mero título enunciativo, conclusión que se desprende del tipo penal cuando expresa "*… de cualquier otro desastre o conmoción pública…*". Y desastre es cualquier desgracia grande, suceso infeliz o lamentable. Por su parte, conmoción, se refiere a todo tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo. En cuanto al infortunio particular del damnificado, se refiere al estado desgraciado en que se encuentra una persona, ya sea por causas físicas o morales, y debe padecerlo aquella persona que es atacada por el sujeto activo. Podría ser un muerto.

***a.3)* Tipo Subjetivo**

***a.3.1)* El elemento subjetivo distinto del dolo: el aprovechamiento.**

Pero además, el tipo penal en su aspecto subjetivo, exige el aprovechamiento, que implica sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso. Y provecho es cualquier beneficio o utilidad. Por lo tanto, y más allá de la deficitaria redacción del tipo donde pareciera ser que basta el incendio, la explosión, la inundación, el naufragio, el accidente de ferrocarril, la asonada o el motín para agravar el hurto y sólo el aprovechamiento procede en los casos de cualquier otro desastre o del infortunio particular del damnificado, lo cierto es que la doctrina en general, plantea que en los primeros casos nombrados, el aprovechamiento debe existir. El autor debe haber obrado con un elemento que excede al dolo del hurto simple.

b) Hurto en ocasión de espectáculos deportivos (artículo 2 de la ley 24.192, en relación al artículo 1 de la misma)

Esta normativa, en los artículos a los que hacemos referencia, expresa que… *ARTICULO 1º — El presente capítulo se aplicará a los hechos previstos en él, cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él.*

ARTICULO 2º — Cuando en las circunstancias del artículo 1º se cometieren delitos previstos en el libro segundo, título I, capítulo I, artículos 79 y 81, inciso 1, letras a) y b), 84 y capítulos II, III y V, y los previstos en el título VI, artículos 162 y 164 del Código Penal, siempre que no resultaren delitos más severamente penados, las penas mínimas y máximas se incrementarán en un tercio. El máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena de que se trate….

Como puede observarse, y más allá de la agravante que plantea el artículo 2, los tipos mencionados en él, deben haber sido cometidos en las referencias temporales y espaciales que delimita el artículo 1.

***b.1)* Fundamentos de la agravante**

Entendemos que en las condiciones planteadas, la cantidad de gente que concurre a esos espectáculos, hace que exista mucha confusión y por ende, mayor posibilidad de conflicto y mayor desprotección de las cosas por parte de sus tenedores, poseedores o propietarios.

***b.2)* Tipo Objetivo**

***b.2.2*) Concepto de espectáculo deportivo**

El espectáculo es una función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla. El adjetivo deportivo implica que debe ser relativo o perteneciente al deporte, es decir, a cualquier actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas. Lo que no se especifica es si el mismo debe ser profesional o amateur, con lo que entendemos que se reputan incluidos ambos tipos[132].

***b.2.3)* "Con motivo" o "en ocasión"**

---

[132] MAHIQUES, CARLOS ALBERTO (Director), *Leyes Penales especiales, Tomo 1*, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, p.496.

Cuando el tipo penal se refiere a esto, implica que debe existir una necesaria relación entre el hecho delictivo y el evento deportivo. Al expresar "con motivo" quiere expresar que el injusto sea consecuencia de la realización de ese espectáculo y, "en ocasión" que el espectáculo deportivo sea la oportunidad para cometerlo.

***b.2.4)* Ámbito de concurrencia pública en que se realizare**

El ámbito es el espacio comprendido dentro de límites determinados y, concurrencia, es el conjunto de personas que asisten a un acto o reunión. Pública, a su vez, implica el conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar. Por lo tanto, esto significa que el hecho delictivo debe comenzar a ejecutarse dentro de un espacio delimitado al que vaya un conjunto de personas que comparta determinadas preferencias y que lo que convoque esa asistencia sea la realización de ese evento deportivo. Sin embargo, no podría dejar de tutelarse la relación de disponibilidad con la cosa que puedan tener aquellas personas que se encuentren allí en forma accidental y que no necesariamente concurran al espectáculo.

***b.2.5)* "Inmediaciones"**

Las inmediaciones se refieren a las proximidades de un lugar. Se interpreta como aquellas que se encuentran vinculadas con el espectáculo en sí, ya sea por tratarse de predios linderos al estadio, o aquellos ubicados en las vías de acceso y desagote de los simpatizantes o "hinchadas"[133], criterio que fue sostenido jurisprudencialmente al expresarse que no corresponde la aplicación de la agravante si el hecho se produjo a más de treinta cuadras del estadio dónde fue realizado el evento toda vez que no concurre el requisito de comisión en las inmediaciones del ámbito de concurrencia pública requerido por la ley[134]. Sin embargo, nuevamente, el concepto de inmediación es extremadamente subjetivo, dejando librado a criterio de los jueces el contenido del mismo. Se tambalea el mandato de certeza.

***b.2.6)* "Antes, durante o después de él"**

Para comenzar, durante significa simultaneidad de un acontecimiento con otro. Es decir que el delito debe comenzar a cometerse mientras se esté llevando a cabo el espectáculo deportivo. Pareciera claro que las suspensiones reglamentarias o extra

[133] *Ibídem*, p. 495.

[134] LL. Litoral, 2000 – 1005, fallo cit. por MAHIQUES, *ibídem*, p. 495, nota Nº 3.

reglamentarias del mismo quedan comprendidas en la temporalidad del "durante" hasta que la persona o personas responsables del mismo decreten su finalización.

Sin embargo, el legislador también agrega antes o después. Y antes significa prioridad de lugar o de tiempo. No puede saberse ni cuánto tiempo ni desde qué lugar previo comienza a operar la tutela. Lo mismo sucede con la palabra después que quiere decir posterioridad de lugar o de tiempo. No se dice el tiempo posterior en que debe ocurrir ni el lugar.

Algunos han dicho que debe entenderse que el hecho debe cometerse *inmediatamente* antes o después, es decir, que debe haber ocurrido en el trayecto hacia el estadio o mientras se produce el ingreso al mismo o el desagote de los espectadores, pero no más allá de ello[135]. Entendemos que esta forma de interpretación lleva ínsita la buena voluntad de poder darle adecuación constitucional. Sin embargo, el tipo penal no menciona el adverbio de marras, con lo que estaríamos agregando palabras que no fueron escritas.

En efecto, ¿qué sucedería si el hecho se perpetra en las inmediaciones del un estadio, pero dos horas después de haber finalizado el espectáculo?, o ¿tres?, o ¿cuatro? ¿Cómo se establece el tiempo? ¿En segundos, minutos, horas, días…? El tipo penal, en cuanto al "después" hace referencia a la finalización del cotejo. Lo mismo puede predicarse del "antes".

Con estas consideraciones, entendemos que el tipo penal violenta el mandato de certeza. La limitación temporal quedará en manos del intérprete con lo que podría violarse la igualdad ante la ley. De esta forma, entendemos que el tipo penal es inconstitucional.

III) *POR EL MODO DE PERPETRARLO*

Analizaremos el hurto con escalamiento.

a) Hurto con escalamiento (artículo 163 inciso 4 CP)

a.1) Fundamentos de la agravante

En realidad, la agravante pareciera fundarse en la mayor destreza del sujeto para poder ingresar a un recinto por un lugar no destinado a servir de entrada, es decir, venciendo obstáculos protectores de la cosa, demostrando su mayor peligrosidad[136].

[135] *Ibídem*, p. 495.

[136] DONNA, op. cit. p. 75.

a.2) **Tipo Objetivo**

a.2.1) **Concepto de escalamiento**

Escalamiento implica, aunque provisoriamente, la penetración al lugar donde se encuentra la cosa por una vía no destinada a tal efecto[137], es decir, a servir de entrada; también llamado se lo llama "acceso insólito"[138]. A ello se le agrega que el sujeto debe superar las defensas reales consistentes en obstáculos de altura o descenso que exigen esfuerzo, agilidad o artificio[139], es decir que el obstáculo sea de entidad e importancia[140]. Y si el escalamiento implica penetrar, pareciera claro que importa el ingreso del sujeto activo al recinto donde esté la cosa de la que pretende apoderarse[141]. Pero lo cierto es que una vía no destinada a servir de entrada puede perfectamente ser un túnel construido para ingresar o utilizar aparatos para descender al lugar[142]. Pareciera contradictoria la imagen que se le representa a una persona cuando utiliza la palabra escalamiento con la que pretende dársele en la ley penal. En efecto, escalamiento da la idea de subir, no de descender. Escalamiento significa la acción y efecto de escalar, y *escalar*, en su segunda acepción, significa subir, trepar por una gran pendiente o a una gran altura. En modo alguno implica descender, como lo entiende CREUS cuando expresa que… *en primer término hay que admitir que escalar denota actividad de una persona: escala el que sube o baja…*[143].

Esta conclusión no parece razonable a la luz del significado de la palabra escalar. En todo caso el cambio debería intentarse por vía legislativa y no por una interpretación forzada del tipo penal, violentando en forma flagrante el mandato de certeza constitucional. Justamente, una de las funciones que tiene la forma que hemos adoptado para conminar las penas, una escala que se extiende de un mínimo a un máximo, es la de atrapar aquellas conductas que sin dejar de estar en la figura simple, parecieran ser más graves que ella pero que no se adecuan a ninguna de las agravantes específicamente legisladas. De esta forma, por ejemplo, si el sujeto activo desciende hacia donde se encuentra la cosa mediante un importante esfuerzo físico, la conducta

[137] DAMIANOVICH, op. cit. p. 98. La aclaración "provisoriamente" nos pertenece.

[138] DONNA, op. cit. p. 76.

[139] NÚÑEZ, op. cit. p. 223; CREUS, op. cit. p. 413 y ss.; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 434; TOZZINI, op. cit. p. 215; MOLINARIO (1937), op. cit. p. 55; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 473; RAMOS, op. cit. p. 178.

[140] MOLINARIO (1943), op. cit. p. 474.

[141] TOZZINI, op. cit. p. 219.

[142] DONNA, op. cit. p. 77; RAMOS, op. cit. p. 178.

[143] CREUS, op. cit. p. 414; SOLER, op. cit. p. 224.

seguirá subsumida en el hurto simple, lo que no quiere decir que no se pueda aplicar una pena más elevada dentro de la escala penal prevista por al artículo 162.

a.2.2) Escalamiento ¿externo o interno?

Por los ejemplos dados por la doctrina[144], el escalamiento externo parece referirse al ingreso del sujeto activo desde la calle a una vivienda y, el interno, cuando ya habiendo ingresado sin escalar, debe escalar para lograr la obtención de la cosa. Así se expresa que… *tanto da que el agente haya superado el tapial que rodea la casa, como que habiendo penetrado en ella por la puerta, acceda a la pieza donde se encuentra la cosa escalando a través de una claraboya…*[145]. Cierto es que la ley no distingue en cuanto al tipo de escalamiento. En este sentido, como afirma SOLER,… *la cosa hurtada,…, debe hallarse dentro de una esfera de custodia desde dentro de la cual se ejerce la vigilancia, y ese requisito se cumple tanto con una tapia exterior como con los muros de una habitación. El que entró por la puerta al patio de una casa, pero para hurtar en el dormitorio se encaramó por la banderola, cometió escalamiento…*[146].

Es por ello, que entendemos no tiene mucho sentido hacer estas distinciones.

a.2.3) ¿Quién o qué debe escalar, el sujeto activo o la cosa?

El que debe escalar es el sujeto activo y no la cosa, por lo que la agravante se descarta si el sujeto hace que la cosa suba o baje. Lógicamente, la agravante está destinada a sancionar la mayor peligrosidad del autor al vencer una determinada defensa que resguarda la cosa, pero es el sujeto activo, quien mediante su esfuerzo físico debe superarla. No podría decirse que debe escalar el sujeto porque las cosas no tienen vida propia. En efecto, si un individuo pretende apoderarse de un perro o de un gato y los tienta con comida para que se acerquen a él, y los animales para llegar a la comida ofrecida deben escalar, no estaríamos en la agravante, toda vez que el esfuerzo físico no lo hizo el sujeto activo. De la misma forma, si el sujeto arroja un sedal con

[144] CREUS, op. cit. p. 414.

[145] CREUS, op. cit. p. 414; DONNA, op. cit. p. 81. La cita que hace este último autor del primero, ubica este texto en la página 436 de la obra de CREUS. En la edición que nosotros utilizamos se encuentra en la página 414.

[146] SOLER, op. cit. p. 225; DONNA, op. cit. p. 81. Debemos aclarar que la cita que utiliza este último autor del primeramente nombrado, ubica este aserto en la página 249 de la obra de SOLER. La edición que utilizamos nosotros, la ubica en la página ya referida; TOZZINI, op. cit. p. 217. Respecto de esta última, sucede lo mismo; DONNA ubica la cita de TOZZINI en la página 215 de la obra de éste.

un anzuelo a través de un muro para “enganchar” la cosa que se encuentra del otro lado.

a.2.4) ¿Es necesario que el sujeto activo penetre al lugar donde se encuentra la cosa?

Conforme el significado de la palabra escalamiento (*vid. supra a.2.1*), no es necesario que el sujeto ingrese al lugar donde se encuentra la cosa[147]. Es por ello que aclaramos que la definición era provisoria (*vid. supra a.2.1*).

a.2.5) ¿Escalamiento para salir?

Las posturas tradicionales entienden que si el sujeto activo escala únicamente para salir del lugar donde se encontraba la cosa luego de haber comenzado la ejecución del hecho, no se configuraría la agravante[148]. Minoritariamente se entiende que sí procede la agravante en estos casos[149]. Para adoptar una postura referente a este tópico, es necesario que formulemos algunas aclaraciones.

El hurto se agravará cuando se perpetrare con escalamiento. En primer lugar, la palabra *cuando* significa en el tiempo, en el punto, en la ocasión en que; *perpetrar* implica cometer o consumar un delito o culpa grave; *con* denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo y, *escalamiento* significa acción y efecto de escalar. Y *escalar*, como ya lo señalásemos, en su segunda acepción, significa subir, trepar por una gran pendiente o a una gran altura. Si bien es cierto que la cuarta acepción de *escalar* significa entrar subrepticia o violentamente en alguna parte, o salir de ella rompiendo una pared, un tejado, etc., no lo es menos que estas menciones a la violencia quedan atapadas por la previsión del artículo 167 inciso 4 del CP.

Por el significado de las palabras utilizadas por el legislador, se podría reformular la agravante diciendo que el *apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena* (hurto) se agravará *en la ocasión en que* (cuando) *se consume* (se perpetrare) *utilizando un medio, modo o instrumento que sirva para hacer algo* (con)*, en este caso, el hacer algo* se refiere a *subir o trepar por una gran pendiente o a una gran altura* (escalamiento).

---

[147] CREUS, op. cit. p. 415; SOLER, op. cit. p. 223/224.

[148] FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 436; DAMIANOVICH, op. cit. p. 99; TOZZINI, op. cit. p. 219; NÚÑEZ, op. cit. p. 234; MOLINARIO (1937), op. cit. p. 56; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 473; DONNA, op. cit. p. 81.

[149] CREUS, op. cit. p. 415; SOLER, op. cit. p. 225.

Como la ley al utilizar la palabra perpetrar, hace referencia a consumar, no parece descabellado entender que si el sujeto activo escala para salir del lugar, su conducta no se subsuma en la agravante. Y es que en realidad se da un concurso aparente de leyes, que puede definirse como el conjunto de relaciones entre ciertos tipos penales que determinan la aplicación al caso de uno de ellos y el desplazamiento del otro o de los otros[150], es decir que a pesar de que a primera vista son varios los tipos que concurren y bajo los cuales se subsume el hecho, en virtud de su respectivo contenido y de diversas relaciones existentes entre ellos sólo uno, que desplaza al otro u otros, resulta aplicable, por ser el que más particularmente contempla la totalidad de las modalidades del hecho, agotando su contenido de injusto y culpabilidad[151]. Y para el caso en análisis, entiendo que corresponde una relación de especialidad, es decir, donde existe un tipo básico o genérico que contiene determinados requisitos y uno o más tipos específicos o especiales que, construido(s) sobre la base de la misma acción típica que aquél, contiene(n) otro(s) requisito(s) adicional(es) específico(s). El tipo llamado "específico" describe la conducta en forma más detallada que el otro llamado "genérico"[152].

En efecto, el sujeto pudo haber ingresado para apoderarse de la cosa con dolo de hurto simple, pero para consumar el hecho, luego de desapoderar, por cualquier circunstancia, debió escalar para retirarse del lugar. Y teniendo en cuenta que el escalar no implica necesariamente entrar, su dolo trocó al de hurto agravado, y por especialidad, se aplica la figura que contenga más requisitos; en este caso, la más grave.

Por otro lado, el tipo penal habla de perpetrar que implica consumar. Lo cierto es que para consumar o perpetrar un hecho, sobre todo en los delitos de resultado, se requiere que se haya iniciado el *iter criminis*. Por lo tanto, desde esta interpretación, da lo mismo que el escalamiento haya sido utilizado para entrar o salir. Lo importante es que en algún momento de ese "camino del crimen" se haya echado mano al escalamiento.

No nos pasa desapercibido que este razonamiento tiene importantes implicancias en el instituto de la tentativa. Va de suyo que si el agente una vez que tiene la cosa dentro del recinto, es sorprendido y al huir debe escalar, el hecho su subsume en hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa. De la misma forma, si un sujeto es sorprendido escalando para ingresar a un lugar con fines de

[150] CARAMUTI, CARLOS S., *Concurso de delitos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 182.

[151] *Ibídem*, p. 181.

[152] *Ibídem*, p. 198.

apoderamiento y por razones ajenas a su voluntad, abandona el hecho, también se calificaría como tentativa de hurto agravado por escalamiento.

Por lo expuesto, adherimos a la postura minoritaria. El tipo penal se perfecciona también cuando se escala para salir.

IV) ***POR EL MEDIO UTILIZADO***

Se analizará el hurto mediante utilización de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante llave verdadera hallada, sustraída o retenida.

a) **Hurto mediante utilización de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante o llave verdadera hallada sustraída o retenida**

a.1) Fundamentos de la agravante

En estos casos, se fundamenta la agravante toda vez que el sujeto activo hace fracasar las medidas extras que arbitró otro para el cuidado de sus pertenencias. Es decir que, la defensa privada aparece como impotente ante quienes no se detienen frente al poder restrictivo de una cerradura, es decir, de los específicos mecanismos que tienen por objeto la clausura[153].

a.2) **Tipo Objetivo**

Como presupuesto general de lo que vamos a analizar, debe quedar en claro que la cosa debe estar protegida por una cerradura con la llave echada[154].

a.2.1) Concepto de ganzúa

La ganzúa es un alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras[155], en tanto y en cuanto no se dañe ya que se subsumiría en el robo.

[153] DAMIANOVICH, op. cit. p. 93.

[154] D´ALESSIO, op. cit. p. 396

[155] DONNA, op. cit. p. 71; DAMIANOVICH, op. cit. p. 94; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 432; CREUS, op. cit. p. 410; SOLER, op. cit. p. 219; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 471; TOZZINI, op. cit. p. 210; D´ALESSIO, op. cit. p. 397.

a.2.2) Concepto de llave falsa

Una llave es un instrumento, comúnmente metálico, que, introducido en una cerradura, permite activar el mecanismo que la abre y la cierra. Sin embargo, dada la evolución tecnológica, hoy existen llaves en forma de tarjetas plásticas que abren o cierran cerraduras electrónicas o computarizadas.

La llave será falsa cuando se destine a abrir una específicamente una cerradura a la que no está determinada[156]. A guisa de ejemplo, si la llave 1 está destinada a abrir la cerradura A y se la utiliza para abrir la cerradura B, la llave 1 para la primera será verdadera y, para la segunda cerradura, falsa.

Debe tenerse en cuenta también que existe la llamada *llave maestra*, es decir, la que está hecha en tal disposición que abre y cierra todas las cerraduras de una casa. Para el caso, no ofrece dificultad toda vez que en vez de abrir o cerrar una cerradura, abre o cierra muchas, con lo que si se destina para abrir una de las que no abre ni cierra, será falsa por más *maestra* que sea.

Quedan atrapadas en el concepto de llave falsa, las copias obtenidas de las verdaderas[157].

a.2.3) Concepto de instrumento semejante

Esta inclusión en el tipo penal, lo amplía enormemente. En efecto, se equipara al concepto de ganzúa y llave falsa, cualquier cosa de la que nos sirvamos para hacer algo, en este caso, abrir una cerradura, en tanto y en cuanto no implique destrucción del cerrojo ya que en tal caso, estaremos frente a una hipótesis de robo. En cuanto a la semejanza, entendemos que no se refiere al parecido material, sino al funcional. Es decir, puede no parecer una ganzúa o una llave falsa materialmente, pero desde la función opera como si lo fuera.

a.2.4) Concepto de llave verdadera sustraída, hallada o retenida

Llave verdadera es aquel instrumento que se utiliza para abrir o cerrar la cerradura de que se trate y que corresponda a esa llave. Así, tanto la llave verdadera como la falsa se define por su destino. Adviértase *la doble direccionalidad funcional*

[156] TOZZINI, op. cit. p. 211; NÚÑEZ, op. cit. p. 233; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 471; SOLER, op. cit. p. 220; CREUS, op. cit. p. 410; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 432; DONNA, op. cit. p. 72.

[157] DONNA, op. cit. p. 72; TOZZINI, op. cit. p. 211.

conceptual. Por lo tanto, si la llave verdadera es utilizada para abrir una cerradura distinta a la que pertenece, será llave falsa.

Pero el tipo penal exige que la llave verdadera sea sustraída, hallada o retenida.

La *llave sustraída* se refiere a la llave verdadera que haya sido sustraída por el autor o por un tercero para entregársela con la finalidad de utilizarla para apoderarse de la cosa[158]. En este contexto, la sustracción de la llave queda absorbida por la agravante, tratándose de un delito único por efecto de tipo. No quedará absorbida en el concepto de llave sustraída la que ha sido olvidada en la cerradura o en un lugar visible[159], pero sí en el concepto de llave hallada.

La *llave hallada* es la que se ha encontrado el autor o un tercero por haber sido extraviada por su tenedor, o que ha sido buscada por el sujeto activo, y que se utilice con ese fin, es decir, el de apoderamiento de una cosa utilizándola, por ejemplo la dejada debajo un felpudo[160] o en una maceta[161]. Esto así toda vez que hallar significa tanto dar con alguien o algo que se busca como dar con alguien o algo sin buscarlo.

La *llave retenida* es aquella que ha sido entregada por el tenedor con un fin distinto o para abrir el lugar en determinada oportunidad o circunstancia, y que es usada por el autor habiendo cesado la autorización o excediendo los límites de ésta[162].

En este último caso, debemos diferenciar el hecho con el delito de estafa. En efecto, si el sujeto activo, al momento de que se le entregue la llave, utilizó ardides o engaños para obtenerla del sujeto pasivo, el dolo del autor es *ex – ante*, es decir, la relación contractual se encuentra viciada *ab initio*. En cambio en el hurto agravado por llave retenida, el dolo es *ex – post*, es decir, la relación contractual no se encuentra viciada y el dolo del autor nace luego de la obtención del instrumento.

[158] TOZZINI, op. cit. p. 212

[159] DONNA, op. cit. p. 70.

[160] *Ibídem*, p. 71.

[161] TOZZINI, op. cit. p. 213.

[162] TOZZINI, op. cit. p. 213, haciendo referencia al proyecto de Soler; DONNA, op. cit. p. 71.

AGRAVANTE POR LA CALIDAD DEL AUTOR

Art. 163 bis: ***"En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario."***

a) Fundamento de la agravante

El legislador entendió que agravando las penas para estos delitos cuando fueren cometidos por personal que, en realidad, tiene por función velar por la paz y el orden público, podría solucionar un problema que en realidad, va a quedar sin solución en la medida en que no se tomen otros caminos, como por ejemplo, el de la educación.

La ley 25.816[163], en lo que aquí respecta, eleva la pena en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando el que ejecutare el hecho sea miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. Así, la escala penal para el hurto simple será prisión de un mes y diez días en su mínimo y dos años y ocho meses en su máximo. Para este caso, ya sí los mayores de dieciséis años son punibles, toda vez que el máximo supera los dos años de pena privativa de libertad.

Respecto de los hurtos agravados, la pena será de prisión de un año y cuatro meses en su mínimo y de prisión de ocho años en su máximo. Por lo tanto, es teóricamente posible condenar a un individuo por hurto doblemente agravado (artículos 163 y 163 *bis*) a la misma pena que se podría imponer a otro sujeto como autor de homicidio simple, es decir, ocho años. Esto llama a la reflexión. O la escala penal prevista para el homicidio simple es muy baja o aquélla es demasiado alta. De cualquier forma, entendemos que no deja de ser una incongruencia.

Más incongruente aún parece ser lo siguiente. En caso de que la conducta del autor se subsuma en el inciso 4º del artículo 167 del CP, entendemos que la agravante también corresponde. En efecto, si bien es cierto que el artículo 163 *bis* agrava el hurto simple (artículo 162) y los hurtos agravados (artículo 163) con referencia expresa, no lo es menos que el inciso 4º del artículo 167 remite a las agravantes del artículo 163, y si éstas ya se agravan por la calidad del sujeto activo, no vemos óbice dogmático para no aplicarlas en los casos del mentado inciso 4º.

[163] *Vid.* Nota Nº 14.

Así las cosas, la escala penal prevista para el artículo 167, en todos sus incisos, es reclusión o prisión de tres a diez años, con lo que de corresponder la agravante del artículo 163 *bis*, la escala penal con la que se va a meritar la conducta del sindicado oscilará entre reclusión o prisión de cuatro años en su mínimo y trece años en su máximo, penas perfectamente aplicables a un homicidio simple, tanto tentado como consumado, como a un homicidio calificado agravado por el vínculo cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, tanto tentado como consumado. Me parece que no resiste el menor análisis.

***b)* Tipo Objetivo**

Merece esta agravante aquel que ejecutare el hecho siendo miembro de las fuerzas mencionadas, de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. Sobre el punto, debemos formular algunas precisiones. Por un lado, tener en cuenta que al hablar de fuerzas de seguridad, se hace referencia a aquella persona que revista como integrante de dichas fuerzas.

Este elemento normativo del tipo penal nos remite a la ley 24.059[164]. En ella, su artículo 7º establece que forman parte del sistema de seguridad interior, el Presidente de la Nación, los gobernadores de provincia que adhieran a la ley mencionada, el Congreso Nacional, los ministros del Interior, de Defensa y de Justicia, la Policía Federal, la Policía de Seguridad Aeroportuaria y las policías provinciales de aquellas provincias que adhieran a la a la ley mencionada *ut supra*, la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina. Por lo tanto, cuando el tipo penal se refiere a "*policiales*", impresiona como redundante[165]. Pero conforme a la redacción de la ley de Seguridad Interior, si el sujeto, si bien perteneciendo a la policía, lo es de una provincia que no adhirió a la 24.059, no correspondería la aplicación de la agravante.

Respecto del servicio penitenciario, en el ámbito nacional, es regido por la ley 20.416[166], pero al no aclarar el tipo penal a cuál se refiere, se entiende que quedan incluidos los integrantes de todos los servicios penitenciarios del país.

Como el tipo penal no exige que el delito sea cometió en ocasión de estar cumpliendo funciones, basta integrar la fuerza de que se trate, sin que sea relevante que el numerario se encuentre fuera de servicio, de licencia, en un área propia de otra fuerza, o retirados[167].

[164] B.O. 17 de enero de 1992 (Nº 27.307), modificada por ley 26.102.

[165] D´ALESSIO, op. cit. p. 401.

[166] B.O. 14 de junio de 1973 (Nº 22.687)

[167] D´ALESSIO, op. cit. p. 402.

Permanecen fuera de la agravante los miembros de las fuerzas armadas, toda vez que la enunciación que hace el tipo penal es taxativa.

Pareciera ser que sólo corresponde la misma al autor o coautor, es decir, a quienes tienen el dominio del hecho, sobre todo si se toma en cuenta la redacción del art. 45 del CP, al expresar y definir a autores y coautores como los que tomasen parte en la ejecución de un hecho, ya que la agravante hace referencia *cuando quien ejecutare el hecho*, y no a quienes les prestasen colaboración o determinasen directamente a otro a cometerlo.

Esta agravante se trasmitirá a los partícipes si por ellos fuera conocida tal condición, conforme lo dispuesto por el artículo 48 del CP. De tal suerte que, tomando el vocablo *participación* de este artículo en sentido lato, es decir, incluyendo a los cómplices e instigadores, también correspondería la agravante a estos últimos si conociesen esa circunstancia del o los instigados.

Exhibiciones Obscenas

Por Fabián Luis **Riquert**[*] y Marcelo Alfredo **Riquert**[**]

Art. 129[1]**: "*Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.***

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años."

1. Genealogía del tipo (antecedentes):

a) De derecho comparado

Con relación a este punto, nos remitimos a lo ya referenciado al analizar el artículo que antecede.

b) Normativa nacional

1. Texto derogado. La redacción inmediata anterior a la actual correspondía a la original (Ley 11.179) y estuvo vigente en su último período desde el 04/09/84. La pena de multa original de dicho lapso de vigencia se corresponde a la dispuesta por el art. 1, inc.2 de la Ley 23.286, siendo actualizada con posterioridad por las leyes 23.077, 23.479, 23.974 y 23.975. Tenía su fuente en el art. 134 del Proyecto de 1906, en el que se aludía también a gestos o palabras obscenas.

El texto recientemente derogado decía: *"Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos el que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas.*

La misma pena se aplicará cuando los actos tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros".

---

[*] Profesor Titular de la "Práctica Procesal Penal", Universidad Atlántida Argentina, Sede Mar del Plata. Docente de "Derecho Constitucional", Universidad Nacional de Mar del Plata.

[**] Profesor Titular Regular de "Derecho Penal I. Parte General", Universidad Nacional de Mar del Plata.

[1] Artículo sustituido por art. 10°, Ley N° 25087, B.O. 14/5/1999. Multa actualizada anteriormente por art. 1°, Ley 24286, B.O. 29/12/1993.

Esta redacción también tuvo vigencia en los lapsos comprendidos entre el 29/04/22 y el 31/03/68, así como entre el 06/06/73 y el 15/07/76. En los interregnos que fueron primero entre el 01/04/68 y el 05/06/73, y después entre el 16/07/76 y el 03/09/84, estuvo vigente un texto reformado introducido por las leyes 17.567 (derogada por Ley 20.509) y 21.338 (derogada por Ley 23.077) respectivamente, en ambos casos con idéntico contenido, que decía:

"Será reprimido con prisión de dos meses a dos años, el que en sitio público o abierto o expuesto al público ejecutare o hiciere ejecutar por otro actos obscenos.

La misma pena se impondrá al que ejecutare actos de ese carácter en lugar privado, con el propósito de que sean vistos involuntariamente por un tercero"

2. Proyecto de Código Penal de 1906. Preveía en el cap. III "Corrupción y Ultrajes al Pudor" la figura de "Exhibiciones y actos obscenos" en su art. 134. Decía: *"Será reprimido con prisión de quince días á seis meses, el que en sitio público ejecutare ó hiciere ejecutar por otro, actos, gestos, actitudes ó exhibiciones obscenas, ó profiriere ó hiciere proferir palabras obscenas. La misma pena se aplicará cuando los actos ó palabras tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto á que sean vistos ú oídos involuntariamente por terceros""*[2].

3. Proyecto Coll-Gómez de 1937. El tipo de "exhibiciones obscenas" estaba previsto en el art. 167 del Titulo II Delitos contra la honestidad. Decía: *"Se impondrá prisión de tres meses a dos años, al que, en sitio público o abierto y expuesto al público, cometa actos obscenos"*[3].

4. Proyecto de José Peco de 1941. Regulaba los "actos obscenos" en el art. 190 que eran admitidos aún en modalidad culposa y tenía casi perfecta correspondencia con el art. 527 del código penal italiano de 1930. También la reproducía con alguna pequeña variante no esencial y manteniendo la figura culposa en el segundo párrafo el Proyecto del año 1951, mientras que el Proyecto de 1960 decía expresamente con relación a esta última circunstancia en su aclaración al art. 173 que *"El proceder descuidado o imprudente que determine que ciertos actos íntimos sean involuntariamente vistos, constituye más bien una contravención que un delito"*[4].

5. Texto conforme reforma introducida por Ley 25.087. El texto vigente corresponde a la reforma introducida al Código Penal por la Ley 25.087 (B.O. 14/05/99), conforme su art. 10°.

[2] E. Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, *"Digesto de Codificación Penal Argentina"*, A-Z editora, Madrid, España, diciembre de 1996, Tomo 3, págs. 347/348.
[3] Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo 4, pág. 692.
[4] Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo 6, págs.104 y 455.

2. Tipo Objetivo

a) Bien jurídico

El cambio del bien jurídico ya ha sido tratado exhaustivamente al comentar el artículo que antecede, no obstante en el punto que nos ocupa merece especial atención el término ***"obsceno"***, para poder saber en qué medida ataca al bien jurídico protegido por la ley.

Esta dificultad en el lenguaje utilizado en el articulado la advirtió oportunamente con lucidez Vázquez Rossi tanto respecto del vocablo "obsceno" como también "lubricidad", "indecoroso", "lascivo", "grosero", "repugnante" o "bajos instintos sexuales", luego de hacer referencia a las definiciones de la Real Academia Española y otros diccionarios concluyendo que, a poco de interrogarse con profundidad acerca de los contenidos de los términos, amén de ser más agresiones que definiciones, sólo reflejan un sentimiento emotivo de quien las propone y poco aclaran sobre la objetividad de lo que se quiere comprender; es decir *"estamos dentro de un círculo vicioso, donde la altisonancia de los términos sólo provoca ruido"*[5].

Así, en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española[6], los términos a los que aluden tanto las normas positivas como la doctrina y jurisprudencia en general hemos obtenido estos resultados:

- Exhibicionista. Com. Persona aficionada al exhibicionismo.
- Exhibicionismo.m. prurito de exhibirse. 2. Perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales.
- Exhibir. Latín exhibere. Tr. Manifestar, mostrar en público.
- Obsceno. Latín obscenus, adj. Impúdico, torpe, ofensivo al pudor.
- Obscenamente.adv.m. Impuramente, con torpeza y lascivia, de manera indecente.
- Lascivia, latin lascivia. Propensión a los deleites carnales. 2. Apetito inmoderado de una cosa.
- Lascivo,va.adj. Perteneciente o relativo a la lascivia. 2. Que tiene este vicio.
- Impúdico,ca. Latín impudicus.adj. Deshonesto , sin pudor.
- Impudor.m. falta de pudor y de honestidad.

[5] Vázquez Rossi, Jorge E.; *Los delitos sexuales,* Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 23.
[6] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

- Impúdicamente.adv.m. deshonestamente, sin recato.
- Impudicia, latín impudicicia.f. Deshonestidad, falta de recato y pudor.
- Indemnidad, estado o situación del que está libre de daño o perjuicio.
- Pornográfico, adj. Dícese del autor de obras obscenas.
- Pornografía, f. Tratado acerca de la prostitución. Carácter obsceno de obras literarias o artísticas.

Esta imprecisión en la definición de los conceptos aludidos precedentemente, es evidente que crean *per se* serios inconvenientes en cualquier ámbito en los que se apliquen, pero lo más preocupante es que se utilicen en el Código Penal en los artículos 128 y 129, donde la descripción de las conductas debe ser lo más precisa posible, para no vulnerar el principio de legalidad de los tipos penales. Acerca de esta complejidad se sostiene la importancia de la cuestión en el derecho nacional, ya que el núcleo significativo de los arts. 128 y 129 del Código Penal están expresamente dado por el concepto de obscenidad, debiendo el intérprete desde la perspectiva dogmática atender a esta noción en forma preponderante[7].

Algunos autores mencionan al artículo 128 como “Ultrajes al pudor”, criticando a la redacción actual al eliminar la protección de la “decencia pública sexual”[8], si bien debe aclararse que clásicos, como Soler[9], entendían que ambos delitos eran constitutivos de “ultrajes al pudor” o al “pudor público”[10].

Completando la ilustración sobre los alcances de esta imprecisión en definir los términos aludidos, mencionaremos a título ejemplificativo algunos intentos de definiciones que han dado la doctrina y la jurisprudencia para interpretarlos.

Así Núñez se ha referido a lo obsceno como a lo impúdico por lujuria, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo, concluyendo que lo obsceno es lo lujurioso[11].

---

[7] Vázquez Rossi, Jorge E.; ob.cit., p. 25.

[8] Villada, Jorge Luis, ob.cit., pág. 135. Este autor considera que la última reforma legislativa en este aspecto, al despenalizar a los mayores, está hecha a medida de los conglomerados internacionales que se dedican a realizar y exhibir películas pornográficas. Sostiene que el consumo indiscriminado de pornografía es una característica de los países subdesarrollados, dado que los países desarrollados si bien los producen poseen rígidas normas de restricción respecto a ese material (págs.137/8). Se impone aclarar que no compartimos tal postura, al menos, prejuiciosa y carente de investigaciones jurídicas normativas y criminológicas de campo que le den sustento.

[9] Soler, Sebastián, ob.cit., pág. 330 y ss.

[10] Ure, Ernesto J.; La tutela penal del pudor público, La Ley, T. 64, pág. 760 y ss.

[11] Núñez, Ricardo, ob.cit., pág 378 y ss., donde lo hace con referencia al art. 128 del CP.

Soler reconocía que no existe nada que, en sí mismo, pueda ser calificado de obsceno sin consideración a ciertas circunstancias, de naturaleza no objetiva, que les imprimen ese carácter[12].

Más allá de esta polémica en la que Núñez parece inclinarse hacia la realidad objetiva y Soler hacia la intencionalidad subjetiva, ninguno de los dos autores prescinde del restante elemento[13]. Fontán Balestra lo ha definido como lo torpe y lujurioso, que tiende a excitar los apetitos sexuales[14]. Ure afirmaba que la pornografía es obscenidad, es una depravación del sentimiento, una perversión ética, una psicopatía del intelecto[15].

Una línea jurisprudencial que podríamos clasificar como "tradicional" sostuvo que *"lo obsceno no reside en que sea simplemente inmoral, lo que se proyecta por la escritura o la imagen, sino que lo obsceno corresponda a la esfera de lo sexual, a lo impúdico por la lujuria, vale decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo"*[16].

La diferencia sustancial existente entre el art. 128 y 129 del Código Penal, en orden a sus referencias a la "obscenidad", reside en que mientras que en el primero lo obsceno está constituido por publicaciones, objetos o imágenes; en el segundo debe tratarse de un sujeto el que realice una exhibición obscena[17].

Borinsky afirma -con razón- que acertadamente se habla de la zigzagueante y difusa línea que divide lo obsceno de lo que no lo es: algo es tenido por obsceno –y su descripción como pornográfica- cuando trasciende ciertas normas sexuales de contenido variable según la época y la comunidad en que rigen[18]. Concluye Figari que la ley penal hace mención a lo pornográfico, vocablo equivalente a lo obsceno, circunstancia ésta que no ha sido superada, pese a la afirmación del legislador, alguna doctrina y sobre tal giro idiomático es menester trabajar, señalando que es tarea del intérprete tratar de llegar a un acercamiento lo más adecuado posible para su correcta utilización[19].

[12] Soler, Sebastián, ob.cit. pág. 337.
[13] Vázquez Rossi, Jorge, ob.cit.,pág. 26.
[14] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit., pág. 166.
[15] Ure, Ernesto J., ob.cit.
[16] CNCrim. y Correc., sala II, "Musotto, Néstor J", sentencia del 24/10/85, La Ley, 1986-D, siguió el criterio ya sustentado por la misma sala en la causa "Planchadell", LL, T. 1985-A. Se debe señalar que esta postura clásica en la interpretación del tipo penal en la causa "Musotto" es congruente con el concepto del bien jurídico protegido puesto que sostiene que *"El titular del bien lesionado por los ultrajes al pudor público es la sociedad, y ese bien es la decencia sexual pública"*.
[17] Conf. Núñez, ob cit., pág 387.
[18] Borinsky, Carlos, en su artículo *"Cinematografía, ley penal y obscenidad"*, Doctrina Penal, Año 9, Depalma, Nos 33 a 36, 1986, pág. 87/8.
[19] Ob.cit., pág. 375/6. La solución limitadora planteada por el autor citado si bien resulta un claro esfuerzo, al reconocer las dificultades de ambos términos, para zanjar la inconstitucionalidad de los tipos de los arts 128 y 129 CP, queda en

Reflexiona Vázquez Rossi que en definitiva *"lo único que podemos saber sobre lo obsceno, es que tal calidad existe sólo en la medida en que alguien, con autoridad para hacerlo, dice que algo lo es"*[20].

En igual tesitura merece rescatarse el voto en disidencia del ministro de la CSJN, Enrique Petracchi, en la causa "Bresky" quien adoptó una postura claramente defensiva de los derechos individuales. En este sentido, dijo: *"La ley 23.052 y su decreto reglamentario.... normas surgidas del reconocimiento de la libertad de expresión y que reglamentan el derecho de cada individuo a ver lo que quiere ver, en la medida en que su conducta no perjudique bienes jurídicos ajenos, constituyen un resguardo suficiente al pudor en el ámbito de las exhibiciones cinematográficas, y por lo tanto, su cumplimiento excluye en ese campo la configuración del delito previsto por el artículo 128 del Código Penal"*[21].

Para finalizar, vale el recuerdo de las palabras de Luis Jiménez de Asúa, quien se refería al art. 128 C.P. con espíritu republicano del siguiente modo: *"Me parece una pretensión absurda tratar de obligar a gente adulta a que vea o deje de ver lo que a una ley, a un fiscal, a un juez o a un censor se le antoje ordenar o prohibir"*[22].

b) Verbo típico

La acción típica: *¿Exhibición obscena o acto de exhibición obscena?*

En qué consiste la acción típica es un punto de importancia para poder determinar si el acto de exhibir un cuerpo ya constituye delito o si por el contrario se necesita un plus, consistiendo este en un "acto" de exhibición obscena.

Dentro de las posturas clásicas se entendió que la acción no consiste solamente en el hecho de poner de manifiesto una parte del cuerpo, sino simplemente la presentación en público de un espectáculo obsceno, haya o no desnudez puesta de manifiesto[23].

Esta diferencia fue observada por Fontán Balestra al hacer referencia al artículo 128 segundo párrafo antes de la reforma legislativa, en el sentido que tanto los espectáculos de teatro o televisión

---

definitiva expuesta al libre albedrío del juez de turno.

[20] Ob.cit., pág. 30.

[21] Fallo publicado y comentado por Carlos Colautti bajo el título "Una acertada disidencia" en La Ley, T. 1989-C, pág.392/97. En sentido contrario ver causa "Planchadell, Enrique", CNCrim. y Correc., Sala II, noviembre 6-1984, fallo nro 83.525, publicado en La Ley, T.1985-A, pág.57/63.

[22] Jiménez de Asúa, Luis; "La protección penal del pudor público", en "El Criminalista", 2º serie, Tomo V, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1961.

[23] Soler, Sebastián; ob.cit., pág. 343/4.

debían consistir en actos, que contengan obscenidad en sí o en el hecho de ser mostrados[24]. Siguiendo la señera jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital Federal[25] es necesario que se muestre o haga algo obsceno.

Se ha señalado oportunamente que la sustitución de la expresión *exhibiciones obscenas* por la de *actos obscenos* por las leyes 17.567 y 21.338 no hizo otra cosa que trasladar a la ley el contenido que la doctrina y jurisprudencia habían dado a la primera durante la vigencia del texto original. Consideraba Creus que la obscenidad del acto no estriba tanto en su naturaleza como en su eventual trascendencia a terceros dando el ejemplo de aquella persona que hace "aguas" que no tiene nada de obsceno, pero que se convierte cuando se hace en presencia de terceros que no han consentido presenciarlo[26]. De todas formas consideramos que este ejemplo no constituye delito aún cuando un tercero observe involuntariametne a otro orinar, precisamente por que no existe una "escena" montada sino, a lo sumo, una simple "exhibición".

Conforme refiere López Casariego[27], la actual ley 25.087 sigue sosteniendo el sentido más restringido al tipificar solamente a los actos de exhibiciones obscenas, de acuerdo a los criterios actuales de mínimo intervención penal y a una interpretación estricta de los tipos penales.

Como pauta de referencia en la doctrina española se ha señalado que el acto de exhibición obscena debe reunir dos requisitos:

1) Incuestionable carácter sexual.
2) Entidad bastante para entrañar un ataque al bien jurídico.

Respecto al primer requisito se sostiene que será sexual toda acción incitadora "a priori" del apetito venéreo o apropiada para satisfacerlo. Respecto al segundo, además de ser el acto de carácter sexual, debe ser lo suficientemente considerable, por lo que debe ir más allá de un comportamiento efusivo o vulgar e ingresar en los actos que se realizan dentro de más reservada intimidad, pues serán estos últimos los que afectarán al bien jurídico. En este sentido Orts Berenguer – Suárez y Rodríguez definen a los actos obscenos como aquellos de carácter inequívocamente sexual y grave, sean de la orientación sexual que sean; agregan como elemento subjetivo del injusto que el acto se perpetre con ánimo libidinoso[28].

---

[24] Fontán Balestra, Carlos; ob.cit. pág. 174.
[25] Fallos, T. 2, pág. 454.
[26] Creus, Carlos, ob.cit. pág. 225.
[27] Casariego López, Julio E.; "Exhibiciones obscenas en la vía pública", LL, T. 2000-F, pág. 559.
[28] Ob. cit.; pág. 188.

Acotando de esta forma la interpretación nos va a permitir desechar acciones tales como orinar en la vía pública, exhibir un cuerpo desnudo al público, o las palabras obscenas, etc., por resultar atípicas sin perjuicio que este tipo de conductas puedan quedar dentro del ámbito de lo contravencional. Resulta importante que en nuestro código el *acto debe estar expuesto a ser visto involuntariamente por terceros,* mientras que en el código español es más preciso al referir que el *acto debe ser ejecutado ante menores,* por lo que si bien es cierto que la exigencia parecería ser diferente, a los efectos de realizar una interpretación más acotada de la norma nacional en estudio, puede servir como una pauta interpretativa.

Con relación a esta problemática en nuestro país hace unos años se suscitó una controversia pública al realizarse en la Capital Federal, más precisamente en el Obelisco ubicado en la Avenida 9 de Julio, unas fotografías artísticas -que formaban parte de una serie que se venía desarrollando en distintas capitales de países europeos y americanos-, con gran cantidad de participantes desnudos en diferentes poses, lo que motivara que un abogado de esa ciudad formulara denuncia penal contra el Jefe de Gobierno de la ciudad y el artista que propuso la idea, por considerar que las personas que posaron conformando en definitiva la imagen pretendida habían incurrido en el delito de exhibiciones obscenas y, quien lo permitiera, en abuso de autoridad[29]. De las consideraciones ya expresadas surge que la conducta es a todas luces atípica puesto que no constituyó un acto de exhibición obscena sino simplemente la exhibición de cuerpos desnudos en la vía pública con el objeto de tomar fotografías, sea o no considerado por el ocasional observador como una obra artística o no. Afortunadamente el dictamen del Fiscal en lo Correccional Mauro Divito entendió que no hubo una actitud dolosa por parte del fotógrafo y de los participantes solicitando al Juez Omar Facciuto que desestime la denuncia[30], petición esta que fue acogida al afirmar que los hechos carecían de relevancia penal *"más allá del efecto negativo que le pudo haber generado al denunciante como así también a otras personas"*[31].

c) Sujeto activo:

[29] Nota publicada en el diario "Crónica" el 9/4/02 en donde se transcribe partes de la denuncia formulada por el abogado Oscar Igounet en donde entre otras cosas dice *"Hombres y mujeres completamente desnudos se acostaron en la calle al salir el sol, boca arriba, de costado, boca abajo, mostrando sus partes pudendas mezclados los unos con los otros, hombres con hombres, mujeres con mujeres parejas de distinto sexo se dejaron fotografiar y caminaron indecentemente con sus órganos bamboleantes y colgantes, flácidos o erectos"*, en otra parte refiere *"Ese aquelarre orgiástico de cuerpos desnudos no se llevó a cabo en una casa o en un predio privado, sino que se lo hizo en la vía pública, en plena Avenida 9 de Julio, a la vista de todos y con la colaboración de la Policía Federal y de las autoridades comunales"*.
[30] Noticia aparecida el 8/5/02 en www.diariojudicial.com.ar.
[31] Noticia aparecida el 15/5/02 en www.diariojudicial.com.ar.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, no haciendo la ley una distinción, es por lo tanto un delito común. No se puede soslayar que el concepto de acción que se ha explicado presupone –con obviedad– la capacidad del sujeto activo. El resaltarlo se vincula estrictamente a que en el delito que comentamos puede ser que, en muchas ocasiones, aquel padezca alguna alteración en su personalidad[32] e ingrese dentro de las causales del art. 34 inc 1 Código Penal[33].

Con relación a la participación criminal el tipo refiere *tanto al que ejecutare como quien los hace ejecutar,* siendo por lo tanto aplicable los principios de la autoría mediata, se ha interpretado que lo que la ley ha querido es incluir en la responsabilidad penal propia de la autoría al agente que no realiza él mismo los actos obscenos[34].

Así se señalan diferentes supuestos de participación criminal que se podrían presentar:

- Que se induzca a una persona a ejecutar los actos de exhibición obscena; en cuyo caso el inductor responderá como tal y el inducido como autor, siempre que sea imputable.
- Que alguien se sirva de otro como instrumento inconsciente para realizar los actos de exhibición obscena, de una persona inimputable o inducida a error mediante engaño, en este caso nos encontraremos en un supuesto de autoría mediata y de irresponsabilidad de la persona instrumentalizada, por ausencia de imputabilidad o a causa del error.
- Que se obligue a otro a hacer los actos obscenos con violencia o intimidación, que también caería en el supuesto de autoría mediata.
- Que se aplique "vis absoluta" sobre la persona utilizada y en tal caso más que de autoría mediata deberíamos hablar de autoría inmediata. Se da el ejemplo de desnudar a una persona por la fuerza y se la somete a tocamientos íntimos ante menores o incapaces[35].

Sin perjuicio de lo expuesto, la reforma de la ley 25.087 introdujo una equiparación a la calidad de autor en el artículo 133 al decir: *"Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren*

[32] Según el DSM –IV pudiera ser la conocida como *parafilia,* o, según el CIE-10 OMS, *desviaciones sexuales,* siendo este último un concepto más tradicional. Ahondar sobre esto excede nuestro objeto de atención.
[33] Su texto: *"No son punibles: El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".*
[34] Creus, Carlos; ob.cit., pág. 228.
[35] Todos enunciados por Orts Berenguer, E. – Suárez Mira Rodríguez, C., en su obra *"Los delitos sexuales"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 193.

a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán reprimidos con la pena de los autores".

De este modo, aquellos que cooperaren en la realización de la exhibición obscena serán tratados, a los efectos de determinar la pena, como si fueran los autores. Como se podrá observar se quiebra la regla en materia de participación criminal estatuida por el Código Penal en Libro Primero, Título Séptimo (artículos 45 a 49), puesto que no distingue entre una participación necesaria o secundaria, optando expresamente el legislador por la primera opción.

d) Sujeto pasivo

Con relación al sujeto pasivo se sostuvo que puede ser indeterminado[36], pero la mayoría de la doctrina considera que el acto de exhibición obscena debe estar dirigido a personas determinadas.

En igual sentido en la causa *"G.L.M y otros"* (del Juzgado de 1º Instancia en lo Correccional, fallo del 16/5/86, confirmado por la Sala VI de la CNCrim.yCorr.) se dijo que *"la norma legal protege al individuo y no a la sociedad, o sea que debe amparar a quien no quiera ver algo que lo ofenda"*[37], resolviendo desestimar la denuncia por considerar que no existió delito en los términos del art. 129 C.P.

Nuestra posición: consideramos que el sujeto pasivo debe ser determinado o determinable, piénsese un acto de exhibición obscena aún en un lugar público, debe determinarse a las personas que lo presenciaron, siendo esta una cuestión instrumental.

No se puede sostener que "toda" la comunidad es la ofendida. Esto implica una postura paternalista, puesto que puede ser que las personas que efectivamente observen el acto obsceno no se encuentren en modo alguno violentadas, entonces cabría preguntarse cuál es la circunstancia que habilitaría en este caso la reacción penal estatal.

Debe existir una lesión al bien jurídico integridad sexual, libertad sexual o autodeterminación sexual, cualquiera sea en definitiva el término utilizado. Este se encuentra direccionado hacia sujetos concretos y no a un "ente" como lo sería la sociedad en su conjunto. De mantener una postura como la referenciada se estaría castigando meras formalidades, quedando relegado el principio de lesividad. En un estado democrático el injusto debe consistir en un disvalor de acción pero también

[36] Soler, Sebastián, ob.cit., pág. 344.

[37] Publicado en E.D.,T 122, 1987 con nota en sentido contrario de Guillermo De La Riestra. El hecho consistió en que un matrimonio concurrió a un cabaret en donde una pareja desnuda realizó una representación de un acto sexual, debiendo señalarse que la publicidad del local anunciaba de manera escandalosa el espectáculo que se ofrecía. El autor mencionado llegó a considerar que "aunque el teatro hubiese estado totalmente vacío, aunque no se hubiese vendido una sola entrada, el delito por ser de peligro, se consumó igualmente".

en un disvalor del resultado. Posturas que en el campo del “derecho penal sexual” dan preponderancia al disvalor de acción, tienden recaer en soluciones de corte autoritario y paternalista, en el sentido de marcar una determinada moral con prescindencia de la opinión de los posibles involucrados[38].

Asimismo, este desmedida protección del legislador en considerar a los mayores de edad como posibles víctimas de este tipo de conductas[39], es consecuente con el agravar la conducta cuando se trate de menores entre 13 y 18 años que *voluntariamente* accedieran a un acto de exhibición obscena o cuando se trate de los menores de 13 años, hayan o no prestado consentimiento para el acto.

Inevitable, en la misma línea, resulta remarcar la incoherencia con el resto de la sistemática del título, puesto que respecto a la edad del sujeto pasivo se menciona como agravantes en los delitos que correspondan según el caso, a los menores de 14 años (art. 128 in fine) o de 13 o 16 años (art.130 segundo y tercer párrafo, 120), pero nunca partiendo del mayor de 13 directamente hacia el de 18 años (art. 129 in fine).

Es decir que la conducta en que el estado debería abstenerse de intervenir o en su caso hacerlo con menor intensidad, considera como agravante a los sujetos pasivos menores entre 13 y 18 años de edad, en vez de establecer el límite de edad en los 13 ó 14 años, como si lo hiciera en los supuestos que ya referimos a título ejemplificativo. Esta misma observación respecto a la incoherencia del legislador al delimitar las edades de las víctimas y sus diferentes consecuencias, la advirtió Buompadre al señalar con relación al art. 129 C.P.,que mientras por un lado se le prohíbe al menor de 13 años mirar una revista pornográfica, por otro lado se le permite relaciones hetero u homosexuales a partir de esa edad, concluyendo que lo expuesto torna discutible la posibilidad de peligro de lesión al bien jurídico tutelado en caso de menores de 18 años cuando es el propio Código Penal el que determina el momento de iniciación sexual de los jóvenes a los 13 años de edad[40].

Con el fin de acotar la criminalización, cuando personas mayores de edad observen un acto de exhibición obscena, se resolvió desestimar una denuncia por considerar que la conducta resultaba

[38] Con relación al tipo del art.128 Malamud Goti, ob.cit., pág. 497, sostiene que se debe identificar al sujeto pasivo de los delitos que protegen el pudor o la moralidad sexual, considerando a las posturas que consideran que estos actos ofenden a la sociedad en su conjunto como paternalistas.

[39] En España el Tribunal Constitucional en la sentencia 232/1997, consideró atípica la ejecución de actos de exhibición obscena entre adultos, refiere Orts Berenguer que por fortuna con la última reforma, no se volvió a punir la conducta respecto a los mayores de edad. (Ob.cit., pág. 185).

[40] Buompadre, Jorge E.; ob.cit., pág. 434.

atípica por no afectar el bien jurídico protegido utilizando como fundamento el principio de insignificancia o bagatela[41].

Para finalizar, consideramos como forma correctiva de mínimo para evitar criminalizar conductas en que las víctimas mayores de edad no se vean afectadas por actos de exhibiciones obscenas y que hoy, por el principio de oficialidad (art. 71 del C.P.), el aparato jurisdiccional puede intervenir en forma directa; de *lege ferenda* proponemos se incorpore al inc 1 del art 72 del Código Penal[42] las exhibiciones obscenas como delito dependiente de instancia privada.

Esta incorporación no traería dificultades sistémicas en la actual estructura del código puesto que los delitos que se mencionan en el citado inciso 1 ° son de los más graves correspondiente al Titulo de los "Delitos contra la Integridad Sexual". No sería, en realidad, ninguna novedad ya que la ley 23.077, cuando derogó la ley 21.338, incorporó en su momento a todas las ilicitudes del Capítulo III, del Título III del Código Penal como acción dependiente de instancia privada[43].

3. Tipo Subjetivo

Pacíficamente se ha entendido que el delito sólo es imputable a título de dolo[44], debiendo el autor tener la conciencia y voluntad de que el acto sea involuntariamente visto por un tercero. Se sostiene que debe ser con dolo directo, no siendo posible el dolo eventual en este tipo de conducta y, para el caso de duda, el supuesto debe ser resuelto como un error de tipo[45]. Sin embargo dentro de la doctrina nacional numerosos autores entienden que puede llevarse a cabo con dolo eventual.

---

[41] La presente resolución se encuentra sin publicar, y fue extraída del Sistema Informático de la Fiscalía General del Depto Judicial de Mar del Plata, UFIJE 5, IPP 129.860 del año 2003. El hecho trató de un sujeto del sexo masculino que se desnudó y comenzó a tocar sus partes íntimas profiriendo la palabra "Quieren, fiesta, fiesta" (SIC) frente a una vivienda en donde se encontraban personas mayores y menores de edad reunidas en época estival con las ventanas abiertas. Que luego de la intervención de la justicia de menores, y de la realización de pericias psicológicas a los tres menores de edad (9, 7 y 6 años), se concluyó que ninguno de ellos observó lo sucedido. Así el fiscal luego de considerar que el bien jurídico debía ser con relación a personas determinadas o determinables, que las palabras mencionadas por el sujeto eran atípicas, señaló que: "A los efectos de acotar el tipo penal, y de esta forma evitar la arbitrariedad, es necesario reducir la interpretación de la figura a su máxima expresión. En esta télesis, principios reductores del derecho penal como la insignificancia o bagatella evitan mediante la aplicación de la tipicidad conglobante, en los términos de Zaffaroni, evitar la irracionalidad punitiva cuando el bien jurídico protegido no resulta atacado o su lesión es de poca significancia".

[42] Artículo 72: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultaren la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

[43] Esta cuestión se planteó "obiter dictum" en la causa "Musotto, Néstor", fallo citado, al rechazar el planteo por considerar que el afectado era la sociedad. Dentro de la doctrina nacional propugna igual solución Víctor Reinaldi (ob.cit., pág. 225).

[44] Entre otros Núñez,ob.cit., Pág. 389. Fontán Balestra, ob.cit., pág. 177.

[45] Donna, Edgardo, ob.cit. pág. 180.

Dentro del derecho español, traído a colación por la similitud de las figuras, la Audiencia Provincial de Cantabria, en sentencia del 15/12/98 ha entendido que el delito de exhibicionismo (art. 185 CP) exige una intención de ser visto por terceros, por lo que no comete este delito quien se masturba en un portal y es sorprendido por unas menores cuando regresaban a su domicilio[46].

En sentido contrario sostiene Creus que basta con que el autor acepte que su acto pueda tener trascendencia pública, para que el delito se consume[47]. También admiten el dolo eventual Núñez y Reinaldi, entre otros, dado que bastaría la posibilidad de que los actos sean vistos por personas determinadas[48]. Coincidiendo con Donna, parece dificultoso admitir el dolo eventual tanto cuando el propio autor practica el acto de exhibición obscena o como cuando lo hace practicar a un tercero.

Algunos autores han sostenido la posibilidad que la conducta pueda ser castigada tanto en forma dolosa como culposa (Soler, Moreno, Díaz, Malagarriga)[49]. Trata de explicar esta situación Fontán Balestra, que si bien siempre estuvo de acuerdo en que se trataba de un delito doloso, en la redacción del tipo anterior a la modificación efectuada por la ley 17.567 que utilizaba la frase *pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros,* podría llevar a algunos autores a interpretarlo de esta forma[50].

4. Iter críminis

Al considerarlo como un delito de peligro Soler sostenía que se consuma ante la posibilidad de que el acto sea visto, sin que efectivamente lo haya sido[51]. En igual sentido Tenca[52], Figari[53] y Villada[54], entre otros, quienes sostienen que el delito se consuma en el momento en que se realiza el acto obsceno, con independencia de que llegue a ser visto por terceros o no.

En un sentido más restrictivo, Donna sostiene que el delito se consuma cuando se realiza la exhibición en público, al considerarlo un delito de peligro no admite la tentativa[55]. Creus considera

[46] Alonso Pérez, Francisco; "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectivas jurídica y criminológica)", Dykinson, 2001, pág. 108.
[47] Creus, Carlos; ob.cit. pág. 228.
[48] Reinaldi, Víctor, ob.cit., pág. 224.
[49] Así entre otros Soler, Sebastián; ob.cit., pág. 345. Rodolfo Moreno, "El código penal, T IV, pág. 229. Malagarriga, Código Penal, T II, pág. 231. Díaz, "El código penal", 530.
[50] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. 177.
[51] Soler, Sebastián; ob.cit., pág. 344.
[52] Tenca, Marcelo A.; "Delitos Sexuales", Astrea, 2001, pág. 199.
[53] Figari, Rubén E.; ob.cit. p.393.
[54] Villada, Jorge L.; ob.cit., pág. 144.
[55] Donna, Alberto Edgardo; ob.cit., pág. 181.

que el delito se consuma con la realización del acto obsceno en las condiciones típicas, aunque no trascienda efectivamente a terceros[56]. Buompadre considera que es un delito de pura actividad, cuya consumación coincide con el acto de exhibición obscena, considera posible la tentativa, aunque aclarando que le es muy difícil de imaginar[57]. En igual tesitura se encuentra Reinaldi[58].

Con el nuevo texto, los actos de exhibición obscena se pueden realizar en sitio público o privado, pero que puedan ser vistos involuntariamente por terceros. Conforme refiere Buompadre sitio público no quiere decir sitio al aire libre (ej. campo abierto). El concepto no abarcaría a aquellos sitios que por su naturaleza son públicos, pero que al momento del hecho no están abiertos ni expuestos al público (ej. museo en horario en que se encuentra cerrado al público). Sitio privado es el lugar reservado al acceso de determinadas personas, o bien aquel que por su naturaleza no es público ni expuesto al público, o que siéndolo no está abierto ni expuesto al público. Finalmente el sitio privado puede ser de carácter permanente (ej. vivienda familiar) o transitorio (ej. cuarto de hotel). Debemos concluir con el autor citado que la exhibición obscena no es punible cuando se realiza en lugar privado por estar amparado bajo el art. 19 de la Constitución Nacional[59].

En sentido contrario considera Reinaldi que la publicidad, luego de operada la reforma, dejó de ser un elemento esencial del delito[60], mientras que Gavier señala que debe existir la publicidad potencial y con ello el delito, si la exhibición se realiza en un sitio privado, que no está habilitado para el uso público, aún cuando esporádica o frecuentemente pueda estarlo[61]. Consideramos que una interpretación tan amplia es violatoria del derecho a la intimidad.

Admite aisladamente la posibilidad de que el delito sea cometido en grado de tentativa Núñez, dando el ejemplo de aquel que corre, ya desnudo, desde el fondo de su casa hacia la vía pública para mostrarse a la manifestación que pasa, pero es detenido mientras pretende abrir la puerta de calle[62].

5. Concursalidad

[56] Creus, Carlos; ob.cit. pág. 227.
[57] Buompadre, Jorge; ob.cit. 445.
[58] Reinaldi, Víctor F; ob.cit. pág. 225.
[59] Conf. Buompadre, Jorge; ob.cit., pág. 445.
[60] Reinaldi, Víctor F.; ob. cit., pág. 223.
[61] Gavier, Enrique A.; ob.cit. pág. 112.
[62] Núñez, Ricardo, ob.cit., pág. 390. En sentido opuesto Buompadre considera que el caso sería más un acto preparatorio que a una tentativa de delito. (ob. cit. nota 180 de la página 445).

Es factible el concurso delictual, como ya lo señaláramos respecto al art. 128 C.P., sin perjuicio de que en muchos casos se verá desplazada en concurso aparente por relación de consunción con figuras más graves.

6. Pena

Respecto a la incriminación cuando el sujeto pasivo es mayor; no podemos más que lamentar que el legislador haya perdido la oportunidad para despenalizar la conducta. No encontramos aquí ningún fundamento serio que permita conectar a este tipo de conductas con el bien jurídico protegido, puesto que un acto aislado, sin que exista un componente de violencia o de intimidación, no comporta un ataque a la integridad sexual, aunque sea molesto o, las más de las veces, incluso patético presenciar estas acciones.

Esta misma observación la realizó Vázquez Rossi al señalar, luego de repasar las colecciones jurisprudenciales, dos hechos significativos: a) que los mismos registran una cantidad que, en comparación con otros temas delictivos, es francamente reducida; y b) que al menos en los casos más espectaculares la cuestión se ha planteado en torno a obras de relativa importancia y contenido polémico[63].

Con las consideraciones realizadas, las escasas sentencias en el orden nacional que surge de la bibliografía consultada y los graves reparos constitucionales que posee la figura en términos del principio de legalidad estricta, cabe preguntarse seriamente si es necesario mantener esta figura que constituye, virtualmente, otro ejemplo de un derecho penal "simbólico".

Respecto de la punición cuando el sujeto pasivo es menor, la pena luce desproporcionada si se advierte que es igual a la prevista para tipos de resultado de mayor gravedad contra el mismo bien jurídico.

[63] Ob.cit., pág.34.

Atentado contra la Autoridad

Por **Matías Alejandro Mancini y Leonardo Pitlevnik**

Art. 237: ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones."***

Art. 238: ***"La prisión será de seis meses a dos años:***

1 Si el hecho se cometiere a mano armada;
2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
3 Si el culpable fuere funcionario público;
4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena."

Introducción:

1.- Las figuras penales de las que nos ocuparemos a continuación inician el título de delitos contra la administración pública que contiene catorce capítulos y presenta delitos de diferente índole.

Podríamos ensayar una clasificación de los delitos que conforman dicho título y decir que un grupo prevé la acción punible desplegada por un particular que afecta a la administración pública *desde fuera* de ella. Vemos, por ejemplo, al atentado contra la autoridad, la resistencia y la desobediencia a ésta, la falsa denuncia y el falso testimonio. En estos casos, la administración pública es un cuerpo al que se ataca mediante la fuerza, la mentira, el ocultamiento, la omisión de la acción debida.

Otro grupo de hechos disvaliosos está constituido por aquellos que cometen quienes, en representación de la administración pública o valiéndose de ésta, la utilizan en beneficio propio o de terceros. En estos casos, la acción proviene desde *el interior* de la propia administración. Conductas de esta clase pueden verse, por ejemplo, cuando jueces mantienen a personas detenidas más allá de los plazos legales, cuando los funcionarios aceptan dádivas o exigen indebidamente su pago a un tercero.

El ordenamiento penal busca proteger a la administración *en dos frentes*: el exterior y el interior.[1]

2.- Los delitos con los que comienza el capítulo inicial del título en cuestión pertenecerían al primer grupo. Corresponde que nos preguntemos entonces qué aspecto de la administración pública se pretende proteger con la tipificación del atentado contra la autoridad, la resistencia a ésta y la desobediencia. Hay cierto consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que el bien jurídico sería la libertad de los agentes públicos de tomar y ejecutar decisiones relativas a su función. En el mismo sentido, D'Alessio se ha referido a la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de la función pública (D'Alessio, p. 1165).

Algunas opiniones distinguen los bienes jurídicos que tutelarían estas figuras legales. Así, pues, puede citarse a Donna, para quien los tipos penales son diferentes y se excluyen entre sí en función de proteger diferentes bienes jurídicos (Donna, p. 34). Afirma este autor: "El interés social protegido por medio de la incriminación de esta conducta [el atentado] es, entonces, de un modo inmediato, la libertad de determinación del funcionario, vale decir, su libertad de decisión en su fase funcional. Mediatamente, lo que queda resguardado es la libertad de la administración pública en todas sus facetas…" (Donna, p. 38). Al referirse a la resistencia a la autoridad, dice: "El bien jurídico es la acción libre del funcionario público. La resistencia lesiona el orden de la administración pública, atacando el ejercicio de la libertad funcional, de modo que es la libre acción del funcionario público lo que el tipo penal protege inmediatamente, y mediatamente, el orden de la administración." (Donna, p. 58). La desobediencia, para el autor citado, resguarda "…la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, vale decir que mientras estén vigentes se torne ineludible su aplicación" (Donna, p. 85).

En los casos concretos, la distinción entre libertad de acción y libertad de decisión se puede volver difícil. Baste pensar en una decisión que ya ha sido tomada por la autoridad pero cuya ejecución aún no ha comenzado. Si bien se podría tratar de un acto de atentado —no hay orden en vías de ejecución—, lo cierto es que la libertad en sentido estricto tampoco se habría lesionado sino en su posibilidad de volverse acto.[2]

La diferenciación entre el atentado contra la autoridad, la resistencia y la desobediencia debería efectuarse a partir de la distinta estructura típica que presentan. Estos delitos tienden a confundirse en el

---

1 Carrara efectuó una clasificación de delitos cometidos contra la justicia pública basada en un criterio similar. Distinguió aquéllos ejecutados por personas privadas contra personas públicas, los perpetrados por personas públicas contra particulares, los cometidos por personas públicas contra otras públicas y los de particulares contra otros particulares. La categorización de los dos primeros grupos se asemeja a la que hemos expuesto al inicio del comentario. En la tercera incluyó la corrupción electoral y el fraude electoral. En la cuarta ubicó el ejercicio arbitrario de derechos, la cárcel privada y el duelo (Carrara, t. 7).

imaginario social al punto de quedar unidos en uno, con la misma facilidad con la que se repiten duplas como *premeditación y alevosía* o *culpa y cargo*. Incluso en las carátulas de ciertos expedientes se ha llegado a ver la inclusión de ambas denominaciones como si fueran indistintamente aplicables a un solo hecho. Mencionan Fontán Balestra y Millán la frecuencia de sentencias que confunden ambos tipos penales, especialmente cuando se trata de resistencias en las que el autor caería en alguna de las agravantes del atentado (Fontán Balestra y Millán, p. 356).

En el caso de la desobediencia, ésta parece quedar oculta tras la resistencia a la autoridad.

Se producen así dos efectos extraños: Por un lado, la unificación de dos conductas que aparecen descriptas en dos tipos penales incompatibles —atentado y resistencia—; y, por otro, la indiferenciación de dos supuestos distintos contenidos en un mismo precepto —art. 239 del CP—.

3.- En este apartado nos ocuparemos de las divergencias entre el atentado y la resistencia. Para ello, comenzaremos con las ideas vertidas en el fallo plenario “Palienko” de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, del año 1947, por tratarse de un precedente que sigue siendo citado por la doctrina y la jurisprudencia y continúa alimentando el análisis de ambos tipos penales.

El motivo de convocatoria de dicho plenario había sido, justamente, la determinación de las diferencias entre ambas figuras. Se resolvió en aquella oportunidad lo siguiente:

a) Comete atentado contra la autoridad el que, por los medios del art. 237 del CP —intimidación o fuerza—, se impone —exige— al funcionario público para que éste haga o se abstenga de hacer —ejecución u omisión— un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado.

b) Hay atentado, también, de parte del tercero, cuando éste ejercita violencia sobre el que ha comenzado ya su acción directa sobre otra persona para imponerle algo y esta persona “no ofrece resistencia”.

c) Existe resistencia, si la persona se opone, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella ejercida para hacerla cumplir algo. Si el tercero coadyuva a esta

2 Fontán Balestra y Millán dan el ejemplo del funcionario policial que se dirige a un lugar donde hay desorden y que, antes de llegar, es obligado mediante intimidación a retirarse, por lo que no puede actuar del modo en que habría decidido. Coincidimos con los autores en que se trataría de un caso de atentado. Ya diremos por qué. (Fontán Balestra y Millán, p. 360).

resistencia, incurre en las responsabilidades de la participación en el mismo delito y en los términos de los arts. 45 o 46 del CP.

El plenario permitió que se superaran algunas de las dudas que se planteaban en torno a estas figuras. Expondremos sucintamente el contenido de los votos:

Los jueces Pessagno y Speroni integraron una de las minorías de la sentencia. El voto del primero, al que adhirió el segundo, señaló: (a) el atentado se puede configurar haya o no haya una orden anterior a la conducta del sujeto activo; (b) la resistencia requiere una orden previa; y (c) la distinción entre ambos delitos radica en que la resistencia no tiene "la fuerza ni la intimidación del atentado".

El voto del juez Ure conformó la voz cantante de la mayoría. A él adhirieron los jueces Oderigo, Medina, Soldani y Malbrán —estos tres últimos se acoplaron en todo salvo en lo que respecta a la conducta del tercero que interviene en la acción comenzada del funcionario; en ello adhirieron al voto del juez Beruti —. Sostuvo la mayoría lo siguiente: (a) La existencia de actos de violencia no puede ser usada como pauta para diferenciar estos delitos; (b) el criterio de distinción más importante es temporal, es decir, habrá resistencia cuando la violencia se despliega y el acto funcional está en vías de ejecución, sino, habrá atentado; (c) este criterio no soluciona el difícil caso en el que el acto funcional está en vías de ejecución y el sujeto activo impone su omisión; aquí debe considerarse que en el atentado hay una "imposición" —con acto empezado o no— y en la resistencia hay una "oposición" —con acto empezado (y no terminado) y orden concreta—; y (d) el tercero resiste cuando se opone con violencia a un acto que se está llevando a cabo.[3]

El Juez Beruti fue parte de la mayoría. A su voto adhirieron de manera general los jueces Santa Coloma y Malbrán y, sólo en lo que hace a la conducta del tercero, los jueces Medina y Soldani. Según este tercer criterio: (a) el empleo de violencia no es un criterio de distinción; (b) puede producirse un atentado si no comenzó una acción directa contra alguien; de todas formas, atenta el tercero [no destinatario de la orden] que ejerce violencia a pesar de que la acción haya empezado, si el destinatario de la orden no se resistía; y (c) resiste el sujeto que se opone a una acción sobre ella y el tercero que ayuda al que resiste.

---

3 Este voto nos obliga a dejar planteados algunos interrogantes. Al tratar el caso que a su juicio no puede ser resuelto con el criterio temporal, Ure distingue entre "oposición" e "imposición" pero no señala cuál sería el contenido de cada expresión. También hace alusión a la existencia de una orden concreta en el caso de la resistencia. ¿Cuál sería el criterio de distinción? ¿la diferencia entre una "oposición" y una "imposición", o la existencia de una orden concreta? ¿Es lo suficientemente diáfana la referida diferencia como para sustentar el encuadramiento de una conducta en un tipo penal o en otro? Además, ¿es la referencia a una orden concreta un criterio de distinción coherente con otros párrafos del mismo voto? Nótese en este sentido que se dice en el voto que puede haber atentado a pesar de existir un acto en vías de ejecución. Ello contradiría la parte resolutiva del fallo —que requiere que el acto funcional no haya comenzado— a menos que entendamos que habla del atentado del "tercero". Sin embargo, Ure señala que el tercero que se opone a un acto llevándose a cabo, resiste a la autoridad.

El juez Vera Ocampo, que integró la mayoría, señaló que el atentado consiste en la imposición de un acto elegido por el particular, y la resistencia implica la oposición a un acto dirigido a alguien.

En definitiva, de la lectura del fallo en cuestión se desprende que el atentado implicaría, en general y conforme la postura dominante, la imposición de un acto positivo no dispuesto voluntariamente por el funcionario o la imposición de la omisión de un acto no comenzado. También habrá atentado por parte de un tercero —aquél a quien no se ha dirigido la orden directa de un funcionario— cuando ejerza violencia contra un funcionario para imponer algo, aun cuando la acción ya haya comenzado, siempre que el destinatario no se estuviera resistiendo. Habrá resistencia cuando el sujeto activo se oponga con violencia a un acto comenzado y contra él dirigido. Si un tercero ayuda en esta resistencia, se aplicarán las reglas de la participación.

Las ideas vertidas en el caso "Palienko" continúan siendo útiles al momento de interpretar los delitos en cuestión. En ambos injustos debe existir algún grado de violencia. Se distinguen mediante el criterio temporal, es decir, debe determinarse si ha comenzado o no la ejecución de un acto dirigido contra el sujeto activo. Este parámetro cede en un caso: Aun con un acto en vías de ejecución habrá atentado si el tercero ejerce violencia contra el funcionario, siempre y cuando no participe en la resistencia ejercida por el destinatario de la orden.[4]

4.- Sin perjuicio de los criterios de distinción ensayados, debemos reconocer que la diferencia entre el atentado y la resistencia no anula toda posibilidad de entrecruzamiento, pues, como ocurre en toda categorización, la fluidez de la realidad se opone a ser encasillada en un compartimento en el que sólo caben conceptos. Hemos pretendido fijar estándares que faciliten una resolución previsible de los casos pero ello presenta grandes limitaciones. Un ejemplo sería un atentado contra un funcionario que, ante la reacción de éste o de otra autoridad que acuda en defensa de la administración, se convirtiera en resistencia. Es decir, la conducta de quien pretende imponer una acción a la autoridad puede derivar en un comportamiento destinado a impedir la ejecución de una orden. Se trata de un *continuo*, por lo que es difícil determinar si la

4 El caso de aquél que no es destinatario de la orden y que ejerce violencia puede considerarse un supuesto de superposición parcial de espacios típicos entre el atentado y la resistencia. El primero tendría los siguientes elementos típicos: (a) Sujeto activo, (b) actividad del funcionario desplegándose, (c) ejercicio de violencia contra funcionario para contrarrestar ese despliegue, y (d) falta de una orden concreta dirigida al sujeto activo. Si reemplazamos el elemento (d) por el (d´) consistente en la existencia de la referida orden, nos encontramos frente a una resistencia. Así planteada la cuestión, podría alguien postular que estamos frente a un concurso de leyes en el que debe aplicarse el principio de especialidad. Ahora bien, ¿qué tipo debe considerarse especial?, ¿cuál sería el más detallado?

resistencia, como delito menor —sólo por su mínimo—, queda absorbida por el atentado anterior o si puede separarse como un acto diferente. Si no se escinde el segundo tramo puede darse el curioso caso de que se aplique la figura agravada del atentado con el empleo de armas (arts. 237 y 238 inc. 1° del CP) si en la segunda etapa del comportamiento hubo una oposición armada.

También se dificulta la tipificación, conforme señala Abraldes (pag. 68), en los casos de actos administrativos complejos constitutivos de procedimientos en los que se intercalan distintos actos del particular.

Por su parte, Fierro (pag. 13), contra las opiniones de Donna y Soler, menciona que la resistencia no requiere forzosamente una "disposición ejecutable contra alguien", es decir, puede no hacer falta que exista un destinatario concreto. Para este autor, la reacción de los vecinos que impiden el actuar policial que intenta incautar un automóvil con pedido de secuestro activo conforma una resistencia y no un atentado. Ello, aunque la acción de la autoridad no vaya dirigida contra alguien (el sujeto involucrado en el ilícito anterior puede ser desconocido). Se aprecia aquí que en caso de que la autoridad dirija su accionar contra una persona que no se resiste, habría atentado de parte del tercero que ejerce violencia. En cambio, cometería el delito de resistencia el tercero cuando el acto de la autoridad se dirige contra una cosa.

Asimismo, puede resultar problemático que el código incluya como supuesto de atentado a aquél que se realiza contra "la persona [privada] que le prestare asistencia [al funcionario público] a requerimiento de aquél". La reforma de la ley 17567 había suprimido este supuesto. Fontán Balestra y Millán afirmaban la razonabilidad de esa modificación, en virtud de que el particular carece de función pública. Por ello, no se le puede imponer que haga o deje de hacer algo relativo a funciones de las que carece (Fontán Balestra y Millán, p. 362). En el caso de la resistencia la disposición es más razonable, pero en el del atentado, es difícil imaginar de qué manera se puede atentar contra quien colabora con la autoridad, pues dicho colaborador no parece tener capacidad de decisión que pueda ser coartada previamente por quien sería autor del delito.

Art. 237 del Cód. Penal. Atentado contra la autoridad:

"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones."

1.- La ley lo define como el empleo de intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. La pena prevista es de un mes a un año de prisión.

Una de las primeras dificultades que se presentan al analizar la normativa es determinar qué debe entenderse por “funcionario público”. Nuestro Código Penal se refiere a aquél en sus dos libros. En el tercer párrafo del art. 77 se establece que “por los términos `funcionario público´ y `empleado público´, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.”[5]

En razón de la amplitud que tiene la definición transcripta, es discutible que la Ley 25188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública haya extendido su significación.

2.- La ley prevé que el acto exigido al autor sea propio de sus funciones. ¿Qué sucede con los casos en los que son de competencia del funcionario prácticas que formalmente —de acuerdo con la reglamentación vigente— le son ajenas? Se trata de actos que, en estamentos públicos precarios, se ven acrecentados por la delegación de funciones o la desaparición de límites precisos. Por ejemplo, podemos mencionar a los secretarios que redactan sentencias, a los residentes que asumen obligaciones de médicos de planta, a los suboficiales que realizan actos reservados a funcionarios de mayor jerarquía. Una interpretación estricta del art. 77 del CP auspiciaría concluir que en estos supuestos, no hay atentado.

Cuando se exige un acto ajeno a la competencia funcional del coacto podría configurarse una tentativa inidónea de atentado o un delito de amenazas coactivas. Calificar la conducta de este último modo presenta la particularidad de que la pena conminada supera la prevista para el atentado. Ello es ejemplo de la falta de coherencia del Código Penal. En efecto, el art. 237 prevé una pena de quince días a un año de prisión para el que afecta mediante fuerza o intimidación la libertad de decisión del sujeto pasivo y el buen desempeño de la administración pública, mientras que el segundo párrafo del art. 149 bis sanciona con pena de dos a cuatro años de prisión al que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.[6]

---

5 El art. 240 del CP establece que, a los efectos de los dos artículos anteriores —hoy por hoy, 238 ter y 239—, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiese aprehendido a un delincuente en flagrante delito. Independientemente de la censurable utilización del término “delincuente”, con respecto a este precepto se pueden reeditar la crítica y la defensa que mencionáramos al abordar la inclusión como sujeto pasivo de los delitos bajo estudio del particular que colabora con un funcionario.

6 Un problema similar se observa al estudiar los delitos de exacciones ilegales (art. 266 del Cód. Penal) y de extorsión (art. 168 del Cód. Penal).

3.- Por último, debemos mencionar que la ley no establece como requisito para tener por consumado el delito que el funcionario realice el acto exigido.

Si bien hay quienes sostienen que esta figura no admite la tentativa, parece posible imaginar el caso de quien envía un mensaje intimidatorio a través de un tercero o de una carta pero su amenaza nunca llega a destino.

Art. 238 del Cód. Penal. Agravantes del atentado: ***"La prisión será de seis meses a dos años:***

1 Si el hecho se cometiere a mano armada;

2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;

3 Si el culpable fuere funcionario público;

4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena."

Las circunstancias agravantes previstas en el art. 238 del Cód. Penal sólo se aplican respecto del atentado. Ello, en razón de que el precepto en cuestión no menciona cuál sería la conducta respecto de la cual deben predicarse las circunstancias especiales relatadas en la norma. Dichos extremos sólo pueden referirse a un comportamiento previsto con anterioridad en el Código.

Sería de una inaceptable técnica legislativa que el Código Penal enunciara en un primer momento las circunstancias accesorias, modificativas de un elemento principal, y luego se ocupara de dicho elemento.

1. Si el hecho se cometiere a mano armada.

La expresión que contiene el precepto se refiere a la comisión del atentado mediante el empleo de un arma. Debemos responder dos preguntas centrales: ¿la figura contempla el uso de armas "propias" e "impropias"? y ¿el arma en cuestión debe aumentar el poder ofensivo del sujeto activo o basta con que acreciente sus posibilidades de intimidación?

Las respuestas que ofrezcamos se apoyarán en el fundamento que demos a la agravante. Se ha discutido si éste consiste en la mayor intimidación o en la mayor puesta en peligro a los bienes jurídicos. Vale

recordar que un debate similar se ha sucedido antes de la última reforma del artículo 166 del Cód. Penal y otro se produce al momento de interpretar el delito de amenazas con armas.

En el presente caso, entendemos que el fundamento de la mayor pena consiste en el aumento en la puesta en riesgo de los bienes en juego. Esta interpretación pretende otorgar la mayor armonía posible al Código de Fondo. Veamos:

Unánimemente se viene señalando que el "robo con armas" —a secas— es aquél que se comete con un adminículo que aumenta la ofensividad. El robo llevado a cabo con un arma de utilería o con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada tiene menos pena que aquél y encuentra su razón de ser en la intimidación desplegada. Los atentados cometidos mediante la utilización de "armas" –a secas– aumentan el riesgo que corren los bienes jurídicos por lo que les cabe la figura agravada. Por la misma razón, se aplica la agravante en el caso de armas "propias" y armas "impropias".

La solución que proponemos se ve auspiciada por una interpretación sistemática del Código.

Por su parte, Donna señala que "…la pena se agrava debido al mayor poder intimidante del medio utilizado, que lleva a que sea más difícil la defensa de la víctima, y con ello se facilita la acción del autor del hecho. Soler, *sin embargo*, ha sostenido que la agravante no tiene relación con el real peligro corrido por la víctima." (Donna, p. 51). Luego afirma: "En síntesis, para esta posición se incluyen en la categoría las armas propias e impropias, siendo suficiente que tengan aptitud ofensiva u defensiva. Es que la agravante tiene como base que con arma se intimida, y que el autor sabe que las puede utilizar, lo que le da mayor poder intimidatorio, desde el punto de vista subjetivo." (Ibídem).

Asimismo, según D´Alessio la agravante se funda "…en el mayor poder intimidante que posee quien emplea un arma, así como también en las menores posibilidades de defensa y en el mayor peligro corrido por la víctima." (D´Alessio, 1ª ed., p. 766).

Se aprecia, pues, que, aunque los autores citados se refieren al poder intimidante, la exigencia de mayor peligro termina imponiéndose como requisito. Es decir, el arma debe tener aptitud para cumplir sus fines.

2. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas.

Suele sostenerse que el fundamento de esta agravante reside en la mayor intimidación que genera

esta modalidad delictiva (confr. Donna, p. 53, y D´Alessio, 1ª ed., p. 767). El mayor temor se produciría en virtud del aumento del riesgo de afectación a la administración.

El hecho debe cometerse por un grupo de cuatro personas como mínimo. En razón de que el precepto se refiere a una reunión, entendemos que los cuatro sujetos deben hallarse presentes al momento del atentado. No todos tienen que desplegar la misma conducta ni hacerlo en el rol de coatores, aunque deben tener un grado de participación punible. En este sentido, Donna tiene dicho: "Tal como lo explicita agudamente Tozzini, la preposición `por´ empleada por la ley tiende a dar dinamismo al tipo y señala la necesidad de que la `reunión de más de tres personas´ atente contra el funcionario, de modo tal que si, por ejemplo, de los cuatro agentes reunidos uno asumiera un papel pasivo, de simple contemplación, no se daría la forma agravada." (Donna, p. 54).

Donna afirma: "Cada una de las personas reunidas puede haber concurrido para imponer un acto distinto del funcionario. Lo relevante, como ya se dijo, es que ejerzan conjuntamente, en igual tiempo y espacio geográfico, intimidación o fuerza sobre el sujeto paciente." (Ibídem). No podemos compartir esta interpretación. Ello, en virtud de que el Código menciona "el hecho" que se cometiere por una reunión. Por tal término entendemos "el atentado". Éste no importa únicamente el empleo de fuerza o intimidación, sino que también requiere de la imposición de determinada conducta al funcionario. Por tal razón, los miembros de la reunión deben imponer el mismo comportamiento, de lo contrario habría varios atentados simples.

No es necesario que se configure una "banda". Una reunión no necesita de aquellos elementos que muchas veces suelen ser asignados al concepto de banda. La división de roles, el liderazgo, la calidad de coautores en los intervinientes, por ejemplo, no son requisitos de una reunión. En este sentido, tiene dicho Donna que "[e]l elemento objetivo del tipo `reunión´ indica que los atentados deben estar presentes en el lugar y momento del hecho, bastando la agrupación accidental o eventual en aras del objetivo típico: el de atentar en forma conjunta; de tal forma, no se exige plan o concierto previo." (Ibídem).

Por último, se ha preguntado la doctrina si la agravante se configura cuando hay inimputables en la reunión de cuatro personas. Donna responde que, para que así sea, todos deben haber entendido el acto (ibídem). Por nuestra parte, entendemos que la presencia de inimputables partícipes del delito no es óbice para la condena de quien tenga plena capacidad. Ello, en razón de que la exclusión de la pena se basa en cuestiones de culpabilidad. El tipo penal agravado ha sido completado por todos los intervinientes.

3. Si el culpable fuere funcionario público:

En este caso se agrava la pena exclusivamente en razón de la calidad que inviste el sujeto activo —

funcionario público—. De dicha calidad surgiría la mayor obligación que tiene éste de respetar la Administración Pública. Donna ha afirmado que “el particular que según el caso quede equiparado a funcionario por la aplicación del artículo 240 del Código Penal, no es susceptible de quedar atrapado por este inciso, por una parte, y, por otra, no es necesario que el agente actúe en el ejercicio de sus funciones y abusando de ellas, vale decir, que no es indispensable que haya relación entre la función que se ataca y la que se desempeña. Por lo tanto, agravará el tipo tanto el funcionario policial o juez que quiera imponerle un acto a la autoridad, que tenga que ver con sus funciones, como el autor que es funcionario de cualquier otra área, que nada tenga que ver con el hecho en sí.” (Donna, p. 55). Del mismo modo, Soler ha señalado que “[e]n el inciso tercero no se hace diferencia alguna con respecto a la naturaleza de la función pública desempeñada por el funcionario público, de manera que la agravación parece fundada exclusivamente sobre la calidad que inviste el autor, de la cual derivaría una obligación reforzada de respeto genérico a los demás órganos del Estado” (Soler, p. 102). Se manifestaron de idéntica manera Argibay Molina (p. 304) y Jorge Buompadre (p. 58).

Creus agrega que “[a] la infracción que constituye el delito se suma el desprecio por la observancia de las normas que garantizan el funcionamiento de los demás órganos del Estado y que el funcionario, en cuanto tal, debe observar, con mayor cuidado que el ciudadano común; la Administración, por lo tanto, se ve doblemente ofendida: por la lesión propia del delito y por la lesión al deber de respetar sus procedimientos que tiene el funcionario que actúa dentro de ella.” (Creus, p. 56).

En efecto, debe aplicarse la figura agravada aun cuando el hecho se cometiera sin mediar abuso de su función o cargo, pues el deber jurídico del funcionario es de mayor entidad que el de un particular.

Puede utilizarse como sostén normativo de esta interpretación la citada Ley de Ética en la Función Pública. La mayor obligación de los funcionarios así como su “deber extra” podrían apoyarse en el art. art. 2 inciso “a”, que manda a tales funcionarios a cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno.

4. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad:

La expresión “poner manos en la autoridad” es de carácter metafórico. Este estilo podría ser criticado desde una perspectiva de técnica legislativa. De todas formas, no es común que se cuestione este precepto desde el punto de vista del principio de legalidad, que demanda claridad en la ley penal. Este inciso

rige en nuestro país desde hace muchos años y hay consenso en cuanto a que se refiere a "…ejecutar actos de fuerza sobre la persona del sujeto pasivo, siempre que el autor no obre a mano armada. Ejemplo: aplicarle golpes, empujones o sujetarlo." (D´Alessio, 1ª ed., p. 767). En el mismo sentido, Donna señala "… que la acción consiste en el contacto físico entre el autor y su víctima." (Donna, p. 57).

Un sector de la doctrina entiende que el tipo agravado se superpone con la propia figura básica. Por este motivo, aquél sería inaplicable (confr., por ejemplo, Donna, p. 57). D´Alessio hace suya la posición de Molinario y afirma "…que el problema es irresoluble: siempre que el autor emplee violencia en contra del sujeto pasivo se dará el tipo calificado, lo que dejará sin contenido a la figura básica. En consecuencia entiende que, además de inaplicable, la figura es violatoria del *non bis in idem*." (D´Alessio, 1ª ed., p. 768).

Si, como señalaban Fontán Balestra y Millán, la fuerza de la figura básica se corresponde con la fuerza física sobre el sujeto pasivo, no queda margen para la aplicación de la agravante que se analiza (Fontán Balestra y Millán, p. 358).

Quienes sostienen que no se produce una doble valoración señalan que la figura agravada encuentra su razón de ser en la mayor ofensividad de la conducta y el mayor peligro corrido por el sujeto pasivo.

Entendemos que no hay una doble valoración ni una superposición de las figuras, puesto que el atentado puede consistir en imposiciones que no importen el ejercicio directo de violencia sobre la persona del funcionario.

Bibliografía:

Abraldes, Sandro, *Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad,* en Delitos contra la Administración Púlica, Revista de derecho penal, Donna (dir.) 2004–I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

Argibay Molina, José F., "Consideraciones sobre el delito de atentado a la autoridad", Revista de Derecho Penal y Criminología, nº1-ENERO-MARZO, La Ley, Buenos Aires, 1969.

Buompadre, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, MAVE. Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001.

Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, t. VII, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 1972.

Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

D´Alessio, Andrés, *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte especial (arts. 79 a 306)*, dirigido por Andrés D´Alessio, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009 (1ª ed., 2004).

Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

Fierro, Guillermo, "Resistencia y desobediencia a la autoridad", en Delitos contra la Administración Púlica, Revista de derecho penal, Donna (dir.) 2004–I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 9-29.

Fontán Balestra, Carlos, y Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal. Ley N° 17.567*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte Gral. T I,* Ed. Civitas Madrid, 1997, (Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal) pag. 1022.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967.

Delitos contra la Seguridad Pública

Por **Enzo Finocchiaro**

Art. 200: ***"Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas".***

Art. 201: ***"Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo".***

Art. 201 bis: ***"Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a diez años de reclusión o prisión.***

En todos los casos se aplicará además multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos".

Art .202: ***"Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas".***

Art. 203: ***"Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de cinco mil pesos a cien mil pesos; si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis meses a cinco años".***

Art. 204: ***"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito".***

Art. 204 bis*: "Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de cinco mil pesos a cien mil pesos".*

Art. 204 ter: ***"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años y multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos, el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados".***

Art. 204 quater: ***"Será reprimido con multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos, el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204".***

Art. 204 quinquies: ***"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización".***

I) Antecedentes

En el Proyecto de Tejedor de 1866 encontramos varias figuras relacionadas con los delitos contra la salud pública. Así, el quinto y último Título de la segunda parte del Proyecto, se

denominaba “De los crímenes y delitos contra la salud pública”. Allí, se castigaba a quien a sabiendas expenda o elabore sustancias nocivas para la salud o que puedan causar estragos (art. 1), entre otras figuras.

Como antecedentes, Tejedor cita a los arts. 160 del Código peruano y 253 del Código español. Cita a Pacheco como doctrina y dice que “Si las sustancias medicinales no pudieran hacer más que bien, y fuesen indiferentes, cuando no lo hicieran, nada tendría que decir la ley penal respecto a su elaboración y su despacho. Entrarían bajo las reglas comunes de cualquier otro producto, y podrían venderse como se vende el pan y el agua. Pero el hecho no es así. Si estas sustancias tienen fuerza y vigor para producir algunas veces el bien, es a costa de tenerlo que causar en otros mucho el mal. Todo remedio heroico es un veneno: todo lo que sirve para curar sirve, asimismo para dar muerte. Veneno es el opio, veneno es el mercurio, veneno son todos los medicamentos de alguna importancia. Aun los que emplea la homeopatía, son veneno por su naturaleza, si por ventura no pueden serlo por la dosis o por la cantidad. De estos principios se sigue la natural y necesaria intervención del Estado en el comercio y despacho de las medicinas”.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, colocaba estas figuras en los delitos contra el orden público, en los artículos 126 y 127, pero con la letra del proyecto de 1866-1868.

El proyecto de 1891 colocó estos delitos en el capítulo contra la segundad pública. Esto fue luego seguido por el proyecto de 1906, que a su vez fue adoptado por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria, y pasó al Código de 1921, con nueve artículos (art.20 a 208). Es decir que es la letra de Tejedor, con la ubicación del Proyecto de 1891.

Las Leyes 11.309 y 11.331 modificaron el art. 204, para incluir a los estupefacientes. A ellas se sumó luego la reforma de la 23.737, que introdujo a los arts. 204 bis, ter y quater.

Finalmente, la Ley 26.524 produjo una reforma muy importante en los tipos que iremos viendo, pero a esta altura baste decir que modificó los arts. 200, 201, 203 y 204 inclusive y agregó el art. 201 bis[1]. Por su parte, la Ley 25.890 modificó el art. 206.

Al sancionar la Ley 26.524, se dijo que "La sanción de la presente permitirá satisfacer, a través de nuevas normas represivas, necesidades actuales en materia de protección de la salud pública y el medio ambiente en general, aumentando el espectro de las figuras hasta ahora recepcionadas por la legislación. Ello, con la finalidad de definir como nuevos tipos penales a determinadas conductas disvaliosas que en la actualidad vienen consternando a la opinión pública y se han manifestado con un grado de peligrosidad y reiteración que no permiten que se las continúe ignorando como tales en materia penal, requiriendo de una urgente solución legal". Ya veremos que para varios sectores de autorizada doctrina, como suele ocurrir, la norma se sancionó "a las apuradas" y por ello se cometieron ciertos errores denotativos de dicha "celeridad".

II) Bien jurídico

Como bien señala Donna, la salud pública como valor comunitario es inmanente a la sociedad y entonces debe ser una preocupación del Estado; se trata de una intervención que tiene que ver con el Estado social y democrático de Derecho, habida cuenta de que no se deja el ámbito de los alimentos y de las sustancias medicinales sólo en manos del mercado. Este es un problema del que todavía no se ha tomado conciencia en la Argentina, habida cuenta de que en la última época se dejó este tema en manos de los privados, con el consiguiente perjuicio a la salud de la población en general. Debe tenerse en cuenta que la protección que se brinda en este capítulo es a la salud pública, en el sentido de dimensión social del bien jurídico protegido, que significa que se va más allá de la mera suma de saludes individuales[2].

[1] Como ha sucedido y continúa sucediendo muy a menudo en Argentina, esta Ley no obedece sino a urgencias legislativas basadas en reclamos populares por hechos resonantes. Como lo expresa el propio proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo, el disparador del mismo no fue otro que las muertes acaecidas en la provincia de Río Negro por la ingesta de "Yectafer" falsificado.
[2] DONNA, Ob. Cit., p.204.

Por su parte, Creus dice que es "el estado sanitario de la población lo que se protege y, como en los delitos anteriores, si bien el resultado sobre personas determinadas se toma en cuenta, en ciertos tipos, sólo se hace como una agravante y de manera preterintencional"[3].

Entendemos a la salud pública como la salud de todos, la de la población en general, de manera indeterminada y que va más allá de la suma de las saludes individuales de los habitantes. El constituyente así lo ha entendido y por ello decidió tutelar el derecho a la salud como un derecho de todos los seres humanos que pisen suelo Argentino. En nuestro Preámbulo, leemos "con el objeto de (…) promover el bienestar nacional". Entendemos que el derecho a la salud se encuentra dentro de los "derechos implícitos" que prevé el art. 33. Asimismo, este derecho se encuentra incluso en varios instrumentos internacionales que se mencionan en el artículo 75 inc.12.

Argentina es un país con tristes recuerdos en lo que a delitos contra la salud pública se refiere. Lo veremos a su debido tiempo, pero con recordar el caso de los vinos "Soy Cuyano" y "Mansero", el caso de los propóleos de los laboratorios "Huilén" y el caso más reciente del medicamento "Yectafer", nos es suficiente.

Para peor, o mejor, Argentina es uno de los países signatarios de la Carta de Ottawa[4], un instrumento en donde específicamente se obligó a "intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores".

Algo de ello se intentó con la Ley 26.524, pero no es suficiente. Volvemos a reiterar nuestra idea sobre lo erróneo que resulta pretender echar mano a la Ley penal para suplir falencias que otros estamentos no pudieron o no supieron resolver.

Como bien se ha dicho "así como las viejas prescripciones no impidieron la adulteración y falsificación de medicamentos a gran escala con secuelas de agravamiento de enfermedades y la

[3] CREUS, Ob. Cit., p.57.
[4] Emitida en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el día 21 de noviembre de 1986.

muerte, tampoco lo logrará este renovado intento. La prevención y el control, una política adecuada en la materia y el ejercicio responsable y honesto por cada una de aquellos involucrados en esta actividad serán como siempre los medios para evitar las transgresiones y sus graves secuelas en una materia tan delicada para la paz social como lo es la salud pública"[5]. Muy cierto.

ENVENENAMIENTO O ADULTERACIÓN DE AGUAS POTABLES, O SUSTANCIAS ALIMENTICIAS O MEDICINALES

Artículo 200: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

I) Antecedentes

Matienzo, Piñero y Rivarola tomaron el concepto de envenenamiento y adulteración del art. 318 del Código italiano y lo introdujeron en su Proyecto. Moreno, buen sistematizador, hizo lo propio en el suyo, y sin mucha discusión se plasmó en el Código de 1921, acompañado por las normas que venían de la época de Tejedor, según ya vimos.

Luego, los Decretos - Leyes 17.567 y 21.338 lo reformaron, agregándole la acción de contaminar, tratándose, según se dijo, se adaptarse al progreso y el desgaste que comenzaba a mostrar el medio ambiente.

La ley 23.077 volvió al Código original, hasta que la Ley 26.524 hizo la reforma señalada, dándole la redacción actual.

[5] MANCHINI, Héctor – "Delitos contra la salud pública - Ley 26.524" - Publicado en: DJ 17/02/2010, 393.

Antes de esta última norma, los verbos típicos eran envenenar, adulterar y contaminar. La reforma quitó “contaminar” (que hubo sido introducido por el Decreto – Ley 21.338) y agregó “falsificar”, en clara alusión a los nuevos casos surgidos jurisprudencialmente, que quedaban sin punir hasta entonces.

II) Bien jurídico

Obviamente, aquí corre peligro la segundad común, en cuanto derecho de la población al bienestar general, pues quien envenena las aguas o las sustancias de consumo humano, claramente introduce un riesgo general que no puede soslayarse ni desprotegerse.

III) Análisis de la figura

a) Tipo objetivo

Las conductas típicas aquí son las de envenenar, adulterar o falsificar; las tres son modos de alteración de las sustancias. *Envenena* el que agrega a la sustancia otra, de suyo tóxica o que se vuelve tóxica al mezclarse con aquélla; no es, pues, indispensable, mezclar o agregar *veneno,* sino hacer venenosa la sustancia que es objeto de] delito. *Adultera* el que cambia (agregando o quitando) las calidades de la sustancia, menoscabando sus propiedades para su utilización por el hombre. *Falsifica* quien engaña a un tercero de buena fe a través de la creación o modificación de ciertos documentos, efectos, bienes o productos, con el fin hacerlos parecer como verdaderos, o para alterar o simular la verdad.

El envenenamiento, adulteración o falsificación deben ser hechos de un modo peligroso para la salud como requisito de idoneidad, de forma tal que si ello no llega a determinarse, la conducta será atípica en estos términos.

No es indispensable que se afecte a toda una comunidad, sino que es suficiente con una colectividad de personas, como denotativo de un número indeterminado de ellas. El daña a una persona en particular, revestirá otro tipo de calificación legal, pero no será subsumible aquí.

El objeto del delito son las aguas potables, las sustancias alimenticias y las sustancias medicinales. Las *aguas potables* son las que tienen aptitud para ser ingeridas por las personas, directamente o utilizándolas para el cocimiento de alimentos; no es indispensable que alcancen un determinado grado de potabilidad; hasta el agua que sólo es relativamente potable o que tiene que ser potabilizada por medio de procedimientos técnicos, puede constituir el objeto del delito cuando la acción ataca su calidad haciéndola menos apta de lo que es normalmente. *Sustancia alimenticia* es todo sólido o líquido que normalmente ingiere el hombre a fin de alimentarse, cualquiera que sea su valor alimenticio, aunque sea mínimo. *Sustancia medicinal* es todo sólido o líquido normalmente empleado *con* el fin de curar enfermedades o preservar la salud, cualquiera que sea su modo de administración (ingestión oral, inyectables, fricción, contacto, adherencia); quedan comprendidos los elementos que, teniendo un destino fundamentalmente estético, su actividad se ejerce mediante la preservación del normal funcionamiento o mantenimiento de partes del cuerpo (lociones capilares, cremas para la piel). Sólo se consideran los medicamentos utilizados por el hombre, dejándose fuera del tipo los de uso veterinario[6].

Como requisito del tipo, se exige que los recursos mencionados estén destinados al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Se ha dicho que “en los términos del artículo 200 del Código Penal, pues la acción de "adulterar" allí mencionada está referida a la que se ejercita sobre un objeto auténtico o genuino y que tiene como consecuencia la modificación del objeto por la mera alteración de sus condiciones,

[6] CREUS, Ob. Cit., p.66.

por la sustitución o supresión de alguno de sus componentes o agregación de otra sustancia…Es sabido que los medicamentos son un instrumento de suma importancia para prevenir y curar enfermedades y que si no se utilizan adecuadamente pueden perder parte de su efectividad e incluso ocasionar perjuicio para la salud al no cumplir con el efecto terapéutico buscado”[7].

También se dijo en el mismo sentido que “Dispone el artículo 200 que las penas serán aplicadas "al que envenenare, contaminare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o substancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas...”. El objeto material esta dado por las substancias medicinales que son las destinadas a combatir las enfermedades y sus causas o a morigerar sus efectos, sean dolorosos, incómodos o perjudiciales, tanto si son antídotos que se aplican directamente contra la dolencia como si solamente alivian dolores. Por otro lado, debe darse una situación determinada y es que deben estar a disposición de cualquiera, destinados al uso público o al consumo de una colectividad de personas, dice la ley. La figura debe reservarse -quizás éste sea el punto mas cuestionado en estas actuaciones -a casos en los que haya un peligro para la salud. Se trata pues, de una infracción material que se concreta en la creación efectiva de un peligro, derivado del puro hecho de envenenar o adulterar algo que queda a disposición indeterminada de las personas o grupos de personas. Autores como Carrara y Civoli entienden que basta con el hecho de haber envenenado o adulterado las aguas o substancias para que el delito se consume, precisando este último autor que la norma se refiere al peligro para la salud de quien tiene la probabilidad de ingerir las substancias envenenadas o corrompidas”[8].

Por su parte, la Cámara de Casación dijo que “la salud no tiene en la norma en estudio el alcance restringido que se le debe atribuir por ejemplo en el art. 89 del C.P. -grado de equilibrio orgánico, en ese caso, del que goza la víctima- sino que comprende el bienestar corporal y fisiológico de las personas en general. El envenenamiento, la contaminación o la adulteración se realizan de un modo peligroso para la salud así entendida no sólo si pueden producir, agravar o prolongar enfermedades, sino también si pueden causar otros deterioros corporales o fisiológicos

[7] CNCRIM Y CORREC FED, Sala II - 22/10/2009 - Causa nº 27.935 - Royo, María y otra s/prescripción.
[8] CNCRIM Y CORREC FED, Sala I - 21/12/2000 - Causa n° 32.569 - Pérez, Héctor y otros s/ proc.

incluidos los que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos aunque más no sea temporalmente (ej. estados de cansancio o nauseosos). Asimismo se trata de un delito de peligro abstracto derivado del grado del envenenamiento, contaminación o adulteración. Por consiguiente su consumación es instantánea aunque de efectos permanentes, no demanda daño efectivo para la salud general ni un peligro concreto de que éste se produzca y ni siquiera requiere que en la situación concreta personas determinadas o alguna persona hayan usado el agua o consumido las sustancias alimenticias o medicinales. Por lo demás una acción puede no constituir envenenamiento pero sí adulteración. El concepto de adulteración que interesa a este artículo es la adulteración peligrosa para la salud. A los fines del art. 200 es adulteración toda alteración -sea total o parcial- de la sustancia de un cosa que, sin ser la directa agregación de un tóxico, altera sus propiedades alimenticias o medicinales volviéndola peligrosa para la vida o la salud de las personas. Así algo "peligroso para la salud" es algo que conlleva riesgo o puede ocasionar daño, entendiéndose por tal, un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Como bien lo señala el a quo quien frente a una situación de dolor, probablemente derivada de alguna patología, ingiera un medicamento espasmolítico adulterado -aunque con sustancia neutra- no va a obtener un alivio en su malestar, por el contrario, éste habrá de prolongarse generando así esa posibilidad de daño a la que alude la norma cuya aplicación se cuestiona”[9].

Como crítica a la nueva redacción, se ha dicho que “La incorporación de la acción típica "falsificar" deviene redundante pues queda abarcada por otra de las acciones típicas que ya preveía el texto legal "adulterare". Ello es así por cuanto falsificar significa "falsear o adulterar una cosa". En este escenario cabe preguntarse entonces qué han tenido en mente los legisladores al querer incluir dicha acción en la modificación, esa respuesta, luego de haber analizado los antecedentes del debate parlamentario, no pude encontrarla, pues se enorgullecen con ello sin advertir algo tan elocuente como lo que se acaba de consignar que surge claramente del diccionario. La ley penal claramente se construye a través del lenguaje el que debe ser utilizado dentro del significado que comúnmente tienen los términos (interpretación gramatical) salvo el caso de los elementos normativos que requieren de una valoración especial. De lo expuesto cabe concluir que, más allá de la decisión de incluir como pena conjunta a la pena de multa y de excluir el agravante en el segundo

[9] CNCP, Sala II - 12/11/2003 - Solís Colucci, Juan Ernesto y Morales Valencia, Horacio Alberto s/recurso de casación

párrafo, la reforma del artículo 200 CP no implica cambio alguno en la forma en que venía interpretándose el anterior texto legal”[10].

Es de destacar que en la anterior redacción se preveía un segundo párrafo donde se plasmaba la agravante a consecuencia de la muerte de una persona, pero ello fue trasladado al art. 201 bis y allí será analizado.

b) Tipo subjetivo

El dolo supone conocimiento del carácter y destino del objeto, así como el de la naturaleza de lo agregado, extraído o falsificado y la consecuente voluntad de envenenar, falsificar o adulterar, pero no es imprescindible el dolo directo; el tipo es perfectamente compatible con el eventual.

c) Consumación

El hecho se consuma con la realización de la acción de envenenar, falsificar o adulterar, convirtiendo al agua o sustancia en peligrosa para la salud, a tenor del bien jurídico que se ha intentado proteger. Por ende, no es necesario que se haya producido ningún resultado. Claramente es admisible la tentativa, dado que con el inicio de la acción, sin llegar a completarse, podría estarse en dicho supuesto. Si el medio no es idóneo, estaremos ante una tentativa de delito imposible.

IV) Casos

Seguidamente, reseñaremos tres casos que evidenciaron la importancia de contar con normas adecuadas en materia de salud pública, y en especial de normas que repriman las conductas que hagan peligrar el bienestar colectivo, como engranaje de aquélla.

[10] PIÑA, Roxana - Modificación del Código Penal ley 26.524 - LA LEY 2010-A, 713.

a) Yectafer[11]

A fines del año 2004, Verónica Díaz, una joven de 22 años, falleció en el hospital Arremedes Gatti, de la capital rionegrina de Viedma, a causa de un supuesto envenenamiento, luego de haber sido ingresada con un cuadro de anemia leve. La investigación luego anotició que a Verónica se le había suministrado el medicamento "Yectafer", como parte rutinaria del tratamiento clásico para pacientes anémicos. Cuando los técnicos del INAME (Instituto Nacional de Medicamentos) compararon la ampolla con las que fabricaba el único laboratorio que por entonces tenía aquí ésa patente, notaron que la ampolla era más grande, que no cabía en el envase normal. Luego determinaron que los rótulos y logotipos eran falsos. El líquido, que debía ser amarillento, era rojizo. Así, todo el lote con el que contaba el hospital era gemelo de uno legal. Ése era "trucho".

Luego se sucedieron cinco víctimas más y la causa recayó en el Juzgado Federal porteño a cargo del Dr. Ollervides. El peritaje fue certero: Si bien las sustancias que había en la ampolla eran las que tendría que haber, la relación, en el caso del hierro, que debía ser de 3 a 1, era de 300 a 1. Afortunadamente, se logró detectar y sacar el lote de circulación, antes que se produjeran más muertes.

Al allanarse el domicilio de los acusados, se encontró un laboratorio clandestino e indicios de una probable apertura de una "sucursal" en la Triple Frontera. Se determinó que allí se recibían ampollas, las que luego se "adulteraban" para falsificar directamente el medicamento y enviarlo a una distribuidora en Bahía Blanca, desde donde se vendía a todo el país.

Al día de hoy, aun no se celebró el juicio oral, donde están acusados, entre otros, el dueño del laboratorio, un empleado de la droguería vahéense y el director del hospital.

b) Propóleos

[11] La repercusión mediática de este caso aceleró el tratamiento legislativo de lo que luego sería la Ley 26.524.

En los primeros días de agosto de 1992 ingresaron al Hospital Italiano de La Plata dos hombres de 58 y 60 años, más una mujer de 60. Presentaban un cuadro gripal con fuertes dolores musculares, acompañados con dolores lumbares e imposibilidad de orinar. El origen de este mal era desconocido. A los pocos días hubo cinco casos fatales.

El 12 de agosto, el entonces ministro de Salud y Acción Social, Julio Cesar Aráoz, dijo que "el propóleo puede ser el causante de 12 casos de intoxicación y de la muerte de 6 personas, por lo que hemos clausurado el laboratorio Huilén y prohibimos su venta en todo el país".

Un día después de estas declaraciones, el laboratorio de toxicología de la Asesoría Pericial del Poder Judicial alegaba que las causas del envenenamiento era el dietilenglicol, sustancia disolvente que tiene uso industrial. El juez José Méndez Villafañe, que entendía en la causa caratulada como "envenenamiento", allanó ese mismo día el laboratorio. El 15 del mismo mes, el magistrado mandó a investigar todas las empresas proveedoras del disolvente.

La Sala V de la Cámara del Crimen confirmó la fianza de 200 mil pesos para el pedido de eximición presentado por los procesados en la causa, Mabel Aparicio, gerente del laboratorio, y Emilio Castro, el director técnico.

En diciembre, se conoció que en diez de las necropsias practicadas no se registró la presencia de dietilenglicol. A su vez, un testigo denunció la existencia de sabotaje. Las pericias demostraron que las cantidades del disolvente encontrado en los distintos frascos eran distintas, con lo que se afianzaba la hipótesis de que la sustancia mortal fue agregada después de la producción.

En total, fallecieron veinticinco personas, y declararon haber sido afectadas más de tres mil.

A la fecha, no hay condenados.

c) Soy Cuyano

El 21 de febrero de 1993 seis personas que asistieron a una fiesta en un domicilio de Ensenada, provincia de Buenos Aires, murieron al tomar vinos de las marcas Soy Cuyano y Mansero. En los días siguientes fallecieron 23 más en todo el país, a causa de que las damajuanas del vino barato -se vendían a $3,50- tenían exceso de alcohol metílico, prohibido por ser venenoso.

Por entonces, el Presidente Carlos S. Menem clausuró la bodega, ubicada en Caucete, San Juan, el 25 de febrero, decomisándose unas 6.000 damajuanas y en marzo de 1996 comenzó un juicio que movilizó a San Juan a toda la prensa nacional.

El bodeguero Mario Torraga, que compró la bodega caucetera en los ´80, sus empleados y familiares fueron acosados por la justicia hasta que el enólogo Jorge Ribes confesó la adulteración. Los jueces le dieron a Torraga 15 años de cárcel y repartieron penas de entre 2 y 10 años a los demás involucrados, incluso empleados del INV.

En 1998 Torraga padre e hijo fueron favorecidos por la ley del dos por uno y consiguieron permisos para salir en libertad.

> Los tristemente célebres vinos Mansero y Soy Cuyano envenenaron a 29 personas en distintas partes del país, en tanto que otros 700 asiduos consumidores de la bebida cuyana terminaron con secuelas por las severas intoxicaciones.

TRÁFICO DE MEDICAMENTOS O MERCADERÍAS PELIGROSAS PARA LA SALUD

Art. 201: "Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo".

I) Antecedentes y bien jurídico protegido

Nos remitimos a los explicados en la norma anterior con una salvedad. En su redacción anterior, previo a la Ley 26.524, la norma decía: "Las penas del artículo precedente, serán aplicadas al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo". Como vemos, se quitó el verbo almacenar y se introdujo el agua potable y las sustancias alimenticias y medicinales - que no es lo mismo que medicamentos[12], pero el espíritu de la norma se mantuvo.

II) Análisis de la norma

a) Tipo objetivo

Si bien esta norma participa también de las características de delito de peligro concreto como en el caso del art.200, se menciona aquí a las mercaderías, pudiendo ser entendida tal expresión como abarcativa de las sustancias medicinales o alimenticias a las que se refiere el artículo anterior. Por otra parte, el núcleo activo se dirige a ocultar la nocividad de dichas mercaderías o medicamentos, a través de una venta, entrega o distribución. Se requiere entonces la venta, entrega o la distribución sumada a la acción de disimular el probable y ciertamente posible

[12] En un ejemplo a citar, la efedrina no es un medicamento per se, sino una sustancia de uso medicinal, en algunos casos, y como precursor químico para elaborar estupefacientes, en otros. En los últimos años, se evidenció la potencialización de Argentina como fabricante de este precursor, quizás favorecido por la falta de control y las lagunas legislativas.

riesgo perjudicial del objeto en cuestión a causa del ocultamiento, para tener por configurada la conducta delictual.

Son medicamentos o mercaderías. El concepto de *medicamento* ya lo expusimos al tratar del delito anterior. El de *mercadería* es el propio del art. 77 del Cód. Penal; toda clase de efectos susceptibles de expendio, o sea, todo objeto susceptible de venta, entrega, etc., tenga o no carácter de alimento, sean utilizados para satisfacer necesidades primordiales del hombre (p.ej., ropa) o no (p.ej., perfumes, desodorantes), incluyéndose los continentes de las mercaderías que se venden, entregan, etc. (p.ej., utilizar un envase que ha contenido sustancias tóxicas para despachar alimentos)[13].

Tanto las mercaderías como los medicamentos tienen que entrañar la aptitud, aunque más no sea indirecta, de causar un daño en la salud de la comunidad.

La Cámara de Casación afirmó, en un supuesto donde encuadró la conducta del imputado en el art.201, que "Si, por definición, la salud es el estado en que el ser orgánico ejerce todas sus funciones, la enfermedad altera ese estado de normalidad, y en procura de devolverlo es que los facultativos indican y administran los medicamentos…Con este alcance…la supresión, disminución, deterioro o degradación …de la potencialidad terapéutica del medicamento que se provee en lugar de aquél que contiene la fórmula auténtica y las dosis necesarias, aun cuando, en alguna medida sus elementos componentes coincidan, significa grave peligro para la salud de las personas que padecen enfermedades…Es que si nocivo significa tanto como dañoso, pernicioso o perjudicial, las medicinas que, por falta de principios activos, carecen de efectos terapéuticos;; o aquellas otras que, por hallarse vencidas, implican el riesgo de que pierdan sus principios activos… evidentemente resultan peligrosas para la salud de las personas, así sea para prevenir la enfermedad, para procurar la remisión de la ya producida, o para eliminar o atenuar el padecimiento que provoca…"[14].

[13] CREUS, Ob. Cit., p.72.
[14] CNCP, Sala I - 14/11/2000 - Causa n° 3065 - García.

Nuevamente recurrimos a Piña para que nos ilustre sobre un aspecto polémico de la realidad de esta norma. Sostiene la autora que “La cuestión se plantea en torno al agua potable pues podría darse el caso que cualquiera de las sustancias que el tipo penal menciona como objeto del delito fueran peligrosas para la salud, pero no logra comprenderse cuál sería el supuesto en el que el agua potable podría ser peligrosa para la salud. Ello es así por cuanto el calificativo de "potable" significa "que se puede beber", es decir, si por sus características el agua se puede beber quiere decir que es potable y, por ende, no es peligrosa para la salud. Desde otro punto de vista si el agua fuera peligrosa para la salud, no se puede beber y, por ello, no puede decirse que es potable. Esta cuestión que parece evidente, no pudo ser resuelta favorablemente en el debate parlamentario, ya que en la Cámara de Senadores se produjo un intercambio de opiniones mediante el cual la Senadora Escudero reclamaba una explicación respecto del planteo precedente al miembro informante -Senador Marín-, pues como se explicara la Senadora entendía que carecía de sentido penalizar a quien almacenara agua potable peligrosa para la salud. A pesar de haber intervenido en la discusión otros Senadores y considerando la claridad de la formulación de la Senadora Escudero resultan absolutamente contrarias al sentido común cada una de las explicaciones que se ensayaron para apoyar el texto legal que finalmente se aprobó y sancionó con los defectos anunciados”[15].

Asimismo, otros doctrinarios también han criticado duramente la nueva redacción del art. 201, sosteniendo que “carece de lógica referirse al agua potable, entendida como aquella que se puede beber o consumir sin riesgo para la salud, debido a que la acción típica resultará de imposible comisión, pues nadie podrá disimular su inexistente carácter nocivo. Además, la reforma introdujo como objeto de protección a las sustancias alimenticias, que son aquellas sólidas o líquidas que ingiere el ser humano con el fin de alimentarse y saciar el consumo de energía, sean o no de primera necesidad. Comprende a las comidas, bebidas y a los sueros inyectables. En sentido estricto, el concepto queda limitado a las sustancias nutritivas y fruitivas. Las sustancias alimenticias, según sus características, puede ser peligrosa por una ingesta única o aislada, o bien por una ingesta periódica o reiterada. No se entienden las razones que llevaron al legislador a no aplicar a este delito la pena complementaria de multa agregada al artículo 200, ya que es irrisorio punir a quien envenena, adultera o falsifica y no a quien trafica productos en ese estado, que en la mayoría de los

[15] PIÑA, Ob. Cit.

casos obtendrá un lucro mayor que los que realicen las acciones referidas. Lo llamativo de esta reforma es que, ya sea por un descuido legislativo o de manera intencional, no se haya incorporado al artículo 201 la agravante contemplada en el artículo 201 bis para los casos de muerte o lesión de una persona a raíz del almacenamiento con fines de comercialización de aguas potables o del tráfico de sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, con los riesgos notorios que ello implica, más aun si se analiza la importancia de este tema en la actualidad. Dos son las razones para tratar de explicar esta errada omisión. Por un lado, pudo obedecer a la intención del legislador de contemplar las críticas que recibiera la figura agravada por la muerte preterintencional, debido a la elevada pena con la que se lo reprimía y haya decidido dejarla latente a través de las figuras del concurso de delitos, que bajaría notablemente el monto sancionatorio de la conducta. Sin embargo, ello no tendría mayor sentido debido a que por expresa previsión legal se continúa aplicando la agravante para la figura del artículo 200 Código Penal. Más lógico es suponer que se trata de un olvido o error del legislador, que deberá ser subsanado, por la importancia que tiene la muerte preterintencional en el tráfico de medicamentos y sustancias peligrosas para la salud”[16].

El delito requiere disimular el carácter nocivo, al tiempo que se lleva a cabo la acción típica (vender, suministrar, distribuir). La disimulación requiere que el agente oculte el carácter nocivo del objeto mediante un acto positivo (p.ej., borrar la leyenda que advierte acerca de la nocividad) o negativo, cuando la ley lo obliga a actuar (p.ej., cuando está obligado a advertir la nocividad), ocultación que puede ocasionar error en el receptor del objeto sobre su carácter[17].

b) Tipo subjetivo

Al tratarse de un delito doloso, se requiere el conocimiento del carácter nocivo del objeto y querer transferirlo disimulándolo. Asimismo, debe adicionarse un especial elemento subjetivo distinto al dolo.

[16] LEO, Roberto - ASTURIAS, Miguel A - Análisis de la ley 26.524 y sus modificaciones a los delitos contra la salud pública - LA LEY 2010-A, 617.
[17] CREUS, Ob. Cit., p.73.

Al respecto, se ha dicho que "La figura del articulo 201 del Código Penal contiene un elemento subjetivo bien señalado cual es el de vender, poner en venta, entregar o distribuir –para el caso- un medicamento dañoso disimulando el carácter de nocivo. No basta que el agente conozca esa nocividad, sino que disimule tal carácter"[18].

Hay jurisprudencia que incluso admite la culpa con representación. En el célebre caso "Rímolo"[19], se dijo que "Si la imputada no era una profesional de la salud, carecía de los conocimientos necesarios para poder determinar con exactitud las posteriores consecuencias que la ingestión de las sustancias nocivas podían producir en una persona diabética. Este dato objetivo -la carencia de título habilitador- impide estimar que actuara con dolo de matar, en tanto la ignorancia de la imputada lo que impide sostener que la muerte de la víctima estuviera en sus planes o en su sospecha. Su conducta no abarcó la comprensión del deceso como consecuencia directa de su principal acción, siquiera en la modalidad de dolo eventual, porque su desconocimiento de los efectos secundarios o mortales de las dosis suministradas le vedaba representarse un desenlace fatal. Pero si la imputada manipulaba medicamentos notoriamente peligrosos sin un debido control profesional, se revela una imprudencia en su actuar, por lo que debe atribuírsele el desenlace fatal a título de culpa con representación. La muerte posterior obedece a un resultado preterintencional, dado que encuentra su causa directa en la ingestión de los medicamentos proporcionados por la imputada, encontrándose excluida la voluntariedad del agente. Si la imputada tenía conocimiento acerca de los problemas que provocaba la ingestión de las sustancias y, aun así, prosiguió con su expendio, tras disimular su carácter nocivo, debe serle atribuido a título de culpa con representación el resultado consecuente, conformando la descripción típica del art. 201, en función del 200 del C.P. Por ello, si como consecuencia directa de los medicamentos peligrosos para la salud que vendiera la imputada se causó la muerte de la víctima, corresponde confirmar el auto por el que se la procesa en orden al delito previsto por el art. 201 en función del 200 del C.P"[20].

---

[18] CNCP, Sala IV – 3/10/2000 - Garay, Jorge A. y ots.
[19] Mónica Cristina Rímolo, alias "Giselle", se hizo conocida en primer lugar, como novia del conductor televisivo Silvio Soldán, y en segundo lugar, por haber protagonizado un caso judicializado con ribetes folletinescos, donde ejercía como profesional de la medicina sin serlo - llegó a tener una clínica propia incluso -, recetaba y expendía medicamentos a diabéticos sin tener conocimientos para ello.
[20] CNCRIM Y CORREC, Sala IV - 01/03/2005 – Causa 25.703 - RIMOLO, Mónica Cristina María y otros.

c) Consumación

Ha dicho la jurisprudencia que “Dice el artículo 201 del Código Penal que "las penas del art. anterior, serán aplicadas al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo". Se cumple el tipo penal con las acción de distribuir, surgiendo de las constancias de autos que con el grado de probabilidad requerido para esta etapa del proceso que la conducta de los imputados puede adecuarse a este tipo”[21].

Claramente, el delito se consuma con la realización del acto de tráfico que se lleva a cabo con la disimulación indicada. No se requiere resultado dañoso alguno (que sí puede funcionar como agravante, como hemos visto).

Las acciones típicas permiten perfectamente la configuración del delito tentado.

AGRAVANTE POR MUERTE

Art. 201 bis: “Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se aplicará además multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos”.

[21] CNCRIM Y CORREC FED, Sala I - 21/12/2000 - Causa 32569 - Pérez, Héctor y otros s/ proc.

Esta norma fue incorporada por la Ley 26.524. Anteriormente, se encontraba en el segundo párrafo del art. 200.

Este artículo agrava la escala penal cuando como resultado de las acciones típicas enunciadas sobrevenga el resultado muerte o lesiones de una persona.

Con esta modificación, queda más clara la relación de causalidad que debe existir entre las acciones típicas previstas por el tipo básico, presente en el art. 200 y el resultado que viene a agravar el delito. También es digno de destacar que se incorpora a las lesiones - gravísimas y graves - como resultado que agrava el delito básico. Ahora bien, lo insólito es que el agravante que se incorpora para el caso que se provocaran lesiones graves, el texto legal prevé la misma pena que el delito básico, con lo cual deviene innecesaria como agravante toda vez que por tratarse el art. 200 de un delito de peligro se de o no el resultado lesiones graves el caso es el mismo. Entiendo que se debe a un error no advertido en la redacción del texto legal.

PROPAGACIÓN DE UNA ENFERMEDAD PELIGROSA O CONTAGIOSA

Art.202: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas".

I) Antecedentes

Soler explica que este artículo fue introducido en el proyecto de 1906, sin comentarios sobre el tema de manera específica, limitándose a decir que las nuevas disposiciones castigaban los delitos contra la salud pública, que el Estado tiene el deber de proteger por todos los medios a su alcance. Asimismo, señala que en su momento se produjo un gran debate pues esta norma se

vincula sobre todo con el problema del contagio venéreo. Se ha cuestionado mucho, en efecto, si esta disposición era o no aplicable al caso del contagio de enfermedad producido por efecto de la relación sexual. Pero esta cuestión ha sido zanjada de un plumazo no muy medido por el art. 18 de la Ley 12.331[22], que dispone: *"será reprimido con la pena establecida en el artículo 202 del Código Penal, quien, sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona"*[23].

Los proyectos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García, castigaban la violación de la cuarentena, ya que por esa causa se podía introducir y propagar una epidemia.

Desde el Proyecto de 1906, la norma llegó sin escalas al Código de 1921 y aun se mantiene con esa redacción

II) Bien jurídico

Se protege la salud pública, en este caso evitar una enfermedad que afecte a personas de manera indeterminada.

III) Análisis de la figura

a) Tipo objetivo

La acción típica es propagar. Propaga quien logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que puede seguir difundiéndose a otras, cualquiera que sea el procedimiento adoptado para conseguirlo, y que puede ser el contagio (transmisión directa o

[22] Esta es la llamada "Ley de Profilaxis", publicada en el Boletín Oficial el 11 de enero de 1937, durante la presidencia de Agustín P. Justo, un militar que había accedido al Poder Ejecutivo mediante el denominado "Fraude Patriótico". Aunque parezca increíble, la Ley continúa vigente a la fecha.
[23] SOLER, Ob. Cit., p.720.

indirecta de la enfermedad que padece el propio agente u otra persona a terceros) o la difusión artificial de los gérmenes (p.ej., cometiendo alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores. Lo propagado debe ser una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. Enfermedad, como ya vimos al hablar de los delitos contra las personas, es el proceso patológico en desarrollo. Es peligrosa cuando puede poner en peligro la vida de las personas o provocarles graves secuelas dañosas en su salud. Es contagiosa cuando puede transmitirse del afectado a quien no lo está. En este aspecto no es necesario que asuma o pueda asumir la magnitud de epidemia, ni que únicamente sea exclusiva de las personas (puede también tratarse de una enfermedad que afecte a vegetales o animales, p.ej., brucelosis); es suficiente con que pueda transmitirse a las personas en general[24].

Aguirre Obarrio dice que propagar supone siempre multiplicidad, difusión, extensión; implica, en todos los casos, una pluralidad de actos o de situaciones, por ende representa la posibilidad de un contagio múltiple. De allí que afirme "que es perfectamente equivocada la asimilación que hace la Ley de Profilaxis Social entre el contagio venéreo y esta situación prevista en el artículo 202 del Código Penal. La lesión producida por contagio venéreo proviene justamente de contagio y no de propagación. Porque éste reclama una multiplicidad de hechos, como hemos dicho. El hecho originario puede ser uno, pero a condición de que se multiplique, se dilate, se disemine[25].

Para Donna, se trata de un delito de conducta peligrosa concreta, en el sentido de que, si bien no es necesario que alguna persona se contagie, sí lo es que se propague la enfermedad como tal, con riesgo para la generalidad de las personas[26].

b) Tipo subjetivo

[24] CREUS, Ob. Cit., p.75.
[25] MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, Ob. Cit., p.122.
[26] DONNA, Ob. Cit., p.226.

Se trata de un tipo penal doloso ya que el autor debe saber que propaga una enfermedad que afecta a un grupo indeterminado de personas, y debe conocer la peligrosidad de dicha enfermedad, admitiéndose el dolo eventual para el caso que no conozca el grado de contagio de su enfermedad, la que sí conoce.

c) Consumación

El delito se consuma cuando se ha puesto en peligro de contagio a una persona. Por el contrario, sin consideráramos como un delito de daño concreto, recién se consumaría de contagiarse una persona, admitiéndose entonces la tentativa.

IV) Contagio venéreo

Como hemos visto el art.18 de la Ley de Profilaxis 12.331 reprime con la pena del artículo 202, a quien sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona. Sobre este punto, queremos efectuar algunas apreciaciones.

La figura mencionada aparecería como delito de daño concreto, ya que exige el contagio. Por ende, para la doctrina nacional el delito se consuma en el momento en que se realiza el acto sexual, nutricio o de otro orden, que transmite la enfermedad. Si el acto no lleva al contagio y el sujeto sabe que está enfermo, se dará la tentativa. Sólo puede pensarse como agente activo en una persona afectada por alguna de estas enfermedades. Finalmente, el delito se consuma con el acto sexual y la infección del sujeto sano[27].

Por enfermedad venérea se entiende aquella enfermedad contagiosa que se contrae especialmente a través del acto sexual, entendido éste en forma amplia. En esta definición, se entiende incluido el sujeto que se encuentra enfermo de sida, pero el problema en este caso es que

[27] DONNA, Ob. Cit., p.231

esta enfermedad hoy en día es mortal y no formaba parte del espectro que consideró el legislador represivo al sancionar la vieja Ley 12.331, de la década del ´30.

Se trata de un delito doloso, ya que el agente debe conocer su condición de enfermo, así como los alcances de su padecimiento, teniendo asimismo intención de contagiar a otro, al que finalmente contagia. Así, la duda y/o el error eliminarían la tipicidad de la conducta, no siendo asequible, por ejemplo, una imputación a título de dolo eventual. Dado que el art.203 admite la posibilidad culposa del art. 202, y por ende de esta conducta, nos parece una barbaridad. Sentenciar a prisión a quien desconoce que está enfermo y que por ende está contagiando, implica una tergiversación desnaturalizadora del principio de culpabilidad.

FIGURAS CULPOSAS

Art. 203: "Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de cinco mil pesos a cien mil pesos; si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis meses a cinco años".

I) Antecedentes

El artículo tiene su antecedente en el proyecto de 1906, que a su vez se basó en el art. 323 del Código italiano.

Anteriormente a la sanción de la Ley 26.524 – que le da la redacción actual -, el texto respondía a la reforma de la Ley 25.189[28], que elevó las penas para todos los tipos culposos del Código Penal. Decía el artículo según aquélla norma: "Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a cinco años si resultare enfermedad o muerte".

Previo a esa reforma, también había sido modificado por la Ley 24.286[29], con el siguiente texto: "cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores, fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas se impondrá multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona, elevando la pena a la de prisión de seis meses a dos años, si resultare enfermedad o muerte".

Nótese que ahora los tipos culposos se prevén para todas las figuras antecedentes en el Capítulo (debe tenerse en cuenta que se agregó una norma, el art. 201 bis) y que se han elevado los montos de multa, que van ahora de cinco mil a cien mil pesos y antes era de dos mil a treinta mil pesos. La escala de prisión para el resultado enfermedad o muerte sigue siendo la misma que en la reforma anterior. Si bien han ido actualizándose los montos y la escala de pena de prisión aumentó considerablemente de 1999, el espíritu central de la norma permanece.

II) Bien jurídico

Dado que se basa esencialmente en lo protegido por las anteriores figuras, sólo resta agregar que al tipificarse los tipos culposos, se evidencia una ampliación de la protección.

[28] Sancionada el 26 de septiembre de 1999.
[29] Sancionada el 29 de diciembre de 1993.

III) Análisis de la figura

a) Tipo objetivo

Aquí las acciones son, básicamente, todas las anteriores (quien culposamente envenena o adultera aguas potables, alimentos o medicinas; quien por culpa trafica con alimentos o medicinas peligrosas para la salud cuya nocividad está disimulada, quien culposamente propaga una enfermedad peligrosa y contagiosa para las persona, y quien, habiendo efectuado culposamente esas acciones, provoca lesiones graves o gravísimas o la muerte de alguna de las personas afectadas por su acciones imprudente).

Así, se ha dicho que "En el tipo penal del artículo 203, el verbo "adulterar" equivale a corromper, alterar o cambiar las cualidades de los alimentos destinados a terceros indeterminados, y tal alteración, a diferencia del tipo doloso, debe reproducirse de un modo negligente, imprudente, imperito o por inobservancia de reglamentos u ordenanzas… El socio gerente de la firma que explota el restaurante donde se ingirieron alimentos adulterados y el encargado del mismo tienen el deber de cuidado objetivo de preservar la salud ajena, controlando el cuidado y diligencia con que el personal empleado trata y elabora los alimentos, generando su omisión responsabilidad de autor".[30]

Con respecto a la faz culposa del art. 201, se ha vislumbrado un inconveniente con el elemento subjetivo que exige la forma dolosa, consistente en la acción necesaria de disimular. Como se dijo, este término implica ocultar o deformar algo para inducir a error a otro sobre el carácter del objeto. Se nos hace complejo pensar en un disimular culposo, desprovisto del conocimiento y la voluntad propio del dolo.

Creus imagina una forma culposa del hecho; se presentaría cuando la disimulación no procede de la voluntad del agente, sino que está ínsita en las características del objeto, y el tráfico se

[30] CNCRIM Y CORREC FED, Sala I – 4/04/1997 - Pietranera, Alejandro *y* otro.

produce equivocando al tercero sobre su calidad, por no observar el agente el deber de cuidado que en el caso le incumbe y que no le permite advertir el carácter nocivo o lo convence de lo contrario, o por haber actuado negligentemente en la formulación de las advertencias necesarias[31].

Algo de esto receptó la jurisprudencia en un caso en el que dijo "Constituye el delito de distribución de mercaderías peligrosas para la salud, el accionar de los procesados -directores de una firma dedicada al lavado de pañales- que en una etapa de sus actividades utilizaron como elemento bacteriostático una solución acuosa de fenil acetato de mercurio, producto que se comercializa con el nombre de "Fungosol PA 5" y que por sus competentes resultó ser peligroso para la salud de los niños usuarios de las prendas, no estando indicado para lavar y desinfectar prendas de vestir. El no haber requerido suficiente información ni procurado asesoramiento técnico implica un obrar negligente que aprehende a los integrantes de la firma, no habiendo extremado todos los cuidados que el caso requería"[32].

b) Tipo subjetivo

Como se ha venido exponiendo, debe evidenciarse imprudencia, negligencia o impericia del agente con respecto a los verbos típicos enunciados en las figuras anteriores y debe comprobarse una relación causal directa entre el actuar imprudente y la puesta en peligro y/o la causación del daño, según el caso, aunque esto último ya es materia de la tipicidad objetiva.

IV) Agravante

Según la última frase de la norma, el delito se agrava cuando se produce una enfermedad o la muerte de una persona, y nos remitimos brevitatis causae a lo ya dicho al respecto, en lo que a relación de causalidad con estos resultados se refiere.

[31] CREUS, Ob. Cit., p.78.
[32]CNCRIM Y CORREC, Sala V - 17/11/1989 - Causa 23.259 - YOUNG, C.E.

SUMINISTRO INFIEL O IRREGULAR DE MEDICAMENTOS

Art.204: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito".

I) Antecedentes[33]

El Proyecto de 1906 fue el primero en plasmar en nuestro país esta figura, tomada del art. 321 del viejo Código penal italiano. Luego, fue receptado en el Código de 1921.

Con el Decreto - Ley 17.567 se sustituyó la primigenia letra del art.204 y se agregaron los arts. 204 bis, ter y quater, que ampliaron el espectro de la norma y la actualizan y adecuan a los nuevos estándares internacionales en materia de drogas. Esto quedó derogado con la Ley 20.509 y aquí los legisladores se proponen una vuelta a las disposiciones de la Ley de facto y el agregado de un art. 204 quinto y una derogación parcial del art. 205. Esta norma, sancionada en el año 1968, derogó también la reforma al Código Penal de las leyes 11.309 – 11.331, modificando nuevamente este cuerpo legal por la introducción de las normas mencionadas, en especial, introduciendo el párrafo 3° del art. 204 que sancionaba al "que sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal; sustancias estupefacientes".

[33] Para un mejor estudio de los antecedentes y de la legislación sobre estupefacientes, aconsejamos remitirse el lector a nuestro comentario a la Ley 23.737.

Luego, nuestra primera ley de estupefacientes, la 20.771 de 1973, sustituye la letra del art. 204 del Código y reprime con multa a quien, estando autorizado, suministre una cantidad de sustancias medicinales distinta a la recetada.

Luego, dicha Ley fue derogada y renovada por la Ley 23.737, que también modificó al art. 204, que decía “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito”.

Finalmente, la ya conocida Ley 26.524 de 2009, volvió a modificar la redacción, dándole su actual letra.

II) Bien jurídico

Creus sostiene que el tipo protege la salud pública del peligro que importa la utilización de medicamentos que puedan resultar dañosos en sí mismos por no corresponder a las características de que el eventual enfermo necesita, o resulten ineficaces, por los mismos motivos, para curar la afección, desconociendo esa circunstancia quien los administra o quien los consume[34].

Asimismo, se ha sostenido que la norma procura proteger a la salud pública del peligro que importa el suministro de sustancias medicinales que pueden resultar dañosas por no corresponder a las características que el eventual enfermo necesita para curar la afectación que padece[35].

III) Análisis de la figura

[34] CREUS, Ob. Cit., p.78.
[35] LEO – ASTURIAS, Ob. Cit.

a) Tipo objetivo

La acción típica es la de suministrar, que no significa aquí administrar el medicamento, sino despacharlo o expenderlo con un destino determinado. Aquí surge una divergencia, con dos posturas. En primer lugar, Soler sostiene expender es vender o entregar el medicamento, sin consideración de la sustancia, la especie, la condición, la calidad o la medida, la cantidad, establecida en la receta médica que determina su expendio, o en la cubierta del producto, o a la manifestación dada por el expendedor.

Fontán Balestra, citado por Creus, por el contrario, sostiene que, además de despachar o de suministrar, abarca también la de aplicarlo o darlo para que se ingiera. Creus afirma que esta última posición no tiene en cuenta la indeterminación de las personas que es la característica de los delitos contra la salud pública[36].

Lo que aquí se castiga es el suministro que importa expendio, aunque no se trate propiamente de una venta. Se discute, asimismo, si sólo queda contemplado el expendio en dosis terapéuticas, o también el expendio al por mayor; sin duda alguna, la venta al por mayor también debe tener un destino terapéutico para ser introducido en esta figura.

Debe tratarse de una sustancia medicinal*,* concepto que ya hemos visto en el art. 200. Obviamente, debe tratarse de medicamentos destinados al tratamiento de las personas. Son objetos tanto los medicamentos que se preparan para ser expendidos al público cuando alguien los solicita, como los específicos que se expenden ya preparados.

El suministro es típico cuando es infiel o irregular, lo cual supone una ausencia de correlación entre lo que el que recibe el medicamento cree que recibe y lo que realmente se le entrega, ya crea que recibe lo indicado en la receta, lo que ha solicitado (convenido), o lo que se le dice que se le da (declarado) directamente o según lo anunciado en el respectivo prospecto. Esta

[36] CREUS, Ob. Cit., p.79.

falta de correlación objetivamente puede darse porque la especie, o sea la sustancia, es diversa, su calidad, o sea sus condiciones en orden a la efectividad terapéutica, no es la indicada, o su cantidad, es decir, su medida, es distinta de la que prescribió la receta, solicitó el receptor o el expendedor afirmó que daba. Por supuesto que la infidelidad del suministro necesita del conocimiento del agente de esa falta de correlación, pero no es necesario que agregue la disimulación; con todo, el suministro infiel con disimulación queda comprendido en el tipo, a menos que se trate de medicamentos en sí mismos peligrosos para la salud, en cuyo caso se aplica el art. 201 del Cód. Penal[37]. Estaríamos aquí ante un supuesto especial de abuso de confianza como medio comisivo. Respecto al suministro irregular, hablaremos de él más adelante ya que implica un supuesto típico distinto.

Resulta indistinto si el medicamento suministrado es peligroso para la salud; así, se incluye en la figura a los sustitutivos inocuos. También no interesa en nuestro análisis el valor económico de lo suministrado respecto de lo recetado, declarado o convenido. Según el caso, podría estarse ante el supuesto del art. 173 inc.1° del Código, en un supuesto especial de estafa.

En una crítica a la actual redacción, alguna doctrina ha dicho que "La norma sanciona el suministro infiel, entendido como la acción de despacharla o expenderla con un destino determinado y no como el acto de aplicar la sustancia medicinal, pues la norma requiere que el autor sea quien se encuentra autorizado a la venta de sustancias medicinales. El actual artículo 204 agrega una nueva forma de suministro infiel, que viene a sumarse a las ya contempladas en el artículo sustituido. Concretamente, pena a quien se encuentra legalmente autorizado para la venta de sustancias medicinales y las suministre excediendo las reglamentaciones para su reemplazo…Se trata de un tipo penal en blanco, ya que la norma se completa con "las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales".

Se recuerda que los profesionales de la salud están obligados, desde la sanción de la Ley 25.649[38], a prescribir los medicamentos por su nombre genérico, a la vez que los faculta a añadir el

[37] CREUS, Ob. Cit., p.79.

[38] Promulgada el 18 de septiembre de 2002. Su sanción obedeció a la crisis económica que atravesaba entonces el país y el desmedido precio de los medicamentos importados. Ello llevó a permitir el expendio de medicamentos "genéricos",

nombre o marca comercial. En tal supuesto, el consumidor puede solicitar al profesional farmacéutico la sustitución de dicho producto por una especialidad medicinal de menor precio que contenga los mismos principios activos, concentración, formula y similar cantidad de unidades.

Asimismo, Roxana Piña ha señalado una objeción muy correcta respecto del debate legislativo previo a reforma reciente, respecto de la agregación como nueva modalidad delictiva de comisión de las acciones típicas ya previstas al que las llevare a cabo excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales. En efecto, la Senadora Escudero en la discusión parlamentaria del 17 de diciembre de 2008 expresamente refirió "En el artículo 5, cuando se sustituye el artículo 204, me parece que cuando dice "excediendo las reglamentaciones", debería decir "violando las reglamentaciones", atento a que estamos tipificando conductas penales que tienen que ser muy claras. Lo referido a exceder reglamentaciones no queda muy claro de qué se trata." A esta acertada reflexión se adhirió el Senador Petcoff Naidenoff, en tanto que el informante -Senador Marín- insistió con la redacción propuesta por entender dogmáticamente que "…"excediendo" es la palabra correcta. Es decir le deja un mayor margen de maniobra (sic) al organismo que debe controlar." Justamente de eso se trata, la ley debe ser previa, estricta y escrita para que realmente sea eficaz su función garantizadora. Lamentablemente, no se tuvo en cuenta la objeción y salió el proyecto tal como había sido informado, es decir con este grave defecto que llevará, tarde o temprano, a cuestiones de interpretación que son las que se quisieron evitar y en forma antojadiza no fueron atendidas[39].

b) Tipo subjetivo

Estamos ante una figura claramente dolosa, requiriéndose dolo directo, ya que la infidelidad en el suministro excluye todo tipo de duda, desconocimiento o error. El autor, versado en la materia,

elaborados por la industria local.

39 PIÑA, Ob. Cit.

debe saber de qué sustancia se trata, y asimismo quiere entregarla en contra de la normativa específica.

c) Consumación

El delito se consuma con el solo hecho del suministro o expendio del medicamento. Para Creus se trata de un delito de peligro abstracto[40]. Para Donna se trata de una figura de acción peligrosa concreta[41].

d) Autoría

Sólo puede ser autor el farmacéutico encargado de la dirección técnica de una farmacia habilitada o el farmacéutico auxiliar, de acuerdo al Decreto - Ley 17.565[42]. Conforme a ello, la conducta del farmacéutico será típica cuando a pedido del cliente realice la sustitución de la especialidad medicinal de manera infiel, es decir, cuando suministre una sustancia medicinal que contenga distintos principios activos o diferente concentración, forma farmacéutica o desigual cantidad de unidades a las prescriptas o recetadas por el profesional médico.

IV) El suministro irregular de la última parte del art. 204

Como ya hemos mencionado, la última frase del art. 204 reprime con la misma pena del suministro infiel de medicamentos al que "estando autorizado para la venta de sustancias

[40] CREUS, Ob. Cit., p.80.
[41] DONNA, Ob. Cit., p.239.
[42] Sancionado el 5 de diciembre de 1967, durante la presidencia de facto de Onganía. Esta norma, vigente a la fecha, regula el ejercicio de la actividad farmacéutica y de las farmacias. Dice en su art. 19: La dirección técnica de las farmacias, sólo se autorizará a farmacéuticos, doctores en farmacia y doctores en farmacia y bioquímica. Podrán ejercerla: a) Los que tengan título válido otorgado por universidad nacional o privada y habilitada por el Estado nacional; b) Los que tengan título otorgado por universidad extranjera y lo hayan revalidado en una universidad nacional; c) Los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que en virtud de tratados internacionales en vigor, hayan sido habilitados por universidades nacionales para el ejercicio de su profesión.

medicinales, las suministrare... sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito".

Se trata de una figura distinta del suministro infiel al que se refiere en la primera parte de la norma, sin trascendencia alguna al engaño, ni siquiera por el camino del mero silencio. Es un suministro irregular, ya que se suministra sin la receta legalmente requerida, llegando a un incumplimiento de obligaciones reglamentarias posterior al mismo suministro, que es el archivo de la receta. Lógicamente, esto es distinto respecto del suministro infiel; en el irregular ella se conforma con el conocimiento del deber de requerir la receta para suministrar la sustancia o de archivarla y la voluntad de omitir el cumplimiento de tales deberes. Pese a la conjunción que une ambas conductas, ellas divergen y pueden cometerse separadamente, ya que no son acciones acumulativas; ingresará por tanto en el tipo, quien pese a haber expendido el medicamento con receta, dejare de conservarla mediante el archivo[43].

SUMINISTRO INFIEL O IRREGULAR CULPOSO

Art. 204 bis: "Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de cinco mil pesos a cien mil pesos".

I) Antecedentes

Como hemos visto, si bien hubo un art. 204 bis producto de la reforma – luego derogada – del Decreto – Ley 17.567/68, el espíritu actual nació con el art. 204 bis que introdujo la Ley 23.737, luego reformado por la Ley 24.286 y finalmente por la Ley 26.524, que es la que actualmente otorga su letra a la norma.

[43] CREUS, Ob. Cit., p.82.

II) Análisis de la figura

Señala con acierto Creus que esta norma no está construida con buena técnica legislativa, porque, como hemos visto, el art. 204 no contiene un delito, sino plurales delitos. La actitud del legislador al enunciar sólo a la *negligencia* como acción comisiva (más allá de las motivaciones que lo hayan podido mover en tal sentido), no es del todo incorrecta, pues los casos de imprudencia que se pueden plantear como posibles no dejarán de ir a parar a un actuar doloso, dada la particular estructura de los tipos[44].

Aguirre Obarrio sostiene que no se modifica el sujeto activo, por una parte, y, por otra, que la fórmula se limita exclusivamente al caso de la negligencia, ya que no es posible la otra forma del tipo culposo, de acuerdo a su estructura, esto es, la impericia[45].

La incriminación de la conducta negligente encuentra sustento en la relevancia que cabe atribuir a la actividad de quien se halla habilitado para la venta de sustancias medicinales, atento a las nefastas consecuencias que puede ocasionar en la salud del paciente[46].

PRODUCCIÓN O FABRICACIÓN ILEGAL DE SUSTANCIAS MEDICINALES

Art. 204 ter: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años y multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos, el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados".

I) Antecedentes

[44] CREUS, Ob. Cit., p.82.
[45] MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, Ob. Cit., p.130.
[46] LEO – ASTURIAS, Ob. Cit.

La incorporación de este tipo penal es novedosa y se ha dado con la Ley 26.524. Anteriormente, se trataba de una infracción administrativa, pero hemos mencionado casos donde ello terminó con la vida de varias personas y esto fue lo que llevó al legislador a tipificarlo penalmente.

Se suscitó un duro debate legislativo respecto de la inclusión de esta figura. En la sesión del 17 de diciembre de 2008, el Senador Naidenoff advirtió que el texto legal propuesto por el Senador Marín "convierte una infracción administrativa en un tipo penal. Es decir que a una infracción administrativa se la transforma en una figura que se la incorpora en el contexto del derecho penal. Pareciera ser que el proyecto adopta en este caso la doctrina conocida como "prevención general negativa", que parte de la base de que por el sólo hecho de transformar una infracción administrativa en una figura penal puede actuar como freno o impedimento para la comisión de determinados delitos. Pero la verdad es que en la práctica se ha demostrado que la mutación -por decirlo de algún modo- de una simple falta o infracción en un delito penal no ha atemperado la comisión de esas faltas sino, muy por el contrario, facilitó la nueva comisión de un delito para encubrir los delitos o los crímenes principales. Por eso creo que la centralización de esta argumentación no aporta nada en absoluto. Un estado democrático (sic) de derecho no debe hacer uso abusivo del derecho penal como mecanismo para ejercer el control social. En el marco del contexto democrático las infracciones administrativas deben juzgarse en el ámbito de la jurisdicción administrativa. Por eso no estamos de acuerdo con que una falta o una infracción administrativa se transformen en un tipo penal, en el que se establezca el bien jurídico protegido y el tipo de sanción. No reúne las propias características de un tipo penal".

Seguidamente, el Senador Marín defendió el proyecto que informaba, diciendo que "en alguna medida, es cierto lo que plantea el colega senador"… comprendo la preocupación del colega senador. Diría que estamos en el filo pero consideramos que es la única forma de terminar con estos establecimientos clandestinos que no son accidentales. Piña sostiene que aquí deben haber primado los intereses privados en evitar la competencia clandestina. Ello se advierte con claridad de los argumentos del Senador Marín "El artículo 7 es claro. Es una solicitud de las comisiones

respectivas -farmacéuticas, de laboratorios- y, también, de la ANMAT. Le damos las herramientas para que terminen con este tema…"[47].

Se señala que aquí, amen de lo ya dicho por el propio Senador Marín, se intentó detener la comercialización ilegal de medicamentos que tomó gran difusión pública al trascender a los medios de comunicación la existencia de más de cuatrocientas denuncias sobre adulteraciones de drogas utilizadas para tratamientos de enfermedades graves —como las oncológicas, el HIV y la hemofilia[48].

II) Bien jurídico

Como generalidad, se protege la salud de la población en general, con el castigo de quienes intervienen en la fabricación clandestina de medicamentos, ya sea elaborándolo o proveyendo los insumos o materias primas necesarias para dicha actividad.

Así, se intenta proteger el normal desenvolvimiento de las actividades vinculadas a la elaboración de medicamentos, procurando el control de quienes intervienen en la venta o introducción de fármacos al circuito comercial, a fin de brindar plena confiabilidad al mercado de las sustancias medicinales, desde su fabricación hasta su expendio o suministro.

III) Análisis de la figura

a) Tipo objetivo

[47] PIÑA, Ob. Cit.
[48] LEO – ASTURIAS, Ob. Cit.

Las acciones típicas son producir o fabricar sustancias medicinales en establecimientos que no se encuentran autorizados por la autoridad sanitaria — la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social — para el desarrollo de tal actividad. El Ministerio de Salud y Acción Social, es la autoridad de aplicación de la Ley 16.463 de medicamentos[49], que reglamenta y prevé los requisitos exigidos para la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito de drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas y medicamentos. Como ya dijéramos oportunamente, produce quien crea la sustancia medicinal y la fabrica quien las produce en serie, a través de medios mecánicos.

Respecto de qué se entiende por sustancia medicinal, remitimos a lo dicho en los artículos antecedentes en el Capítulo.

Asimismo, el art.38 de la ya mencionada Ley 17.565, establece que "el titular de una farmacia o de una droguería debe prever que las drogas y productos que sean objeto de la actividades de los establecimientos a su cargo sean adquiridos exclusivamente a personas autorizadas para su expendio y a su vez vendidos únicamente a farmacias y laboratorios".

Como ya dijéramos también oportunamente, quedan comprendidas en el concepto de sustancias medicinales aquellas que en estado sólido, líquido o gaseoso estén destinadas al uso terapéutico medicinal y se encuentren dotadas de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades, dolencias o mejorar el estado de salud, o tengan aptitud para afectar funciones corporales o psíquicas. Asimismo, resultan incluidas en el tipo penal las sustancias utilizadas para mejorar la estética de las personas, siempre que posean influencia sobre el cuerpo, como las cremas antiarrugas o lociones para uso dermatológico.

b) Tipo subjetivo

Claramente se trata de un tipo doloso que sólo admite el dolo directo, pues la figura requiere previo que el establecimiento no esté autorizado, para luego exigir la fabricación o el suministro

[49] Sancionada el 8 de Agosto de 1964. Reglamentada por el Decreto 150/94.

desde ése establecimiento. Podría pensarse el caso de quien creyere que cuenta con una habilitación previamente obtenida, pero nos parece extremadamente improbable. En dicho caso, el error de prohibición excluirá la antijuridicidad.

c) Consumación y tentativa

El delito se consuma con la fabricación o el suministro, siendo perfectamente posible la tentativa.

OMISIÓN DE DEBERES DE VIGILANCIA

Art.204 quater: "Será reprimido con multa de diez mil pesos a doscientos mil pesos, el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204".

I) Antecedentes

La omisión del deber de vigilancia, como tipo penal específico, fue introducida por la Ley 23.097[50], que modificó el art. 144 inc.5° del Código.

[50] Sancionada el 28 de septiembre de 1984 durante la presidencia de Raúl R. Alfonsín.

La conducta particular de esta norma, fue introducida por la Ley 23.737, luego actualizada por la Ley 24.286 en sus montos de multa. Decía aquélla redacción: "Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio de medicamentos, omitiere cumplir con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204". Vemos que más allá de haber actualizado y aumentado los montos de multa, también se introdujeron otros eslabones de la cadena de comercialización de las sustancias medicinales, incluyendo ahora el almacenamiento, la distribución, la producción y la fabricación en forma expresa. Asimismo, se ha cambiado la locución "medicamentos" por la más amplia de "sustancias medicinales", diferencia que ya hemos. Por último, lo más saliente de la nueva figura es que incorpora el concepto de "a sabiendas" limitando notablemente el radio de acción de la figura.

II) Bien jurídico

Se ha intentado proteger la salud pública, asegurándose de que el control de la comercialización de las sustancias medicinales sea hecho siempre bajo la dirección, administración o vigilancia del profesional responsable, reforzando esta obligación del responsable que ya se encontraba prevista medianamente en el Decreto – Ley 17.565.

Se trata de colocar a una persona en una posición de garante, castigándolo con la pena de multa.

III) Análisis de la figura

a) Tipo objetivo

Sostiene Aguirre Obarrio que se trata de una figura de omisión dolosa. Se trata de que los sujetos indicados en el artículo omitan cumplir con los deberes a su cargo, con la salvedad de que los hechos típicos propiamente no son realizados por estos agentes, sino por terceras personas[51].

Señala Donna que es necesario que otra persona realice algunos de los delitos del artículo 204. La estructura es similar al artículo 262 de la malversación. De manera que debe haber una relación directa, causal, entre la omisión del agente y la realización del otro delito. En consecuencia, si el otro delito se comete por otras circunstancias distintas a la omisión del autor, por otra vía, y la posibilidad de hacerlo nada tiene que ver con la omisión del autor que se estudia, no se le podrá imputar este hecho. No tiene que darse una relación subjetiva con el hecho del artículo 204, sino sólo objetiva y directa, con la mencionada condición objetiva de punibilidad, porque de ser así, se entraría en la punibilidad de otro delito[52].

b) Tipo subjetivo

Es un delito doloso, lo que se evidencia en el elemento "a sabiendas" previsto por el legislador, de carácter omisivo, donde el autor conoce su deber de obrar, su posición de garante y omite. Donna señala que se da una omisión impropia sui generis, ya que el hacer exigido, es obra de otro autor[53].

En cuanto al autor, sólo puede serlo quien tiene a cargo la dirección, la administración, control o vigilancia de los establecimientos destinados al expendio de medicamentos. Fuera de ellos la acción es atípica. Es por ello que creemos que se ha limitado la tipicidad, ya que sólo se extiende a estos sujetos activos los que, además, deben actuar con conocimiento e intención de omitir.

[51]MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, Ob. Cit., p.130.
[52] DONNA, Ob. Cit., p.242.
[53] DONNA, Ibíd.

VENTA DE SUSTANCIAS MEDICINALES POR PERSONAS NO AUTORIZADAS

Art.204 quinquies: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización".

I) Antecedentes

El tipo penal fue incorporado por el artículo 4° de la ley 23.737, luego reformado por la Ley 26.524, que mantuvo la redacción y cambió la ubicación.

II) Bien jurídico

La diferencia entre este artículo y la última frase del art. 204, es que aquí, el agente carece de autorización. Aun así, las penas de aquélla norma son más gravosas, evidenciando una nueva ilogicidad por parte del legislador. Nos cuesta trabajo entender cómo ha penado el suministro en forma más severa que una venta, donde amen de la autorización – lo cual es gravísimo – también se ha pasado por alto el afán de lucro que persigue quien vende, a diferencia de quien suministra. No sólo busca lucrar, sino que asimismo lo hace poniendo en peligro a la salud colectiva.

III) Análisis de la figura

a) Tipo objetivo

La acción tipificada es la venta sin autorización de sustancias medicinales que requieran receta médica. Aquí no se trata de suministro alguno, sino de la conducta de vender. Por ello, se exige un precio cierto a pagarse, como contraprestación del medicamento.

No debe confundirse esta figura con el curanderismo del art. 208 inc.1°, ya que es otra cosa y ni siquiera aquí como allí se exige habitualidad alguna en la venta.

b) Tipo subjetivo

Estamos ante una figura de comisión dolosa, donde quien vende las sustancias medicinales conoce lo que está vendiendo, sabe que vende sin autorización y quiere vender.

c) Consumación

El delito se consuma con la venta en las condiciones antes dichas. Es decir, si hay venta, hay precio.

Evasión, Favorecimiento de evasión y

Quebrantamiento de inhabilitación judicial

Por **Jonatan Robert**

Art. 280: ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".-***

Art. 281: ***"Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo".-***

"Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil".-

Art. 281 bis: ***"El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años".-***

1.-Origen y evolucion histórica:

Para realizar el análisis de un tipo penal, se torna necesario comenzar por sus orígenes dentro de la legislación correspondiente, lo que permite una óptica general del tema; dicha tarea implica conocer los antecedentes -directos e indirectos- que sirvieron de fundamento al proceder legisferante, el cual suele culminar en la redacción que se sanciona y adquiere el rango de ley, o como en otros tantos casos,

en lo que fue, solo un antecedente, muchas veces recordado tan solo por los autores que los proyectaron.-

En lo particular de la temática a desarrollar, cabe sostenerse que las figuras previstas en la actualidad en los arts. 280 -evasión- y 281 -favorecimiento de la evasión- acompañaron desde un principio la evolución legislativa que luego culminó con la sanción del correspondiente Código Penal; por su parte los antecedentes del art. 281 bis -quebrantamiento de inhabilitación judicial- deben situárselos recién a mediados del siglo pasado.-

Ello se aclara en pos de dimensionar el largo camino que han recorrido dichos preceptos hasta llegar a la redacción que impera en la actualidad.-

Remontándonos dos siglos atrás en el tiempo, se encuentra la labor realizada por el Dr. Carlos Tejedor, a quien se había encomendado la redacción de un Código Penal para la joven República Argentina, labor que fue culminada entre los años 1865 y 1868[1]. Si bien el mismo nunca alcanzo a regir a nivel nacional, fue adoptado por algunas provincias, las cuales aplicaron dicha elaboración jurídica ante la falta de una norma de carácter general[2]. El Código Tejedor, puede ser considerado como el primer Código Penal del estado argentino; en el mismo, los delitos en estudio -con la salvedad antes mencionada en lo que respecta al quebrantamiento de inhabilitación judicial- se encontraban situados en el Libro Segundo –"De los crímenes, delitos y sus penas"-, Sección II –"De los crímenes y delitos públicos y sus penas"-, Titulo II –"De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos"-, Capitulo VI –"Infidelidad en la custodia de los presos"-, hallándose redactados de la siguiente forma:

> Art. 400: "El empleado publico culpable de connivencia en la evasión de algún preso o detenido, cuya custodia o conducción le hubiese sido confiada, será castigado: 1) Con prisión por la tercera parte del tiempo de la condena del reo prófugo, si estuviese ejecutoriada la sentencia. 2) Con prisión por la cuarta parte del tiempo de la condena del prófugo si al verificarse la evasión no estuviese ejecutoriada la sentencia".-

[1] Cfr. Levaggi Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978, 184.-
[2] Cfr. Levaggi, 187.-

> Art. 401: “Los particulares que hallándose encargados de la conducción o custodia de algún preso o detenido, le den soltura o favorezcan su fuga, serán castigados según la gravedad del caso con arresto de quince días a tres meses o multa de cien a quinientos pesos fuertes”.-
>
> Art. 402: “Si fuesen varios los reos a quienes se de soltura o cuya fuga se favorezca, los culpables de que tratan los dos artículos anteriores, sufrirán la pena de prisión en estos designada con aumento de la mitad, o en su caso, el máximo del arresto o multa. Si correspondiese al reo o reos la pena de muerte, presidio o penitenciaria por tiempo indeterminado, la pena será tres años de prisión para los empleados públicos, y uno para los particulares[3]”

Con el devenir de los años, y en cumplimiento de lo dispuesto por medio de la Ley 250 –sancionada el 11/09/1868, promulgada el 16/10/1868 y publicada en el Registro Nacional 1863/69- se crea una comisión para examinar el proyecto de Código Penal elaborado por el Dr. Tejedor. Dicha tarea que recayó en los Dres. Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García; los nombrados tras años de trabajo, presentan finalmente en el año 1881 un proyecto que no logró aprobación a nivel nacional[4]. En dicho compendio normativo las figuras penales en tratamiento se encontraban receptadas en los arts. 146, 147, 148 y 149; la redacción adoptada en la oportunidad era la siguiente:

> Art. 146: “El empleado publico culpable de connivencia en la evasión de algún preso o detenido, cuya custodia o conducción le hubiese sido confiada, será castigado: 1) Con prisión mayor, si el preso estuviese condenado a muerte, presidio o penitenciaria mayor; 2) Con prisión menor, si lo estuviese a las penas de penitenciaria menor o prisión mayor; 3) Con arresto mayor si se tratare de un delito menor, pero no pudiendo el termino exceder al que correspondería al preso fugado”.-

[3] Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, AZ Editora, Madrid, 1996, I, 335/337. En torno a dichos artículos se marcaban como concordancias los arts. 182 a 184 del código peruano, 276 y 277 del código español, 237 a 247 del código francés, 254 a 257 del código napolitano, 196 y 197 del código austriaco, 125 del código brasilero y 257 a 260 del código boliviano.-

[4] Cfr. Levaggi, 187.-

> Art. 147: "Si el preso no estuviese aún sentenciado será considerado este hecho circunstancia atenuante".-
>
> Art. 148: "Los particulares que, hallándose encargados de la conducción o custodia de algún preso o detenido, le den soltura o favorezcan su fuga, serán castigados según la gravedad del caso con arresto menor".-
>
> Art. 149: "Si fuesen varios los presos a quienes se de soltura, o cuya fuga se favorezcan, se considerará el hecho como circunstancia agravante"[5].-

Hay que remontarse al año 1886 para encontrar la primera sanción por parte del Congreso Argentino de un Código que sistematice la materia penal –mediante Ley 1920, sancionada el 25/11/1886, promulgada el 07/12/1886 y publicado en Edición Oficial, 1887, p. V ADLA 1881 - 1888, 378-, el cual entró en vigencia al año siguiente y que al decir de Carlos Creus "se trataba de una solución temporal para poner coto al desorden legislativo"[6]; en aquel, se podían apreciar los delitos en tratamiento en los arts. 255, 256 y 257:

> Art. 255: "El empleado publico culpable de connivencia en la evasión de algún preso o detenido, cuya custodia o conducción le hubiese sido confiada, será castigado: 1) Con penitenciaría por tres a seis años, si el reo prófugo estuviese condenado por sentencia ejecutoriada a la pena de muerte o a presidio o penitenciaria por tiempo indeterminado; 2) Con prisión por uno a tres años, si el prófugo fuese reo de delito que merezca alguna de las pena expresadas en el inciso anterior y no hubiese sentencia ejecutoriada; 3) Con pena de prisión de uno a tres años, si el prófugo estuviese condenado por sentencia ejecutoriada a presidio o penitenciaria por tiempo determinado; 4) Con prisión por uno a dos años, si el prófugo fuese reo de delito que merezca alguna de las penas señaladas en el inciso anterior y no estuviese condenado por sentencia ejecutoriada; 5) Con pena de arresto de un mes hasta nueve, si el prófugo fuese reo de delito menor de los expresados, esté o no condenado".-

---

[5] Zaffaroni y Arnedo, II, 96.-

[6] Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª. edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, 46.-

> Art. 256: Si fuesen varios los reos a quienes se de soltura o cuya fuga se haya favorecido, se impondrá el máximun de las penas establecidas en el articulo anterior".-
>
> Art. 257: "Los particulares que estando encargados de la custodia o conducción de algún preso o detenido, les den soltura o favorezcan su fuga, serán castigados con el mínimun de dichas penas"[7].-

Sin perjuicio de la sistematización lograda, en el año 1890 se conformó una nueva comisión integrada en la ocasión por los Dres. Norberto Piñero, José Nicolás Matienzo y Rodolfo Rivarola, siendo el fruto de esta el proyecto de 1891 -el cual seguía en líneas generales el proyecto del Dr. Tejedor-[8]; los delitos de evasión y favorecimiento de evasión se encontraba reflejados de la siguiente forma:

> Art. 326: "Sufrirá penitenciaria de un mes a un año, el que, hallándose legalmente detenido, se evadiere usando violencia en las personas o mediante fractura en las cosas".-
>
> Art. 327: "El culpable de connivencia en la evasión de algún detenido o condenado, será reprimido: 1) Con penitenciaria por dos a seis años, si el fugitivo estuviese condenado, por sentencia ejecutoriada, a la pena de muerte o de presidio; 2) Con penitenciaria por seis meses a dos años, si el fugitivo estuviese condenado, por sentencia ejecutoriada, a penitenciaria, por mas de seis años, o se hallare procesado por un delito que merezca pena de muerte o de presidio; 3) Con penitenciaria de un mes a un año, si el fugitivo estuviere condenado por sentencia ejecutoriada, a penitenciaria por uno a seis años, o se hallare procesado por delito que merezca pena de penitenciaria cuyo termino medio exceda de seis años; 4) Con penitenciaria de cuatro a ciento veinte días, si el fugitivo estuviese condenado o procesado por delito que merezca pena menos grave que las expresadas.
>
> En todos los casos anteriores, si el culpable fuere empleado publico, se le impondrá además inhabilitación absoluta por triple tiempo. Si la evasión fuere imputable a negligencia de un empleado publico, este incurrirá en la pena de multa de doscientos a mil pesos"[9].-

[7] Zaffaroni y Arnedo, II, 253/254.-
[8] Cfr. Levaggi, 193/194.-
[9] Zaffaroni y Arnedo, II, 701/702.-

Otro de los antecedentes que pueden marcarse a lo largo de los años es el denominado "Proyecto Segovia del año 1895", donde se contemplaba en tres preceptos los delitos de figuración:

> Art. 359: "Sufrirá penitenciaria de tres meses a un año, el que hallándose legalmente detenido o preso, se evadiere usando violencia contra las personas o mediante perforación o fractura en las cosas. Si la evasión se efectuare estando complotados los detenidos, o presos, la pena será de seis meses a dos años de penitenciaria".-
>
> Art. 360: "El culpable de la cooperación en la evasión de algún detenido o preso, será reprimido: 1) Con penitenciaria de dos a seis años, si el fugitivo estuviese condenado, por sentencia firme, a la pena de muerte o de presidio; 2) Con penitenciaria por seis meses a dos años, si el fugitivo estuviere condenado, por sentencia firme, a mas de seis años de la misma pena, o se hallare procesado por delito que merezca pena de muerte o de presidio; 3) Con penitenciaria de tres meses a un año, si el fugitivo estuviere condenado, por sentencia firme, a penitenciaria por uno a seis años, o se hallare procesado por delito que merezca pena de penitenciaria, cuyo termino medio exceda de seis años; 4) Con multa de cincuenta a trescientos pesos hasta penitenciaria por uno a cuatro meses, si el fugitivo estuviere condenado o procesado por delito que merezca pena menos grave que las expresadas. La pena media, en este caso, es de mes y medio de penitenciaria. En todos los casos de los números anteriores, si el culpable fuere empleado publico, se le aplicara además inhabilitación absoluta por triple tiempo. Si la evasión fuere imputable a negligencia o imprudencia de un empleado publico, este incurrirá en la pena de multa de veinticinco a mil pesos y suspensión del empleo de un mes a un año. Quedara exento de pena, si en tres meses obtiene la captura del fugitivo".-
>
> Art. 361: "Por el delito previsto en el articulo precedente, solo se impondrá la vigésima hasta la decima parte de la pena a las personas enunciadas en el art. 358"[10].-

Ya en el año 1903 y mediante la Ley 4189 se introdujeron diversas modificaciones al Código Penal –permaneciendo sin alteraciones el texto de los arts. 255 a 257 que regían la materia de análisis-, las cuales despertaron muchas críticas, trayendo aparejado la conformación de una nueva comisión en el

[10] Zaffaroni y Arnedo, III, 123/124.-

año 1904, siendo sus miembros los Dres. Beazley, Moyano Gacitua, Rivarola, Ramos Mejía y Saavedra, culminando con el proyecto del año 1906[11]. En el mismo se podía leer:

> Art. 299: "Sera reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido, se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".-
> Art. 300: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la detención de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario publico, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo. Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario publico, este será reprimido con multa de cien a mil pesos"[12].-

Con el devenir del tiempo e "incorporando algunas reformas al Proyecto de 1906, y recogiendo antecedentes del proyecto de 1891, Rodolfo Moreno (h) concluyó en 1917 un proyecto cuyo contenido fue la base del Código posteriormente sancionado en 1921"[13]; éste fue incorporado a la legislación nacional mediante Ley 11.179, sancionada el 30/09/1921, siendo finalmente promulgada el 29/10/1921 –B. O. del 03/11/1921-; los delitos de evasión y favorecimiento de evasión se encontraban situados dentro del Libro Segundo –"De los Delitos", Titulo XI –"Delitos contra la Administración Pública", Capitulo XIV –"Evasión", en los arts. 280 y 281, redactados de la siguiente forma:

> Art. 208: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".-
> Art. 281: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo. Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de cien a mil pesos"[14].-

---

[11] Cfr. Levaggi, 196/200.-
[12] Zaffaroni y Arnedo, III, 392/393.-
[13] Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*, -reimpresión-, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, 21.-
[14] Cfr. Abeledo Perrot Online (http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007900000143104f7403204347ad&docguid=i3D57249D3E074013B45E6614CF447CC8&hitguid=i3D57249D3E074013B45E6614CF447CC8&spos=1&epos=1&td=2&ao=o.i0ADFAB86B18CC21581B1AAC94934C996&searchFrom=&savedSearch=false&context=21&crumb-action=append&startChunk=1&endChunk=1, acceso el 20/12/13).-

Con posterioridad a la sanción del año 1921 se fueron elaborando -por parte de prestigiosos doctrinarios- diversos proyectos de Código Penal; entre ellos puede mencionarse los realizados por Coll y Gómez del año 1937, el de Peco del año 1941, el de De Benedetti del año 1951. En los mismos, no surgían variaciones sustanciales en lo atinente a la temática en tratamiento.-

Por el contrario, si merece una especial mención el proyecto redactado por Sebastián Soler en el año 1960, ya que en el mismo se incluía expresamente como delito autónomo la figura de quebrantamiento de inhabilitación judicial; la norma en cuestión rezaba:

> Art. 330: "El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de quince a noventa días".-

Dicho precepto resulta ser un antecedente directo del actual art. 281 bis, pudiendo apreciarse que éste mantiene -en la actualidad- la redacción original, habiéndose introducido modificaciones tan solo en lo relativo a la penalidad para quien lo infringe.-

En el año 1967 se sanciona el Decreto-Ley 17.567 –sancionada el 06/12/1967, promulgada el 06/12/1967 y publicada en el B. O. del 12/01/1968- por la cual se introducen numerosas reformas al articulado del Código Penal; en lo que respecta puntualmente a los delitos de figuración los mismos son modificados -arts. 280 y 281-, a la vez que se incorpora formalmente el delito de quebrantamiento de inhabilitación judicial por medio del art. 281 bis -siguiendo la base del Proyecto de Sebastián Soler-. Fruto de dicha reforma, los artículos mencionados quedaron redactados de la siguiente manera:

> Art. 280: "Sera reprimido con prisión de tres meses a dos años el que hallándose legalmente privado de su libertad se evadiere por medio de fuerza en las cosas, y con prisión de seis meses a tres años, si lo hiciere con intimidación o violencia en las personas".-
>
> Art. 281: "Sera reprimido con prisión de un mes a cuatro años el que favoreciere la evasión de alguna persona legalmente privada de su libertad. Si el autor fuere un funcionario publico, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo del de la

condena. Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario publico, éste será reprimido con multa de veinte mil a cien mil pesos".-

Art. 281 bis: "El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años"[15].-

Con posterioridad a ello, se sanciona el 27 de mayo del año 1973 la Ley 20.509 -promulgada el 27/05/1973 y publicada en el B.O. del 28/05/1973-, la cual por medio de los arts. 1 y 2 deja sin efecto las modificaciones introducidas al Código Penal por medio del Decreto-Ley 17.567, rigiendo nuevamente el texto penal conforme a la redacción dada por la Ley 11.179[16].-

Encontrándose al frente del ejecutivo nacional -nuevamente- un gobierno de facto, por medio del art. 1 de la Ley 21.338 –sancionada el 25/06/1976, promulgada el 25/06/1976 y publicada en el B.O. del 01/07/1976- se modificaba otra vez el articulado del Código, volviendo a regir en la materia los arts. 280, 281 y 281 bis según la redacción plasmada en el Decreto-Ley 17.567, medicándose solamente el monto de la pena de multa del art. 281[17].-

De la mano con la vuelta de la democracia en la República Argentina y como fruto de la actividad del Congreso –como expresión de la voluntad del pueblo- se encuentra la Ley 23.077 –sancionada el 09/08/1984, promulgada el 22/08/1984 y publicada en el B.O. del 27/08/1984- por la cual se derogaron varios artículos y leyes dictadas durante el último gobierno militar, entre ellas, la 21.338[18];

---

[15] Cfr. Abeledo Perrot Online (http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a00000143104e3b76cd76b5a0&docguid=iB203D4A849214F078A74FAD8BC3F7E41&hitguid=iB203D4A849214F078A74FAD8BC3F7E41&spos=1&epos=1&td=1&ao=o.i0ADFAB86B18CC21581B1AAC94934C996&searchFrom=&savedSearch=false&context=17&crumb-action=append&startChunk=1&endChunk=1, acceso el 20/12/13).-

[16] Cfr. Abeledo Perrot Online (http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a00000143104c88d3f0fd0da9&docguid=i905467AE66F846A2A5857846FC62AB00&hitguid=i905467AE66F846A2A5857846FC62AB00&spos=1&epos=1&td=1&ao=o.i0ADFAB86B18CC21581B1AAC94934C996&searchFrom=&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append&startChunk=1&endChunk=1, acceso el 20/12/13).-

[17] Cfr. Abeledo Perrot Online (http://www.abeledoperrotonline2.com/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a00000143103b6b4bb84196ab&docguid=iB285A6EE3B2A47CAA12B58C1DEFAD269&hitguid=iB285A6EE3B2A47CAA12B58C1DEFAD269&spos=1&epos=1&td=1&ao=o.i0ADFAB86B18CC21581B1AAC94934C996&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append&startChunk=1&endChunk=1, acceso el 20/12/13).-

[18] Lo expuesto se encontraba normado en el art. 1 de Ley 23.077, el cual rezaba: Deróganse los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 10, 11 y 12 de la Ley Nº 20.840, y las leyes de facto números 21.259, 21.264, 21.267, 21.268, 21.272, 21.322, 21.325, 21.449; los artículos 1º, 2º, 3º y 7º de la Ley Nº 21.459; 21.460, 21.461, 21.463, 21.634, 21.886, 22.928 y 21.338, con excepción de

con esto recobraba vigencia la redacción del Código Penal conforme Ley 20.509, modificándose -solamente- por el art. 12 de la primera de las mencionadas leyes, el monto de la pena de multa correspondiente al art. 281 –"...pesos argentinos setecientos cincuenta como mínimo y en pesos argentinos treinta mil como máximo..."-. Quizás la nota saliente de esta reforma -en lo que atañe a los delitos en tratamiento- fue la supresión de la figura de quebrantamiento de inhabilitación judicial del texto del Código Penal.-

Recién mediante la Ley 23.487 -sancionada el 31/10/1986, promulgada el 25/11/1986 y publicada en el B.O. del 26/01/1987- se incorpora nuevamente dicha figura al articulado del Código, siendo la redacción de la misma coincidente con la que se plasmara en el Decreto-Ley 17.567.-

EVASIÓN

Art. 280: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".-

2.- Bien jurídico protegido:

Dada la ubicación de este delito entre aquellos que afectan la Administración Pública, es más que claro que en aquella dirección debe enmarcarse el bien tutelado. Pero dentro de aquella, debe situárselo entre los que vulneran el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia[19]; en este sentido, Jorge E. Buompadre -con cita de la obra de Carlos Creus y Ricardo C. Núñez- sostiene que el mismo radica en

> "la efectividad de las sanciones impuestas o de las medidas adoptadas por razones de seguridad respecto del agente o de un tercero y que se constituyen en un amenguamiento de la libre disponibilidad de ciertos derechos, o bien porque constituyen una ofensa a la

las disposiciones a que se refiere el artículo 2º de la presente en cuanto a esta última ley. Las normas que hubieren sido derogadas, reemplazadas y modificadas por ellas recuperan su vigencia".-

[19] Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 305:1502. De similar forma se pronunció la Cámara Penal de Jujuy, Sala II, en el marco de los autos "A. A. A. y C. R. V. s/ robo calificado en poblado y en banda", del 31/10/11 (LLNOA 2012, marzo, 144).-

actividad administrativa de ejecución de las penas o de medidas procesales o de seguridad o corrección impuestas en razón de delitos, o por otras causas, y que significan un levantamiento contra la decisión de un tribunal de justicia"[20].-

En dichas consideraciones puede apreciarse la razón de ser de este delito, radicando en el acatamiento de las medidas dispuestas judicialmente en el marco de un proceso penal y siendo su eje central la privación legal de la libertad de una persona, pudiendo ser a título cautelar en los supuestos de detención o prisión preventiva, o en el marco del cumplimiento de una sentencia a penas de prisión o reclusión. De ahí que el Estado con la conminación penal de conductas que impliquen un quebrantamiento de las mismas, intente proteger las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales y el cabal acatamiento a las mismas.-

3.- Tipo objetivo:

a) Concepto y acción típica:

La acción central de la norma está delimitada por el hecho de "evadirse", lo cual debe ser interpretado como fugarse o escaparse de un lugar cerrado, con miras de superar la restricción de la libertad impuesta[21]. Es indiferente el lugar del cual se de a la fuga el sujeto, ya que la letra de la ley nada dice al respecto; de esta forma, la misma podrá suceder en una institución penitenciaria, policial, un juzgado, o del interior de un vehículo mientras se realiza un traslado. Por su parte, se ha sostenido también que se configuraría este supuesto en los casos que una persona se fugare "de manos de quien lo detiene, siempre que hubiere sido reducido previamente"[22].-

Dicho proceder, tendrá que ir acompañado de los medios enunciados en el artículo –"violencia en las personas o fuerza en las cosas"-, ya que de lo contrario la conducta será reputada atípica[23]. Ello es

[20] Buompadre, Jorge E., "arts. 280/281 bis" en David Baigún y Eugenio Zaffaroni (dir.), Marco A. Terragni (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, XI, 210.-
[21] A modo de adelanto –ya que este tema será analizado al tratar los sujetos del delito-, corresponde sostener que la privación de la libertad deberá ser legal, lo cual surge como una requisito plasmado en la norma.-
[22] D'Alessio, Andrés José, (dir.), Divito, Mauro A (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte especial*, 1º edición, Le Ley, Buenos Aires, 2004, 935.-
[23] En este sentido se encuentra lo resuelto por la Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de Comodoro Rivadavia, Sala Procesal Penal, en el marco de los autos "S., G. S/ Evasión", del 02/06/95, donde sostuvo que

consecuencia de que la simple evasión sin su utilización o valiéndose de otros medios diversos –como ser astucias o engaños, o si se quiere, aprovechando un actuar negligente de los encargados del establecimiento de detención-, no se encuentra reprochada en el Código Penal, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamiento extranjeros, como ser el español[24] o el boliviano[25].-

En aquellos se encuentra reprimida la conducta de quien se evade de un lugar de detención, sin valerse para ello de la utilización medios comisivos; y en el caso de que la misma sea llevada adelante mediante el empleo de violencia, fuerza o intimidación, se contempla una agravante en la escala penal del delito[26].-

b) Medios comisivos:

La evasión tiene que llevarse adelante utilizando violencia en las personas o fuerza en las cosas; la forma como se encuentra redactado el precepto permite afirmar el carácter taxativo de los mismos.-

Por violencia en las personas, debe entenderse la vis física, la cual implica el "despliegue de energía física sobre quienes ofician de custodia del agente"[27]; en este caso, podrán ser los miembros del servicio penitenciario, de los cuerpos policiales, o de otras fuerzas de seguridad que tengan a su cargo la custodia o traslado de personas privadas de la libertad, como por ejemplo, la prefectura o la gendarmería.-

También se encuentra comprendido dentro del concepto de violencia a la vis moral, es decir, la intimidación. Durante la vigencia del Decreto-Ley 17.567, aquella se encontraba prevista –expresamente- en el texto de la norma, pero con el correr de los años y las sucesivas reformas que sufrió

"No incurre en delito de evasión el reo que sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas, aprovechó, para evadirse, la negligencia de sus vigilantes" (Infojus, sumario nro. Q0003444).-

[24] El art. 468, primera parte, del Código Penal español reza: "Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos".-

[25] El art. Art. 180 del Código Penal boliviano estipula: "El que se evadiere hallándose legalmente detenido o condenado, será sancionado con reclusión de uno a seis meses. Si el hecho se perpetrare empleando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción será de reclusión de seis meses a dos años".-

[26] Así, el art. 469 del Código Penal español estipula: "Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluidos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años".-

[27] Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial,* 2º edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, III, 627.-

el Código, la misma fue suprimida. Sin perjuicio de ello, existe cierta coincidencia entre los autores al afirmar su inclusión como medio para poder llevar adelante la evasión. A favor de dicha interpretación se había pronunciado Carlos Creus, quien entendía que ella debía estar representada por la amenaza del empleo de violencia y encontrarse presente los requisitos propios del delito de robo[28], lo cual según Edgardo Alberto Donna, consiste en el despliegue de energía, direccionada "para vencer materialmente la resistencia de la víctima, aun sin operar sobre su cuerpo, quebrantándola o paralizándola (ej: uso de armas)"[29]. Por su parte, Jorge E. Buompadre, se muestra contrario a dicha tesis, afirmando que la misma no se encuentra incluida en el término de violencia del artículo[30].-

En cuanto a la fuerza en las cosas, la misma tiene idéntica significancia que en el delito de robo previsto en el art. 164 del Código Penal; así, el despliegue de la misma implicará la superación material de los medios predispuestos con motivo de asegurar o mantener la privación de la libertad del agente. Teniendo en cuenta ello, podrá direccionarse hacia los barrotes de una celda, ventanas, techos o sus muros, las cerraduras o candados que se encuentren colocados en las puertas; también integran este supuesto aquellas que atentan contra los medios de seguridad y contención de los transportes que se utilizan para los distintos traslados de las personas detenidas[31].-

Así, la jurisprudencia ha sostenido que

> "quien, encontrándose legalmente detenido, bajó la ventanilla de la puerta del móvil, abrió la misma y se dio a la fuga, quebrantó la detención pero ese acto físico no implica que la evasión haya sido por medio de fuerza en las cosas, pues nada aparece forzado por

---

[28] Cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6° edición actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999, II, 353. De similar forma se pronunciaba también Sebastián Soler, a la vez que afirmaba que "el agregado del término intimidación (ley 17.567) es aclaratorio" (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10° reimpresión total, Tea, Buenos Aires, 1992, V, 355).-

[29] Donna, III, 627.-

[30] Cfr. Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, III, 535.-

[31] La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, en el marco de los autos "Cepeda, Miguel Ángel S/ Evasión", del 07/03/80, sostuvo: "La ausencia de fuerza sobre los elementos de seguridad colocados para el resguardo de un detenido, hace que la evasión de aquel no configure delito, en los términos del art. 280 CP" (Infojus, sumario nro. FA80163201).-

el despliegue de alguna energía física, y, por consiguiente, no se configura el delito de evasión (C.P. art. 280)"[32].-

El empleo de fuerza –a los fines del delito-, tendrá que exceder la que hubiera efectuado la persona encargada de llevar adelante la custodia del detenido; por ello no podrá configurar este medio, la apertura de la cerradura de una puerta mediante la utilización de una ganzúa, sin causarle daños, pudiendo predicarse lo mismo, en el caso de un candado[33].-

Tanto la violencia como la fuerza deben haber sido desplegadas por el autor, o éste, en su caso, aprovechado la realizada por un partícipe de la empresa criminal[34], siendo dicha afirmación fruto del enunciado legal, en cuanto se reprocha el proceder de quien "se evadiere por medio de…". De no darse ello, se torna atípica la conducta de quien se fugue de su lugar de detención, lo cual podría suceder, por ejemplo, cuando una persona desde el exterior corta los barrotes de un calabozo, permitiendo de esa manera que las personas privadas de libertad, la recuperen o aprovecha las violencias ejercidas por un tercero en la persona de sus custodios, con idéntico resultado[35]; lo mismo sucedería, en el supuesto de excavarse un túnel desde las afueras de una unidad carcelaria, culminando dentro de un pabellón para consumar la huida de los detenidos[36].-

Asimismo, debe existir una relación causal entre los medios enunciados y el cometido del agente; en este sentido, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en el marco de los autos "Fasoli, Néstor A.", resuelta el 11 de mayo del año 1995, sostuvo que "en el delito de evasión, el uso de fuerza, violencia o intimidación debe tener estrecha relación con el fin buscado, en carácter de medio a fin, aunque sea como mera contribución". En sintonía con ello, Jorge Luis Villada supo sostener que "tanto la fuerza en las cosas como la violencia sobre las personas, *se utiliza para evadir*, y no conjuntamente con la evasión, ni para procurar la impunidad o para impedir la posterior persecución"[37].-

---

[32] Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, en el marco de los autos "Sosa, Ernesto Florentino S/ Evasión", del 04/07/86 (Infojus, sumario nro. R0004374).-

[33] Ver en este sentido, Suprema Corte de Justicia de Tucumán -05/05/45- (La Ley, 40-93).-

[34] En este sentido, se pronunció la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos "Martínez, Fabián C. y otros", del 03/07/92 (La Ley, 1993-A, 328).-

[35] En este sentido hubo de pronunciarse la Cámara del Crimen de la Capital -08/03/57- (La Ley, 88-195).-

[36] En estos supuestos, quien preste la colaboración para que se desarrolle la fuga, se vería incurso en el delito de favorecimiento de evasión previsto en el art. 281 del Código Penal.-

[37] Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la Administración Publica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, 197.-

Por último, cabe desechar la posibilidad de un concurso real en el caso de constatarse lesiones en la persona de los guardias o custodios, predicándose lo mismo, respecto de los daños que puedan causarse en los bienes, todo ello con motivo de la evasión. Dicha circunstancia es consecuencia directa de la unidad de acción propia de este delito, ya que resultan inescindibles las violencias o fuerzas –requeridas en el tipo- de la acción descripta en la norma, absorbiendo el fruto de las mismas; sería diversa la afirmación, en el caso de contemplarse en la normativa un supuesto donde no se exigiese la utilización de medios comisivos para llevar adelante la fuga, como ocurre en las legislaciones española o boliviana. De esta forma, las lesiones o daños resultantes, concurrirán de forma ideal con la evasión, siendo de aplicación las previsiones del art. 54 del Código Penal.-

Respecto a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubo de sostener que "el daño causado para llevar a cabo la fuga no constituye, en el supuesto de autos, un delito autónomo, ya que se halla absorbido por la figura especial de la evasión, que para ser punible requiere violencia en las personas o fuerza en las cosas (art. 280, C.P.)"[38]. Por el contrario, se consideró que mediaba un concurso real entre las figuras de robo calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y evasión en grado de tentativa –arts. 166 inc. 2º, segundo párrafo, primer supuesto, 280, 42 y 55 del Código Penal-; en este caso, un grupo de internos del Establecimiento Carcelario Nº2 –Penal de San Martín- de la Provincia de Córdoba, luego de tomar de tomar las instalaciones del penal, procedieron a la sustracción de un camión del Servicio Penitenciario –que se encontraba en el interior del penal- y con el mismo intentaron darse a la fuga un numero aproximado de 29 internos, no logrando su cometido por razones ajenas a su voluntad y el oportuno proceder de las fuerzas de seguridad[39].-

c) Sujetos del delito:

El sujeto activo de este delito, será aquella persona que se encuentre legalmente detenida. De esta forma, aflora como necesario que la privación de libertad que reposa en cabeza de un individuo sea legítima; ello implica que la misma haya sido dispuesta por la autoridad competente en la materia y de

[38] Corte Suprema de Justicia de la Nación -28/09/59- (La Ley, 98-492); en sintonía con ello, la Cámara Criminal de Tucumán -20/03/63- resolvió que "la violencia ejercida en el guardiacárcel con el propósito de evadirse constituye el delito de evasión, ya que la intención fue una y única, y el daño ocasionado en el custodia no constituye delito autónomo, puesto que es absorbido por la figura especial de la evasión" (J.A., 1964-I-348).-

[39] Cfr. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, en el marco de los autos "Alem, Roque R. y otros", del 12/11/10.-

conformidad con las leyes que la regulan, es decir, que extrínsecamente reúna los requisitos necesarios de validez. En ese sentido, afloran como situaciones de privación de libertad los casos de personas condenadas a penas privativas de libertad, las sujetas a un encierro cautelar, como ser el arresto o el estado de detención –propio de los primeros momentos de una investigación- o la prisión preventiva. Tales disposiciones podrán tener su razón de razón de ser en procesos iniciados con motivo de un delito penal, o en la instrucción de un sumario contravencional.-

Amen de esos supuestos, pueden presentarse otros donde la persona aún no se encuentra en una situación de encierro; los mismos se corresponden con los instantes posteriores a la consumación de un ilícito, y por lo general se dan en las situaciones de flagrancia, donde el sospechado es aprehendido por efectivos policiales a poco de constatada la infracción penal, o incluso por los particulares[40]. El proceder de quien limite la libertad ambulatoria de otro en dichas circunstancias, se tendrá que adecuar a lo dispuesto en la normativa procesal de aplicación en la materia, o en leyes especiales[41], ya que de lo contrario estaríamos frente a una privación ilegal de la libertad como consecuencia del mismo.-

Referido al tema, se tornan de importancia las apreciaciones brindadas por Jorge E. Buompadre, en cuanto sostiene que "la evasión de una persona que se halla ilegal o arbitrariamente privada de su libertad ambulatoria no configura el delito, aun cuando haya empleado fuerza o violencia en el hecho, sin perjuicio, como es natural, de las responsabilidades por otros delitos que se cometan por el empleo de tales medios, por ejemplo, daño"[42].-

En lo concerniente al sujeto –activo- en si mismo, no se requieren calidades particulares en éste, pudiendo cometerlo cualquier persona, claro está, que se encuentre privada de su libertad, lo que si da la pauta de que nos encontramos antes un delito de propia mano si se tiene en cuenta ello. Dicha medida tiene que haberse efectivizado para que su proceder pueda incurrir en el tipo penal; la jurisprudencia –en lo que a ello respecta- ha sostenido que

---

[40] Cfr. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Lerner, Córdoba, 1974, VII, 192; comparte ello, Villada, 196 y 203.-

[41] A modo de ejemplo pueden citarse los arts. 183, 184 y 240 del Código Procesal Penal de la Nación, 153, 154 y 294 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. También pueden señalarse los arts. 1, de la Ley 23.950 y 15 de la Ley 13.482 de la Provincia de Buenos Aires.-

[42] Buompadre, *Tratado…*, III, 535.-

"no comete el delito de evasión en concurso con los de resistencia a la autoridad y lesiones, quien arrestado por un agente de policía forcejea y auxiliado por otros huye, ya que si su detención había comenzado, no puede afirmarse que se hallase sometido a la autoridad, pues toda su actividad y la de sus compañeros fue de activa resistencia a ella"[43].-

Por el contrario, no podrán revestir la calidad de sujeto activo los menores privados de su libertad, habida cuenta la "finalidad tutelar" que gobierna las medidas de restricción de libertad que pueden reposar en cabeza de los mismos[44]. También cabe predicar lo mismo respecto de las personas que se encuentran internadas o sometidas a una medida de seguridad o tutela[45], pudiendo emanar dichas disposiciones del fuero penal, civil o de familia.-

Si bien en tales casos se encuentra restringida la libertad ambulatoria, dichas medidas no implican per se, una detención o estado que se le asimile, por lo cual no puede considerarse como "evadidos" a los sujetos que quebranten el cumplimiento de las mismas.-

En lo que respecta al sujeto pasivo de este delito, corresponde hacer la siguiente distinción: dicha calidad le corresponderá –habida cuenta el bien jurídico delimitado, la administración de justicia- al Estado, principal afectado con el desplegar ilícito, no debiendo confundirse ello con los eventuales perjudicados resultantes del desplegar ilícito llevado a cabo. Nótese que si la misma es llevada adelante con violencia en las personas –por ejemplo, miembros del servicio penitenciario o policías-, éstas podrán adquirir el mentado rol, pero no serán consideradas sujetos pasivos.-

[43] Cámara del Crimen de la Capital, -14/09/56- (La Ley, 86-457). Semejanzas con lo sostenido se aprecian en el fallo pronunciado por la Sala III, del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos "F., M. Á. s/ recurso de casación", causa nro. 14.594, del 09/12/08; en el mismo se afirmó: "En definitiva, no hay delito de evasión por parte del preso que recupera la libertad sin violencia o fuerza en personas o cosas, ya que no puede atribuírsele que trate de recuperarla, aprovechando la inoperancia o incapacidad de los organismos encargados de su sujeción personal. Y si aún no ha sido detenido, el interés de preservar la libertad locomotiva que lo lleva a no acatar la orden de detención que se dice impartida, es impune…".-

[44] Cfr., Soler, V, 354. En sintonía con ello, puede traerse a colación lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de los autos "Maldonado, Daniel Enrique y otros s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa nº1174-, del 07/12/05, en cuanto afirma que "…los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares".-

[45] En el marco de ello, pueden mencionarse los supuestos contemplados en los arts. 9 de la Ley 12.331 –hospitalización forzosa- y 34 inc. 1ª del Código Penal –para el caso de los inimputables-, entre otros.-

La diferenciación efectuada cobra importancia en el marco procesal penal, ya que al instruirse un sumario con motivo de este delito, solo podrán ostentar el rol de querellante[46] o particular damnificado[47] los representantes designados por el Estado, principal ofendido con motivo del mismo y como consecuencia de ello, asumir la calidad de parte en el proceso con los derechos y facultades que le son reconocidas por los ordenamiento procesales. Sin perjuicio de ello, las personas que resulten perjudicadas, fruto de la evasión –en el caso de que hallan sido destinatarias de violencia por parte del sujeto activo-, podrán comparecer a proceso, asumiendo la envestidura de actor civil[48] y solicitar en el marco de aquel la correspondiente pretensión resarcitoria por los padecimientos sufridos.-

4.- Tipo subjetivo:

La figura de evasión resulta ser dolosa, siendo necesario que la conducta del autor se encuentre guiada por un dolo directo, debiendo el mismo abarcar el conocimiento de la situación de detención en la cual se encuentra y la voluntad de fugarse mediante la utilización de los medios comisivos enunciados en la norma -es decir, fuerza en las cosas o violencia física en las personas- en aras de recuperar su libertad, que a la postre, se encuentra restringida.-

5.- Consumación y tentativa:

El delito resulta de consumación instantánea, produciéndose la misma "en el momento en que el privado legalmente de la libertad se desvincula totalmente de su estado de detención"[49]. Partiendo de dichos postulados, cabe afirmar que no se encontraría perfeccionado el ilícito si el sujeto sólo logra salir de su celda o pabellón donde se encontraba alojado y es sorprendido en espacios comunes pertenecientes al lugar de detención, como podrían ser pasillos, sectores de baños, patios, etc. En estos supuestos, si bien logra vencer alguna de las medidas de seguridad predispuestas –como podrían ser las puertas, cerrojos o barrotes-, no recupera de forma plena la libertad que antes gozaba. Cabría predicar lo mismo,

[46] Figura contemplada –entre otros- por los arts. 82 y Ss. del Código Procesal Pena de la Nación.-
[47] A modo de ejemplo, puede citarse los arts. 77 y Ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.-
[48] Véase –tan solo a título ejemplificativo- los arts. 14, 87 y Ss. del Código Procesal Pena de la Nación y 12, 66 y Ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Dichas normas se encuentran en franca consonancia con lo previsto por el art. 29 inc. 1º del Código Penal.-
[49] Marín, Jorge Luis, *Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición actualizada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 874.-

en el caso que lograse sustraerse de la acción de la custodia de los efectivos policiales o penitenciarios, sin poder egresar del predio donde se hallaba detenido.-

Para considerar consumada la evasión, es necesario que el sujeto activo logre sustraerse del lugar donde se materializa la privación de la libertad –sea éste una institución carcelaria, alcaidía de detenidos o seccional policial- o donde se encuentra con motivo de la misma -como pueden ser dependencias judiciales, móviles policiales o camiones de traslado del servicio penitenciario, por citar algunos ejemplos-, o simplemente de manos de la autoridad –o un particular-, debiendo ser de forma "plena", es decir, sin restricciones a la libertad ambulatoria aunque sea por pocos instantes, siendo indiferente si luego es recapturado[50]. En ese estadio debe situarse al momento consumativo.-

Teniendo en cuenta las características propias de este delito y los requisitos necesarios para su consumación, cabe sostener que el mismo es de resultado material, ya que no se concibe que pueda ser llevado adelante sin el despliegue de fuerza en las cosas o violencia física en las personas.-

Como consecuencia de ello –y en consonancia con lo expuesto en el primer párrafo del presente- debe sostenerse que el delito de evasión admite tentativa[51]. Al situarse el comienzo de ejecución de este delito en los procesos de despliegue de fuerza o violencia –con la finalidad antes enunciada-, los actos así ejecutados son pasibles de reproche, pese a que no se logre superar el grado de conato. Quizás los ejemplos más emblemáticos de ello sean el corte de barrotes, perforación de muros -o techos- o la excavación de túneles subterráneos. En estos casos, resulta por demás complicado –habida cuenta las connotaciones propias de los centros de detención- que dicho proceder pueda ser cumplido sin solución de continuidad; por lo general se tratará de procesos que demanden tiempo de ejecución. Si ellos son descubiertos, su autor o autores serán pasibles de la imputación en orden a este ilícito, con los alcances señalados.-

[50] En ese orden de ideas, la Cámara Penal de Concordia, en el marco de los autos "Gerfó, Jorge R.", del 23/11/87, hubo de sostener que "el delito de evasión es instantáneo, y se consuma con la salida del ámbito de encierro, sin que la persecución y aprehensión, lograda luego de superados los limites de ese ámbito, implique la no consumación del tipo" (D.J.-988-2-397).-

[51] La Cámara Penal de Rosario, Sala II, en el marco de los autos "Insaurralde, Gabina", del 24/10/79, resolvió: "Si entre el acto de sustraerse a la custodia y la ulterior aprehensión del procesado no medio solución de continuidad, ya que el agente que lo custodiaba en ningún momento dejó de saber donde se hallaba el encausado, la evasión quedó en grado de tentativa" (SP La Ley, 981-459).-

Otra de las notas de este delito, es que el mismo admite la concurrencia de personas en el desarrollo de la conducta típica; un buen ejemplo de ello fue expuesto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Concepción del Uruguay, en el marco de los autos "García, Lorenzo Odelmar s/ Robo calificado por uso de armas, Abuso de armas y Evasión", resuelta el 30 de marzo del 1999, donde sostuvo:

> "Probada la rotura del ojal inferior de la puerta del patio, el corte de una reja de hierro de 16" mediante una sierra, reja ubicada en el techo del patio, la cual fue doblada hacia abajo, el corte de otro hierro más fino; una tarea tan gravosa requirió mutua colaboración entre los evadidos, ya que mientras uno de ellos trabajaba con los hierros, el otro vigilaba la guardia. No existió ninguna puerta abierta ni mucho menos descuido de la guardia, sino que utilizando una sierra realizaron la tarea en común lo que permite decir que existió una coautoría entre los evadidos, dada la presencia activa y concomitante de ambos, al cumplir cada uno de ellos actos determinados -rotura, corte, colocación de escalera, etc.-, que integraron el accionar configurativo de la evasión".-

De esta forma, y para poder aplicar las reglas propias de los arts. 45 y 46 del Código Penal, los distintos sujetos tendrán que tener un rol activo en la evasión –en pos de vencer los obstáculos que restringen su libertad-, ya que no basta –como antes se indicara- que se evada aprovechando la conducta desplegada por otros, y a la cual resulta ajeno.-

FAVORECIMIENTO DE EVASION

Art. 281: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo".-

"Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil".-

6.- Bien jurídico protegido:

En el caso de las dos figuras contenidas en el artículo, el bien jurídico protegido también debe situárselo en el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia; dentro de ella –y más específicamente hablando-, se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de las medidas que restringen la libertad de un individuo –dispuestas por la autoridad competente en la materia-, no ya reprochando el proceder de su destinatario –en cuanto éste intente evadirlas-, sino el comportamiento de terceras personas que atentan contra las mismas.-

De esta forma, el legislador buscó desalentar conductas que atentan contra el normal cumplimiento de medidas privativas de libertad –hayan sido dispuestas a título cautelar o como pena-, sancionando a quien mediante un obrar intencional colabora en causar su quebrantamiento, viéndose el mismo traducido en la evasión del destinatario directo de aquellas. Sin embargo –y como se aprecia en la letra del articulado-, también se reprocha el proceder de funcionarios públicos que desencadenan dicho resultado como consecuencia de la violación a deberes de cuidado inherentes a sus funciones.[52].-

7.- Favorecimiento de evasión:

7.1.- Tipo objetivo:

a) Concepto y acción típica:

La acción típica consisten en favorecer la evasión de alguna persona que se encuentre detenida o condenada; ella debe ser interpretada como una colaboración o ayuda que se presta –por parte de un tercero- a la persona que se encuentra privada de su libertad, tendiente a que la misma pueda evadirse de la situación de encierro o restricción. El alcance que debe asignársele al concepto de "detenido o condenado" –en este precepto- es equivalente al expuesto al tratar lo atinente al sujeto activo del delito de evasión, al cual corresponde remitirse. En orden a ello, la jurisprudencia supo pregonar la atipicidad

[52] En torno al bien jurídico protegido por este delito, la Cámara Federal de La Plata, Sala I, en el marco de los autos "Sumario instruido por av. pta. inf. art. 281, CPen.", del el 16/8/2012 sostuvo: "Precisamente, la administración de justicia, y dentro de ella la acción ejecutiva de las penas privativas de la libertad, pueden verse afectadas por conductas intencionales o desaprensivas de quienes favorecieren la evasión de una persona que se encuentre legalmente detenida".-

de la conducta desplegada por quien había favorecido la evasión de un menor de edad, que se encontraba privado de su libertad en virtud de una "disposición tutelar" regida por la ley 22.278[53].-

Dicha colaboración puede asumir una diversidad de modalidades, ya que la norma no exige que sea llevada adelante mediante la utilización de algún medio específico; respecto a ello, la jurisprudencia ha sostenido que

> "El art. 281 Código Penal sanciona a quien colabore en la evasión de algún detenido o condenado, sin exigir que aquélla se produzca mediante fuerza o violencia, ni siquiera por remisión a la norma que le precede. El tipo abarca inclusive formas fraudulentas de favorecimiento, además de otras variadas con independencia del modo de actuación de quien resulte engañado"[54].-

Así, aflora como nota saliente de este delito que el obrar desplegado se ponga al servicio del sujeto que se pretende, recupere su libertad, debiendo éste voluntariamente aceptarlo[55]. El mismo –teniendo en cuenta lo expuesto- deberá consistir en un aporte materialmente necesario y útil, a los efectos de obtener la finalidad señalada en la norma[56] mencionándose a título ejemplificativo el hecho de "entregar al detenido una lima para aserrar los barrotes de su celda, un disfraz, una escalera, traje y documentos falsos para salir de la prisión; funcionario que deja abiertas las puertas de una alcaidía, de un camión celular"[57].-

Como bien señala Edgardo Alberto Donna[58], la ayuda suministrada puede verse representada en un hacer –por ejemplo, quien facilita las llaves necesarias para abrir las cerraduras de los calabozos- como en una omisión en la modalidad impropia –o comisión por omisión-, siendo necesario en este

[53] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos "O., S. L. S/ facilitación de evasión", causa nro. 1931/12, del 04/12/12. En pos de ello, se sostuvo: "Por utilizar iguales términos en su redacción, resulta pertinente remitirnos a lo sostenido por la doctrina para el delito previsto en el artículo 280 del cuerpo penal e indicar que, entre otros, los menores tutelados no pueden ser sujetos activos porque no revisten la calidad de detenidos".-
[54] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Bernharat, Hilda E", del 10/11/04.-
[55] Cfr. Buompadre, III, 539. Dicho autor, afirma que quien saca de la cárcel a un detenido en contra de su voluntad, no comete el delito de favorecimiento de evasión.-
[56] De similar forma se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en el marco de los autos "Juárez, Enrique A.", del 13/04/73 (La Ley, Repertorio XXXV, 1975, A-I).-
[57] Chiappini, Julio, "El delito de favorecimiento de evasión", La Ley, 1981-C, 1109.-
[58] Cfr. Donna, III, 635.-

supuesto que el autor se encuentre en posición de garante respecto de la persona detenida, con el consiguiente deber de actuar –lo cual sucedería en el caso que un efectivo policial o penitenciario, cumpliendo funciones de imaginaria en un sector de calabozos, advirtiera que los reclusos cortaron los barrotes y emprenden la fuga y pese a ello, guarda pasividad, sin dar aviso a la superioridad o tomara las medidas del caso-.

La conducta favorecedora –para poder considerarse típica- debe tener incidencia en el curso causal de la fuga, sin ser necesario que sea la única, o incluso que concurran varias. En este sentido, la misma puede ser desplegada tanto para vencer las defensas que aseguran la situación de encierro –por ejemplo, rompiendo una puerta, reja o cavando un túnel-, como estar dirigida a las personas que trasladan o custodian al detenido, dándose ello, por ejemplo, cuando se los golpea en aras de liberarlo de su custodia para que pueda emprender la fuga.-

Por ultimo, cuando en el supuesto en examen se menciona "el que favoreciere la evasión…", el término evasión no debe ser interpretado en el sentido expuesto en el art. 280 del Código Penal, es decir, como una fuga con fuerza en las cosas o violencia física en las personas[59]. En este artículo, ello implica un simple salir de la situación de encierro o restricción en la cual se encontraba el sujeto, sin ser necesario que se hagan presentes dichos medios comisivos[60].-

b) Sujetos del delito:

El rol de sujeto activo de este delito lo podrá asumir cualquier persona, siendo ello consecuencia directa del enunciado normativo –"…el que favoreciere…"-. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde marcar las siguientes diferencias: si la persona que se evade, además de contar con la colaboración brindada por un tercero, lleva adelante su cometido con fuerza en las cosas o violencia física en las personas, estaremos antes dos conductas típicas diversas: la del art. 280 del Código Penal, respecto de quien se evade mediante su empleo, y por otro lado, la de quien favoreció dicho proceder subsumible en

[59] Ver en este sentido, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, en el marco de los autos "González Sánchez, Víctor E. S/ recurso de casación", del 11/08/02.-

[60] En este sentido se pronuncia –entre otros- Molinario Alfredo J, *Los Delitos*, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires 1999, III, 443.-

este artículo. Así, el obrar de quien favorece la evasión típica no constituye un supuesto de complicidad en aquella, sino que encuentra sanción en el supuesto en estudio. Ello es consecuencia de que

> "la complicidad en la evasión, aún cuando esta caiga bajo el art. 280 es siempre punible a norma del art. 281. Dado que este articulo fija una pena autónoma y superior a la de la evasión, es evidente que el hecho que estudiamos constituye un delito per se, que en ningún caso puede ser puesto en relación con la pena del 280"[61].-

Puede asumir dicha calidad –incluso- otro detenido o condenado, siempre y cuando su conducta se encuentre dirigida a favorecer la fuga de otro –y no la propia-, ya que de no ser ello así, la misma podría quedar subsumida en el delito previsto en el art. 280 del Código Penal[62].-

En el supuesto de que el sujeto activo sea un funcionario publico, la norma contempla como agravante su inhabilitación absoluta por triple tiempo. La razón de ser de la misma debe situarse en los especiales deberes que les corresponde a esta clase de sujetos, en orden a la labor que desempeñan –por ejemplo, cuerpos de policía, servicio penitenciario, prefectura o gendarmería-, los cuales en principio, no rigen las conductas de los particulares.-

La aplicación de la agravante no debe circunscribirse solo a quienes tienen responsabilidad de vigilancia o custodia sobre quien se evade[63], como podrían ser los policías, guardiacárceles o custodios que efectúan traslados. A la luz del contenido del art. 77 del Código Penal[64] -donde se brinda el concepto de funcionario público- cabe afirmar que también se encuentran comprendidos en la aplicación de la agravante, entre otros, a aquellos sujetos que se desempeñan laboralmente en los ámbitos judiciales. De esta forma si colaboran –por ejemplo, un auxiliar letrado o un secretario de una juzgado o fiscalía, por mencionar algunos supuestos- en la evasión de un detenido o condenado, les cabria la aplicación de la misma.-

---

[61] Soler, V, 359/360.-
[62] Cfr. D'Alessio, 938.-
[63] Comulga dicha tesis, Villada, 208.-
[64] En el mismo puede leerse en el cuarto párrafo: "Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".-

En lo que respecta al sujeto pasivo, el mismo resulta ser el Estado tal como se indicara al tratar el delito de evasión, siendo de aplicación –en este caso- las consideraciones allí expuestas y a las cuales corresponde remitirse, claro está, atendiendo a las particularidades propias de este delito.-

7.2.- Tipo subjetivo:

El favorecimiento de evasión resulta ser un delito doloso, siendo necesario que el autor conozca la situación de privación de libertad en la cual se encuentra el sujeto y que su proceder –mediante un hacer u omitir- colaborará en la fuga de aquel, debiendo ello ser el fruto de su voluntad. El dolo requerido es el directo[65], no obstante ello, en el ámbito doctrinal se admite la posibilidad de que pueda concurrir en la figura la forma eventual del dolo[66]. Dicha alternativa podría hacerse presente cuando "el autor preste una ayuda para una evasión que solo sospecha y, no obstante ello, el autor igual actúa prestando la colaboración para la evasión"[67].-

De esta forma, el sujeto activo deberá conocer que su actuar favorecerá la evasión de algún detenido o condenado. En torno a ello y a modo de ejemplo, puede traerse a colación el fallo dictado por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, en el marco de los autos "Q., M.A. s/ Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público en Concurso Ideal con Favorecimiento de Evasión Doloso" pronunciada el 16 de marzo del año 2007, en el cual se confirmó la absolución dictada por el a quo –en orden al delito de favorecimiento de evasión-, ponderando que en el precedente se encontraba ausente el elemento subjetivo requerido por la figura. En lo que interesa sostuvo:

> "En el caso, ha quedado demostrado, en cambio, que la voluntad del imputado era la de permitirles el egreso por un espacio corto de tiempo, con el objeto de que pudieran celebrar con sus familias la llegada del año nuevo, al punto que les había reclamado el compromiso del retorno. No era una fuga lo que propiciaba Q., sino la concesión de un irregular favor para el que no estaba autorizado"[68].-

---

[65] Núñez habla de "dolo de intención" (Núñez, VII, 195).-

[66] En este sentido, Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen III*, Depalma, Buenos Aires, 1981, 241.-

[67] Donna, III, 637.-

[68] Si bien en el marco de dicho decisorio se confirmó la absolución del inculpado en orden a la figura en estudio, el mismo resultó condenado en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248, última parte del

Por el contrario, se consideró que concurre la intención requerida por el tipo en el proceder de un efectivo policial que detiene la marcha –del vehículo en el cual se movilizaba- para facilitar la fuga de los detenidos que debía trasladar[69].-

7.3.- Consumación y tentativa:

Determinar cuando se tiene por consumado este delito, ha dividido a la doctrina nacional. Un sector –mayoritario- considera que el mismo debe situárselo cuando la fuga del detenido o condenado se ha materializado, lo cual supo ser propugnado por Sebastián Soler; dicho autor afirmaba que "el hecho no consiste en los actos mismos de favorecimiento (llevar la lima y entregarla al preso) sino en favorecer la evasión"[70]. Resulta consecuencia de ello, la posibilidad de admitir la tentativa de esta figura penal, la cual se podría ver representada en el principio de ejecución de la fuga llevada adelante por el detenido, valiéndose de los medios aportados por el favorecedor.-

Por su parte, Ricardo C. Núñez -enrolado en la postura minoritaria- sostenía que el delito no se consumaba con el acto de favorecimiento, sino con la evasión o su intento[71], postura que era compartida por Carlos Creus[72]; dicho autor entendía que "la evasión, por lo tanto, cuando menos debe haberse tentado, puesto que cuando esto ocurre ya ha comenzado a operar el favorecimiento", conduciéndolo a negar la tentativa de este delito -extremo éste, en el cual también era coincidente el primero de lo autores citados-, ya que "antes de que se realice el intento de evasión, el acto favorecedor será meramente preparatorio y, cuando se lo haya realizado, nos enfrentaremos a un delito consumado"[73].-

El favorecimiento de evasión es un delito de resultado material, el cual se pone manifiesto con la fuga del detenido o condenado y de consumación instantánea. El mismo, habida cuenta de tratarse de un

Código Penal).-

[69] Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Arias, Rogelio H. y otros", del 18/02/75 (La Ley, 1975-C, 88).-

[70] Soler, V, 360. En este sentido se pronunciaron también -entre otros-, Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, VII, 428, Donna, III, 637.-

[71] Cfr. Núñez, VII, 195. Dicho autor afirmaba en la nota nro. 25 –correspondientes al tema- que "…favorecer la evasión no equivale a lograrla. Basta que la evasión se haya manifestado, aunque no se haya consumado".-

[72] Cfr. Creus, II, 355.-

[73] Creus, II, 355; comparten dicha postura, Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R., *Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado, concordado y anotado*, Astrea, Buenos Aires, 2003, II, 768.-

“delicta comunia”, admite la concurrencia de personas en el desarrollo de la conducta típica, siendo de aplicación lo normado por los arts. 45 y 46 del Código Penal, en cuanto rigen las reglas de la autoría y participación criminal.-

8.- Favorecimiento culposo de evasión:

8.1 Tipo objetivo:

a) Concepto y acción típica:

El supuesto previsto en el segundo párrafo del art. 281 resulta ser una figura autónoma, y no una modalidad culposa de la contenida en el primer párrafo de dicho precepto[74], ya que su razón de ser se halla en la producción, mediante un obrar negligente, de la evasión de algún detenido o condenado. Tal aclaración corresponde realizarla con anterioridad al tratamiento de la misma, en pos de evitar confusiones en su correcta interpretación.-

La acción típica en este delito esta enmarcada en la producción negligente de la evasión; ella debe ser interpretada como un “causar o generar” la misma. Aquí, no puede hablarse de una ayuda en pos de liberar a la persona detenida; dicho aspecto es el que permite diferenciarla del supuesto doloso contenido en el primer párrafo del artículo, donde el sujeto activo obra con intención de lograr la fuga del mismo, intención que se ve traducida en un favorecimiento[75].-

La producción de la evasión tiene que ser consecuencia de un obrar negligente[76]; el mismo debe ser interpretado como una omisión de la diligencia debida en la situación que se esta afrontando, es

[74] Cfr. Núñez, VII; 196, Creus, II; 356, Laje Anaya, III, 241; Buompadre, III, 541; Breglia Arias y Gauna, II, 769, entre otros.-

[75] En este sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, en el marco de los autos “Ferreyra José Mario s/ evasión culposa”, del 24/11/93, sostuvo: “El art. 281, última parte C. Penal, castiga al funcionario que por negligencia dé lugar a la evasión, esto es, al que observa una conducta descuidada con respecto a la obligación de asegurar la continuidad del sometimiento. Es decir la división de cuidados que se deben poner para que no cese el estado de privación de quien así se halla. No se debe hablar de esa forma culposa en una verdadera ayuda para la fuga, pues quien facilita una fuga poniendo todas las condiciones y allanando todos los obstáculos para que pueda consensuarse, realiza una conducta activa que rebasa la más grave negligencia y contiene el dolo exigido por el art. 281 C. Penal” (Infojus, sumario nro. R0014432).-

[76] El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, sentenció: “El guardiacárcel que hallándose en servicio de guardia la abandona o se entrega al reposo, incurre en el delito previsto en el art. 281, segunda parte del C.P., si esa circunstancia la aprovecha un preso para evadirse” (Cfr. Rubianes, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, II, 1372).-

decir, “no realizar algo que la prudencia indica hacer”[77]. En orden a ello, corresponde aclarar que lo reprochado por la norma no es la simple negligencia en el cumplimiento del deber, si la misma no ha lesionado al bien jurídico tutelado –que en los tipos culposos se revela con la producción de un daño en aquel-. En ese caso, dicha conducta bien puede ser merecedora de una sanción administrativa, más no penal. Afloran como ejemplos de conductas negligentes, el no cerrar con llave un calabozo, dormirse durante una guardia, no prestar la atención debida por parte de quien cumple la función de vigilancia en los muros perimetrales.-

Sólo el obrar negligente se encuentra reprobado por la norma -lo cual surge de su texto-; de esta forma, las restantes modalidades propias de los tipos culposos como ser la imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo -enunciadas, entre otros, en el art. 84 del Código Penal, donde se contempla el homicidio culposo- no son de aplicación a esta figura. Amén de ello, no puede desatenderse la opinión puesta de resalto por Carlos Creus quien estima que dichas formas de culpa “sólo pueden convertirse en típicas cuando impliquen negligencia; de lo contrario, se las podrá punir a través de la violación de los deberes de funcionario público cuando se hayan originado en un obrar doloso, pero no serán el favorecimiento culposo...”[78].-

Entre la conducta negligente y la evasión de la persona privada de la libertad debe mediar una relación de causalidad[79], de modo tal que la misma sea consecuencia directa de aquella, o si se quiere, que sin la conducta verificada, el resultado lesivo del bien jurídico protegido no se hubiese producido de la forma como sucedió[80]. Retomando con los ejemplos antes expuestos, si el encargado de los calabozos no los cierra con llave, y se verifica una fuga, determinándose con posterioridad que la misma tuvo como epicentro un túnel excavado en uno de los extremos del calabozo, dicha conducta, si bien negligente en cuanto no cumplió con una manda elemental -de cerrar con llave-, no puede sostenerse

[77] Marín, 104.-

[78] Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, 586.-

[79] Ver en este sentido el pronunciamiento dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en fecha 07/11/47 (La Ley, 49-693). Ver también en este sentido, Acosta Daniel, F., *Tratado de la culpa en el Derecho Penal*, Juris, Rosario, 2007, 558.-

[80] En este sentido se pronunció también la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en el marco de los autos “Castro, Luis”, del 27/05/94. Núñez por su parte, si bien admite la necesidad de la relación causal, sostiene respecto a ello que “la negligencia del funcionario haya constituido uno de los factores del proceso causal de la evasión, facilitándola, aunque sin ella también se hubiera producido...” (Núñez, VII, 196).-

que haya sido la causa motora de la posterior evasión. En este caso, el agente podría ser sancionado administrativamente por no haber puesto la diligencia debida en la función que cumple, pero como la misma no ha sido causa determinante del escape de los detenidos, deviene atípica a la luz de la norma en estudio.-

Diversa sería la resolución del ejemplo antes visto, si la evasión se hubiese producido por un obrar descuidado –los detenidos salen por la puerta que se encontraba sin llave-; en este caso, al constatarse una relación de causalidad entre la conducta negligente -violatoria de un deber objetivo de cuidado- y el resultado, cual es la fuga de los detenidos, bien se podría afirmar la presencia de una conducta con relevancia típica.-

b) Sujeto del delito:

La calidad de sujeto activo de este delito le corresponderá exclusivamente a quien revista la condición de funcionario público –delito especial propio-. En torno a ello se ha sostenido que "se tratará de quien tiene la guarda o cumple funciones en el lugar, o quien tiene funciones de ordenar que sucede con la detención o sus modalidades, incluido el juez"[81]. De esta forma, aflora la necesidad de una vinculación entre el funcionario público y la persona privada de la libertad, lo que implica que el primero tendrá cuanto menos el deber de mantener la situación en la cual se encuentra la persona y en la que debe continuar: privada de la libertad.-

Resultan por demás claras las apreciaciones brindadas por Justo Laje Anaya, quien refiere que

> "será difícil, pues, concebir que un funcionario totalmente ajeno pueda ser autor de este delito. No se requiere, a la inversa, que el agente se halle encargado de la custodia personal para que el detenido de se evada (por ej., el policía que permanece junto al procesado enfermo que guarda cama en un hospital). Es suficiente que el sometido esté a cargo o bajo su responsabilidad, aunque no tenga su custodia directa o su conducción"[82].-

[81] Molinario, 444.-
[82] Laje Anaya, III, 242.-

Tomando en cuenta en cuenta lo expuesto, se puede afirmar que podrán serlo los efectivos policiales, penitenciarios, de gendarmería, prefectura naval argentina, o incluso, magistrados y funcionarios judiciales[83].-

En lo que respecta al sujeto pasivo, el mismo resulta ser el Estado tal como se indicara al tratar el delito de evasión, siendo de aplicación –en este caso- las consideraciones allí expuestas y a las cuales corresponde remitirse, claro está, con las diferencias propias del presente.-

8.2 Consumación y tentativa:

La consumación en este delito esta signada por la concreción de la evasión por parte de la persona privada de la libertad, siendo éste el resultado requerido por la norma. Al ser la presente una figura culposa, sin la producción de dicho resultado, la conducta del sujeto activo deviene atípica. Con ello se pone de resalto que si el detenido o condenado, no logra superar los limites de la restricción de libertad propios de la situación que le toca afrontar -sea en un lugar de encierro, mientras es trasladado, o incluso, si se encuentra en la vía publica-, el obrar negligente del funcionario publico no logrará adquirir relevancia penal, o cuanto menos, en virtud a la infracción del precepto en estudio.-

En orden a ello, bien puede traerse a colación lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Superintendencia de Investigaciones de Policía", resuelta el 5 de febrero del año 2004, apreciándose en el mismo que:

> "Si el imputado -jefe de servicio a cargo de la alcaidía de Superintendencia de investigaciones de la P.F.A.- procedió a la libertad de un imputado detenido a disposición de varios tribunales al recibir un oficio en el que se otorgaba la libertad "en lo que a esos actuados respecta" pero se dejaba expresa constancia que estaba detenido a disposición de un juzgado de menores, su obrar ha sido negligente al no haber verificado debidamente los alcances de la libertad ordenada, lo que facilitó la evasión del detenido. En consecuencia, debe homologarse el auto que dispuso el procesamiento del imputado en

[83] Por su parte, Creus considera que no revisten la calidad de sujetos activos del delito quienes antirreglamentariamente asumen de hecho la custodia de los detenidos, poniendo como ejemplo de ello, el caso de los empleados de un juzgado, mientras reciben declaraciones (Cfr. Creus, *Delitos...*, 587).-

orden al delito de favorecimiento culposo de evasión (art. 281, segundo párrafo del C.P.)”[84].-

Resulta pacífica la opinión de que dicha figura -al igual que las otras de la misma especie plasmadas en Código Penal- no son pasibles de tentativa[85].-

En lo que respecta a la autoría y participación criminal en los delitos culposos se ha sostenido con acierto que “solo se puede participar en la autoría dolosa, porque en la culposa, todo el que pone un causa para un resultado es autor. No es posible la participación culposa en delito doloso ni la participación dolosa en delito culposo”[86]. Dichos postulados han sabido ser receptados por la jurisprudencia nacional en lo que a este delito en particular concierne[87].-

QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN

Art. 281 bis: “El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años”.-

9.- Bien jurídico protegido:

En el caso de la figura contenida en el artículo, el bien jurídico protegido también debe situárselo en el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia; dentro de ella –y más específicamente

[84] Cfr. Infojus, sumario nro. G0021590.-

[85] Ver sobre los aspectos culposos en general y la tentativa en esta especie de delitos –que resultan de aplicación a dicha figura-, Terragni, Marco Antonio, *El delito culposo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pag. 175 y ss. Sobre el particular de este delito, Laje Anaya, III, 242.-

[86] Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Capital Federal, 2005, 614. Por su parte Carlos Creus, sobre el particular de este delito, sostuvo que “de las distintas formas de participación admite la coautoría” (Creus, *Delitos…*, 587).-

[87] En este sentido, se enmarca lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Bravo, Mario A. y otro”, del 08/07/05; en dicho precedente –en lo que interesa- se sostuvo: “En principio, es necesario destacar que si bien el art. 58, Reglamento General de Procedimientos con Detenidos refiere que el oficial jefe de servicio está obligado a ejercer una constante fiscalización sobre la situación de los detenidos y en la tarea que cumplen sus custodios, lo cierto es que en el presente caso no se advierte que Bravo haya violado el deber objetivo de cuidado. Ello, porque no resulta acertado pretender que el nombrado responda por las consecuencias que trajo aparejadas la conducta negligente del sargento de guardia, suboficial auxiliar Manuel A. Rosas, toda vez que de sostenerse lo contrario, se estaría extendiendo los alcances de la punibilidad de manera contraria al principio de culpabilidad”. Como corolario de ello, se resolvió desvincular del proceso al imputado Bravo, Mario A.-

hablando- se sitúa en el normal acatamiento de las decisiones impuestas por los órganos jurisdiccionales. La razón de ser de una decisión, es que la misma sea cumplida y acatada por parte de los destinatarios; de no suceder ello, se desvirtúa y pierde su significación como tal.-

La consecuencia principal de tal desatención, esta dada por la pérdida del crédito que debe reposar en los Órganos de la Administración de Justicia. En este caso, se tratará del quebrantamiento de una inhabilitación –impuesta mediante una decisión jurisdiccional-, la cual puede asumir el carácter de pena única o conjunta, especial o absoluta –dependiendo ello del supuesto que se trate-, según los alcances previstos en los arts. 19 y 20 del Código Penal.-

Su incriminación como delito, según Edgardo Alberto Donna, "está en que, al existir la inhabilitación como pena, su efectividad, salvo el caso del funcionario público, resultaba ilusoria, al decir de Fontán Balestra y Millán, si no existiera protección para su incumplimiento, ya que, de lo contrario, no existiría una sanción específica penal"[88].-

10.- Tipo objetivo:

a) Concepto y acción típica:

La conducta reprochada por la norma consiste en quebrantar una inhabilitación impuesta por un órgano jurisdiccional. El verbo típico quebrantar, debe ser interpretado –a los efectos del artículo- como una acción que vulnera, avasalla, no acata o incumple una pena dispuesta judicialmente[89]. Dicho proceder se configura cuando el agente lleva adelante aquella actividad que la justicia le vedó realizar, o en su caso, excede los límites impuestos, si la inhabilitación se refiere sólo a una porción de las actividades que se encontraba facultado para realizar.-

Para la configuración del tipo se debe quebrantar una pena de inhabilitación; dicha clase de sanción se encuentra prevista en el art. 5 del Código Penal y comprende la privación de ciertos derechos que otrora reposaban en cabeza del condenado; la misma puede ser *absoluta*, implicando la restricción

[88] Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, 570.-
[89] La Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de Pergaminos, en el marco de los autos "Aldo Armellini s/ Infracción art. 281 bis C.P.", del 23/06/94 sostuvo: "El delito de quebrantamiento de inhabilitación judicial consiste en la actitud de renuencia a la abstención de desarrollar la actividad para la cual la persona estaba inhabilitada".-

de "un conjunto preestablecido y típico de derechos y que atiende en parte a razones de prevención (art. 19 incs. 1 y 3) y en parte razones de indignidad (art. 19 incs. 2 y 4)"[90], o *especial*, la cual se vincula "por regla, a sólo uno de los varios que la ley enumera (cargo o empleo, profesión, derecho)"[91]. Tales penas se pueden hacer presentes de forma principal[92], accesoria[93], única[94] o conjunta[95], disponiéndose de manera temporaria[96] o perpetua[97].-

El incumplimiento de los efectos que conlleva esta clase de penas es la que le interesa a la figura en estudio, variando los mismos en virtud de los delitos por los cuales se impusiera. Para su mejor comprensión, basta con realizar una lectura en los delitos reseñados en las notas que anteceden.-

Teniendo en cuenta lo reseñado, cabe afirmar que la sanción –pena- de inhabilitación que se quebrante debe haber sido impuesta "por un órgano jurisdiccional y en función jurisdiccional"[98], ya sea de la Nación o de las provincias, lo cual también es sostenido por la jurisprudencia, afirmándose en este sentido que "el art. 281 bis del Código Penal sólo tipifica penalmente como delito la conducta de aquel que quebrantare una inhabilitación impuesta por instancia perteneciente al Poder Judicial"[99]. Carlos Fontán Balestra ha sido uno de los doctrinarios que supo sostener tal postura; dicho autor, encontraba su fundamento en la nota del art. 330 del Proyecto de Código Penal de 1960 –también conocido como "Proyecto Soler"-, el cual resultaba ser antecedente directo del precepto en comentario. En la misma se hacia una remisión al art. 234 del Código Penal italiano y se marcaba una diferencia entre aquel y el precepto nacional, afirmándose: "no satisfacen la exigencia legal las interdicciones o inhabilidades

---

[90] De La Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2da. edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, 271. Ejemplos de esta clase de pena se pueden apreciar en el art 273 del Código Penal.-
[91] De La Rúa, 280. Una muestra de este tipo de pena se aprecia en el art. 86 del Código Penal.-
[92] Es el caso de los arts. 260 y 264 del Código Penal.-
[93] Dicho supuesto se aprecia en el art. 94 del Código Penal.-
[94] Prevé dicha pena el art. 274 del Código Penal.-
[95] Ejemplo de ello se puede encontrar en el art. 174, incs. 4, 5 y 6 del Código Penal.-
[96] La misma se halla receptada en el art. 266 del Código Penal.-
[97] Dicha pena es la que corresponde a los arts. 257 y 258 bis del Código Penal.-
[98] Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración Pública*, Mave, Buenos Aires, 2001, 553. Ver también en este sentido, Rodríguez, Agustín Washington y Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Delitos contra la Administración Publica, -delitos especiales 2-*, Juris, Rosario, 2002, 127.-
[99] Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz, en el marco de los autos "Cárdenas, Juan Carlos s/ quebrantamiento de inhabilitación en concurso ideal con desobediencia", Expte.c-504/05TSJ s/ Recurso de Casación, del 01/08/06.-

impuestas por autoridad administrativa o de colegios profesionales. En este aspecto el Código argentino es más restringido que el italiano”[100].-

Lo expuesto trae aparejado que no constituirán infracciones al precepto en cuestión el quebrantamiento de aquellas sanciones de carácter administrativo –como ser las dispuestas por los Juzgados de Faltas Municipales[101]- o disciplinarias –impuestas por los Colegios Profesionales a sus matriculados[102]- que importen una inhabilitación para el ejercicio de determinados derechos[103]. Idéntico temperamento corresponde adoptar en lo concerniente a las decisiones dictadas por órganos jurisdiccionales, que actúan en grado de alzada respecto de pronunciamientos administrativos[104]; un ejemplo de ello se puede apreciar en lo normado por los incisos 3º y 4º del art. 24 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, por los cuales se establece que el Juez en lo Correccional conocerá en carácter originario y de alzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales

---

[100] Fontán Balestra, VII, 429.-

[101] En este sentido, la jurisprudencia supo afirmar: “No constituye quebrantamiento de inhabilitación en los términos del Art. 281 bis del Código Penal el quebrantamiento de inhabilitación para conducir impuesto por el Juzgado Municipal de Faltas esto en razón que la Justicia Municipal de Faltas no integra del Poder Judicial y por lo tanto no constituye una instancia jurisdiccional independiente de la administración ejecutiva municipal…” (Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz, en el marco de los autos “Cárdenas, Juan Carlos s/ quebrantamiento de inhabilitación en concurso ideal con desobediencia”, Expte.c-504/05TSJ s/ Recurso de Casación, del 01/08/06).-

[102] En lo que a ello respecta, puede traerse a colación lo sostenido por la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de los autos “N., M. s/ Recurso de Casación”, causa nro. 47.669, del 02/12/11: “en definitiva el Colegio Público de Abogados no es una asociación (artículo 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que éste por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados…” (CSJN, Fallos 315:1830, “Colegio Público de Abogados c/ Benjamín Martínez Echenique”, sent. del 01/09/92). En este orden de ideas, y ya en lo hace al ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se impone la invocación de la ley 5.177, cuyo artículo 19 (incisos 1º y 3º) pone en cabeza de los Colegios de Abogados departamentales no sólo el gobierno de la matrícula de los abogados sino también el poder disciplinario sobre ellos. Asimismo, su artículo 24 encomienda y obliga a tales instituciones a fiscalizar el correcto ejercicio de la función de abogado y el decoro profesional confiriéndole, a dichos efectos, el poder disciplinario que deben ejercitar sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales concomitantes, así como de las medidas sancionatorias que puedan aplicar los magistrados judiciales”.-

[103] Sobre el tópico, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, el marco de los autos “Lucero Funes, Guillermo R.”, del 16/06/95, afirmó: El posterior control que realizara la Excma. Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo sobre la sanción de inhabilitación impuesta a un abogado por el Tribunal de disciplina del Colegio Público de Abogados, no transforma "per se" a aquélla en la judicialmente impuesta, que exige el art. 281 bis del C.P. pues su función es constatar la legitimidad de la sanción y verificar que durante el procedimiento no se haya vulnerado el derecho de defensa en juicio, por lo que el hecho de haber sido quebrantado el cumplimiento de tal sanción, no configura el delito previsto y reprimido por dicha norma legal”. También en este sentido, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Perales, Susana L.”, del 17/03/11.-

[104] Ver en este sentido, Donna, *Delitos…*, 571.-

o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes, como así también en la queja por denegación de los recursos en ellas previstos.-

Sin embargo, un sector de la doctrina se manifiesta de forma diversa afirmando que también quedan incluidas las penas de inhabilitación judicialmente impuestas en virtud de contravenciones[105]; por su parte, Carlos Creus va aún más allá sosteniendo que quedarían comprendidas las inhabilitación dispuestas con motivo de la aplicación de leyes civiles, comerciales y administrativas, siempre que las mismas hayan tenido su origen en una relación jurisdiccional[106].-

La sentencia que imponga la pena de inhabilitación deberá encontrarse firme[107], es decir, haber pasado en autoridad de cosa juzgada al momento de constatarse la conducta reprochada, ya que de lo contrario no podría hablarse de una persona inhabilitada[108]. Recién con posterioridad a dicho estadio procesal, las conductas que no acaten las restricciones de derechos impuestas podrían encuadrar en el tipo del art. 281 bis del Código de Fondo[109].-

b) Sujetos del delito:

El rol de sujeto activo de este delito le corresponderá a quien halla sido inhabilitado –en alguna de las modalidades enunciadas en el Código Penal- en virtud de una pena dictada con motivo de un delito y por autoridad judicial competente. La misma, como antes se enunciara, se tendrá que encontrar firme; de esta forma, no podrá considerarse sujeto activo al agente que lleve adelante el ejercicio de derechos que le han sido vedados en virtud de una pena, si el pronunciamiento pertinente se encuentra

[105] Propugna ello, Laje Anaya, III, 243. También, Núñez, Ricardo C., *Análisis de la Ley 21.338*, Lerner, Córdoba, 1976, 147.-
[106] Cfr. Creus, *Delitos…*, 589. . Comparten dicha tesitura, Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, III, 526/527. Breglia Arias y Gauna, consideran que la inhabilitación judicialmente impuesta puede ser tanto penal como civil (Breglia Arias y Gauna, II, 770).-
[107] Ello también es propugnado por Edgardo Alberto Donna (Donna, *Delitos…*, 572), Jorge E. Buompadre (Buompadre, *Delitos…*, 555) entre otros.-
[108] La Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos "Mooney, Guillermo R. s/ Quebrantamiento de inhabilitación", del 22/10/91, supo sostener: "Los actos profesionales llevados a cabo por quien se encontraba inhabilitado por una sentencia penal que había sido recurrida de hecho ante la Corte son atípicos, pues no pudiéndose predicar que se trate de una resolución firme no es susceptible su quebrantamiento". En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, en el marco de los autos "Peluso, Ricardo A.", del 11/06/91.-
[109] En contra, Carlos Creus, para quien no es necesarios que la inhabilitación prevenga de una sentencia, admitiendo aquellas emergente de decisiones provisionales (Creus, *Delitos…*, 589).-

en período de notificación, o de haberse notificado personalmente, aún se encuentra dentro de los plazos –de conformidad a los códigos de forma- para deducir una impugnación contra el decisorio en cuestión.-

Teniendo en cuenta ello, bien puede afirmarse que nos encontramos ante un delito de propia mano, ya que sólo pueden "ser cometidos por el autor realizando personalmente la acción típica"[110].-

En lo que respecta al sujeto pasivo, corresponde hacer la siguiente distinción: dicha calidad le corresponderá –habida cuenta el bien jurídico delimitado, la administración de justicia, traducida en el normal acatamiento de sus decisiones- al Estado, principal afectado con el desplegar ilícito, no debiendo confundirse ello con los eventuales perjudicados resultantes del desplegar ilícito llevado a cabo, ya que éstas podrán adquirir el mentado rol, pero no serán consideradas sujetos pasivos.-

La diferenciación efectuada cobra importancia en el marco procesal penal, ya que al instruirse un sumario con motivo de este delito, solo podrán ostentar el rol de querellante[111] o particular damnificado[112] los representantes designados por el Estado, principal ofendido con motivo del mismo y como consecuencia de ello, asumir la calidad de parte en el proceso con los derechos y facultades que le son reconocidas por los ordenamiento procesales. Sin perjuicio de ello, las personas que resulten perjudicadas, fruto del quebrantamiento de una pena de inhabilitación, podrán comparecer a proceso, asumiendo la investidura de actor civil[113] y solicitar en el marco de aquel la correspondiente pretensión resarcitoria por los padecimientos sufridos, o en su caso, ejercer dicha pretensión ante el fuero correspondiente.-

En el caso de verificarse un concurso –ideal, art. 54 del Código Penal- con otra figura penal –por ejemplo, lesiones culposas u homicidio culposo-, quien resulte ofendido en el mismo podrá asumir el rol de querellante o particular damnificado, habida cuenta el diverso bien jurídico que se vio afectado con el desplegar ilícito.-

11.- Tipo subjetivo:

[110] Zaffaroni, Alagia y Slokar, 614.-
[111] Figura contemplada –entre otros- por los arts. 82 y Ss. del Código Procesal Pena de la Nación.-
[112] A modo de ejemplo, puede citarse los arts. 77 y Ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.-
[113] Véase –tan solo a título ejemplificativo- los arts. 14, 87 y Ss. del Código Procesal Pena de la Nación y 12, 66 y Ss. del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Dichas normas se encuentran en franca consonancia con lo previsto por el art. 29 inc. 1º del Código Penal.-

El presente resulta ser un delito doloso, siendo necesario que el autor conozca la situación de inhabilitación en la cual se encuentra, es decir, que ha sido condenado a aquella clase de pena, lo que ello implica –privación del ejercicio de una clase determinada de derechos, que antes podía ejercer- y que la misma se encuentre firme. Asimismo, es necesaria la voluntad de llevar adelante la conducta descripta en el tipo penal.-

De esta forma, bien puede afirmarse que el dolo requerido por la figura no es otro que el directo[114], debiendo descartarse la necesidad de motivaciones particulares que guíen el proceder del sujeto activo.-

El error en cuanto al conocimiento de los elementos del tipo objetivo hace plenamente aplicable las reglas concernientes al error de tipo, y por lo tanto, elimina el dolo; en lo que a ello respecta, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, en el marco de los autos "Coronado, Enrique M.,", resuelta el 14 de febrero del año 2003, supo sostener –en relación al proceder desplegado por un abogado- que:

> "Así, puede afirmarse que el incuso ha actuado dolosamente al encontrarse inhabilitado mediante sentencia firme para ejercer la profesión de abogado, libre de error que le haya impedido conocer los elementos del tipo del art. 281 bis del C.P., en cuanto al quebrantamiento de dicha inhabilitación. Ello toda vez que no se trata de una notificación sino de un largo proceso en que el imputado conocía su situación, de modo que la invocación al error no tiene fundamento"[115].-

12.- Consumación y tentativa:

La consumación de este ilícito debe situársela en el momento en el cual el sujeto activo realiza la conducta que implica quebrantar la inhabilitación que a su respecto pesaba, o a mejor decir, realiza lo que no podía realizar. Es el inhabilitado quien debe protagonizar un hacer activo dirigido a desatender la

[114] Comparten ello –entre otros- Donna, (Donna, *Delitos…*, 573), Levene (Levene, 591), D'Alessio (D'Alessio, 942) y Villada (Villada, 201). Carlos Creus, afirma que no es indispensable el dolo directo, siendo suficiente el eventual (Cfr. Creus, *Delitos…*, 591). Por su parte, Estrella y Godoy Lemos, sostienen que el delito "es de dolo directo y aun eventual" (Estrella y Godoy Lemos, 527).-

[115] De similar forma se ha pronunciado la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos "Callieri, Luis Miguel", del 29/02/08.-

prohibición; en torno a ello, y como bien lo señala Carlos Creus, no configura la exigencia requerida en el tipo “la recepción pasiva del comportamiento de un tercero, que importe la asignación de un derecho para cuyo ejercicio se esta inhabilitado, mientras quien se encuentra en tal circunstancia no lo ejerza efectivamente”[116]. Asimismo –y vinculado con lo expuesto-, cabe afirmar que no es necesaria la producción de un determinado resultado, siendo suficiente la mera actividad que no acata la interdicción impuesta.-

Dependiendo de la especie de inhabilitación sufrida por el sujeto activo –y las características de la conducta llevada adelante por éste-, el delito podrá ser considerado de consumación instantánea o permanente. Así, nos encontraríamos en el primer supuesto, si respecto del agente operaba una inhabilitación para ejercer el derecho de sufragar en elecciones; mientras que podría asumir carácter permanente si el autor, encontrándose inhabilitado para ejercer cargos públicos, asume en uno. En el primer ejemplo, el delito se consuma con el sufragio prohibido -luego del cual se agota el mismo-, mientras que en el otro caso, el perfeccionamiento debe situárselo con la asunción del cargo para el cual había sido propuesto –con el correspondiente juramente o toma formal de posesión del mismo- y sus efectos se prolongarán mientras el autor continúe ejerciendo el cargo y hasta tanto renuncie o sea suspendido.-

La jurisprudencia le ha sabido asignar efectos permanentes a la figura en cuestión, sosteniendo al respecto que:

> “…en función de la naturaleza y características del hecho atribuido, con arreglo a la descripción aludida, la actuación de (...) como letrado defensor pese a encontrarse inhabilitado para ello, lleva a concluir en que se está en presencia de un delito de carácter permanente. Justamente, la nota de permanencia en la actuación como letrado defensor de (...) ya fue señalada por esta Sala cuando se dictó el procesamiento del nombrado en otro proceso”[117].-

[116] Creus, *Delitos…*, 589.-
[117] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, en el marco de los autos “Callieri, Luis Miguel”, del 20/05/09.-

En lo vinculado a la posibilidad de que el mismo quede en grado tentado, Edgardo Alberto Donna y Justo Laje Anaya se pronuncian de forma afirmativa, brindando el segundo de los nombrados ejemplos donde ello podría suceder, pudiendo traerse a colación el caso de un inhabilitado para votar, que cuando se apresta a ingresar al cuarto oscuro con el sobre en la mano para sufragar, es impedido de realizar ello[118].-

Teniendo en cuenta las características de este delito, el mismo no es pasible de coautoría –delito de propia mano, lo que importa que solo lo pueda cometer el inhabilitado-; sin perjuicio de ello, admite la posibilidad de participación criminal en el desarrollo de la conducta descripta en la norma.-

13.- Índice de Jurisprudencia:

I.- Evasión:

Bien jurídico protegido:

"Que con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte, los delitos de evasión y su eventual favorecimiento, afectan el buen servicio de la administración de justicia nacional cuando como en la especie, el evadido se encontraba detenido por orden de un magistrado federal. En consecuencia, es a dicho fuero a quien corresponde juzgar el hecho (Comp. W 850 "Molinari, Julián A.", resuelta el 26 de mayo de 1983 y sus citas)".-

(Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos "Postilloni, Rolando Humberto" –Fallos: 305:1502-, del 27/09/1983).-

"Quienes se encontrándose legalmente detenidos en una comisaría utilizando una mitad de sierra limaron y doblaron los barrotes de la celda por donde se dieron a la fuga incurren en el delito de evasión previsto en el art. 280 del Cód. Penal, ya que la administración de justicia, bien jurídicamente protegido por este tipo, se vio afectado por el accionar de los encartados quienes utilizaron la fuerza en las cosas a los efectos de conseguir su sustracción de la justicia, encontrándose también demostrado el dolo requerido con el quehacer de los autores al vencer la resistencia que oponían las rejas de la celda".-

(Cámara Penal de Jujuy, Sala II, autos "A. A. A. y C. R. V. s/ robo calificado en poblado y en banda", del 31/10/11, LLNOA 2012, marzo, 144).-

[118] Cfr. Donna, *Delitos…,* 574 y Laje Anaya, III, 245.-

Configuración:

"La figura del Art. 280 del Código Penal, en la que se encuadra el proceder del acusado, tiene como acción típica la de evadirse por los medios señalados expresamente por la Ley, es decir el sujeto activo debió ejercer para lograr su cometido fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas".-

(Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Rio Gallegos, autos "R.B.; R.F. y T.P.P.R. s/ evasión", del 27/11/91).-

Medios comisivos:

"En el delito de evasión, emplea la violencia o la fuerza requerida por la ley el detenido que las usa o se vale de las usadas por un participe".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, autos "Martínez, Fabián C. y otros", del 03/07/92).-

"El art. 280 del C. Penal, explícita las circunstancias de modo que tipifican el delito de evasión: "...violencia en las personas o fuerza en las cosas". Comete el delito el que se libera del encierro o se sustrae a la custodia: a) usando una fuerza física, b) forzando los muros, paredes, puertas ventanas, etc., del recinto de encierro las cosas que lo aprisionan para impedir la evasión. Usa la violencia o la fuerza tanto el que las pone en ejecución como el que se vale de las ejecutadas por otro partícipe".-

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, autos "Rosales, Marcelo Gustavo s/ evasión", del 26/12/94).-

"En el delito de evasión, el uso de fuerza, violencia o intimidación debe tener estrecha relación con el fin buscado, en carácter de medio a fin, aunque sea como mera contribución".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, autos "Fasoli, Néstor A.", del 11/05/95).-

"El delito de evasión sólo se configura si media violencia en las personas o fuerza en las cosas".-

(Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de Comodoro Rivadavia, autos "S., G. s/ evasión", del 02/06/95).-

Atipicidad:

"Quien, encontrándose legalmente detenido, bajo la ventanilla de la puerta del móvil, abrió la

misma y se di o a la fuga, quebranto la detención pero ese acto físico no implica que la evasión haya sido por medio de fuerza en las cosas, pues nada aparece forzado por el despliegue de alguna energía física, y, por consiguiente, no se configura el delito de evasión (C.P. art. 280)”.-

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, autos “Sosa, Ernesto Florentino S/ Evasión”, del 04/07/86).-

“No incurre en delito de evasión el reo que sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas, aprovechó, para evadirse, la negligencia de sus vigilantes”.-

(Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de Comodoro Rivadavia, autos “S., G. s/ evasión”, del 02/06/95).-

“En definitiva, no hay delito de evasión por parte del preso que recupera la libertad sin violencia o fuerza en personas o cosas, ya que no puede atribuírsele que trate de recuperarla, aprovechando la inoperancia o incapacidad de los organismos encargados de su sujeción personal. Y si aún no ha sido detenido, el interés de preservar la libertad locomotiva que lo lleva a no acatar la orden de detención que se dice impartida, es impune, por lo que el recurso debe progresar en este punto (artículo 460 del Código Procesal Penal)”.-

(Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, autos “F., M. Á. s/ recurso de casación”, causa nro. 14.594, del 09/12/08).-

Consumación y tentativa:

“Si entre el acto de sustraerse a la custodia y la ulterior aprehensión del procesado no medio solución de continuidad, ya que el agente que lo custodiaba en ningún momento dejó de saber donde se hallaba el encausado, la evasión quedó en grado de tentativa”.-

(Cámara Penal de Rosario, Sala II, autos “Insaurralde, Gabina”, del 24/10/79, SP La Ley, 981-459).-

“El delito de evasión es instantáneo, y se consuma con la salida del ámbito de encierro, sin que la persecución y aprehensión, lograda luego de superados los limites de ese ámbito, implique la no consumación del tipo”.-

(Cámara Penal de Concordia, autos “Gerfó, Jorge R.”, del 23/11/87,D.J.-988-2-397).-

“Constituye el delito de tentativa de evasión, la conducta del procesado que luego de arrojar a los

ojos del custodio una sustancia de origen cáustico, intentó darse a la fuga, lo que le fue impedido por el policía que se encontraba vigilándolo, siendo ayudado por dos médicos que se hallaban en el lugar".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Abuja, Marcelo Raimundo s/ evasión", del 13/02/86).-

"La evasión es un delito instantáneo, que se consuma aunque el autor sea inmediatamente recuperado".-

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, autos "Sosa, Ernesto Florentino S/ Evasión", del 04/07/86).-

Relación con otras figuras:

"El daño causado para llevar a cabo la fuga no constituye, en el supuesto de autos, un delito autónomo, ya que se halla absorbido por la figura especial de la evasión, que para ser punible requiere violencia en las personas o fuerza en las cosas (art. 280, C.P.)"

(Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 28/09/59, La Ley, 98-492).-

"La violencia ejercida en el guardiacárcel con el propósito de evadirse constituye el delito de evasión, ya que la intención fue una y única, y el daño ocasionado en el custodia no constituye delito autónomo, puesto que es absorbido por la figura especial de la evasión".-

(Cámara Criminal de Tucumán del 20/03/63, J.A., 1964-I-348).-

"Respecto a la pretendida concurrencia formal del delito de resistencia a autoridad con la tentativa de evasión, el recurrente se limita a formular apreciaciones dogmáticas sin controvertir los desarrollados argumentos de la Cámara sobre la base de las cuales llegó a la conclusión de que, en el caso, la figura de la resistencia a la autoridad es desplazada por la de evasión en grado de tentativa por mediar entre ambas una relación de concurso aparente de leyes penales".-

(Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos "Velázquez, Carlos Javier y otros. Evasión en grado de tentativa", causa nro. P-82.388, del 01/10/03).-

II.- Favorecimiento de evasión:

Bien jurídico protegido:

"Precisamente, la administración de justicia, y dentro de ella la acción ejecutiva de las penas

privativas de la libertad, pueden verse afectadas por conductas intencionales o desaprensivas de quienes favorecieren la evasión de una persona que se encuentre legalmente detenida".-

(Cámara Federal de La Plata, Sala I, autos "Sumario instruido por av. pta. inf. art. 281, CPen.", del el 16/8/2012).-

Configuración:

"Favorece la evasión, quien ayuda al sujeto legalmente detenido para que cese ese estado y recupere correlativamente la libertad. El medio no esta especificado en la ley, lo que a esta le interesa es que se ponga al servicio del evadido, un aporte materialmente necesario o útil y subjetivamente orientado a la liberación".-

(Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, autos "Juárez, Enrique A.", del 13/04/73, La Ley, Repertorio XXXV, 1975, A-I).-

"Favorece la evasión el que por cualquier medio ayuda al detenido o privado legalmente de su libertad, a realizarla; puede valerse de violencia, astucia o seducción. Puede consistir en cualquier tipo de aportes de instrumentos, actos u omisiones facilitadoras del hecho, aunque no sea de modo decisivo".-

(Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Paraná, autos "Zalazar, Aldo Marcelo s/ favorecimiento a la evasión", del 29/11/93).-

"El art. 281 Código Penal sanciona a quien colabore en la evasión de algún detenido o condenado, sin exigir que aquélla se produzca mediante fuerza o violencia, ni siquiera por remisión a la norma que le precede. El tipo abarca inclusive formas fraudulentas de favorecimiento, además de otras variadas con independencia del modo de actuación de quien resulte engañado".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, autos "Bernharat, Hilda E", del 10/11/04).-

"Por utilizar iguales términos en su redacción, resulta pertinente remitirnos a lo sostenido por la doctrina para el delito previsto en el artículo 280 del cuerpo penal e indicar que, entre otros, los menores tutelados no pueden ser sujetos activos porque no revisten la calidad de detenidos".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos "O., S. L. S/ facilitación de evasión", causa nro. 1931/12, del 04/12/12).-

Dolo:

"El favorecimiento de la evasión requiere de la decisión y voluntad del autor de promover la irregular salida de los internos. Se necesita por tanto de un dolo de intención que se hace aparente cuando se acredita la mencionada voluntad de contribución. Debe estar en la inteligencia de quien toma la decisión de colaborar con su actitud en la determinación de fuga adoptada por los detenidos".-

(Superior Tribunal de Justicia de Chubut, Sala Penal, autos "Q., M.A. s/ Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público en Concurso Ideal con Favorecimiento de Evasión Doloso", del 16/03/07).-

Consumación y tentativa:

"Si el imputado realizó todos los actos preparatorios para que su hermano se evadiere, pero el ciclo comisivo no se completó por la oportuna intervención del guardián que con su diligencia lo interrumpió, es autor de tentativa del delito de favorecimiento de evasión en los términos de los arts. 42 y 281 del Código Penal".-

(Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, autos "Auge, Julio G.", del 13/04/73, La Ley, Repertorio XXXVII, 1977, A-I).-

"El art. 281 del Código Penal penaliza a quien colabore en la evasión de algún condenado o detenido –en el caso, el imputado fue condenado por su tentativa-, sin que se requiera que la evasión se cometa mediante fuerza o violencia".-

(Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, autos "González Sánchez, Víctor E., s/ recurso de casación", del 08/11/02).-

III.- Favorecimiento culposo de evasión:

Configuración:

"El abandono de la vigilancia por varios minutos, sin que haya mediado circunstancia alguna que justifique su descuido, permite subsumir su conducta en la figura de favorecimiento culposo de la evasión".-

(Cámara Penal de Rosario, Sala II, autos "M., J.B.; G., D.; C., A.", del 29/07/80, La Ley, Repertorio XLIII, 1986, A-I).-

“El art. 281, última parte C. Penal, castiga al funcionario que por negligencia dé lugar a la evasión, esto es, al que observa una conducta descuidada con respecto a la obligación de asegurar la continuidad del sometimiento. Es decir la división de cuidados que se deben poner para que no cese el estado de privación de quien así se halla. No se debe hablar de esa forma culposa en una verdadera ayuda para la fuga, pues quien facilita una fuga poniendo todas las condiciones y allanando todos los obstáculos para que pueda consensuarse, realiza una conducta activa que rebasa la más grave negligencia y contiene el dolo exigido por el art. 281 C. Penal”.-

(Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, autos “Ferreyra José Mario s/ evasión culposa”, del 24/11/93).-

“Para que exista favorecimiento culposo de la evasión, no basta con que la negligencia del agente haya significado un aporte mas dentro del proceso causal, pues se requiere que haya producido la evasión”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, autos “Castro Luis”, del 27/05/94).-

“Si el imputado -jefe de servicio a cargo de la alcaidía de Superintendencia de investigaciones de la P.F.A.- procedió a la libertad de un imputado detenido a disposición de varios tribunales al recibir un oficio en el que se otorgaba la libertad "en lo que a esos actuados respecta" pero se dejaba expresa constancia que estaba detenido a disposición de un juzgado de menores, su obrar ha sido negligente al no haber verificado debidamente los alcances de la libertad ordenada, lo que facilitó la evasión del detenido. En consecuencia, debe homologarse el auto que dispuso el procesamiento del imputado en orden al delito de favorecimiento culposo de evasión (art. 281, segundo párrafo del C.P.)”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en el marco de los autos “Superintendencia de Investigaciones de Policía”, 05/02/04).-

“Corresponde procesar en orden al delito de causación culposa de evasión a un subcomisario que se encontraba a cargo de una dependencia policial, en el momento en que se fugó un detenido alojado en aquélla pues, visto que la Policía Federal Argentina no es un cuerpo deliberativo, y que la disciplina es la base de la institución, es impensable que la política de "celdas abiertas" haya sido instaurada por oficiales subalternos, sin la venia de las autoridades, lo cual permite concluir que entre la actitud permisiva del imputado y la evasión medió una relación de causalidad”.-

(Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, autos "Scelsi, Gustavo Ariel y Voros, Marcelo Alejandro", del16/04/09).-

IV.- Quebrantamiento de inhabilitación judicial:

Configuración:

"El delito de quebrantamiento de inhabilitación judicial consiste en la actitud de renuencia a la abstención de desarrollar la actividad para la cual la persona estaba inhabilitada".-

(Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de Pergaminos, autos "Aldo Armellini s/ Infracción art. 281 bis C.P.", del 23/06/94).-

"El art. 281 bis del Código Penal sólo tipifica penalmente como delito la conducta de aquel que quebrantare una inhabilitación impuesta por instancia perteneciente al Poder Judicial".-

(Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz, autos "Cárdenas, Juan Carlos s/ quebrantamiento de inhabilitación en concurso ideal con desobediencia", Expte.c-504/05TSJ s/ Recurso de Casación, del 01/08/06).-

Dolo:

"Así, puede afirmarse que el incuso ha actuado dolosamente al encontrarse inhabilitado mediante sentencia firme para ejercer la profesión de abogado, libre de error que le haya impedido conocer los elementos del tipo del art. 281 bis del C.P., en cuanto al quebrantamiento de dicha inhabilitación. Ello toda vez que no se trata de una notificación sino de un largo proceso en que el imputado conocía su situación, de modo que la invocación al error no tiene fundamento".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, autos "Coronado, Enrique M.,", del 14/02/03).-

Atipicidad:

"Los actos profesionales llevados a cabo por quien se encontraba inhabilitado por una sentencia penal que había sido recurrida de hecho ante la Corte son atípicos, pues no pudiéndose predicar que se trate de una resolución firme no es susceptible su quebrantamiento".-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, autos “Mooney, Guillermo R. s/ Quebrantamiento de inhabilitación”, del 22/10/91).-

“El posterior control que realizara la Excma. Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo sobre la sanción de inhabilitación impuesta a un abogado por el Tribunal de disciplina del Colegio Público de Abogados, no transforma "per se" a aquélla en la judicialmente impuesta, que exige el art. 281 bis del C.P. pues su función es constatar la legitimidad de la sanción y verificar que durante el procedimiento no se haya vulnerado el derecho de defensa en juicio, por lo que el hecho de haber sido quebrantado el cumplimiento de tal sanción, no configura el delito previsto y reprimido por dicha norma legal”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, el marco de los autos “Lucero Funes, Guillermo R.”, del 16/06/95).-

“No constituye quebrantamiento de inhabilitación en los términos del Art. 281 bis del Código Penal el quebrantamiento de inhabilitación para conducir impuesto por el Juzgado Municipal de Faltas esto en razón que la Justicia Municipal de Faltas no integra del Poder Judicial y por lo tanto no constituye una instancia jurisdiccional independiente de la administración ejecutiva municipal…”.-

(Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz, autos “Cárdenas, Juan Carlos s/ quebrantamiento de inhabilitación en concurso ideal con desobediencia”, Expte.c-504/05TSJ s/ Recurso de Casación, del 01/08/06).-

“Compartimos el planteo de la defensa en cuanto a que la resolución deviene prematura pues, efectivamente, no surge del legajo la notificación en forma personal a … que le dictara el Tribunal Oral en lo Criminal nro. …, mediante la cual se lo inhabilitara para conducir automotores por el plazo de… años. Cabe destacar que el tipo penal tratado corresponde a un delito doloso, el que exige el conocimiento cierto y efectivo por parte del autor de la pena impuesta, por lo cual corresponde revocar la resolución recurrida y …, a fin de constatar las circunstancias indicadas en el párrafo precedente”.-

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, autos “Torres, Néstor Marcos”, del 26/05/09).-

14.-Índice de Bibliografía:

- Abeledo Perrot Online
- Acosta Daniel, F., *Tratado de la culpa en el Derecho Penal*, Juris, Rosario, 2007.-
- Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R., *Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado, concordado y anotado*, Astrea, Buenos Aires, 2003, II.-
- Buompadre, Jorge E., "arts. 280/281 bis" en David Baigún y Eugenio Zaffaroni (dir.), Marco A. Terragni (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, XI.-
- Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, III.-
- Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra la Administración Pública*, Mave, Buenos Aires, 2001.-
- Chiappini, Julio, "El delito de favorecimiento de evasión", La Ley, 1981-C, 1109.-
- Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981.-
- Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6° edición actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999, II.
- Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª. edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004.-
- D'Alessio, Andrés José, (dir.), Divito, Mauro A (coord.), *Código Penal, comentado y anotado. Parte especial*, 1º edición, Le Ley, Buenos Aires, 2004.-
- De La Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2da. edición, Depalma, Buenos Aires, 1997.-
- Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.-
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial,* 2º edición actualizada, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, III.-
- Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*, -reimpresión-, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.-
- Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, III

- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, VII, 428, Donna, III.-
- Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Volumen III*, Depalma, Buenos Aires, 1981.-
- Levaggi Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978.-
- Marín, Jorge Luis, *Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición actualizada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.-
- Molinario Alfredo J, *Los Delitos*, Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires 1999, III.-
- Núñez, Ricardo C., *Análisis de la Ley 21.338*, Lerner, Córdoba, 1976.-
- Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Lerner, Córdoba, 1974, VII
- Rodríguez, Agustín Washington y Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Delitos contra la Administración Publica, -delitos especiales 2-*, Juris, Rosario, 2002.-
- Rubianes, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 1966, II.-
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 10° reimpresión total, Tea, Buenos Aires, 1992, V, 355).-
- Terragni, Marco Antonio, *El delito culposo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.-
- Villada, Jorge Luis, *Delitos contra la Administración Publica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.-
- Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, AZ Editora, Madrid, 1996, I, II y III.-
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Capital Federal, 2005.-

Delitos contra la libertad de prensa.

Por **Javier Augusto De Luca y María Ángeles Ramos**

Art. 161: ***"Sufrirá prisión de un mes a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico."***

Antecedentes.

Explica Rodolfo Moreno (h.)[1] que en el artículo 14 de la Constitución Nacional contiene la declaración acerca del derecho a publicar ideas por medio de la prensa sin censura previa. Esta declaración tiene su complemento en el artículo 32 cuando afirma que el Congreso no podrá dictar leyes que restrinjan esa libertad. Por ello el legislador ha tipificado como punibles algunas conductas que impiden o estorban algunas manifestaciones de la libertad de expresión.

El proyecto de 1906 castigaba a quienes estorbaren o impidieren la libre circulación de un libro o periódico que no contenga escritos ilícitos. El propósito era claro, asegurar el ejercicio de la libre difusión de ideas, aunque esa propuesta contenía el germen de su propia destrucción, al exigir la licitud del contenido de las comunicaciones que se pretendían proteger, empresa imposible de definir y contraria a la propia esencia de la libertad de expresión que, como se verá, consiste en la potestad de comunicar lo que se desee.

Por ese entonces y al momento de la promulgación del Código Penal en 1922, la libertad de prensa era vista como una libertad individual más, de modo que el afectado mediante su ataque era el derecho de quien se veía impedido de expresarse por ese medio o, a lo sumo, de la empresa editorial. Hoy en día, en cambio, la libertad de prensa no sólo sigue revistiendo esas características sino que, además, es concebida como un derecho de toda la sociedad a conocer lo que los otros miembros quieren expresar[2].

El Código penal vigente tomó como base aquel proyecto pero sin la última frase, referida a la ilicitud del contenido de los escritos porque según surge de la exposición de motivos de la Comisión de Legislación penal y Carcelaria ello "implicaría establecer la censura previa".[3]

El artículo quedó redactado de la siguiente forma:

Art. 161*:* *"Sufrirá prisión de 1 a 6 meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico."*

---

[1] MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo V, ed. Tommasi, Buenos Aires, 1923, pág. 67.
[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 "La Colegiación Obligatoria de los Periodistas"; caso contencioso "La Última Tentación de Cristo", sentencia del 5 de febrero de 2001; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 321:2558 "Amarilla", entre muchísimos otros.
[3] MORENO, op.cit., pág. 68.

Bien Jurídico.

Autores clásicos, como Núñez[4] o Fontán Balestra[5], afirman que el tipo penal no reprime un delito de imprenta vinculado al abuso del derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa, sino que representa el resguardo de uno de los aspectos de ese derecho, el de la libre circulación de la prensa.

Para nosotros se trata de un bien jurídico complejo debido a que comprende un aspecto de la libertad individual y, también, el derecho de la sociedad de estar enterada de aquello que otro de sus miembros quiera expresar. De manera tal que cuando se impide o estorba la libre circulación de un libro o periódico, no sólo se afecta al autor y al editor, sino a todos los miembros de la comunidad a quienes iban dirigidos. De ahí que el hecho de haber privado a un solo miembro de la comunidad del derecho de leer un libro o periódico determinados, también constituye una lesión al bien jurídico.

Las palabras *prensa* e *imprenta* de la Constitución se refieren históricamente a las expresiones escritas y de determinado contenido, generalmente informativo y político. El art. 161 CP tomó ese concepto e incriminó las mencionadas formas de afectación[6]. Sin embargo, el concepto actual de esas palabras constitucionales no es tal, sino que ha sido extendido a toda forma de expresión por cualquier medio de comunicación destinado al público en general[7] y de cualquier contenido. De todos modos, esta ampliación de la libertad constitucional, no autoriza a ampliar el tipo penal que siempre exige una interpretación restrictiva. Si el legislador no amplió las formas de afectación en consonancia con el desarrollo de la garantía constitucional, ello no autoriza al intérprete de la ley penal a realizarla porque incurriría en analogía, proscripta por el principio constitucional de legalidad (art. 18 CN).

Es difícil pensar en un caso en que ello pueda ocurrir ya que no se castiga cualquier obstrucción de la prensa, sino la de libros o periódicos que necesariamente restringen la constelación de casos. Pero la evolución del contenido de la libertad de prensa incide en la ley penal en otro sentido. Cualquiera sea el formato y el contenido del libro o periódico, aunque no responda al político, artístico o informativo que imaginaron los constituyentes o el legislador, hará incurrir en el delito del art. 161 a quien impida o estorbe su circulación. Así, podrá tratarse de un libro de fotografías, o de chistes o dibujos, o las partes del periódico que se refieren al mundo del espectáculo o a las recetas de cocina o al horóscopo y, ahora, a los libros y periódicos que circulan por la Internet o mediante la transmisión (comercial o gratuita) de archivos digitales, en cualquier formato, y que pueden ser leídos mediante dispositivos electrónicos especiales (ordenadores, lectoras de libros electrónicos, etc.).

Toda *expresión del pensamiento* contenida en un libro o periódico queda comprendida en la disposición, porque también integran la *libertad de prensa*. Así como no es válido ampliar los medios por los que la expresión es proferida (el libro o el periódico, con la aclaración de que pueden tener nuevos formatos), tampoco es válido restringir el alcance de la norma penal a las obstrucciones a la circulación de libros o periódicos porque su *contenido* no sea considerado como *prensa.*

El tipo penal prevé dos conductas punibles, *impedir* o *estorbar* la libre circulación de un libro o periódico que constituyen actos de censura según la disposición del artículo 14 de la CN[8].

[4] NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, parte especial,* tomo V, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, pág. 157/158.
[5] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal,* tomo V, segunda edición actualizada por Guillermo Ledesma, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 440.
[6] Moreno (h.), Rodolfo, op.cit. páginas 67 a 69.
[7] Ver Fallos: 315:1943 "Servini de Cubría".
[8] La disposición del art. 14 CN se ha visto enriquecida por la jerarquización constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 13 dispone que: *1°) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y*

Del mandato constitucional y del de la Convención Interamericana de Derechos Humanos deriva la prohibición expresa de que ninguna autoridad, ni el Poder Judicial siquiera, puede evitar una publicación, por más grave que ésta fuese. Ni la seguridad nacional, ni el odio racial o religioso, ni la obscenidad, ni una revelación de secretos de estado, etc., ninguna de esas comunicaciones puede ser impedida. El sistema se rige por la responsabilidad ulterior del autor de la publicación, y por tal razón el delito del artículo 161 no reprime un delito de imprenta del que sólo puede ser autor el que abusa del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa[9].

Acción. Impedir o estorbar la libre circulación de un libro o periódico.

La libre circulación puede impedirse en su totalidad, destruyendo o secuestrando la edición; parcialmente, cuando se obsta a la circulación de ejemplares[10]. Es cuando se hace imposible que los ejemplares lleguen a poder de los lectores[11], ya sea de una manera concreta, como los casos en que determinada cantidad de ejemplares ya tienen una librería o quiosco determinado como destinatario, o potencialmente cuando la acción recae en momentos anteriores cuando todavía no está individualizado el destinatario o futuro adquirente de aquellos. A ello se agregan ahora otros medios comisivos derivados de los nuevos formatos que pueden tener los libros o periódicos, como las interferencias en las comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de la concurrencia con otros delitos “informáticos” específicos.

Al momento de distribuirlos[12]. Una vez que el libro o periódico salió del mercado, p. ej.: entró en posesión de un particular, el secuestro o la destrucción del libro ya no pueden constituir este delito. El problema se presenta si el dueño pretende hacerlo circular nuevamente y mediante esa acción se impide una nueva circulación. Soler dice que hasta que ella haya comenzado nuevamente, no puede cometerse este delito[13].

La acción debe recaer sobre un libro o periódico que estén listos para circular o que se encuentren circulando. No es requisito del tipo que se logre la traba total de la circulación, bastando que

de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2°) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3°) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4°) Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2°. 5°) Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

9 Sólo los espectáculos públicos pueden ser restringidos y con el sólo objeto mencionado en el artículo 4° de la Convención.

10 Soler, ob. cit.

11 Molinario-Aguirre Obarrio, ob. cit.

12 Soler, ob. cit.

13 Soler, ob.cit., pág. 172.

sea estorbada, como por ejemplo, cuando se actúa sobre los distribuidores de diarios para retrasar la distribución[14].

Quedan fuera de la disposición algunos hechos que podrían merecer igual solución ya que producen el mismo efecto, como por ejemplo, impedir la impresión[15]. La ley no atrapa esta hipótesis en cuanto al referirse a libros o periódicos, es evidente la referencia a que deben estar ya impresos[16]. Hechos de esa naturaleza podrán encuadrar en otras figuras más generales[17]. Esto marca el límite de la tentativa.

Tipo Objetivo.

Sujetos.

Sujeto activo de esta conducta puede ser cualquier persona. Si es funcionario público en ejercicio de su autoridad, el abuso funcional concurre con este delito[18].

En cuanto al sujeto pasivo, para Moreno (h.) debía ser un individuo determinado, desde que lo tutelado es el derecho a la publicación. Sin embargo, señala, el hecho afecta a la persona sobre la cual se ejercita la acción y a la empresa en sus intereses editoriales, pero esas son consecuencias que no se tienen especialmente en consideración a la caracterización del delito[19]. La doctrina nacional señala al autor o editor[20], y algunos agregan a toda persona interesada en la circulación[21].

Esta visión del sujeto pasivo debe ser hoy día complementada con las consideraciones ya vertidas, dado que unos son los sujetos sobre los que recae la acción que pueden ser los titulares de los derechos de propiedad e intelectuales de las obras cuya circulación se impide, y otros los demás miembros de la sociedad que se ven privados de acceder a su contenido. Este no es un delito contra la libertad individual o la propiedad del autor o editor, sino contra la libertad de prensa que no reviste más el contenido individualista e histórico del art. 14 CN.

Elemento normativo.

Existen dos elementos normativos: libro y periódico.

Antes de la edición y circulación de libros y periódicos digitales o por la Internet, nos valíamos de los conceptos clásicos.

El Diccionario de la Real Academia Española[22] por *libro* entiende el conjunto de muchas hojas de papel, vitela, etc., ordinariamente impresas, que se han cosido o encuadernado juntas con cubierta de papel, cartón, pergamino u otra piel, y que forman un volumen. En España todo impreso no periódico que contiene 49 páginas o más, excluidas las cubiertas. También están los libros de comercio, o en los

---

[14] Soler, ob. cit.

[15] Soler, ob. cit. pág. 173.

[16] Cám.Crim.y Correc. Capital Federal, Sala V, causa 1678 "Brodsky", rta. el 6-9-94: El art. 161 CP protege la libre difusión de los diarios y libros desde el momento en que éstos ya se encuentran impresos y listos para ser distribuidos y hasta el instante en que son receptados por su destinatario, no pudiéndose extender esa tutela respecto de los actos o procedimientos anteriores que, como en el caso, pudieron haber entorpecido la impresión del matutino y no su posterior circulación.

[17] Molinario, Alfredo J. *Los delitos*. Actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Edit. TEA, Buenos Aires, 1996, Tº II, pág. 177.

[18] MORENO (h), op. cit.

[19] Moreno (h.), ob. cit.

[20] GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal,* tomo III, Compañía Argentina Editores, Bs.As., 1940, pág. 517.

[21] Soler, ob. cit. pág. 172/3.

[22] XXI edición, Madrid, 1992.

que se hacen constar las resoluciones que adopta un tribunal, o los que recogen las sesiones de los ayuntamientos o de otras corporaciones, etc. etc.

Se ha entendido que no importa si el formato es pequeño y si se trata del folio doblado, pero Soler y Díaz excluyen los simples volantes u hojas sueltas, mientras Gómez incluye todo impreso[23], agregando Núñez que sea de varias páginas, como los folletos y revistas[24]. Gómez, admite un sentido amplio de la palabra libro, comprendiendo los folletos, volantes, hojas sueltas, etc., porque el mayor o menor volumen de una publicación no puede influir a los fines de la tutela legal[25]; y lo hacía Molinario[26], aunque después cambió de opinión al no admitir las hojas sueltas, ni los folletos ni los volantes[27].

Por *periódico* el Diccionario indica en su tercera acepción que es el impreso que se publica con determinados intervalos de tiempo, y en la última, diario, publicación que sale diariamente.

Un periódico también sería un impreso, incluyéndose las hojas sueltas, pues su característica no reside en su formato sino en que se publica periódicamente[28]. Quedan comprendidas las revistas, pero algunos restringen el objeto a un diario, ya que entienden que la cosa sobre la que recae la acción no puede estar caracterizada sólo mediante un adjetivo, sino que debe serlo a través de un sustantivo[29]. Sin embargo, esta posición no atiende la definición del Diccionario, donde periódico también es un sustantivo.

Como se adelantó, las modernas tecnologías permiten la edición y distribución de libros y periódicos por la Internet, electrónicos, digitales, y también los que son transmitidos a través de diversos dispositivos como discos compactos, “pen drives”, correos electrónicos, etcétera.

Podría tratarse de un sólo libro o periódico, pues la ley no distingue. Esa situación conduciría a considerar si la afectación al bien jurídico es insignificante y al hecho de que en realidad podría tratarse de otro delito. No deben confundirse las acciones dirigidas a afectar a un destinatario individual y no a la circulación en general misma, ni los supuestos en que una persona adquiere uno o pocos ejemplares lícitamente o se apodera ilegítimamente de ellos en particular, pues ello no puede ser visto como un impedimento o entorpecimiento de la circulación, que por propia definición requiere cierta generalidad para concretar la afectación del bien jurídico en cuestión. La doctrina exige que por ser un delito contra la libertad de imprenta y referirse a la circulación debe tratarse de los ejemplares de un libro o periódico

[23] Soler, ob. cit. pág. 173.
[24] Núñez, ob. cit.
[25] Gómez, ob. cit.
[26] Molinario, Alfredo. *Derecho Penal, segundo curso.* Compilación de Antonio Toscano. La Plata, 1943, pág. 427, sostiene que por libro debe entenderse tanto los libros propiamente dichos como cualquier folleto, volante u hoja suelta, puesto que el mayor o menor volumen de la publicación no puede, lógicamente, influir respecto a los alcances de la tutela legal.
[27] Molinario-Aguirre Obarrio, ob. cit. En esta edición actualizada, se agrega que la ley, aunque no lo diga, se refiere a impresos, porque se trata de un delito contra la libertad de imprenta. Y agrega, todos sabemos que un libro tiene bastantes páginas y nadie diría que tres o diez páginas forman un libro, de modo que hay un límite impreciso entre lo que podría llamarse libro o un folleto, pero esa diferencia existe. Señala que no es muy explicable la razón que ha llevado al legislador a referirse a libros y no a folletos o aún a hojas sueltas, todo lo cual pudo quedar comprendido mediante un texto que se refiriese a impresos, o bien a libros y folletos solamente, si se piensa que la hoja suelta tiene un carácter muy distinto, salvo cuando es un periódico.
[28] Núñez, ob. cit.
[29] Molinario-Aguirre Obarrio, ob. cit. El actualizador justifica esta distinción en que al momento de sancionarse el Código las revistas corrientemente no contenían crítica política y por eso no tuvieron problemas.

que entran en circulación, es decir, que se distribuyen a suscriptores o se ponen a disposición del público, y en general se tratará de una larga cadena que pasa por distribuidores hasta llegar al vendedor que está en contacto con el público[30]. Esta situación conduce a la indeterminación del número de ejemplares cuya circulación se impide o estorba para tener por acreditada la infracción.

Debe entenderse que cuando la ley se refiere a *un libro o periódico* no lo hace en referencia a un ejemplar de ellos, si no a una obra conceptualmente considerada, como cuando se señala que una persona es autor de *un libro* o que *un periódico* publicó una primicia. Un libro o un periódico tienen una determinada cantidad de ejemplares por edición (o reimpresión).

Mas por otro lado, debe ponerse cuidado en esta cuestión, pues hay ediciones o impresiones limitadas, y libros incunables, de muy pocos o hasta de un sólo ejemplar, cuya circulación podría impedirse o estorbarse en los términos del art. 161 CP que, debe recordarse, no protege intereses patrimoniales. Cada caso deberá ser estudiado sin prescindir del contexto.

No es necesario que, en virtud del medio empleado, quede impedida la circulación del libro o periódico para que el delito se consume, pues, como resulta del texto legal es suficiente para que sus consecuencias operen el mero hecho de estorbar la libre circulación[31]

No será necesario que se impida la circulación de toda la edición y el impedimento puede ser temporal, casos que generalmente caerán bajo la modalidad de estorbo.

Por lo dicho *supra*, la licitud del contenido del libro o periódico carece de relevancia a los fines del artículo.

Medios comisivos.

El delito no tiene restricciones en cuanto a los medios.

Tipo Subjetivo.

Es un delito que admite todas las categorías del dolo, y el hecho es perfecto sin necesidad de que concurra ningún propósito especial. Basta saber que se emplea un medio impeditivo o turbatorio con conocimiento de la idoneidad de éste para producir el resultado y con voluntad de realización[32]. No está prevista la tipicidad culposa[33].

Parece exigir cierto plus subjetivo Moreno (h.) para quien el propósito debe ser el de impedir la circulación o el de estorbarla. Si fuera otro, personal o pecuniario, no se cometería el delito aquí incriminado[34]. Por su parte, Molinario-Aguirre Obarrio sostienen que ambas acciones, impedir o estorbar, exigen dolo directo, porque el autor debe "querer" impedir o estorbar. Sin embargo, estas posiciones remiten a la teoría de los *animi* tan desarrollada en el delito de injurias[35] y hoy descartada por su notable inseguridad, ya que deja librado a un arbitrario criterio del intérprete si hubo delito o no. Aplicada al caso esta teoría, el sujeto que con el fin de producir un perjuicio económico a su competidor en el negocio del reparto de diarios destruye la carga entera de un camión, cuando ya estaba lista para

---

[30] Molinario-Aguirre Obarrio, ob. cit.

[31] Gómez, ob. cit. nº 903.

[32] Gómez, ob. cit, nº 902, señala que "el elemento psicológico está representado por la intención de impedir que el libro o periódico circule o estorbar la circulación de uno u otro".

[33] Molinario, Gómez, obs. cits.

[34] Moreno (h.), ob. cit.

[35] *Animus injuriandi*, excluido por otros *animi*, como el *consulendi, retorquendi, jocandi, narrandi,* etc.

ser entregada en los quioscos de diarios, no cometería este delito, sino solamente daño (art. 183 CP). Se confunden los móviles que no ponen ni quitan al dolo del tipo. En todo caso, habrá un concurso ideal. Para aceptar la posición de estos autores, el artículo debería decir "el que con el propósito o fin de restringir la libre circulación de....., la impidiere o estorbare por cualquier medio"; en tal caso, la acusación debería demostrar la presencia de ese elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo.

Consumación y tentativa.

Se trata de un delito de resultado que se consuma cuando el autor logra, mediante el ejercicio de actos materiales, impedir o estorbar la libre circulación de libros o periódicos.

Es un delito de instantáneo y de resultado[36]. Molinario entiende que no es necesario que en virtud del medio empleado se logre la finalidad tenida en mira, sino que es suficiente el mero hecho de tender a impedir o a estorbar la libre circulación de un libro o periódico para que el delito se configure[37]. Sin embargo, a tenor de la redacción legal, ese criterio sólo puede ser aceptado si se tiene en cuenta que un intento de impedimento ya es un estorbo, pero no en el sentido de que toda acción tendiente a estorbar ya consuma el delito. Ello será una tentativa.

El conato no debe confundirse con los actos que recaen antes de la etapa de puesta en circulación. De otro modo, todo acto, como los anteriormente descriptos e inclusive el operar sobre la mente del futuro autor de una obra, podría ser interpretado como un intento de impedir la circulación, ya que mediatamente conduce a similar resultado.

Consuma el hecho cualquier medio que impida o estorbe la libre circulación, porque la ley no especifica[38]. Pueden consistir en violencia, fuerza en las cosas, fraude[39] y en la acción del funcionario que secuestra la pieza o el particular que la retiene a viva fuerza, o por amenazas o fraude, y la estorba el que perjudica de hecho la regular circulación retrasándola, desviando su curso, o poniéndole a éste otros obstáculos que no llegan a impedirla[40]. Cualquier medio pues, siempre que sea idóneo para la consecución del fin perseguido configura el delito que estudiado[41]. Estos casos, como el de impedir que lleguen a una persona detenida –condenada o en prisión preventiva– libros o periódicos, conducen a otro problema: el de la cantidad de ejemplares que exige el tipo para configurar la infracción.

Constituyen un viejo problema los casos en que el modo que el sujeto activo elige para impedir la circulación, es la compra de toda la edición, ya que se trataría de un medio autónomamente lícito para lograr el resultado previsto en el tipo[42]. Molinario-Aguirre Obarrio, entienden que en estos supuestos es

---

[36] Soler, ob. cit. señala que hay concurso material (art. 55 CP), aunque ello puede ser así según el caso, dado que si la misma acción consiste en un abuso de autoridad y el entorpecimiento de la libre circulación, parece tratarse de un concurso ideal (art. 54 CP). Sobre esta distinción fáctica, ver Núñez, ob. cit. pág. 160 donde remite a ejemplos de la pág. 155.
[37] Molinario, ob. cit.
[38] Gómez Eusebio, *Tratado de Derecho Penal.* Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1940, Tº III, pág. 517, nº 899. Moreno (h.), ob. cit.
[39] Creus, Carlos, *Derecho Penal, parte especial.* Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, Tº I, pág. 407.
[40] Núñez, ob. cit.
[41] Molinario, ob. cit.
[42] Creus, ob.cit.

claro que la distribuidora está de acuerdo y por eso, no se impide la distribución sino que termina por quien tiene derecho de hacerlo, y dan como ejemplo el caso de los jueces de una cámara de apelaciones que, molestos con la edición de un libro que incitaba públicamente a realizar las conductas que ellos mismos en su jurisprudencia había declarado atípicas, decidieron comprar toda la edición[43]. Lo curioso de esta situación es que por voluntad de quienes tienen los derechos de propiedad, intelectuales y de comercialización sobre la obra, se priva al público en general de conocer su contenido, que es el otro aspecto de la libertad de prensa ya señalado. Es evidente que desde el punto de vista de aquellos derechos individuales, el autor, el editor y el distribuidor pueden disponer (venden toda la edición a un único comprador) porque ello les significará rápidas ganancias y que, por tal razón podría trazarse un límite con el derecho potencial del público en general. La conducta no sería típica, pese a aquélla afectación al derecho del público en general, pues de lo contrario, un escritor o editor, una vez impresa, no podrían arrepentirse de una obra y retirarla de circulación. El asunto no es menor hoy en día donde existen grandes grupos editoriales que a veces recurren a prácticas que tienen características monopólicas y deciden por sí solos no distribuir o retirar del comercio obras ya distribuidas que no responden a sus criterios comerciales, variables según la perspectiva económica o ideológica del momento. El público "agradecido", porque esos medios de comunicación muchas veces reclaman la protección de la garantía de la libertad de prensa con base en un único y ya obsoleto criterio del "orador de la esquina de la calle"[44].

Jurisprudencia de la CSJN.

CS, Fallos: 306:1892, "Ponzetti de Balbín", del 11/12/1984, *"Elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana."*

CS, Fallos: 310:508, "Costa", del 12/3/87. *"La libertad de expresión contiene la de dar y recibir información, y tal objeto ha sido especialmente señalado por el art. 13, inc. 1|, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la ley 23.054, que al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquélla 'la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección'."*

CS, Fallos: 312:1114, "Acuña, Carlos Manuel y Gainza, Máximo", del 29/6/1989. *"La verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente*

[43] Molinario-Aguirre Obarrio, ob. cit. , pág. 180. Se trataba de una persona molesta por un fallo de la Cámara Criminal y Correccional, según el cual no era estafa una maniobra que aquél había denunciado. Se puso a estudiar toda la jurisprudencia de la cámara y recopiló en un libro gran cantidad de maniobras astutas que a juicio del tribunal no eran delito, bajo el título "Estafen".

[44] Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 29 de octubre de 2013, dictada en la causa conocida como "Ley de Medios" o del "Grupo Clarín", registrada como G.439 XLIX; G.445 XLIX y G.451 XLIX, "Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa". También, Fiss, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social.* Edit. Distribuciones Fontamara, México, 1997, especialmente págs. 91 y ss.

impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal…" [45].

CS, Fallos: 315:1943, "Servini de Cubría", del 8/9/1992. *"Aún cuando el art. 14 de la Constitución enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica. De lo contrario existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas."*

CS, Fallos: 321:2558, "Amarilla", del 29/9/1998. *" 7°) Que el alcance de la garantía constitucional de la libertad de prensa reconocido desde antiguo por esta Corte coincide con el contenido de los tratados internacionales -posteriores- que regulan su ámbito y que hoy integran nuestros textos constitucionales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa al respecto que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (art. 13, incs. 1 y 2)."*
"Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (art. 19, párrafos 1, 2 y 3)"."
"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre refiere que "toda persona tiene derecho a la libertad de...opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio" (art. IV) y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar" (art. V)."
"La Declaración Universal de Derechos Humanos prevé en el art. 19 que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"."
"8°) Que la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone la más amplia libertad de su disfrute en armonía con las demás garantías constitucionales, entre las que se encuentra, conforme los textos aludidos, la protección del honor de la persona. El insulto y la difamación configuran elementos provocadores que el legislador regula a efectos de evitar la ruptura de la paz social. Este valor, debe armonizarse con otro, en cuyo fortalecimiento está comprometida la existencia misma del sistema representativo y republicano: el control de los actos de gobierno que detentan los ciudadanos -en el que la prensa juega un papel protagónico- en relación con la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos."
"9°) Que el examen armónico de los arts. 1, 5, 14, 22, 28, 32 y 33 de la Constitución Nacional exige así que la conducta del responsable de una publicación que se refiere al desempeño de funcionarios públicos sea examinada a la luz de la protección del debido control de los actos de gobierno cuyo ejercicio es el que confiere vitalidad y legitimación
renovada al sistema. La publicidad de los actos de gobierno formal o periodística) ha sido reconocida por el legislador como un elemento de relevante importancia en la organización representativa y

[45] Esto también se había afirmado con anterioridad en el precedente "Ramos v. Batalla", CS, Fallos: 278:62.

republicana que nos rige, al suprimir la prohibición de la prueba de la verdad en el delito de injurias cuando la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público (art. 111 inc. 1°, del Código Penal). Bajo esta perspectiva deben examinarse los casos traídos a los estrados de este Tribunal y ello exige una especial consideración de los planteos propuestos en resguardo de tan importantes valores consagrados por nuestra organización constitucional."
"10) Que en este sentido, resulta útil recordar la doctrina de esta Corte en Fallos: 257:308, en el que se invoca el pensamiento de Cooley para el cual "las características del periodismo moderno, que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático, dificultan la comprobación cierta de la verdad de las noticias incluidas en las publicaciones periódicas". Se añadió que "impiden también la exclusión de las manifestaciones formuladas por grupos o por personas individualizadas, respecto de la corrección del ejercicio de la función pública...por el solo motivo de que ellas puedan resultar ingratas u ofensivas para los allí mencionados. El interés que existe en que la crítica de tales actividades pueda alcanzar estado público, también como fundamento del necesario debate respecto de lo que es vital para la eficiente y honesta marcha de los negocios capitales de la Nación, sustenta, suficientemente, este criterio" (ver Fallos: 257:3 08 y la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica allí citada). Este Tribunal también recordó la absoluta vigencia del pensamiento de Hamilton para el cual "la libertad de prensa tutela el derecho de publicar impunemente, con veracidad, buenos motivos y fines justificables, aunque lo publicado afecte al gobierno, la magistratura o los individuos". Esta es la regla de oro que proporciona la tradición liberal y republicana a los responsables de los medios de comunicación y que les da la exacta dimensión y jerarquía del deber y del derecho de informar, según los consagra la Ley Fundamental y por lo tanto encuentra amparo en la magistratura (Fallos: 310:508)."

Bibliografía.

- BAIGÚN, D.- ZAFFARONI, E.R (Directores), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la libertad*, ed. Mave, Corrientes, 1999.
- CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Volumen II, tomo 4, segunda reimpresión de la cuarta edición, ed. Temis SA, Bogotá-Colombia, 2000.
-CREUS, Carlos, *Derecho Penal, parte especial,* ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.
-DE LUCA, Javier Augusto, *Libertad de Prensa y Delitos contra el Honor*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, parte especial, tomo II-A*, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2001.
-FISS, Owen, *Libertad de Expresión y Estructura Social,* ed. Distribuciones Fontamara, México, 1997.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Parte Especial, 2ª edición actualizada por el doctor Guillermo A. C. Ledesma, ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aries, 1992.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Parte Especial, edición actualizada y ampliada, Guillermo A. C. Ledesma –actualizador-, ed. La Ley, Buenos Aries, 2013.
-GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal,* tomo III, Compañía Argentina Editores, Bs.As., 1940.
- MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos,* tomo II, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, ed. TEA, Buenos Aires, 1996.
- MORENO, Rodolfo (hijo), *El Código penal y sus antecedentes*, tomo V, H. A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923.
- NIÑO, L.F.- MARTÍNEZ, S.M. (Coordinadores), *Delitos contra la libertad*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2010.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino,* parte especial, tomo V, pág. 20, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* tomo IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, ed. TEA, 4ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires, 1992.
- ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal- Parte General*, ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2008.

HOMICIDIO AGRAVADO POR VENGANZA TRANSVERSAL

Por **Marco Antonio Terragni**

Art. 80 Inc. 12: ***"Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1".***

Jasón y Medea se vieron obligados a dejar Yolco partiendo hacia Corinto, llamados por los habitantes de esa ciudad sobre la que Medea pretendía tener derechos al trono. Allí Jasón acordó con el rey Creonte abandonar a Medea -a la que el rey quería expulsar de Corinto- para unirse a su hija, la princesa Glauca. Medea, entonces, arrastrada por los celos, envió a Glauca como regalo de bodas un manto de irresistible belleza. Cuando Glauca lo recibió de manos de la sirvienta de Medea se lo puso de inmediato, liberando la magia contenida en él que la convirtió en una tea llameante. Las llamas consumieron totalmente a ella y a su padre, Creonte, que se abalanzó sobre ella con la intención de salvarla. A continuación, y para hacerle el máximo daño a Jasón, Medea mató a los dos hijos que habían tenido en común.

En la tragedia de Eurípides es Medea quien envía a sus dos hijos con el manto para Glauca. Medea sabía que mataría a sus hijos si los mandaba con el presente, pero sus deseos de venganza contra Jasón eran mayores que el amor por ellos.

Hasta aquí el resumen del drama mitológico en el que los inocentes (*innoxii*) hijos pagan por el culpable (*noxius*) Jasón.

Esta venganza transversal es mencionada por Farinaccio, aludiendo al caso de quien da muerte al tercero inocente, quien se interpone entre los contendientes procurando poner fin a la pelea: el mediador pacifista en una contienda, era muerto por uno de ellos, precisamente por intervenir[1]

Carrara da cuenta de la recepción en la nota 1 a la Sección 1205 de su *Programa*: "Esta especie de homicidio fue prevista en las antiguas pragmáticas napolitanas, como también en el nuevo Código Penal del Reino de Nápoles (art. 352, núm. 5)". Ilustra la hipótesis con un proceso llevado a cabo en Bolonia como ejemplo "de esta atroz costumbre de desfogar la venganza dándole muerte a un inocente, para causarle aflicción a un enemigo a quien le era cara la víctima".

La Sección siguiente dice que el Código toscano omitió por completo esta especie de homicidio calificado: "No carece de causa, sino que procede del móvil ordinario de odio contra un individuo, pero exagerado hasta un refinamiento de venganza". Cuando se presenta "no se puede entre nosotros tener en cuenta este precepto científico, sino para aumentar la pena respectivamente determinada contra el homicidio improviso, dentro de sus límites legales"[2].

En la página 85 del libro "Principios filosóficos y prácticos de Derecho Penal. Extraídos y traducidos del francés de las obras de Niccola Nicolini", México (1864) se menciona el hecho de quien mató a la madre de la mujer a la que quería perjudicar y en nota dice: "Este homicidio se ejecutó bajo el imperio de la ley penal de 20 de mayo de 1808 que conservaba la sanción penal de esta especie de

1 Mallo, Mario M., *Código penal argentino, comentado y sus leyes complementarias*, t. II, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1948,p. 71.

2 Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*. Parte especial, vol. I, Temis, Bogotá, 1977.

homicidio, tal cual existía en las antiguas ordenanzas napolitanas. Mas esta sanción no se encuentra en el Código Penal francés, ni en las nuevas leyes napolitanas".

Salteando siglos de silencio normativo en el ámbito cultural en el que nuestro país se desenvuelve, el legislador argentino incorporó el inciso 12 del art. 80 (ley 26.791, B.O. 14/12/12).

Si tenemos en cuenta que el Código de 1921 (ley 11.179) sustituyó la pena de muerte -con la que se castigaban antes los homicidios calificados - por la de reclusión o prisión perpetuas, puede decirse que volvió la institución, con consecuencias semejantes a las de antaño.

Corresponde intentar desentrañar por qué esto ha ocurrido y cuál es el alcance de la norma de tal manera introducida:

Haciendo una crítica desfavorable a la política legislativa en la que se inscribe ese agregado, debo empezar diciendo que las penas perpetuas no respetan el principio constitucional de proporcionalidad de la pena.

En segundo lugar, y creyendo que el legislador interpreta que la sociedad se horroriza con casos de violencia de género y por eso reclama penas más severas, debo acudir otra vez a Carrara para demostrar que nada ha cambiado desde que él escribió hasta la fecha: "Las penas infligidas por vía de leyes excepcionales y ocasionales son siempre hijas de circunstancias transitorias y reacciones inconsultas de indignación o de miedo, bajo cuyo impulso no puede conservarse bien el imperio de los preceptos generales del derecho y es casi imposible obrar entonces de manera que las penas impuestas por una nueva ley especial, conserven la proporción debida con las penas impuestas por otras leyes preexistentes"[3].

En tercer orden señalar la imprecisión de las ideas "mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia" (inc. 1 del art. 80 al que remite el inc. 12). Esta falta de concreción

3 Ob. cit, Vol. II, Sección 638.

puede dar lugar a sentencias arbitrarias[4] ya que se presta a cualquier interpretación; incluso la más extensiva.

Pero como, además de la crítica, debo hacer una labor dogmática ("La dogmática es la reconstrucción científica del Derecho positivo vigente", decía mi antiguo profesor Don Luis Jiménez de Asúa) es posible avizorar que la razón del mayor castigo está en lo que resume la fórmula histórica: El

autor mata a inocentes (*innoxii*) para hacer sufrir a un tercero; que en su caso es un *noxius*, según puede entenderlo el asesino o la asesina.

Aparte, de la crueldad que con ello exhibe, produce dos víctimas: el muerto y la persona que sufre por esa muerte. Con lo cual la entidad del injusto es superior a la del homicidio simple y el reproche que se le puede formular al autor o a la autora más severo.

4 Esto dejando de lado el absurdo que supone que el primer inciso de al verbo un uso en tiempo presente, como si se pudiese mantener una relación de pareja con un muerto…

Sustracción de Cadáveres

Por **Alberto Raúl Santos Giordano**

Art. 171: “*Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.”*

Antecedentes Legislativos

a) El Proyecto Tejedor (Parte II, Libro II, Título IV), en su art. 5° incluye el atentado a un cadáver como un delito contra la religión: “El que exhume cadáveres para mutilarlos o profanarlos de cualquier otra manera, sufrirá prisión de un año si llega a consumar la mutilación o profanación, y si no arresto de tres meses. Si la exhumación se verifica con cualquier otro fin, sin licencia de la autoridad, se impondrá de quince días a tres meses de arresto”. La disposición fue suprimida al adoptarse el proyecto como Código para la Provincia de Buenos Aires (ley provincial 1140) y la Capital (leyes nacionales 1144 y 1920).

b) El Proyecto Villegas –Ugarriza- García, de 1881 en su art.132 castiga con prisión menor al que violare los sepulcros o sepulturas, practicando cualquier acto que tienda a faltar el respeto debido a la memoria de los muertos.

c) El Proyecto Peco de 1941 en su art. 277 reprime con privación de la libertad de uno a cinco años al que destruyere, suprimiere o substrajere un cadáver o parte de mismo o substrajere o esparciere sus cenizas, haciéndolo en el Capítulo II, “Delitos contra el sentimiento de respeto a los muertos”, del Título IV “Delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos”.

d) El Proyecto Soler de 1960 en el Capitulo III, “Turbación de actos religiosos y de la paz de los difuntos”, Título VII, “Delitos contra el ámbito de intimidad”, bajo la denominación “ofensa a la paz de los difuntos”, reprime con prisión hasta tres años al que sustrajere u ocultare un cadáver o sus cenizas, No exige ninguna finalidad específica.

e) El Proyecto Soler –Cabral- Aguirre Obarrio, de 1979.- En el art. 212, en el Capítulo III del Título IV, “Delitos contra el ámbito de la intimidad” dispone que “se impondrá prisión hasta tres años: 1°) al que violare o vilipendiare el lugar donde reposa un muerto o sus cenizas; 2°) al que profanare o ultrajare un cadáver o sus cenizas; 3°) al que sustrajere u ocultare un cadáver o sus cenizas; 4°) al que arbitrariamente mutilare o destruyere un cadáver o esparciere sus cenizas.

Si bien en la enumeración completa de los antecedentes aparecen otros proyectos y leyes, destacamos estos, pues la sustracción de cadáveres no exigían finalidad especifica alguna, tópico de fundamental importancia, cuando nos ocupemos del bien jurídico tutelado.

Bien Jurídico Tutelado

Se protege la propiedad y la libertad.

La exigencia del pago al sujeto pasivo para lograr la devolución no requiere que este se concrete; perfeccionándose el delito con la sustracción.

Esto nos lleva a cuestionar el bien jurídico protegido. En este dirección, coincidimos plenamente con la opinión de Caramuti. "Al sustraerse el cadáver, no se pone en peligro la libertad ni la propiedad.

El peligro para esos derechos recién comienza cuando se formula la ilícita exigencia del pago para su devolución, mediante la implícita amenaza de la desaparición definitiva del cadáver. Pero la ley no exige que el pago ocurra para la punición de la conducta, conformándose con que la sustracción se realice para hacerse pagar la devolución. Eso significa, respecto de los bienes jurídicos: libertad y propiedad, adelantar la punición a un momento intencional o volitivo todavía interno. Significa penar la intención.

Por ello entendemos que la sustracción de un cadáver, aún con la finalidad mencionada, sólo puede ser punible, desde una perspectiva constitucionalmente válida, si la misma afecta otro bien jurídico (1)

Claros ejemplos los representan los Códigos italianos de 1889 y 1930 (delitos contra la libertad de cultos y delitos contra la piedad de los difuntos, respectivamente).

La actual redacción del art.171 del Código Penal, al agregar como elemento objetivo " hacerse pagar su devolución", eliminó el sentimiento religioso, la memoria, y el respeto por los difuntos, como bienes tutelados. Es el Proyecto Soler-Cabral-Aguirre Obarrio, de 1979, que reseñamos en los antecedentes legislativos el que mejor se adapta a la tutela aludida.

Acción Típica

Consiste en "sustraer", como medio coactivo, pudiendo concretarse sacando o extrayendo el cadáver de donde se encuentre (sepulcro o cualquier lugar).

Objeto Material

Es el cuerpo humano a partir de su fallecimiento (cadáver).

Referente a los restos óseos, siempre que se trate de un conjunto de ellos, se asimila al concepto de cadáver, señalado en el art. 171 del Código Penal.

En cuanto a las cenizas, no coincidimos con la opinión de prestigios autores; Núñez y Caramuti entre otros, en cuanto no considerarlas cadáver.

Si bien es cierto que el Diccionario de la Real Academia Española, lo define como " cuerpo muerto", y al cuerpo como " aquello que tiene extensión limitada, perceptible por los sentidos" no compartimos que "percibidas por nuestros sentidos, las cenizas pueden pertenecer a cualquier otro objeto incinerado, y no solo a un cadáver".

Vayamos a un ejemplo concreto: si el deudo recibe las cenizas del difunto, y le surge la duda relatada en el párrafo anterior, estaríamos realizando una interpretación basada en la "desconfianza de las instituciones intervinientes", públicas o privadas; en este caso la necrópolis, situación impropia del derecho.

En cuanto al argumento que las cenizas "no tienen extensión limitada, perceptible a los sentidos", aparece como excesivamente restrictiva. No olvidemos que el Proyecto Soler-Cabral-Aguirre Obarrio en el inc. 2° del art.212 dice expresamente "al que profanare o ultrajare un cadáver o sus ***cenizas***, expresándose en el mismo sentido el Proyecto Peco de 1941, en su art. 277.

Elementos subjetivos

Se trata de un delito doloso que implica la intención de extraer el cadáver y un elemento subjetivo específico: "hacerse pagar su devolución". Es decir, cualquier otra finalidad no configura este delito.

Consumación

Si bien es cierto que se perfecciona con la sustracción del cadáver, coincidimos con Soler, Levene y Fontan Balestra, en que el delito no debe considerarse consumado, sino existe alguna manifestación que exteriorice el propósito de hacerse pagar por la devolución.

Sujeto Activo

Autor de este delito puede ser cualquier persona, incluso parientes del difunto.

Sujeto Pasivo

Es a quien se le exige el pago por la devolución del cuerpo.

Jurisprudencia

Solo se registra un caso ocurrido en 1881 (vigencia del Código Tejedor) que conmovió a la opinión publica.

Un grupo de sujetos autodenominados "Caballeros de la Noche", sustrajeron del sepulcro de la familia de Dorrego, en el cementerio de la Recoleta el cadáver de Inés de Dorrego, exigiendo el pago de dos millones de pesos por la devolución del cuerpo, (informando a la familia mediante misiva que se transcribe mas adelante).

Los autores fueron descubiertos, y el cuerpo recuperado.

Entendemos como conclusión, que la transcripción tanto del dictamen fiscal, como el fallo de la Excelentísima Cámara del Crimen, de fecha 24 de noviembre de 1883, clarificarán el tópico abordado en este trabajo.

Nota enviada por los "Caballeros de la Noche"*, organización dirigida por Alfonso Kerchowen de Peñaranda.*

La misma decía textualmente: Señora doña Felisa Dorrego de Miró y familia.

Respetable señora y familia: al pasar vista por estas líneas tal vez se encontrara con que sus sentidos desfallezcan pero, este es un mal que no tiene remedio, y nos encontramos impulsados, con todo nuestro pesar, a proceder por causas ajenas, del modo que lo hacemos.

Estos preliminares puestos, venimos sin mas comentarios, a participarles a Uds. que los restos mortales de su finada señora madre, doña Inés de Dorrego, que reposaban desde poco tiempo en la bóveda de la familia de los Dorrego, han sido sacado por nosotros mismos en la noche pasada del 24 al 25 del corriente mes, y que por consiguiente se encuentran en nuestro poder fuera del camposanto de la Recolecta.

Sabemos que, estas hijas la lloran y veneran, habiendo sido con ellas madre amante y cariñosa; y que esas hijas, por todo el mundo no consentirían, ver estos restos sagrados ultrajados y tirados al viento en tierras profanas y desconocidas.

Sabemos que la familia de los señores de Dorrego, está con justa razón, celosa de un nombre ilustre y sin mancha, que la vil crítica no ha podido ni tal vez podrá alcanzar nunca.

Con más claridad y en resumen: ustedes doña Felisa Dorrego de Miró y familia, nos abonará en el término de veinticuatro horas, la cantidad de dos millones de pesos moneda corriente, que son ochenta mil patacones, si quieren que los restos de su finada madre, doña Inés de Dorrego, sean devueltos y respetados al santuario mortuorio de la familia de donde han sido sacados, sin que nadie siquiera sepa lo sucedido, se lo juramos.

Hemos tratado de no dejar rastros, impidiendo de esta manera, que al ser público el hecho desde un principio, llegue al conocimiento de la autoridad que os perjudicará ella misma con su celo.

Los Caballeros de la Noche.

Dictamen del Ministerio Público Fiscal

He aquí señor juez, el grave peligro a que estaría expuesta la sociedad, en cuyo nombre he de hacer esta acusación, si los individuos de que se encuentra liberada en estos momentos, pudiesen en poco tiempo, volver a su seno, debido a la begnididad del castigo. La violación de los sepulcros es un delito previsto y penado por todas las legislaciones antiguas y modernas. Las leyes romanas castigaban la violación del sepulcro, con el último suplicio o la deportación. La castigaba el código francés, el español y el napolitano. Está también prevista y penada en nuestro proyecto de Código Penal, artículo 5°, titulo IV, y suprimido de una manera inexplicable en el Código Penal vigente en Buenos Aires. Este Código de la Provincia ha sido incorporado y se aplica actualmente en lo nacional, en virtud de una necesidad del momento y por la falta absoluta de las leyes penales que el Congreso Nacional tiene que dictar.

Por otra parte, el Código aludido, emanado de una Legislatura de provincia, no ha podido derogar las leyes de Partida y demás leyes españolas, que han sido las que se han aplicado siempre en todo el territorio de la Nación. Pero aún suponiendo que el Código Penal que nos rige y que pertenece a la provincia de Buenos Aires fuera capaz de derogar las leyes que se han aplicado a la Nación, aun bajo esta hipótesis, no podrían considerarse derogada las leyes españolas por el Código aludido, no hay ni una palabra, ni una disposición, que ni transitoriamente derogue las leyes penales españolas que han estado siempre en vigor entre nosotros. El delito pues, que motiva este proceso, esta regido por la legislación de Partida que, clara y permanentemente, califica y castiga el delito de que se trata.

Este dictamen es firmado por el fiscal doctor Andrómico Castro, el 18 de marzo de 1882.

Sentencia de la Cámara del Crimen

Solo se ha cometido el delito del que habla el art. 297 en su último inciso, esto es, el de amenazas y coacción por escrito con un mal que no constituye verdadero delito, y a la verdad que no lo es el hecho de violar sepulturas ni el de profanación de cadáveres según la legislación que rige en la Capital de la República.

El Código Penal, en su art. 79, establece que no sean castigados otros actos u omisiones, que los que la ley con anterioridad haya calificado de crímenes o delitos, cuyo principio es de aceptación universal en estas materias, y tiene su base en el art. 18 de la Constitución Nacional, que entre las garantías y derechos acordados a los habitantes de la República, declara que ninguno puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso. Es el Código Penal a que debe atenderse exclusivamente para la represión de los delincuentes, pues que todas las leyes anteriores a su sanción, han quedado del todo derogadas en esta Capital. Como es sabido, la Legislatura de Buenos Aires al poner en vigencia ese Código , suprimió el título consagrado a los delitos religiosos entre los que figuraban la violación de sepulturas y la profanación de los cadáveres, de tal suerte que perdiendo estos hechos el carácter de delitos, han quedado sin sanción penal. Lo expuesto es de una verdad incontestable, no admite réplica, los jueces tienen que contenerse en su esfera de acción, sin trasgredir la ley, por más cierto que sea que hechos de su género entran en la categoría de las acciones punibles, según la legislación de países más avanzados en la marcha del progreso científico. No se puede aceptar la autoridad de la Leyes de Partida en esta rama del Derecho.

Los Caballeros de la Noche, por el sólo hecho de asociarse, eso sí, de forma muy extraña, no han concurrido en responsabilidad penal, pues no obran constancias que dicha asociación fuera hecha con el fin determinado de cometer un crimen o delito o cual sí configuraría el denominado "complot". Tampoco se ha configurado la violación de domicilio, pues el simple buen sentido enseña que los muertos no tienen domicilio.

Descartada también la tentativa de estafa, no sucede lo mismo en cuanto a la calificación de amenazas y coacciones, delito previsto por los arts. 296 y 297, que se verifica cuando la amenaza se hiciere con el objeto de que se deposite una suma de dinero, que es lo que se ha pretendido llevar a cabo por medio de la expresada carta, amenazándose a la familia Dorrego, con un mal que no constituye delito, como es el de arrojar las cenizas al viento y la venganza indeterminada a la que la carta se refiere.

Por inmoral y odiosa que sea la acción de Peñaranda y los suyos, por más merecida que se repute la reprobación de la conciencia pública, hay que reconocer que nuestra legislación no ha incluído entre las infracciones del derecho penal, el principal hecho de este proceso, el que ha impresionado tan hondamente a las diversas clases de la sociedad, me refiero a la violación de sepultura y sustracción del cadáver de la señora Dorrego; si la ley ha guardado silencio a este respecto, la misión de la justicia se llena, prestándole todo su acatamiento.

Y Vistos: por los fundamentos consignados en el acuerdo que precede y de conformidad con lo expuesto en Derecho y pedido por el señor fiscal, se reforma la sentencia apelada, declarándose

compurgada la pena en que han incurrido los procesados Alfonso Peñaranda, Patricio Abadie, Vicente Morate, Francisco Moris y Pablo Miguel Ángel, con la prisión que llevan sufrida y reduciéndose a tres meses de arresto, la pena que se impone al prófugo Daniel Expósito; y se confirma en lo demás que contiene. Voto del doctor Barra, al que adhirieron los doctores Pardo, Peralte, Bunge y Martínez, Sala de acuerdo, 24 de noviembre de 1883.

(1) *Caramuti, Carlos S, Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigun, Eugenio Raúl Zaffaroni, dirección. Marco A. Terragni, coordinación. Hamurabi, José Luis Depalma, Editor, Buenos Aires, 2009 T VI.*



Delitos contra el Orden económico y Financiero

Por Alan Bitterman

Art. 309: ***"1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:***

a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;

b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos."

Introducción

La figura contenida en el artículo transcripto ut supra fue incorporada el Código Penal por ley 26733 sancionada el 22 de diciembre de 2011 (B.O. 28/12/2011) entrando en vigencia el 5 de enero de

2012. Debe destacarse que en conjunto con la norma bajo estudio se aprobó paquete de leyes penales que incluyo la Ley Antiterrorista y Reforma al Régimen Penal Tributario, llevando todas ellas de numeración correlativa para ello fue necesario prorrogar el período de sesiones ordinarias del Congreso Nacional ya que el mismo se extiende entre el 1 de marzo y el 30 de noviembre de cada año.

Esta circunstancia no debe ser pasada por alto al momento de analizar los antecedentes parlamentarios donde se brindan los fundamentos que motivaron al legislador a dictar dicha norma. El proyecto que luego fuera convertido en ley fue enviado por el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN) al Congreso, al igual que las normas que se indicaron más arriba. El Mensaje de Elevación del PEN al poder legislativo indica que la iniciativas remitidas para su tratamiento parlamentario responden a exigencias del Grupo de Acción Financiera Internacional- en adelante GAFI- en materia de represión de conductas perjudiciales para el sistema financiero, con la finalidad de lograr y proteger la estabilidad y liquidez de las entidades que lo integran. La recomendación del organismo internacional tiene su génesis y fundamento en la crisis económica mundial que comenzó en Estados Unidos 2007 debido la falta de liquidez- dado por la incobrabilidad de los títulos y posterior quiebra del Banco de Inversiones Lehman Brothers, la institución más importante del mundo en el mercado de las colocaciones financieras. Este proceso se denominó la " crisis subprime", debido a que se originó por instrumentos financieros que documentaban créditos hipotecarios otorgados a un tasa de interés menor a la corriente fijada por los bancos de primera línea que integran el Directorio de la Reserva Federal, que no representaban el valor de mercado en la economía real de los inmuebles gravados por este derecho real de garantía. Asimismo realiza aseveraciones sobre el descalabro económico que sufrió el mundo entero, cuyos efectos tiene repercusión hasta hoy.

A fin de ilustrar aspectos político criminales y teleológicos de la norma en cuestión basta citar el párrafo del mencionado antecedentes legislativo referido al artículo 309:" …Si bien el tipo penal de manipulación de valores negociables presenta ciertas similitudes con el tratamiento que el Código Penal brinda a los fraudes en el comercio y el comercio y la industria (Capitulo V- Titulo XII, su incorporación se justifica ante la necesidad político criminal de entender las especiales características

que conductas disvaliosas como el agio y la concertación, adoptan en el mercado de valores"[1]. Creemos que no resulta necesario crear una figura especial para estos delitos puesto que la figura contenida el artículo articulo 301 resulta suficiente para prevenir los mismos riesgos que los que intenta cubrir la norma bajo estudio toda vez que la definición del artículo 77 C.P. sobre el concepto mercadería abarca los títulos valores. Entonces debe entenderse que en realidad se pretenden prevenir prácticas monopólicas, en las cuales los actores preponderantes del mercado acuerdan implementar una política determinada en su actividad , Esta decisión puede significar regular la producción de determinados bienes y servicios, pues su escasez o abundancia determinara el precio final de venta. También puede darse por el control de oferta, es el caso del proveedor único de una determinad a mercadería, que a través de esta conducta, con el fin de incrementar sus ganancias y tiene el poder de hecho para desabastecer a toda la cadena productiva. En definitiva, lo anterior, se refiere a enunciar una seria de ejemplo de concertación o cartelización, que en el Derecho de Defensa la Competencia se denomina abuso de posición dominante.

¿Delito de peligro Abstracto o Concreto?

Asimismo, otra característica común que presentan estas normas reside en que tutelan bienes jurídicos difusos, colectivos o supra individuales, empleando figuras de peligro sea concreto o abstracto, cuya legitimidad, es cuestionada por un sector de la doctrina, que postula que lejanía a

[1] Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo Nacional a l Congreso Nacional, del 13/10/2011, publicado en Antecedentes Parlamentarios, Año XIX N° 1 La Ley, Buenos Aires, Febrero 2012

lesión del bien jurídico – sobre todo en los delitos de peligro abstracto- protegido invalida estas figuras. Toda vez que no se advierte con claridad el momento en que comienza la vulneración o puesta en peligro, como tampoco cual es en realidad el riesgo que se pretende prevenir, violentando el principio de lesividad. Esa cuestión se torna aún más conflictiva cuando los bienes jurídicos en cuestión presentan límites difusos en su concepción y su titularidad donde se no se puede advertir con claridad a la persona del sujeto pasivo. Por ello, entendemos de lege ferenda que la adopción de estas nuevas figuras debe realizarse en forma cuidadosa y sistemática, a fin de no quebrar los principios rectores de nuestra materia previstos en los artículos 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y receptados en la parte general del Código Penal. En este sentido, es menester señalar que los bienes jurídicos deben ser preexistentes a las leyes que los protegen, pues si no se otorga al legislador la facultad de crearlos, en la práctica, casi sin limitación alguna colisionando con el principio de festividad. En este punto debemos señalar que la el tipo que estamos estudiando, resulta , prima facie ser un delito de peligro abstracto en el cual las conductas típicas que luego analizaremos parecen colocar en riesgo de manera mediata el normal funcionamiento del sistema financiero y el mercado de valores, volveremos más adelante sobre esta cuestión. Aquí es necesario recordar que la posición de Zaffaroni al respecto que ilustra con prístina claridad la problemática que venimos desarrollando hasta ahora: " En corriente la clasificación en los tipos penales en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estozo últimos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los de peligro abstracto, (a) para unos consisten en tipos en los que el peligro se presume juris et de jure; para otros basta que haya peligro de peligro. Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable.

En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure, que por definición sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro, basta pensar en el caso de la tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea de clara tipicidad sin lesividad.

Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa que solo hay tipos de lesión y de peligro y que en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real.

La creación de peligros y por ende de ofensas artificiales no solo permite presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona bienes jurídicos: a) se inventan bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos; b) se clonan bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos intermedios (cuya afectación es lesiva solo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental), o que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad, y, para colmo, se hablita el poder punitivo también con la tentativa, con lo cual pretende tipificarse la tentativa de un acto. previo a la tentativa (preparatorio). Estas artimañas autoritarias, ocultan, por un lado, la violación del art. 19 constitucional y, por otra, al dejar en un cono de sombra la determinación de existencia del peligro como requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición -principio de máxima taxatividad-(ver parágrafo 30). En definitiva, en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para el bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva"[2].

Asimismo, Mir Puig ha señalado que la diferencia entre los delitos de peligro abstracto y concreto reside en que el fundamento de la punición de los primeros reside en la proximidad de la lesión al bien jurídico tutelado, sin que esta llegue a consumarse, mientras que en los últimos basta con la peligrosidad de la conducta en sí misma, admitiendo prueba en contrario por parte del acusado, y concluye que ambos casos se trata de verdaderos de delitos de peligro pues se requiere para su tipificación que no se excluya previamente todo peligro. Sin embargo admite también la necesidad de castigar conductas que pudieran ser potencialmente peligrosas con el fin de no dejar librado a la valoración del sujeto este hecho (peligro estadístico)[3]

2 Zaffaroni, E.R, Alagia A., Slokar A, Manual de Derecho Penal Parte General , Ediar , Bs As, 2005 pagina s 371/372

3 Mir Puig , Santiago, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, 8va Edición Barcelona, 2008, págs. 230/231

Por su parte Roxin explica que los delitos de peligro concreto requieren que en un caso concreto se haya verificada que el objeto protegido por el ordenamiento jurídico haya corrido un riesgo real para sostener su postura recurre a la " teoría normativas de los resultados de peligro" de Schunemann, de donde surge que el resultado no se produce por casualidad ni tampoco por la causalidad en los términos de la ciencias sociales sino porque el a sujeto no pudo confiar en que no se produjera el hecho dañoso [4]

Para fundar la legitimidad de de delitos de peligro abstractos el profesor de Munich afirma con estas figuras pretender prevenir riesgos tiende a prohibir conductas el que se haya producido un resultado de puesta en peligro[5]. Las consideraciones anteriores valen para el tipo previsto por el inciso a), puesto que la conducta allí descrita, define un resultado de peligro para el ben jurídico tutelado,

Ubicación Sistemática del Tipo

Estas figuras están comprendidas dentro del Derecho Penal Económico, puesto que se encuentra vinculado a la actividad regulatoria del estado en materia económica. Mas precisamente, la reglamentación de las operaciones dentro del mercado de capitales y de valores, y, en consecuencia a la represión de conductas lesivas para su funcionamiento, que en definitiva, materializa en el potencial perjuicio que puedan sufrir los inversores debido a la concertación de intereses y concentración de poderes en el mercado, y principalmente se intenta preservar la confianza en el sistema,

---

[4] Roxin Claus, Derecho Penal . Parte General . Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito , Trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Romesal, Thomson Civitas , Madrid , España Primera Edición 1997, Tercera Reimpresión 2003, paginas 404/406 .

[5] Roxin , Claus, Derecho Penal…., pág. 406/410

En nuestro sistema el organismo que debe velar por la transparencia del mercado de capitales es la Comisión Nacional de Valores, entidad autárquica bajo la órbita del Ministerio de Economía, creada por la ley 17811 y su modificatoria ley 26831, tiene su sede en la Capital y su jurisdicción s a todo el país. Las normas indicadas ut supra definen los elementos normativos del tipo objetivo que serán desarrollados más adelante, por ello estamos en condiciones de afirmar que se trata de una ley penal en blanco, puesto que para completar la materia de prohibición es necesario recurrir a otra norma, dado que el derecho penal no define los conceptos abarcados por el marco típico del delito en cuestión (vgr. títulos valores, obligaciones negociables, etc.). La doctrina ha entendido que esta disciplina agrupa a todas las norma que sancionan el quebrantamiento doloso de las reglas de regulación económica.

Estas pretenden equiparar las fuerzas del mercado protegiendo a los consumidores como también castigar conductas disvaliosas que limiten impiden o perjudiquen el ejercicio del poder de policía y de imposición de distintas dependencias estatales (p.ej Delitos e infracciones aduaneras regulados por el Código Aduanero).

En esta línea cabe recordar la teorización de este fenómeno realizada por Edwin Sutherland sobre los delitos corporativos o de cuello blanco. Luego e analizar la conducta de las 70 corporaciones más importantes de EE.UU, donde registro distintos comportamientos abusivos tendientes a consolidar o profundizar posiciones dominantes en el mercado, en contravención con lo establecido por la Sherman Trust Acto, ley anti monopólica de ese país y primera norma de esta naturaleza en el mundo, basando su estudio en 980 resoluciones condenatorias de tribunales u organismos administrativos Destaca el sociólogo norteamericano que estas conductas no eran consideradas socialmente como delitos y por ello en su investigación no publicó los nombres de las compañías sancionadas, al temer que le inicien acciones por difamación[6] . Asimismo resalta notas preponderantes el poder de hecho de las corporaciones, conformando por la solidez y solvencia económica que ostentaban debido al tamaño giro comercial y por enorme capacidad de lobby o influencia, hacia frente a las autoridades. Asimismo el autor citado remarca la importancia del andamiaje jurídico, contable y tributario que despliegan estas organizaciones, a fin de brindar sustento y apariencia de legitimidad a sus operaciones, en las que

[6] Sutherland, Edwin. El delito de cuello blanco Editorial Universidad Central de Venezuela, Caracas 1969 pág. 30-38 citado por Virgolini, Julio E. S., Crímenes Excelentes: Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Colección Tesis Doctorales, Editores del Puerto, Bs As, 2004, Págs. 50/51,

muchas veces el entramado societario no permite advertir quien es el verdadero titular o beneficiario del negocio. que devendrá en maniobra delictiva En sinfonía con esto último el autor, muestra el rol fundamental que tienen los asesores en las materias reseñadas, que se encargan diseñar estrategias y estructuras que , que sin apartan de legalidad pues en lo formal cumplen con los requisitos exigidos por el ordenamiento, lo hacen desde un punto de vista sustancial puesto que tras su velo, se planifican conductas perjudiciales para el funcionamiento de mercado o más precisamente del orden socio económicos Estos comportamientos serán considerados delitos o infracciones administrativas conforme los lineamientos políticos criminales que el legislador estime convenientes. Finalmente también, remarcó el carácter penal de las sanciones dado que una conducta le seguía una consecuencia: la pena [7]

La doctrina ha estudiado los orígenes y fundamentos del Derecho Penal Económico tanto en la Europa Continental como en EE.UU- por el cabe remitirse a lo anterior-, en el viejo continente se ha tomado como punto de partida, - en la modernidad- a legislación que regia en la República Weimar, denominación de la actual Alemania durante el período de entre guerras. En dicha etapa entraron en vigencia número de normas que pretendía en regular el mercado de bienes y servicios, y también el financiero, que a su vez creaban un régimen sancionatorio que castigaba a quienes infringían dicho ordenamiento. Las sanciones eran impuestas por un organismo administrativo o por un tribunal penal según la gravedad de la conducta. Este tipo de normas se utilizaron para combatir la inflación que apremiaba la economía alemana de aquel entonces[8]. En 1933 con el avenimiento del régimen nacional socialista esta legislación se consolido y se incrementó notoriamente, para finalmente abandonar el concepto de acción con fundamento del castigo, para dar lugar al derecho penal de autor que reprimía al sujeto por su "conducción de vida" y admitía la construcción analógica de tipos penales, esto surge del artículo 2 ° del Código Penal de 1935 que reza " Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley, o que, conforme a la idea fundamental de la ley y sano sentimiento del pueblo merece ser punido. Si ninguna ley penal es aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique más ajustadamente la idea fundamental"

---

[7] Sutherland Edwin , ob. cit , 40/41, cit. por Virgolini , Julio E. S., Crímenes Excelentes… pág. 52 y ss.

[8] Righi Esteba J.A., Los Delitos Económicos, Editorial Ad Hoc, 2000, págs., 23/33

Por el "sano sentimiento del pueblo" se entendía como el pensamiento justo y equitativo de la mayoría del pueblo. Debemos hacer notar la extrema vaguedad que encierra e termino " sano sentimiento del pueblo", ya que sus carencia de límites precisos permite castigar cualquier acción que el poder entienda como una amenaza subordinando el derecho a la voluntad del Fuhrer., con lo consiguientes vulneración al sistema republicano de gobierno pues se concentran al menos dos de las tres funciones estatales en un sujeto que legisla y administra y también permite perseguir individuos que sindique como " enemigos del pueblo", desconociendo le su calidad de sujeto de derecho [9] Aquí cabe detenerse en el análisis de la anti juridicidad formal y la material y su incidencia en distinción entre los delitos y contravenciones. La primera de ellas alude a la contradicción del conducta con el coordinamiento jurídico y la segunda a la lesión o puesta de bienes jurídicos, el problema de sostener esta caracterización es que lo formalmente antijurídico, pudiendo serlo materialmente y también a la inversa , en el primer supuesto se la mera contrariedad a la norma alcanzaría para indicar q la conducta es antijurídica , negando la necesidad de afectación al bien jurídico protegido. El criterio de la antijuridicidad formal se reservaba alas contravenciones dado que se entendía que la conducta que reprimían se verificaba con el quebrantamiento de la norma, que era concebida como una herramienta de ordenamiento económico de naturaleza administrativa por ello que no se requería un objeto de protección que pudiera ser lesionado o puesto en peligro. Dando lugar al denominado derecho penal administrativo debido al criterio expuesto anteriormente para deslindar las contravenciones de los delitos y también por el órgano que impone la sanción. En cambio los delitos se encontraban informados por los derecho y garantías del derecho penal liberal [10]

Durante la posguerra y con la sanción del Código Penal Alemán en 1975 sobrevino nueva legislación en materia penal económica, y se retomaron las discusiones sobre la autonomía o la especialidad esta disciplina y aquellos orientados a dilucidar que concepción adoptarse respecto. Quienes se inclinaban por la primera posición, pensaban que se trataba de una nueva disciplina capaz de crear sus conceptos propios en forma independiente al sistema jurídico preexistente. Los seguidores de la tesis contraria sostienen que se trata de una materia específica del derecho penal que seguir sus

---

[9] Zaffaroni E.R, Alagia, A., Slokar A., ob. cit … pág. 251

[10] Righi Esteban J.A ob. cit, pagina 63 y ss.

mismas fuentes y principios rectores. Entendemos que la segunda tesis es la más apropiada, puesto nuestro objeto de estudio, es una escisión del derecho penal, a la cual se la adicionan componentes del derecho económico y administrativo económico, y que debido a la naturaleza antes apuntada de las normas en cuestión y principalmente al predominio de leyes penales en blanco. Por ello, el legislador y el intérprete están obligados a echar mano a los derechos y garantías del liberalismo penal, en especial a los principios de legalidad y máxima taxatividad, a fin de limitar el poder punitivo. En este subsistema jurídico, coexisten, como ya se dijo coexisten normas de distintas disciplinas, que incorporan sanciones de naturaleza penal, en las que la conducta prohibida se encuentra descrita en términos demasiado amplios , vago o ambiguos que deben limitarse al momento de3 imponer de la sanción, atento a lo expuesto anteriormente. Otro debate que se dio giro en torno al concebir esta materia desde un punto vista limitado o amplio. En el primer sector se sostenía que solo debían rotularse en esta categoría aquellos comportamientos violatorios de la normas de regulación económica orientadas a la defensa de la competencia, el consumidor y el usuario y la lealtad comercial, así como la protección de facultades de verificación y fiscalización del organismo aduanero, por citar ejemplos, dado que finalmente lo que se pretendía proteger era el mercado. Nuestra Corte así lo reconoció en el precedente “S.A. Parafina del Plata”[11] sentencia de fecha 2-9-1968, que trataba sobre la naturaleza jurídica y el bien jurídico tutelado en las infracciones tributarias. Este concepto modificado por el Tribunal cimero en la causa “ Mickey S.A.[12i] donde entendió que se vulneraba la recaudación fiscal y como ella el orden socio económico y luego, en la causa “ Lapiduz”[13] donde se reiteró que la normas sobre infracciones tributarias formales y la sanción de clausura preventiva de la ley 11.683 protegían las facultades de verificación, fiscalización y verificación del fisco Sin embargo la otra postura, dice que la noción delitos económicos responde a todas aquellos injustos culpables de contendido económico confunden con los delitos patrimoniales clásicos, el problema que presentaba esta idea es que privilegiaba la protección de bienes jurídicos individuales sobre los supra individuales para los que fueron concebidas estas normas. En los 30 años se consolido la tesis restringida, a lo que los alemanes agregaron que se trata de un delito

---

[11] Fallos 271:297

[12] Fallos 314:1376

[13] Fallos 330:1427

cometido por una empresa o en beneficio de esta[14]. Adhieren a lo antedicho sobre la naturaleza jurídica y alcance del derecho penal económica, con especial remisión al Código Penal 1995 y las demás normativa vigente en ese país Martínez Bujan Perez[15] y Pérez del Valle[16]

La Acción

En primer lugar, debe analizarse la conducta de la conducta descripta por el inciso a), el verbo " realizar" significa hacer o llevar a cabo, luego los giros "transacciones" y "operaciones" se refieren a la celebración de negocios jurídicos que impliquen la compra, venta cesión, o más genéricamente toda transmisión de derechos sobre valores negociables o instrumentos financieros. Por ello entendemos que entre los vocablos operaciones y transacciones existe una relación de género a especie puesto que el que el segundo se reduce únicamente a la compra-venta y el segundo engloba a aquel como a los demás modos de adquisición , perdida o transmisión de derechos . Luego, éstas operaciones deben tener la finalidad de mantener hacer subir o bajar el precio de los diferentes instrumentos financieros existentes en el mercado que ese encuentran definidos por la ley 26.831 son básicamente dos *los Títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuota partes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los*

[14] Righi Esteban J. A. ob. cit 93/104

[15] Martínez -Buján Pérez, Carlos , Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General , 2da Edición Tirant Lo Blanch Valencia, 2007 págs. 71 /142

[16] Perez del Valle, Carlos, Introducción al Derecho Penal Económico, en Derecho Penal Económico, AAVV, Enrique Bacigalupo (Director), Hammurabi . José Luis De Palma Editor , págs. 29/50 Bs As, 2000 págs. 29/50

contratos de derivados en general que se registren en mercados autorizados, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y warrants, pagarés, letras de cambio y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados, y los Productos de inversión colectiva: Fondos comunes de inversión de la ley 24.083, a los fideicomisos financieros de la ley 24.441 y sus modificaciones y a todos los otros vehículos del mercado de capitales que soliciten autorización para emisiones de oferta pública a la Comisión Nacional de Valores[17]*. Asimismo la norma enumera distintos medios comisivos entre los que deben distinguirse los tienen directa incidencia sobre los terceros ajenos al negocio, es decir el público inversor y los que se vinculan con los oferente de los mercado de valores. Por caso, las noticias falsas se refieren a informaciones que no sean verdaderas o que oculten parcialmente la realidades de las operaciones , pudiendo encerrar en este concepto a las negociaciones fingidas la concertación reunión a acuerdo se vincula a la realización de acuerdos entre los titulares de los diferentes productos financieros sean estos emisores o tenedores de los títulos valores. Por la redacción de la norma parecería tratarse de una enumeración taxativa de los medios comisivos pues no hay una cláusula de cierre a la manera del art. 172 CP. Asimismo, la finalidad perseguida debe ser aparentar mayor liquidez o negociarla a un determinado precio.*

En cuanto a la primera, el termino liquidez debe entenderse con la posibilidad y capacidad económica de hacer frente a la obligaciones contraída. En este punto es importante resaltar que los títulos valores salen a mercado-son colocados en el mismo por un sujeto denominado “agente colocador” distinto o s el emisor- con el precio que determine el oferente y las condiciones de su negociación y como la rentabilidad que van a producir deben estar contenidas en un instrumento denominado prospecto que debe ser aprobado por la autoridad de aplicación y por la Bolsa de Comercio antes de su puesta en circulación. Es decir, que refiere a ocultar al real rendimiento económico del título en cuestión, o a la posibilidad de cumplir con el beneficio que fue comprometido al inversor.

[17]Texto conforme ley 26831, Artículo 2° párrafos y 3°

Con respecto a la figura del inciso b) el verbo típico ofrecer conforme la definición la Diccionario de la Real Academia Española significar Manifestar y poner patente algo para que todos lo vean o decir cuánto se pagara por algo, luego la referencia a la disimular u ocultar información verdadera o circular información falsa. Esta formulación parece castigar solo la oferta sin que ella pueda ser separable del resultado que pretende prevenirse con esta figura.

Tipo Objetivo

Sujeto Activo

A simple vista por la redacción de las figuras en cuestión parecería tratarse de delitos comunes, sin embargo realizando un estudio más profundo, no es posible que un sujeto cualquiera pueda realizar las conductas típicas, puesto que los actores del mercado de valores se encuentran taxativamente definidos por la ley 26.831, siendo un clasificación excluyente de cualquier otra persona física o jurídica. Es decir los operadores bursátiles y los oferentes deben cumplir con los requisitos establecidos por la normativa vigente y además contar con la autorización de la Comisión Nacional de Valores para operar. Por ello, dadas las particularidades de la actividad en cuyo seno tiene lugar la realización del tipo objetivo cabe afirmar que se trata de delitos especiales propios.

Sujeto Pasivo

En principio, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona que decida invertir en el mercado de valores, quien deberá canalizarla a través de un agente autorizado al efecto.

Elementos Normativos

Las figuras bajo estudio, deben considerarse leyes penales en blanco pues para completar el injusto se requiere recurrir a normas extra penales dado que los conceptos relativos a los títulos valores y los instrumentos financieros se encuentran descritos en el decreto N° 677/2001.

Tipo Subjetivo:

La redacción de los tipos en cuestión no ofrece dudas que se trata de delitos dolosos pues requiere que el sujeto activo conozca la conducta que está desplegando, obrando en tal sentido con conocimientos y voluntad en realización del tipo objetivo.

Asimismo, en el inciso primero encontramos un elemento subjetivo distinto del dolo que consiste en actuar con la finalidad de aparentar mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio. Entendemos que esta última parte de la norma referida configura una ultra finalidad típica por que el bien jurídico tutelado es puesto en peligro una vez que comienza la ejecución de los negocios tendentes a subir o bajar el precio de un activo o una cartera de productos financieros. Por ello el dolo debe abarcar solo la primera parte del inciso en cuestión, pues su parte final complementa el conocimiento y a voluntad de la realización típica. Esto significa que el resultado dañoso consiste en la puesta en peligro del orden económico y financiero mediante la manipulación de precio de los títulos valores.

Consumación y Tentativa.

Creemos que ambos tipos penales se agotan cuanto tiene lugar el verbo típico, pues su realización basta para poner en peligro el bien jurídico tutelado para tener por consumado el delito, Por ello no es posible la tentativa.

i

Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación.

Por **Rubén E. Figari**

Art. 80 Inc. 1ro.: "*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia".-

1.- Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima.

Art. 80: ***"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:***

1. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia".-

Este inciso ha sido reformulado, agregándole otros sujetos pasivos, en virtud de la ley 26.791 (B.O. 14/12/12) pues anteriormente su texto respondía al homicidio del "ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son".-

Bien se sabe que el Título I denominado "Delitos contra las personas" incluye seis capítulos: Delitos contra la vida, Lesiones, Homicidio y Lesiones en riña, Duelo, Abuso de Armas y Abandono de Persona. A decir verdad este título genéricamente hace referencia, en cuanto a su bien jurídico, a la integridad psicofísica del ser humano en todas sus manifestaciones, salvo las referidas al honor, sexualidad, estado civil y libertad que, como bien se sabe, se regulan en otros títulos.-

De hecho el Capitulo I "Delitos contra la vida" comienza con la disposición del art. 79 – homicidio – ya tratado y rige en la medida "que en este Código no se estableciere otra pena". Por ello se puede decir que el tipo penal del art. 79 se encuentra sumergido en un régimen de especialidad expresa. Por ello, al decir de Soler, no tiene más alcance que el de destacar ese carácter de figura genérica con relación a todas las otras formas de "matar a otro". No se trata de una relación subsidiaria, sino especifica y por ende el agregado resulta innecesario, pues, tácitamente está en todas las figuras genéricas de la Parte Especial, pero aclara, que la frase es justificada solamente en

atención a la gran variedad de figuras de homicidio, proporcionando una definición negativa: "es la muerte de un hombre sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio" quedando en consecuencia, la figura base como un residuo ([1]).-

Con anterioridad a la reforma se tipificaba las figuras de parricidio y del uxoricidio, es decir la muerte dolosa de un ascendiente, descendiente o cónyuge. De allí que el sujeto activo de la relación delictual se encontraba ligado con el ofendido por un vínculo de consanguinidad – ascendiente o descendiente (art. 352 C.C. ([2])) y uno matrimonial (arts. 159 y sgtes. C.C.). En el primer caso la agravante se fundamentaba en el menosprecio al vínculo de sangre que une a la víctima con el victimario ([3]) y en el segundo, el fundamento se fincaba en el desprecio a la calidad y condición de la persona y a los deberes recíprocos que tienen los esposos, los que devienen ínsitamente de la propia institución ([4]).-

Mediante la ley mencionada *ut-supra* se agregan otros sujetos activos como son: el excónyuge o a la persona con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.

De acuerdo a la ley 26.618 que implementa el matrimonio igualitario es irrelevante que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo.-

En el caso de divorcio vincular – art. 213 inc. 3º C.C. – antes de la ley 26.791 se consideraba que no se aplicaba la agravante, mas ahora sí. En el caso del matrimonio anulable, mientras no se haya declarado la nulidad, la muerte del cónyuge por otro será un homicidio calificado, pero después también porque entraría en el supuesto del "ex-cónyuge". Igual temperamento se aplica para el caso

1 SOLER Sebastián *"Derecho Penal Argentino"* t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 15.

2 Art. 352 C.C.: "En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, y el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etcétera".

3 FIGARI Rubén *"Homicidios"* 2º edición corregida y ampliada, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 91.

4 Idem (ob. cit. p. 94)

de matrimonio absolutamente nulo, lo mismo acontece con la separación personal que no disuelve el vínculo matrimonial (art. 201 C.C.).-

Todo esto último revierte situaciones que antes no eran contempladas por la ley penal porque ahora se agrega como sujeto pasivo no sólo al excónyuge, sino a aquél con quien se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. De allí que en esta especificación quedan comprendidos el homicidio de la concubina/o, de la novia/o siempre que haya habido una relación de pareja entre el agresor y la víctima, dejando de lado las relaciones pasajeras, transitorias o amistosas ([5]). Aunque se puede recurrir, para una mayor precisión a lo expuesto en el Título III "Uniones convivenciales" por el art. 509 ([6]) del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (media sanción), pero apartándose de lo que disponen el art. 515 inc. e) en contra la exigencia de mantener la convivencia por un período inferior a dos años, pues ello no se condice con lo consignado en el texto penal, como lo hacen Arocena -Cesano ([7]).-

Siguiendo con los sujetos del delito, se hace menester realizar una distinción de si se trata del homicidio de los ascendientes, descendientes, cónyuges o excónyuges, porque se estaría ante la presencia de un tipo especial de autor cualificado en el sentido de que el sujeto activo debe reunir esa condición que requiere la norma. Lo mismo que ocurre con el sujeto pasivo. En sentido adverso, si se tratara del homicidio de la pareja o conviviente el sujeto puede ser cualquier persona, es decir, indiferenciado, y son circunstancias objetivas que el legislador ha tenido en cuenta para determinar este plus punitivo.-

---

5 BUOMPADRE Jorge *"Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal",* Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, p. 142

6 Art. 509: "Las disposiciones de este título se aplicarán a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo"

7 AROCENA Gustavo - CESANO José *"El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis-dogmático-jurídico"* Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 73 nota 12.

Asevera Buompadre que en cualquiera de las dos hipótesis referidas, los sujetos son indiferentes en cuanto al sexo, debido a que pueden pertenecer al sexo masculino o al sexo femenino – hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer, mujer-hombre – lo que da la pauta que en este caso – que no es el referido en el inc. 11 del art. 80 – no son homicidios configurativos de delitos de género, sino conductas neutrales en las que pueden estar involucrados sujetos pertenecientes a cualquiera de los dos sexos ([8]).-

Este nuevo texto no ha estado exento de acervas críticas porque no se comprende bien cuál es el fundamento de aplicar semejante pena – prisión perpetua – por el homicidio de la ex pareja o novia con quien ya no se tiene una relación de convivencia, o incluso, que nunca se tuvo, con ese criterio habría que mencionar también al anciano, niño, o a una persona especialmente vulnerable con quien se puede estar compartiendo, o haber compartido una situación de convivencia. De hecho que el principio de proporcionalidad de las penas, en este caso, se da de traste con el art. 16 de la C.N..-

Resulta un tanto confuso interpretar exactamente que cualidades o características deben revestir dos personas que llevan una "relación de pareja", porque la palabra "cónyuge" o "excónyuge" son conceptos definidos en el ordenamiento civil actual, no pasa lo mismo con la expresión "relación de pareja" ([9]). Será necesario una convivencia previa?; una determinada cantidad de citas?; reconocimiento social como "novios"?; mantener relaciones sexuales?; relaciones monógamas?, en definitiva los interrogantes son variados y conducen a diversas interpretaciones que normalmente son peligrosas pues socavan el principio de la ley estricta en materia penal, no basta con un lenguaje coloquial. Salvo recurrir, como se dijo *ut-supra,* a una interpretación más o menos aproximada de la unión convivencial que trae el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 509.-

El novel texto prescinde del conocimiento asertivo acerca del vínculo entre sujeto activo y pasivo – "sabiendo que lo son" – aunque tal omisión no trae aparejado un cambio relevante de interpretación del tipo subjetivo. Hay que recordar que este conocimiento tenía relación con los vínculos previstos en la norma, no con el resultado de la acción – muerte de la víctima –, de lo que se

---

8 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 143)

9 MOLINA Magdalena - TROTTA Federico *"Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados"* LL 2013-A- 493

desprende que era admisible el dolo eventual. A guisa de ejemplo Laje Anaya afirma: “la ley no dice el que matare a su padre queriéndolo matar, sino el que matare a una persona conociendo que es su padre. La especificidad del parricidio radica en ese conocimiento previo que, de faltar, el delito no existe, y no en la posibilidad de atribuirlo culpablemente sólo al título de una especie de dolo” ([10]).-

Es suficiente el dolo eventual en relación con el resultado, pero no en lo referente a la condición de la víctima, sabiendo de la particular calidad de ésta y la mate por considerar seriamente como posible la realización de la muerte y se conforma con ella ([11]).-

El error sobre la existencia del vínculo excluye el tipo agravado, similar cosa ocurre con los casos de *aberratio ictus.* El *error in personam* no modifica el título de imputación por lo que concurre el tipo agravado y cambia la situación cuando se cree matar, por ejemplo, a la novia o el novio y se mata una persona anónima, distinta.-

2.- Circunstancias extraordinarias de atenuación.

El último párrafo del art. 80, de acuerdo a esta reforma, establece las circunstancias extraordinarias de atenuación, con la siguiente tónica: ***“Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.-***

Como regla general se reconoce que en los casos previstos en el inc. 1º, cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez está facultado a aplicar prisión o reclusión de

10 LAJE ANAYA Justo *“Homicidios calificados”* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 823. Respecto a la duda de si el sujeto puede incurrir en la figura agravada con dolo eventual. “La respuesta es que el elemento subjetivo cognoscitivo (“sabiendo que lo son”) no se identifica con el dolo. El autor debe saber de quiénes se trata; pero el querer directamente la muerte o asentir a su producción eventual resulta indistinto, y en ambos casos de imputación del hecho se hará a título de dolo. Se equivocan los penalistas que enseñan que no puede concurrir en el caso del dolo eventual… Pero lo eventual no es el conocimiento que sí debe concurrir, sino el eventual es el resultado de muerte. De manera que si el agente persigue un objetivo, que para él es de mayor valor que la eventual muerte del padre, y actúa, habrá parricidio con dolo eventual” (Cfme. TERRAGNI Marco *“Tratado de Derecho Penal”* t. II, Parte Especial I, Ed. La Ley, Buenos Aires 2012, p.178

11 AROCENA Gustavo -CESANO José (ob. cit. p. 75)

ocho a veinticinco años. Pero seguidamente, deniega esta facultad para "quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".-

En la normativa originaria del Código Penal el marco de movilidad que tenía el juzgador era sumamente estrecho pues sólo ante el caso tipificado lo ubicaba en la elección de dos posibilidades punitivas: prisión o reclusión perpetua – art. 80 inc. 1º – o prisión o reclusión de diez a veinticinco años cuando la muerte se perpetraba en estado de emoción violenta que las circunstancias hacían excusables – art. 82 –. En cambio con el agregado de la posibilidad de las circunstancias extraordinarias de atenuación, el campo de acción ofrecía perspectivas de mayor justicia, no obstante que se criticaba la adopción de la pena en cuestión, pues resulta una incongruencia la comparación entre la del art. 80, último párrafo – ocho a veinticinco años – y la del art. 82 – diez a veinticinco años.-

Sobre este tópico Carrera consideraba que emocionarse violentamente, que lo contemplado en este último (art. 82) es mucho más que matar mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, previstas en el restante. Dicho de otro modo, emocionarse violentamente es más leve lo primero que lo segundo pues, a pesar de la naturaleza subjetiva de ambos, la intensidad del estado emocional y la consecuencia es mayor que la atenuación resultante de la concurrencia de las circunstancias extraordinarias. Insólitamente, no obstante, la ley castiga más severamente – reclusión de diez a veinticinco años – el parricidio emocional que el extraordinario o excepcional – ocho a veinticinco años –. En la práctica, el defensor que se esforzara por demostrar, para beneficiarlo, que su asistido obró emocionado violentamente, en realidad de tener éxito, lo perjudicaba, en razón de que la pena aplicable disminuye en sentido inverso de lo que debería ser ([12]).-

El antecedente más aproximado al que luego se plasmaría en la ley *de facto* 17.567 se puede encontrar en el Proyecto Peco de 1941 que en la Sección Primera "Delitos contra los bienes jurídicos de los particulares", Título Primero "Delitos contra la vida y la Integridad corporal y de poner en peligro a las mismas", Capítulo I "Delitos contra la vida", art. 112 decía: "Se aplicará privación de libertad perpetua; o privación de libertad de diez a veinticinco años, si concurrieren circunstancias importantes de menor peligrosidad, al que matare a otro en alguno de los casos siguientes: …". Pero es recién con la ley *de facto* mencionada que se instaura en la parte final del art. 80 las circunstancias extraordinarias de atenuación, tal como se las conoce actualmente: "Cuando en el caso del inciso 1º

12 CARRERA Daniel *"Parricidio en estado emocional"*, nota a fallo. *"Semanario Judicial"* nº 746, 1, citado por FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 100/101)

de este artículo mediare en circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años" ([13]).-

En términos generales se ha considerado que el fundamento de un menor castigo se erige en el hecho de motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre, o la calidad de cónyuge que se origina fuera del propio individuo.-

Laje Anaya estima que la benignidad de la represión no puede encontrar su fundamento ni justificante en la propia calidad del ascendiente, descendiente o cónyuge, ni que en determinadas situaciones se haga necesario proteger con otra pena la vida de ciertos parientes, sino que debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre o la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra, como ya se ha dicho antes, su origen fuera del propio individuo ([14]). Es así que esta disminución puede tener su génesis a la conducta anterior del agredido cuando éste ha resquebrajado los vínculos familiares de manera que le haga desmerecer las consideraciones o respetos que se exigen para tales vínculos, o, en fin, pueden originarse a estímulos de mayor envergadura que el respeto familiar, siendo nobles y desinteresados, lo que determina la ausencia de consideraciones naturales entre quienes, unidos por vínculos de familia, se deben mayor estima, apoyo y protección ([15]).-

En la aplicación de este último párrafo debe descartarse la posibilidad de que la muerte haya sido causada en un estado de emoción violenta excusable por la circunstancias, en tal hipótesis se estaría ante el encuadramiento en el art. 81 inc. 1º. Cabe aclarar, por otra parte que la decisión judicial al respecto – circunstancias extraordinarias de atenuación – es facultativa y debe tener su sustento en elementos criminológicos positivos y negativos. Los primeros se resumen en que suceda una objetividad, un hecho, un acontecimiento que trasunte en sí mismo una entidad de tal naturaleza

13 La Exposición de Motivos explicaba que en el caso: "Determinamos una escala penal alternativa, igual a la del homicidio simple, para el caso de homicidio de parientes cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación (no comprendidas como emoción violenta), porque la práctica judicial ha puesto en evidencia, para este caso, la inconveniencia de una pena fija" (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel *"Digesto de Codificación Penal Argentina"* t. VII, Ed. AZ Editores, Madrid, 1996, p. 64

14 LAJE ANAYA Justo *"Homicidio calificado por el vínculo y circunstancias extraordinarias de atenuación"* JA 1968 -V -819

que se halle fuera del orden o regla natural – es decir extraordinario – y que esa objetividad sea captada subjetivamente por quien actúa y funciona como causa determinante del pariente o cónyuge y determine una disminución de la culpabilidad. En este caso puede provenir de la conducta propia de la víctima, del victimario o de ambas a la vez. Pueden ser provocaciones mediante ofensas, amenazas, e injurias ilícitas o graves. El elemento negativo es que no se trate de una emoción violenta excusable por las circunstancias ([16]).-

Hechas estas acotaciones sobre la génesis de las circunstancias extraordinarias de atenuación es dable adentrarse en la legislación en vigencia. Y es aquí donde la cuestión se complica con el agregado de que estas circunstancias no serán aplicables "a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima", es decir, en el contexto de violencia de género sobre una persona de sexo femenino, de manera tal que tales circunstancias de atenuación se pueden aplicar si la muerte se ocasionare en una persona de sexo masculino (sic). Está visto, que esta decisión legislativa que se ha concretado en el último párrafo del art. 80 es un instrumento dirigido a prevenir y castigar, no ya la violencia familiar en general, sino específicamente la violencia contra la mujer ([17]).-

Es decir, que en síntesis, la no aplicación de la sanción privilegiada es para el sujeto – hombre o mujer – que hubiere matado o tentado a hacerlo a su ascendiente, descendiente, cónyuge,

---

15 FISZER Fernando en BAIGUN David-ZAFFARONI Eugenio (dirección), TERRAGNI Marco (coordinación) *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"* 2º edición, t. 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 458/459. Pueden ser concomitantes con el hecho, por ejemplo sorprender a la esposa en adulterio, o preexistentes desarrollándose en corto o largo plazo, por ejemplo una larga enfermedad de la víctima a cuyos padecimientos el autor decide poner fin. Pueden originarse en las relaciones de la víctima con el agente, como es el caso de una larga vida de malos tratos de un cónyuge con el otro; puede proceder de la misma víctima, como es la situación del homicidio piadoso y hasta originarse en circunstancias relativamente extrañas a las relaciones puramente personales, tal la situación de la madre que decide poner fin a la vida de sus hijos ante un estado de miseria tal que le es muy difícil atender. (Cfme. CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal. Parte Especial"* 7º edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 16/17)

16 ABOSO Gustavo *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"* Ed. B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2012, p. 476.

17 AROCENA Gustavo - CESANO José (ob. cit. p. 99)

excónyuge o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia y anteriormente haya realizado actos de violencia contra la mujer víctima.-

Para ello se debe recurrir, dado que se trata de una norma en blanco, para completar el aspecto normativo a la ley 26.485 art. 4 que dice: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal". El presente artículo se complementa con el art. 5 ([18]).-

De hecho se presentan algunas dificultades ya advertidas por algunos publicistas al momento de la aplicación de esta circunstancia atenuadora de la pena.-

---

18 Art.5º: Tipos. "Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. 5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad".

La primera está dada por el hecho de que en el caso en estudio, la norma como se anticipa *ut - supra,* está diseñada exclusivamente para proteger a la mujer – biológica – víctima de los actos de violencia, lo cual genera un desequilibrio o inequidad porque de acuerdo a la ley 26.743 referida a la identidad de género, en particular al art. 2º ([19]) quedaría marginada la persona de sexo masculino que de acuerdo a dicha normativa se autopercibe de género femenino ([20]).-

Otra cuestión a dilucidar es el hecho de que dichos actos de violencia, anteriores al homicidio deben ser plurales, ya que confunde un poco la expresión "anteriormente" aludiendo al agente que hubiera realizado acciones violentas contra la mujer víctima.-

Me permito reproducir textualmente la objeción de Buompadre sobre este particular: "La fórmula no es afortunada y puede implicar un obstáculo semántico de insospechables consecuencias. ¿Cómo y qué debe entenderse por la voz "anteriormente"?, ¿un acto de agresión, dos, tres, cuatro [...] una orientación, una conducta dirigida hacia un fin determinado, una inclinación?, ¿se requiere que él o los actos de violencia anterior hayan sido declarados en una previa sentencia judicial o es suficiente con la prueba de la violencia precedente o del ambiente donde es probable que se presente, acreditada en el proceso con arreglo al principio de libertad probatoria?, ¿se trata de una apreciación automática de una conducta reiterativa o debe demostrarse la situación de persistencia contextual de la violencia por el hecho de la relación o convivencia entre el agresor y la víctima?, ¿debe tratarse de un comportamiento sistemático o también tiene relevancia dogmática o probatoria las conductas violentas esporádicas y sin solución de continuidad?, ¿la expresión "anteriormente" implica reincidencia, habitualidad, reiteración de actos en el tiempo y que ello sea declarado, como dijimos, en una previa sentencia judicial?" ([21]). Sinceramente endoso todos estos interrogantes pues son los que me surgieron en su momento y continúan en mi interior.-

19 Art. 2º: "Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

20 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 149)

21 Idem (ob. cit. ps. 149/150)

Lo que sí se puede vislumbrar es que esta expresión deja en manos del operador judicial un lugar importante de discrecionalidad que como no puede ser de otra manera, erosiona ostensiblemente la seguridad jurídica y el principio de máxima taxatividad inherente a la materia penal. Y la duda se da en ambas opciones, es decir, si algunos de esos actos plurales han sido objeto de juzgamiento anterior, se podría vulnerar el principio *ne bis in idem,* mientras que si queda pendiente la solución en manos del juzgador, se conculca el principio de presunción de inocencia. De modo que se está ante una situación sumamente delicada ([22]). Arocena - Cesano se inclinan por la alternativa de que estos hechos de violencia anterior pueden o no ser configurativos de delito y por lo tanto no demanda el previo dictado de una sentencia penal condenatoria en relación con tales circunstancias ([23]). Creo que es la armonización más "elegante" en este maltrecho entuerto.-

En definitiva, el jurista correntino se inclina por un perfil cuantitativo en cuanto a que los actos de violencia anteriores deben ser dos como mínimos, o más, pero no menos, a los que se le debe sumar el acto de agresión actual, el que siempre debe haber de concurrir ya que el tipo penal requiere como resultado la muerte de la víctima. "En conclusión y con independencia de los defectos técnicos apuntados, la atenuación de la pena no será de aplicación cuando la "mujer víctima" haya sido objeto de dos actos de violencia "anterior" por parte del agresor, en un contexto que puede o no ser de género, pero que han sido desplegados con anterioridad a su asesinato" ([24]).-

3.- Acotaciones.

En ocasión de que el Presidente de la Comisión destinada a elaborar un Anteproyecto de reforma integral al Código Penal, me solicitara – juntamente con otros investigadores, académicos y juristas – una colaboración para aportar ideas sobre la Parte Especial de dicho Anteproyecto,

22 Idem (ob. cit. p. 150)

23 AROCENA Gustavo - CESANO José (ob. cit. p. 105)

24 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 151)

personalmente consideré, en base a las críticas que recayeron sobre la redacción establecida por la ley 26.791 que lo más adecuado sería trasladar una serie de agravantes a la Parte General, más específicamente a la "agravación de la pena", sistema similar al adoptado por el Código Penal español e insinué la siguiente redacción: *Circunstancias agravantes:...) "Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su género, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad, o motivos baladíes o viles"*.-

Esto se aproximó bastante a la idea general que tenía Zaffaroni, de acuerdo al Anteproyecto elaborado originalmente ([25]), Título III "De las penas y medidas", Capítulo I "De las penas y su determinación" Art. 18º Fundamentos para la determinación de la pena: *"...3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por odio fundado en razones políticas, ideológicas, religiosas, o en prejuicios raciales, étnicos, de nacionalidad, género u orientación sexual..."*.-

Pero la redacción definitiva quedó de la siguiente manera: Título III "De las penas y medidas" Capítulo I "De las penas y su determinación", art. 18. Fundamentos para la determinación de la pena: *"... 3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad: ... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias...."* ([26]).-

Esto se concuerda con lo dispuesto en el art. 63.4.u) *"Discriminación" y "discriminatorio" comprende toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos*

---

25 Publicado en www.pensamientopenal.com.ar y en www.eldial.com.ar del 17/02/2014

26 En la Exposición de Motivos sobre este preciso punto e inciso, los proyectistas afirman: "…e) Cuando la motivación repugna a los sentimientos medios culturalmente compartidos, siendo insignificantes en relación al injusto, o bien abyectos en el usual sentido de la expresión, o sea, bajos, viles, la culpabilidad es mayor que en los casos en que no presentan esas características que la hacen repudiable. En igual sentido, la motivación dada por razones políticas, ideológicas o religiosas o por prejuicios, agrava la culpabilidad. Conforme al concepto de discriminación que se aporta en el artículo 63º, ésta siempre debe importar una jerarquización de seres humanos, es decir, que el motivo aquí es considerar al otro como un ser inferior y que, por tanto no merece el mismo respeto que un igual. Pocas dudas pueden caber acerca de que esta motivación debe aumentar el reproche de culpabilidad".

físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante” ([27]).-

Finalmente, mi propuesta para la novel redacción del art. 80 inc. 1º, en base a lo antes dicho fue: *“art… Se impondrá prisión de diez (10) a treinta (30) años al que matare: a) A su cónyuge, ex-cónyuge, conviviente estable o ex-conviviente, ascendiente o descendiente, adoptivo o adoptante, sabiendo que lo son… Cuando en el caso del apartado a) del inciso anterior, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años”*, bastante aledaño al pergeñado por Zaffaroni en su original Anteproyecto. Título II “Delitos contra las personas” Capítulo I “Delitos contra la vida” Art. 77º: Homicidios agravados. *“1. Se impondrá prisión de DIEZ (10) a TREINTA (30) años, al que matare: a) A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijo adoptivos, sabiendo que lo son…. 4. Cuando en el caso del apartado a) del inciso 1º, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá imponer una pena de prisión de OCHO (8) a VEINTICINCO (25) años”*.-

El texto definitivo del Anteproyecto no recibió modificación alguna ([28]).-

27 La Exposición de Motivos también habla de esta definición: “12) Varias veces en el texto de emplean los conceptos de discriminación y discriminatorio. A efectos de evitar reiteraciones y también omisiones que son susceptibles de dar lugar a equívocos interpretativos, se precisa el concepto en el apartado u). El elemento común en todos los casos es la jerarquización de seres humanos. La fórmula empleada es amplia y puede pensarse que la referencia final a cualquier otra semejante no respeta la estricta legalidad. Esta objeción no sería válida, pues el concepto queda definido por el requerimiento de la primera parte, o sea, que discriminación no es cualquier diferencia que se establezca entre seres humanos (como puede ser la idoneidad para la función pública, la edad para la jubilación, el título habilitante, etc.), sino sólo las distinciones que implican jerarquización, es decir, la pretensión de que hay seres humanos que, como tales, son superiores o inferiores. Por ello, el enunciado de la segunda parte de la fórmula no es taxativo, sino ejemplificativo, mencionando los criterios con que se puede discriminar y con los que se lo ha hecho hasta el presente, pero sin cerrar el listado, porque la historia enseña que jamás se puede agotar la imaginación maligna que constantemente filtra jerarquización humana por nuevos itinerarios, pero de cualquier manera marca el nivel de gravedad que debe tener cualquier otra discriminación no enunciada expresamente. Es conveniente hacer notar que no se hace referencia a raza ni racial, en razón de que eso supone la existencia de razas humanas, lo que es más que problemático. De allí que se prefiera emplear prejuicio racial”.

28 En la Exposición de Motivos se hace un relato bastante interesante sobre la cuestión: “1. En el caso de los homicidios agravados se prevé la pena mínima de quince años y la máxima de treinta. Se ha optado por evitar la pena única, sin alternativa, que en la ley vigente ha traído dificultades. En todos los casos es conveniente

que el juez disponga de la posibilidad de evaluar las circunstancias particulares, a fin de evitar obstáculos a la individualización de la pena en concreto, conforme a las pautas bastante precisas que se le indican en la Libro Primero. La falta de otra opción que la pena fija, como en el texto vigente, respondía en su tiempo a la abolición de la pena de muerte y, en la práctica ha dado lugar a dificultades, incluso consideradas legislativamente, lo que motivó la introducción de las "circunstancias extraordinarias", limitadas al caso del inciso 1º del artículo 80º vigente. La flexibilidad de la pena, que llega a tener la misma gravedad que la actual llamada "perpetua", permite que el juez valore cada caso y, según el grado de culpabilidad y las otras pautas, llegue a esa pena o a una inferior, nunca igual a la del homicidio simple o básico. Esta flexibilidad facilita también la ampliación de los supuestos de agravación que, algunos de los cuales, en caso de mantener la pena fija, se vuelven dudosos. Incluso sospechamos que la interpretación excesivamente restrictiva de algunas de las agravantes vigentes –o bien su desestimación en juicio por cuestiones de hecho y prueba – responden a evitar caer en la pena fija. a) La tradicional figura del parricidio, limitada al cónyuge, ascendientes y descendientes, se amplía considerablemente al incluir al conviviente estable o a quienes lo hayan sido. Es sabido que la convivencia es una forma de familia que se ha extendido en la realidad social. La razón tradicional de la agravación por parentesco – la confianza depositada en el pariente – es válida de hecho para el conviviente y también para quien lo haya sido, al que se le ha franqueado el acceso a toda su intimidad, sus modos de vida y sus costumbres. La previsión del conviviente, de paso, resuelve el problema que planteaban los matrimonios nulos. Si bien la calificación en este caso responde tradicionalmente a un mayor contenido injusto, precisamente por la confianza que se supone que el vínculo genera, no siempre tiene lugar esta circunstancia y pueden jugar también las motivaciones, o sea, cuestiones de culpabilidad, todo lo que el juez deberá tener en cuenta y que justifican sobradamente la flexibilización de la escala penal. (La convivencia puede no existir entre parientes, es posible que el vínculo afectivo se haya roto muchos años antes, que casi no se conozca al pariente, lo que disminuye el contenido injusto; al igual que el caso en que la motivación sea la respuesta a una agresión permanente hacia otro pariente – el hijo que da muerte al padre motivado por los malos tratos que le dispensa a la madre –; por el contrario, puede ser que la motivación eleve la culpabilidad y, por consiguiente la pena, cuando se actúe por mero despecho o afán de dominio sobre el otro, cosificándolo, lo que por desgracia no deja de ser frecuente en las relaciones intrafamiliares). En síntesis: si bien es una calificante que por lo general responde a un mayor contenido injusto, no es pura en este sentido, pues también entran en consideración cuestiones de culpabilidad (motivación). El grado de parentesco no interesa cuando se trata de ascendientes y descendientes, al igual que en el texto vigente. Se aclara la cuestión del parentesco por adopción, aunque en este caso se limita el grado a padre, madre e hijo. La supresión del requerimiento de conocimiento se resolvería conforme a las reglas del error de tipo. No obstante, para evitar posibles dificultades interpretativas y en homenaje a la tradición se aconseja mantenerla…4. Se reproduce el último párrafo del vigente artículo 80º, limitado al párrafo a) del inciso 1º, al igual que en el texto vigente. Dada la flexibilidad de la pena para todo el artículo, no es aconsejable su extensión a otros supuestos, pues el juez dispone en el texto proyectado de una amplio espacio de individualización".

Homicidio Agravado (Femicidio)

Por **Rubén E. Figari**

Art. 80*: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

…11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género".

Aspectos generales.

Este dispositivo se erige en la parte nuclear de la reforma originada por la ley 26.791, pues el andamiaje de argumentos legislativos se centró, justamente en esta cuestión, que luego derivó también en otras anexas como las del inc. 1º – con la parte final del art. 80, referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación – y al inc. 4º de la misma norma.-

Propiamente las palabras "femicidio" o "feminicidio" no tienen una definición concreta en el Diccionario de la Real Academia Española, pero dichos neologismos fueron creados y tienen su origen en los estudios realizados por movimientos feministas anglosajones que introdujeron dicho concepto en los años noventa, más concretamente creados a través de la traducción del vocablo inglés *femicide* y que aparece mencionado por primera vez en la literatura, en el libro "Femicide: The politics of woman killing", de Jill Radford y Diana Russell ([1]) y se define como "el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres".-

No siempre las traducciones textuales reflejan el verdadero sentido de las palabras, de allí que no existe una idea genérica respecto a cuál de los términos es el más apropiado para determinar desde ese punto de vista – el asesinato de mujeres en un contexto de género – el homicidio de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social y cultural, en la medida que las proyecta o favorece esta actitud en dirección a variadas formas de violencia.-

1 RADFORD Jill - RUSSELL Diana *"Femicide: The politics of woman killing",* Twayne Publishers, New York, 1992

En tal sentido Toledo Vásquez amplia el concepto originario y habla de la expresión "feminicidio" creado por la antropóloga mexicana Marcela Lagarde para diferenciarse de la expresión "femicidio" empleada por Russell-Radford, porque es más comprensivo para incluir un conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, secuestros y desapariciones de niñas y mujeres en un marco de colapso institucional – se trata de una fractura del estado de derecho que favorece la impunidad –, por lo tanto lo considera como un crimen de Estado y aclara que se puede dar tanto en condiciones de guerra como de paz. "La noción de femicidio incluye, entonces, tanto los crímenes cometidos dentro de la llamada esfera 'privada' como 'pública', tal como lo hace la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En su artículo 1°, la Convención señala que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"" ([2]).-

De hecho, cualquiera sea la amplitud del término que se utilice para determinar la muerte de una mujer en un contexto determinado, no resultaría aconsejable utilizar una noción demasiado laxa de la locución a los fines penales, de lo contrario se desvirtuaría su objetivo. En realidad, el femicidio contempla la muerte de una mujer en un contexto de género o sea que no se estaría en presencia de esta casuística ante un hecho de violencia de cualquier intensidad pero sólo efectuado contra una mujer. Buompadre lo define como la muerte de una mujer en un contexto de género, por su pertenencia al género femenino – porque es una mujer – ([3]).-

Según este autor, nuestro Código Penal de 1921 no hablaba de género y fue pensado en términos de neutralidad con respecto a los sexos, por lo tanto no existe una definición de violencia de género como tampoco un elemento o herramienta conceptual para dilucidar la cuestión y define esta primera etapa en la que se pone cierto énfasis en los casos de malos tratos en el ámbito familiar que se plasmaría en la ley 24.414 de la Protección contra la Violencia Familiar. Pero antes de ello existía la ley 23.179 que aprobaba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

---

2 TOLEDO VÁSQUEZ Patsilí ¿*Tipificar el Femicidio*? www.anuariocdh.uchile.cl

3 BUOMPADRE Jorge *"Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal",* Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, p. 128

contra la mujer ([4]), la cual adquiere jerarquía constitucional al estar incluida entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que menciona el art. 75 inc. 22 de la C.N..-

La segunda etapa se caracteriza por dar un paso importante en contra de la violencia sexista y lo da la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales que adopta la Convención de Belém do Pará ([5]).-

Y la tercera etapa ya se imbrica en el proceso legislativo que revela las recientes incorporaciones en el Código Penal de los delitos de género.-

El uso de la expresión "violencia de género", expresa Maqueda Abreu ([6]), es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Reflexiona que es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos

---

4 Art. 1º: "Apruébase la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, cuyo texto forma parte de la presente ley". Convención Parte I. Art. 1: "A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

5 Art. 1º: "Apruébase la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Pará", suscripta en Belem do Pará República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994, que consta de veinticinco (25) artículos, cuyo texto forma parte de la presente ley".

6 MAQUEDA ABREU María *"La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social"* en *"Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología"* (en línea). 2006, núm. 08-02, p. 02:1- www.criminet.ugr.es

celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995). Es una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género. "Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género".-

Refiere Laurenzo Copello que la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales. La posición subordinada de la mujer respecto del varón no proviene de las características de las relaciones familiares sino de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal. Bien es verdad que, en la práctica, es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia. Porque es allí donde adquieren más intensidad las relaciones entre hombre y mujer. Pero eso no significa que la familia sea la causa de la violencia de género. También las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar. De ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitadas de respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima, dando lugar a una respuesta desenfocada del Derecho penal no carente de peligrosos efectos prácticos. Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice de modo claro que se

trata de la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano ([7]).-

Luego de este panorama genérico sobre cómo se interpreta todo lo relacionado con la violencia de género desde el punto de vista doctrinal y de los Tratados Internacionales, es menester adentrarse en los postulados y gestación de la norma sujeta a comentario.-

Normalmente ciertos cambios abruptos en nuestra legislación penal se dan a la luz de los acontecimientos cotidianos que informan los medios periodísticos, pero que a su vez fomentan una especie de hornalla donde se fragua el ideario comunitario sobre determinados y resonantes casos que en definitiva apuran a los legisladores, tal como bomberos corriendo a apagar un incendio, para llevar adelante apresuradas y no tan bien depuradas pautas de respuestas a la sociedad – muestra de ello están las denominadas "leyes Blumberg" –.-

En el caso en tratamiento y sin perder de vista el altísimo interés en juego – violencia de género – las cuestiones se precipitan a raíz de ciertos hechos de resonancia, a guisa de ejemplo se menciona el caso del homicidio de "Carla Figueroa" ([8]) víctima de su esposo en un hecho ocurrido en 2011, que posteriormente deriva en la sanción de la ley 26.738 que deroga la figura de

---

7 LAURENZO COPELLO Patricia. *"La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal"* en *"Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología"* (en línea). 2005, núm. 07-08, p. 08:1-08:23. www. criminet.ugr.es

8 1 - "El pedido de avenimiento formulado por la víctima de una agresión sexual con fundamento en el matrimonio contraído con su agresor es procedente, en tanto se verifican los requisitos necesarios según el art. 132 del Cód. Penal, y la propuesta resulta el modo más equitativo de armonizar el conflicto existente, no solamente en resguardo del interés de la víctima, sino además del hijo que ambos tuvieron antes del ataque. (Del voto del Dr. Flores)

2 - El pedido de avenimiento formulado por la víctima de un ataque sexual con fundamento en el hecho de haber contraído matrimonio con su agresor resulta procedente, toda vez que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el art. 132 del Cód. Penal y se ha verificado que la unión celebrada deviene de un afecto real y de la voluntad de ambos de convivir con el hijo que tuvieron antes del agresión y no de una mera estrategia procesal para eludir un reproche penal. (Del voto del Dr. Jensen)

avenimiento prevista en el art. 132 del C.P. Tomaselli – marido de Carla – fue condenado a la pena de prisión perpetua como autor responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo ([9]). U otro caso emblemático como el de “Wanda Taddei” en el que Eduardo Vázquez – integrante del grupo musical “Callejeros” – fue condenado a prisión perpetua por ser considerado autor del delito de homicidio agravado por el vínculo ([10]). Posteriormente, se produjeron una seguidilla de homicidios de mujeres por quemaduras, con lo cual se precipitaron varias iniciativas legislativas para sancionar estos casos de femicidio, hasta concretarse la formulación de la actual legislación prevista en la ley 26.761.-

Pero es del caso preguntarse, si no se ha propugnado y concretado nada más que un derecho penal simbólico, puesto que el femicidio – tal como se ha conceptuado – es la culminación o el punto final de una sucesión de ataques de diversa índole a la integridad de la mujer. El femicidio se concreta con el homicidio en un ámbito de violencia de género, es decir, que anteriormente se han producido diversos episodios violentos. Entonces, la sanción máxima punitiva se aplica cuando ya se está en el punto más álgido del contexto – el homicidio o su tentativa –, lo cual, a simple vista parece correcto y justo. Mas aquí la pena ha cumplido su función específica?.-

Varias de las exposiciones de los legisladores que debatieron la incorporación de este delito en el Código Penal, en términos generales se extendieron en la consideración del poder disuasivo de la pena, más propiamente en un factor de prevención y en caso de que ello no se lograra, que cumpla la función de castigar, redimir y resocializar. Se coincidió en que el Derecho Penal no iba a modificar

---

3 - El pedido de avenimiento formulado por la víctima de un ataque sexual, con fundamento en el hecho de haber contraído matrimonio con su agresor es improcedente, si el consentimiento brindado por aquélla no es formulado con libertad, toda vez que su difícil historia de vida —su madre fue asesinada por su padre cuando era una niña y tuvo un hijo con el imputado a temprana edad— la colocan en una evidente situación de vulnerabilidad e inferioridad respecto de su victimario”. (Del voto en disidencia del Dr. Balaguer) Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, 02/12/2011 - T., M. J. (F., C. - querellante) s/impugnan rechazo de avenimiento - LLPatagonia 2011, 695

9 Tribunal de Juicio Gral. Pico, La Pampa, 27/06/12 - “Ministerio Público Fiscal c/ Tomaselli, Marcelo Javier s/ Homicidio Agravado por el Vínculo”, Legajo Nº 3535/2 - www.pensamientopenal.com.ar

10 C. Fed. Casación Penal, Sala IV, 17/09/2013 - Vásquez, Eduardo Arturo s/ recurso de casación - elDial.com - AA81D8

la realidad pero sí se podía enviar un mensaje al respecto de imponer una sanción ejemplarizadora para estos casos de extrema violencia.-

Esto lleva inexorablemente al largo debate que se centralizó a través del tiempo en las funciones que cumple la pena en el Derecho Penal.-

No resulta novedoso decir que la pena constituye desde los principios de la cultura humana uno de los más importantes medios del poder estatal y la cuestión referida a su justificación, su naturaleza y su significado continúa siendo una de las problemáticas más debatidas del derecho. Esto es trascendente porque las respuestas que se pueden encontrar dejan de ser una cuestión solamente referida al capítulo de la pena para pasar a ser una teoría completa del derecho penal. Por ello, se han sostenido y sostienen diferentes teorías, como por ejemplo, teorías positivas que cimentan la idea de que el castigo es un bien para la sociedad y para quien sufre la pena. De esta manera se dice que la pena tiene una función de prevención general, es decir, que se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan o de prevención especial, es decir, señalada para quien delinquió y no se reitere en el acto, de manera que quien sostenga la función de prevención general se estará dirigiendo a la gravedad del hecho cometido, mientras que quien se centre en la prevención especial se atiene al riesgo de reincidencia.-

Según Zaffaroni no hay ninguna teoría positiva de la pena que sea verdadera, vale decir, que todas las teorías positivas de la pena son falsas. “Es posible que alguna vez una pena cumpla alguna de las funciones que le asigna una de las teorías positivas, pero eso no autoriza la generalización a todo el poder punitivo. Así, el efecto preventivo de una multa que pueda ser que no estacionemos el auto en un lugar prohibido, no puede identificarse con el hecho de abstenernos a tomar un arma y matar para robar un auto” ([11]).-

Las teorías positivas de la pena desde su sistematización realizada por Antón Bauer en 1830 hasta nuestros días son más o menos las mismas, porque todas postulan que cumplen una función de defensa de la sociedad. La diferencia se reduce a que unas prueban esa función en forma deductiva, o sea, deduciendo su necesidad de una idea previa del estado y la sociedad, estas vendrían a ser las llamadas teorías absolutas, tal como las vertidas por Kant y Hegel y se afirman en un imperativo

11 ZAFFARONI Eugenio - ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro *“Manual de Derecho Penal. Parte General”* 2º edición, ed. Ediar, Buenos Aires, 2010, ps. 33/34.

categórico que se patentiza en la pena talional. Las teorías relativas son las que asignan a la pena funciones prácticas y verificables y de allí se desprende dos grandes grupos de teorías legitimantes: a) las que sostiene que las penas actúan sobre los que no han delinquido – teorías de la prevención general – que se dividen a su vez en teorías negativas – disuasorias, provocan miedo – y positivas – reforzadoras, generan confianza –; b) las que afirman que actúan sobre los que han delinquido, llamadas teorías de la prevención especial, subdivididas en negativas – neutralizantes – y positivas – que buscan una socialización – ([12]).-

Un concepto negativo de pena podría conformarse como una coerción que impone una privación de derechos o un dolor que no repara, ni constituye y tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. "El concepto así anunciado se *obtiene por exclusión:* la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos (civil o administrativo). Este *concepto de pena es negativo,* tanto porque no le asigna ninguna función positiva a la pena como por ser obtenido por exclusión (es la coerción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Como vimos, es *agnóstico* en cuanto a su función, pues parte de su desconocimiento. Mediante esta teoría negativa y agnóstica de la pena es posible incorporar al horizonte del derecho penal (hacer materia del mismo) las leyes penales latentes y eventuales, al tiempo que *desautoriza los elementos discursivos negativos del derecho penal dominante"* ([13]).-

En definitiva, se podría afirmar que el aspecto preventivo de la pena está en tela de juicio, pues no ha demostrado que funcione con la efectividad que se calcula a la hora de instituir las escalas penales, no ha funcionado como elemento disuasorio y se ha demostrado que en la medida en que se aumentan desmedidamente las penas el efecto no es el buscado. Pero necesariamente la pena debe existir y debe cumplir otro tipo de función tal como lo establece el art. 5º inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la C.N. – donde dice que: "… Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados…". Esto lo resume todo.-

---

12 Idem (ob. cit. p. 38)

13 Idem (ob. cit. p. 56)

Trasladados estos conceptos al caso en cuestión, es evidente que en el supuesto de femicidio el objetivo que imperaba en los legisladores, respecto al fin preventivo y disuasivo de la sanción no ha sido el esperado, pues si se toma en cuenta las investigaciones realizadas por el Observatorio de Femicidios en Argentina "Adriana Maricel Zambrano" de la Asociación Civil "La Casa del Encuentro" en el año 2008 se registraron 208 femicidios, en el 2009, 231, en el 2010, 260, en el 2011, 282, en el 2012, 255 y en el 2013 – ya con la vigencia de la ley 26.761 –, 209. Lo cual da la pauta que a pesar de la sanción de dicha ley el efecto preventivo o disuasivo de la norma penal no ha tenido mayor incidencia en la comisión de dichos delitos.-

Por ello Ces Costa ([14]) sugiere la aplicación de medidas preventivas, que no se originan obviamente en la ley de fondo, – que solamente son aplicables al hecho tentado o consumado – a las propuestas en materia procesal por la ley 26.485, art. 26 ([15]) aunque no esté bien definido quien puede ser el juez competente, no obstante lo cual, la norma indica que las medidas pertinentes pueden ser tomadas por un juez incompetente, según el art. 22 ([16]).-

Consideraciones sobre el tipo penal.

Ya en el análisis concreto del nuevo inc. 11 del art. 80 del C.P. se puede decir que el bien jurídico protegido es el genérico para los "Delitos contra la vida", es decir, la vida misma en su sentido físico-biológico de la mujer víctima del delito, no tratándose de un bien jurídico distinto por tal circunstancia. Se está ante un tipo de homicidio especialmente agravado por la condición del sujeto pasivo y por su comisión en el contexto ambiental determinado ([17]).-

"De hecho se trata de un homicidio como cualquier otro con la diferencia de que el sujeto pasivo es una mujer en un determinado contexto de género – fundamento de mayor penalidad – y el sujeto activo necesariamente debe ser un hombre. "De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél, en el que existe una situación y sometimiento de la mujer hacia el varón, *basada en una relación desigual de poder"* ([18]).-

Destaca el jurista en cita que esta formulación penal tiene dos aspectos que deben resaltarse, por un lado, se está ante una "hiperprotección" de la mujer con exclusión del varón, el marco de una

14 CES COSTA Juan *"Actualidad de la tutela penal de la mujer"* en *"LL Actualidad"* 19/02/2014.

relación heterosexual, cosa que podría generar algún planteo de inconstitucionalidad porque se vulnera el principio de igualdad receptado por el art. 16 de la C.N., no solamente se advierte un diferente tratamiento punitivo en torno de los sujetos del delito – pena más grave cuando el sujeto pasivo es la mujer y menos grave cuando es el hombre y resulta víctima de la agresión de una mujer –, sino también en el homicidio perpetrado en el ámbito de una relación homosexual – hombre-hombre, mujer-mujer –; y por otra parte se advierte un marco punitivo de severidad extrema para aquellos casos de violencia que involucran una cuestión de género y no así en circunstancias en que no existe de por medio tal contexto ([19]).-

---

15 Art. 26: Medidas preventivas urgentes. "a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5º y 6º de la presente ley: a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer; a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos; a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión; a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres; a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer; a.7. Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer. b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes medidas preventivas urgentes: b.1. Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente; b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma; b.3. Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor; b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales; b.5. En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia; b.6. En caso que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad. b.7. Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas; b.8. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/as; b.9. Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno; b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en el artículo 1º establece que debe entenderse por violencia contra la mujer "cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".-

Pero el concepto de "violencia de género" – elemento normativo del tipo – que es extralegal hay que buscarlo y remitirse a la mentada ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales que en su art. 4º define la violencia contra la mujer en los siguientes términos: *"Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón"* y el decreto 1011/2010 en su art. 4º define la "relación desigual de poder" consignando: *"Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en condiciones estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el*

16 Art. 22: "Competencia. Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate. Aún en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente".

17 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 154)

18 Idem (ob. cit. ps. 154/155)

19 Idem (ob. cit. p. 156)

reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales".-

El art. 4º – que debe interpretárselo juntamente con el art. 5º – en realidad habla de "Violencia contra la mujer" pero también, para lograr una interpretación adecuada de la norma del inc. 11º debe asociárselo con el concepto "Violencia de género".-

Señalan Arocena - Cesano que el concepto de "violencia de género" es una noción que, a diferencia de la idea de "odio de género" no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción de roles que derivan de las estructuras sociales de naturaleza patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha consagrado desigualdades entre una "identidad masculina" y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a "lo femenino" ([20]).-

Si bien el texto penal no exige que la muerte de una mujer causada por un hombre, mediando violencia de género, tenga lugar en ámbitos íntimos o intervinientes conocidos, de acuerdo a los estudios de campo realizados, estadísticamente son protagonizados mayoritariamente por esposos, novios, concubinos o amantes, más que por otras personas y se producen en situaciones de pareja que dimanan de ciertas características que podrían denominarse constantes, cuales son: el control de la mujer, como sinónimo de posesión y con la idea de dominarla; los celos patológicos; el aislamiento de la víctima de su familia y amigos para perpetuar la violencia; el acoso, que embota las capacidades críticas y el juicio de la ofendida; la denigración y las humillaciones y las indiferencias ante sus demandas afectivas, entre otras ([21]).-

Otro factor, no menos desdeñable y por cierto de suma importancia, es el relativo a la cuestión probatoria, de las situaciones antes señaladas. En efecto, se hace necesario demostrar que el óbito de la víctima mujer ha ocurrido en un contexto de género y parecería que demostrar tal circunstancia le competería al agresor, con lo que podría afectarse el principio de inocencia, pero para evitar esto hay que apelar al principio de libertad probatoria, debido a que las contingencias

---

20 AROCENA Gustavo - CESANO José *"El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis-dogmático-jurídico"* Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 89

21 YAVARONE M. - GATESCO C. - BUSAMIA C. "*Feminicidio: último eslabón de la violencia"* en AA. VV. *"Compromiso social frente a las problemáticas actuales. Compilado de los trabajos presentados en el XIII Congreso Argentino de Psicología. Córdoba, Argentina, 2009",* Ed. Lerner, Córdoba, 2010, ps. 637/638 citado por idem (ob. cit. p. 87)

anteriores, concurrentes o posteriores al hecho están teñidas de la circunstancia de que se hablaba que generalmente se dan por comportamientos agresivos, múltiples, de cierta duración que a veces van in crescendo y que constituye lo que justamente es el contexto de violencia.-

Se trata de un delito doloso de dolo directo y no requiere ningún elemento subjetivo especial distinto del dolo. Otros admiten el dolo eventual en relación al resultado mortal, pero no en lo atinente a la condición femenina de la víctima ([22]).-

Acotaciones.

La agravante que se anota no se encuentra en el nuevo texto del Anteproyecto de reforma integral del Código Penal, tal como lo establece la ley 26.761.-

La razón se infiere por la redacción final del Título III "De las penas y medidas" Capítulo I "De las penas y su determinación", art. 18. Fundamentos para la determinación de la pena: *"... 3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad: ... e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias…."* ([23]). Disposición que se debe complementar con el art. 63.4.u) *"Discriminación" y "discriminatorio" comprende toda distinción, exclusión, restricción o cualquier otra conducta que implique jerarquización de seres humanos basada en religión, cosmovisión, nacionalidad, género, orientación e identidad sexual, condición social, filiación o ideología política, características étnicas, rasgos físicos, padecimientos físicos o psíquicos, discapacidad, prejuicio racial o cualquier otro semejante"* ([24]).-

---

22 AROCENA Gustavo - CESANO José (ob. cit. p. 94)

23 En la Exposición de Motivos sobre este preciso punto e inciso, los proyectistas afirman: "…e) Cuando la motivación repugna a los sentimientos medios culturalmente compartidos, siendo insignificantes en relación al injusto, o bien abyectos en el usual sentido de la expresión, o sea, bajos, viles, la culpabilidad es mayor que en los casos en que no presentan esas características que la hacen repudiable. En igual sentido, la motivación dada por razones políticas, ideológicas o religiosas o por prejuicios, agrava la culpabilidad. Conforme al concepto de discriminación que se aporta en el artículo 63º, ésta siempre debe importar una jerarquización de seres humanos, es decir, que el motivo aquí es considerar al otro como un ser inferior y que, por tanto no merece el mismo respeto que un igual. Pocas dudas pueden caber acerca de que esta motivación debe aumentar el reproche de culpabilidad".

24 La Exposición de Motivos también habla de esta definición: "12) Varias veces en el texto de emplean los conceptos de discriminación y discriminatorio. A efectos de evitar reiteraciones y también omisiones que son susceptibles de dar lugar a equívocos interpretativos, se precisa el concepto en el apartado u). El elemento común en todos los casos es la jerarquización de seres humanos. La fórmula empleada es amplia y puede pensarse que la referencia final a cualquier otra semejante no respeta la estricta legalidad. Esta objeción no sería válida, pues el concepto queda definido por el requerimiento de la primera parte, o sea, que discriminación no es cualquier diferencia que se establezca entre seres humanos (como puede ser la idoneidad para la función pública, la edad para la jubilación, el título habilitante, etc.), sino sólo las distinciones que implican jerarquización, es decir, la pretensión de que hay seres humanos que, como tales, son superiores o inferiores. Por ello, el enunciado de la segunda parte de la fórmula no es taxativo, sino ejemplificativo, mencionando los criterios con que se puede discriminar y con los que se lo ha hecho hasta el presente, pero sin cerrar el listado, porque la historia enseña que jamás se puede agotar la imaginación maligna que constantemente filtra jerarquización humana por nuevos itinerarios, pero de cualquier manera marca el nivel de gravedad que debe tener cualquier otra discriminación no enunciada expresamente. Es conveniente hacer notar que no se hace referencia a raza ni racial, en razón de que eso supone la existencia de razas humanas, lo que es más que problemático. De allí que se prefiera emplear prejuicio racial".

Secuestro Coactivo

Por **Néstor Jesús Conti** [1]

Art. 142 bis: ***"Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.***

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. ***Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.***
2. ***Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.***
3. ***Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.***
4. ***Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.***
5. ***Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.***
6. ***Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.***

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad."

[1] Docente regular por concurso en la Asignatura Derecho Penal. Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La figura legal prevista por el artículo 142 bis, fue agregada al Código Penal por la Ley 20.642, conocida como ley Juan Domingo Perón[2], e incorporada definitivamente al ordenamiento positivo por la Ley 23.077; ello, sin que se efectuara reforma alguna al agregado original.

Dicho texto legal se mantuvo vigente hasta la sanción de la Ley 25.742, que da origen a la figura que rige en la actualidad.

Ahora, dado que el tipo penal anteriormente previsto por el artículo 142 bis calificaba -en el último párrafo- el monto de la pena del delito base en caso de que ocurriese la muerte de la persona secuestrada (supuesto para el que se preveía la pena absoluta), había llamado la atención de gran parte de la doctrina el hecho de que esta norma estableciera la misma pena para un homicidio no necesariamente causado con dolo que para el homicidio agravado (CP., 80 -subjetivamente compuesto por el dolo del autor, con más un plus adicional que acompaña al mismo-), circunstancia que explicaba la razón del arduo debate parlamentario al momento de tratarse la aprobación de esta ley en el seno del Congreso Nacional.

Dicha discusión tuvo por motivo, precisamente, la gravedad de la consecuencia prevista (la pena más grave de nuestro Código Penal = prisión perpetua[3]) para un hecho cuyo resultado *no necesariamente hubo de haber sido previsto por el autor*, es decir, para un resultado producido sin dolo, *por imprudencia*.

Concretamente, la discusión parlamentaria se centró en la notoria diferencia que existía entre la pena prevista por el artículo 142 bis del elenco sustancial -supuesto que contemplaba una muerte que no necesitaba ser dolosa- (a su vez, idéntica a la del artículo 80 -muerte dolosa-) y la asignada al supuesto del numeral 79 -muerte dolosa- del mismo cuerpo legal.

No obstante haberse planteado -y cuestionado- la *irrazonable desproporcionalidad de la reacción penal* prevista para el caso (posición que en minoría encabezaba el por entonces Senador Fernando de la Rúa, quien refiriera durante la sesión parlamentaria que: *"Hoy se pone en discusión en el mundo civilizado la pena privativa perpetua de libertad, contenida ya en nuestro Código Penal pero que este proyecto hace extensiva a otra figura en función del resultado que incluso aparece*

[2] Sancionada el 28 de enero de 1.974, cf. FONTÁN BALESTRA, Carlos – MILLÁN, Alberto, *La reforma Penal. Ley 21.338*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 115.
[3] Dejamos de lado la referencia a la pena de reclusión por considerar a la misma inaplicable a partir de principios constitucionales, lo que conlleva la imposibilidad de su tratamiento en este ensayo.

previsto sin conexión con la intención de causarlo"[4]), el proyecto fue aprobado e incorporado conforme al texto que se encontraba vigente hasta la sanción de esta nueva ley que ocupa, en este caso, nuestro estudio.

DENOMINACIÓN DE LA FIGURA LEGAL.

Al leer y analizar la estructura típica de la figura penal motivo de estudio nos encontramos con que el legislador ha castigado la privación ilegítima de la libertad (mediante una modalidad distinta a la del tipo básico del numeral 141 del elenco fondal) como "medio" tendiente a la obtención de un fin que trasciende a ella, fusionando en un mismo tipo legal dos conductas que dan origen a un tipo penal complejo (secuestro), puesto que, individualmente, cada conducta constituye delito en sí misma[5]: el secuestro más la coacción, donde deben verificarse -siempre- tanto la conexión objetiva como la subjetiva entre el delito medio y el delito fin.

De acuerdo al diccionario de la Lengua Española[6], debe entenderse por *secuestrar*, de acuerdo a la primera acepción del vocablo, *"raptar a una persona exigiendo algo por su rescate"*.

En el mismo sentido, *secuestro* no es otra cosa que la acción y efecto de secuestrar, o sea, raptar o aprehender a una persona en forma ilegítima para pretender una exigencia a cambio de la liberación de la misma.

Por dicho motivo, llamaremos en adelante *Secuestro Coactivo*[7] a la figura contenida por el artículo 142 bis; ello, debido a que el Legislador ha acudido, al momento de tipificar las conductas prohibidas a la misma estructura empleada por el numeral 149 bis 2º párrafo del Código Penal; de lo que se deduce -ante la comparación- la sola diferencia de los medios comisivos a los que acude el autor, en virtud de lo cual podemos afirmar que la diferencia que existe entre el secuestro coactivo y la coacción simple está dada en que en ésta última la amenaza recae sobre un mal futuro, mientras en el secuestro, el mal -que es la privación de la libertad-, ya se ha producido, ejerciéndose la coacción

[4] Cf. "Cámara de Senadores de la Nación", diciembre de 1973, p. 2.926, citado por SANCINETTI, Marcelo en *Análisis Crítico del Caso Cabezas, T. I, "La Instrucción"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 324, nota 836.
[5] BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1965, p. 549.
[6] Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994, p. 599.
[7] Idéntica denominación otorgan a la figura analizada BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 218. También ha sido denominada la figura legal comentada como *Compelimiento de la víctima o tercero* por CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7° edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 315.

con el ilícito sustento de ella[8], es decir, en el secuestro la afectación de la libertad ambulatoria opera como medio coactivo.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que *"…quien intimida o ejerce violencia contra la víctima con el único fin de obligarla a no salir de determinado ámbito o a trasladarse de un lugar a otro no comete el delito de secuestro del artículo 142 bis del Código Penal pues para éste no basta con que se prive de la libertad sino que se requiere además que esa privación constituya -en sí misma- un medio coactivo para que el damnificado o un tercero decidan hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad…"*[9].

BIEN JURÍDICO CONTENIDO POR LA NORMA.

Ya dijimos que las conductas constitutivas del delito de secuestro coactivo (CP., 142 bis) atacan al bien jurídico libertad, en dos de sus tres aspectos; por cuanto la realización de las conductas descriptas a nivel típico por parte del sujeto activo atacan -sucesivamente- a la libertad física, por un lado, y a la libertad psíquica o de autodeterminación, por el otro; correspondan a no a la misma persona.

De acuerdo con ello, se impone la exposición y el análisis del bien jurídico mencionado (en cada uno de sus aspectos) para, luego sí, pasar al estudio pormenorizado de la figura delictiva bajo tratamiento.

A los fines de poder analizar la "libertad" como bien jurídico, debe tenerse en cuenta que el Estado consagra como tales a todas aquellas relaciones sociales concretas, a partir de un planteamiento programático; por ello, la ley penal no puede omitir, entre los bienes que ella tutela, el bien de la libertad, el que es enunciado ya desde el Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los objetivos que se propone alcanzar (*"…asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino"*).

Reconocida doctrina clásica nacional afirmaba que la Carta Magna nacional consagra en sus artículos derechos para todos sus habitantes, y que todo habitante tenga derechos implica la libertad de poder ejercerlos; por lo tanto, como casi todos los derechos reconocidos por la ley suprema son bienes jurídicos -o aspectos de ellos- y, atento a que sus más graves lesiones se tutelan mediante

[8] DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial,* T II-A, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2001, p. 148; quien cita a Fontán Balestra y Millán al respecto, ob. cit., 116.
[9] TCPBA., S. I, causa nº 8.887, sent. del 28-12-2004.

figuras penales, podría sostenerse que casi todos los delitos vulneran -de alguna forma- la libertad individual[10].

Esto resulta perfectamente explicable a partir de que la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien jurídico o derecho, presenta la particular situación -además de ser un bien jurídico en sí misma- de ser un presupuesto necesario de toda norma jurídica, toda vez que no podría concebirse derecho alguno sino con referencia a un sujeto en el cual el derecho reconoce, al mismo tiempo, la libertad de ejercicio[11].

En este sentido, el concepto de libertad se deduce de los llamados derechos fundamentales o derechos del hombre, por cuanto la Constitución Nacional contiene -dentro de su filosofía- la idea de que el hombre es un sujeto de derecho con capacidad de autodeterminación, esto es, con autonomía de voluntad que debe ser respetada en todos sus aspectos, lo que lleva a que en sí mismo contenga la posibilidad de ejercer su libertad sin trabas, salvo las limitaciones indispensables en sus relaciones con terceros[12].

La noción del vocablo *"libertad"* a la que se viene haciendo referencia encuentra su fundamento en lo normado por los artículos 18, 19 y 33 de la ley fundamental. No obstante ello, a partir del año 1.994, también han adquirido particular relevancia al respecto los pactos internacionales incorporados a ella (CN., 75 inciso 22°)[13].

En síntesis, la libertad a la que se viene aludiendo -la que contempla nuestro Código Penal- es la *libertad civil*, la que puede ser definida como *el derecho que tiene todo ser humano a desarrollar sus actividades, en su propio beneficio o en el de otros, y sin más limitaciones que las que resulten indispensables para mantener el orden social y salvaguardar el derecho idéntico que compete a todos los demás*[14].

Este y no otro es el sentido de la libertad consagrada por el numeral 19 de la Carta Magna nacional, el cual reza: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la*

[10] MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 10.
[11] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 2.
[12] DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 110/1.
[13] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, I; Declaración Universal de Derechos Humanos, 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 7 inciso 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 9; entre otros.
[14] MOLINARIO, Alfredo, ob. cit., p. 12.

autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe".

Puede afirmarse, entonces, que la libertad civil comprende la capacidad de obrar del hombre en su triple condición de ser físico, ser psíquico y ser social, toda vez que los delitos que se refieren al ser físico son aquellos vinculados a su libertad de movimientos y de trasladarse; los que se refieren al ser psíquico son principalmente las amenazas, las coacciones, la violación de domicilio y de secretos y, finalmente, los directamente vinculados con el carácter social del ser, son los delitos contra la libertad de trabajo y la de reunión.

Tal como ya fuera referido *supra*, sólo los aspectos físico y psíquico del concepto de libertad que hemos visto se ven involucrados en los tipos penales a cuyo estudio nos dedicamos.

Con el único objeto de lograr mayor claridad con relación a lo hasta aquí expuesto, podemos intentar graficar esquemáticamente lo señalado con relación a la libertad civil, como bien jurídico, de la siguiente manera:

Libertad Civil }
* Libertad física
* Libertad psíquica
* Libertad social

A su vez, los tres aspectos que integran ese amplio concepto de libertad civil podrían graficarse de la siguiente manera:

El **Ser Físico** se consagra en los }
* Delitos contra la libertad de movimiento
* Delitos vinculados a la libertad de traslado

El **Ser Psíquico** se consagra en los }
* Delito de Amenazas
* Delito de Coacciones
* Delito de Violación de domicilio
* Delito de Violación de Secretos

* Delitos contra la Libertad de Trabajo

El **Ser Social** se consagra

en los } * Delitos contra la Libertad de Reunión

Prácticamente todos los delitos atentan, de alguna u otra manera, contra el bien jurídico libertad; lo que ocurre es que cuando una conducta criminal pone en riesgo o lesiona a otro bien jurídico (además de la libertad), la técnica legislativa acude al principio de especialidad (a partir de un planteo programático) para castigar dicha conducta en el capítulo correspondiente a ese otro bien jurídico[15], tal como ocurre -por ejemplo- en el caso del delito de secuestro extorsivo, objeto de nuestro estudio.

Lo que debe quedar claro, a los fines de la empresa emprendida, es el alcance que debe dársele a la libertad como bien jurídico a la hora de analizar aquellas conductas que -como medio- la ponga en riesgo (libertad física) o, directamente, la lesione; cuando el fin sea, o bien un ataque a otro aspecto de esa libertad (psíquica), o bien, un atentado contra la propiedad.

De todo ello se colige, sin mucha dificultad, que el delito de secuestro coactivo lesiona a la libertad (como bien jurídico) en dos de sus tres aspectos: el físico (cuando se restringe la libertad de una persona *para*) y el psíquico (cuando se le exige a esa misma persona u otra que haga o deje de hacer algo contra su voluntad para que el rehén recupere su libertad ambulatoria.

CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL.

Antes de ingresar al estudio pormenorizado del delito motivo de análisis, corresponde determinar la forma en que debe clasificarse la figura estudiada a los fines de lograr un máximo respeto al principio de legalidad al momento de tipificar las conductas objeto de judicialización; así, el delito de secuestro coactivo debe clasificarse:

- *S*egún la forma de la descripción legal, como tipo penal cerrado, toda vez que las conductas prohibidas por el legislador se hallan claramente individualizadas[16] -a las que se conmina con una pena-, sin que le sea menester al operador o al intérprete acudir a otras normas o reglas generales que se encuentren fuera del tipo penal, característica de los tipos abiertos. La norma analizada

[15] CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra,* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008, p. 14.

[16] Primer conducta: secuestrar <<*sustrayendo, reteniendo u ocultando*>> y, segunda conducta: pedir algo a cambio de la libertad privada <<*cualquier cosa*>>.

contiene en su redacción la totalidad de las condiciones exigidas para la subsunción de las conductas juzgadas.

Sin perjuicio de ello, debe destacarse la sobreabundancia de elementos normativos utilizados por el legislador para la construcción del tipo penal aquí comentado, no obstante lo cual, su correspondiente apego al *nullum crimen sine lege* se mantiene incólume.

- De acuerdo a la forma en que se encuentra individualizado el pragma conflictivo[17], como delito de resultado[18], por cuanto la conducta básica prohibida por la norma (secuestrar) consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico primeramente tutelado (libertad ambulatoria), separado espacial y temporalmente de la conducta del autor[19]**.**
- Teniendo en cuenta el grado de afectación del bien jurídico exigido por la norma, como delito de lesión[20], esto, íntimamente vinculado a su clasificación como delito de resultado, ya que el legislador ha demandado -en abstracto- un daño, menoscabo o detrimento concreto en el objeto de la conducta llevada a cabo por el agente, que es de carácter material: la privación ilegítima de la libertad de una persona con miras a la obtención de algo a cambio de su liberación.
- En función del tiempo de ejecución y consumación de la conducta, como delito instantáneo y de efectos permanentes, puesto que la realización de las conductas típicas importan un estado consumativo en que el delito permanece y continúa en el tiempo, durante el cual -*ininterrumpidamente*- se sigue consumando[21].

  Así, ha dicho la jurisprudencia que *"…la privación ilegal de la libertad es un delito que sin mengua de su consumación instantánea es de naturaleza permanente y dura mientras dure el cercenamiento de su libertad…"*[22].
- Según la forma en que la conducta está prevista por la norma, como delito de acción compuesta, de los denominados tipos o delitos complejos, toda vez que el tipo penal estudiado se caracteriza

[17] ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, § 28, Pto. III, nº 5, p. 417: *"La acción y su obra constituyen el pragma conflictivo que es lo que el tipo capta: cierto pragma conflictivo, cierta acción que reconfigura el mundo de cierta manera conflictiva"*.

[18] Entre éstos, y teniendo en cuenta que la conducta prohibida no destruye el bien jurídico, sino que sólo corta transitoriamente su disponibilidad por parte de su titular, como delito de resultado temporal. Ver SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 228.

[19] ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Civitas, Madrid, España, 2001, p. 328.

[20] En contra, empero, sólo con relación al delito de secuestro extorsivo, DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 147 y VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2004, p. 25. Ello, a partir de que el análisis que realizan ambos autores comienza a partir del bien jurídico propiedad, es por ello que lo clasifican como delito de peligro.

[21] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 482.

[22] TOral Crim. nº 7, "Maldonado, José", sent. del 19-06-2001, en La Ley, 2002-B, 691.

por la concurrencia de dos acciones o conductas, cada una constitutiva -en sí misma- de un delito, de cuya unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible[23].

A su vez, la figura penal analizada se compone de acciones o conductas alternativas, por cuanto la realización de cualquiera de las típicamente previstas configura el injusto[24], no resultando necesaria la realización de las mismas de forma "acumulativa" o "sucesiva", sin perjuicio de que esto último -a veces- pueda ocurrir así, hipótesis en que no se podrá considerar la posibilidad de multiplicar la tipicidad[25].

- Según las exigencias requeridas por el aspecto subjetivo, estamos frente a un delito doloso, puesto que se hallan individualizadas las conductas típicas por la incorporación del resultado al curso causal iniciado y dominado por el sujeto[26], circunstancia que importa su efectivo conocimiento[27], no sólo de la realización de cualquiera de las conductas típicas, sino, además, del segundo tramo de la conducta que guía la finalidad de su obrar.

Por su parte, este segundo actuar del agente, constitutivo de un ilícito independiente (coacción), también debe ser imputable a título doloso, por lo que nos hallamos frente a un delito, desde el aspecto subjetivo, calificado por el resultado[28], pues se verifica la combinación dolo–dolo en las tipicidades subjetivas.

---

[23] MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 292.

[24] JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. 3, Losada, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 916. Conceptualiza el autor como tipos casuísticos alternativos a *"…todo aquél en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor, totalmente equivalentes…"*.

[25] JIMENEZ DE ASUA, Luis, ob. cit., p. 919.

[26] MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, España, 1998, p. 205.

[27] Debo advertir que ya hemos adoptado un concepto de dolo unitario, integrado sólo por el conocimiento del agente en CONTI, Néstor Jesús, *Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado*, en *Temas de Derecho Penal Argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 216. Idéntico criterio fue sostenido en *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 38/9.

[28] Hemos propuesto (en Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado, ya cit., p. 215 y en Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino, ya cit. p. 40) que se entienda por delitos calificados por el resultado a todos aquellos tipos penales (objetivamente) complejos que contemplen la punición de un delito base (sea doloso o imprudente) con más una cuantificación o calificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave (sea ésta la materialización de un delito doloso o imprudente), en tanto la misma sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base; pues dicho concepto amplio pretende ser abarcativo de todos los supuestos de combinaciones típicas subjetivas posibles. Con la propuesta de dicho concepto, pretende superarse la dificultad interpretativa que presentaba la clásica definición de este tipo de delitos: *"En el delito cualificado por el resultado...sucede además que la acción arriesgada que produce un resultado más grave, por sí misma, satisface ya un tipo penal doloso; es decir, encaja en un tipo cuyo resultado, comprendido por el dolo, muestra típicamente una tendencia hacia la consecuencia agravada en cuestión. Esta consideración se verifica necesariamente desde el tipo básico doloso y, por ello, el legislador clasifica las determinaciones de la pena pertinentes en el delito doloso y no podría regular de otro modo la cualificación interna por el resultado (art. 224 StGB)."*; cf. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000, p. 299.

Precisamente, con respecto a este segundo tramo de conducta, además del dolo, los delitos comentados presentan un elemento subjetivo que lo acompañan, convirtiéndolos en *delitos de intención o de tendencia interna trascendente*[29]. A su vez, y dentro de éstos, como *delitos de intención incompletos o mutilados de dos actos*, puesto que la realización de la conducta típica (sustraer, retener u ocultar) constituye el *medio* para la posterior realización de una segunda conducta a llevar a cabo por el propio autor de aquella primera acción, dado que éste concreta una conducta como primera etapa de su plan final, de lo que se advierte claramente lo *incompleto* o *mutilado* del delito, el cual se va a completar con esa segunda conducta.

No obstante ello, la concreción del "primer tramo de conducta" (*secuestrar para...*) ya deviene típica, aunque no se concrete el resultado perseguido por el autor como ultra intención (la obtención de algo a cambio de la libertad).

- En función de las cualidades exigidas respecto del sujeto activo, como delito común, o de titularidad indiferenciada**,** puesto que cualquier persona puede llevar a cabo las conductas prohibidas por las normas, en razón de no exigir la misma ninguna cualidad específica para revestir dicho rol; ello, más allá de tornar aplicable alguna de las agravantes en caso de que el autor revista alguna cualidad especial, en cuyo caso el tipo penal pasaré a clasificarse como delito especial impropio.
- Según el número de sujetos activos exigidos por el tipo legal, como delito individual, dado que el tipo penal no exige la concurrencia de varias personas en la realización de las conductas prohibidas, más allá de que aquello efectivamente ocurra, caso en que se aplicarán las reglas de la coautoría o participación; o bien, la modalidad agravada cuando concurran tres o más personas en la comisión del delito.
- Finalmente, y a tenor de la cantidad de bienes jurídicos (o aspectos del mismo) contenidos por la norma, como delito pluriofensivo, en razón de que la conducta contenida en el tipo penal (al ser constitutivas -cada una de ellas- de delitos en forma autónoma), atacan dos aspectos de un mismo bien jurídico ("libertad ambulatoria" y "libertad psíquica"), correspondan o no a la misma persona.

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA.

[29] MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, T. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 136 y ss.

Aspecto objetivo.

Conductas típicas.

En el secuestro lesionador de la libertad (coactivo), el autor obra para obligar a la víctima o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Ello ha sido entendido así por la jurisprudencia, al sostenerse que *"…la privación ilegal de la libertad, sufrida por las víctimas -en el caso, efectuada por presos amotinados- encuadra en el artículo 142 bis, párrafo 1º del Código Penal, ya que se realizaron con el fin de facilitar la fuga, impidiendo que los agentes del servicio penitenciario actúen cumpliendo con su deber…"*[30].

En esta inteligencia, resulta claro entonces que la norma analizada no contempla la tutela sólo de la libertad física o ambulatoria[31], sino, además, de la libertad de autodeterminación de la persona, ya que, además de ser privada la misma de su libertad, es obligada a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad[32]; ello, cuando la exigencia vaya dirigida a la misma persona que ha sido secuestrada; en tanto que si va dirigida a un tercero, será la libertad de autodeterminación de éste la que resulte afectada.

Teniendo en cuenta lo señalado, y la muy particular redacción que presenta la disposición legal comentada, cabe advertir que no se trata de figura agrava del delito previsto por el artículo 141 del elenco fondal[33], sino que, debido a la estructura típica utilizada por el legislador, resulta ser un tipo penal autónomo[34], especialmente porque la conducta prevista por el tipo básico y la prohibida por la figura estudiada son distintas, como así también los fines perseguidos por el autor[35].

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia al señalar que *"...Las acciones a las que hace referencia el artículo 142 bis (elemento objetivo del tipo penal) "sustraer", "retener" y "ocultar", son acciones distintas y precisas que no tienen la misma amplitud que la contemplada en*

---

[30] Cám. Garantías en lo Penal de Azul, causa "Brandan Juárez y otros", sent. del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.
[31] Éste el es bien jurídico protegido por el art. 141 del CP que reprime la figura simple o básica de la Privación Ilegítima de la Libertad.
[32] DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A, ya cit., p. 145.
[33] TCPBA., S. I, causa nº 2.929, sent. del 13-11-2003.
[34] ROXIN, Claus, ob. cit., p. 340; quien define como tipo penal autónomo (o independiente) a aquél que contiene ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no es un caso agravado ni atenuado de ese otro delito, sino un tipo autónomo con su propio tipo (clase) de injusto.
[35] BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T I, Mave, Corrientes, Argentina, 2000, p. 523; DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-A, ya cit., p. 145; CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 48 y BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), ob. cit., p. 218.

la figura del delito de privación ilegítima de la libertad (artículo 141, Código Penal); por ello son figuras autónomas y no agravantes del delito anterior..."[36].

Avanzando con el estudio propuesto, debe tenerse en cuenta -atento la diferencia apuntada respecto de la figura básica y estos tipos penales autónomos- que aquí el legislador no menciona la fórmula *"privar de la libertad"*, a secas; sino que acude a la utilización de tres verbos: *sustraer, retener* u *ocultar*. De acuerdo con ello, el delito analizado se tipifica -por lo menos desde el punto de vista objetivo- de la siguiente manera:

***)** O bien *"sustrayendo"* con un fin o propósito determinado (pedir rescate, o cualquier otra cosa, a cambio de la libertad), lo que importa conducir o llevar al sujeto pasivo -de la privación de la libertad ambulatoria- a un lugar distinto de donde se encontraba y desarrollaba su vida en libertad o bajo custodia de terceros (como lo es el caso de los menores e incapaces[37]); ello, obviamente, en contra de su voluntad[38]. La conducta material comentada importa, necesariamente, que la víctima llegue a estar bajo el poder efectivo del agente[39], es decir, debe verificarse una sujeción impeditiva del libre desplazamiento de la misma hacia los destinos que ella fije a su arbitrio en ese momento[40].

***)** El segundo verbo típico empleado por el legislador es el de *"retener"*, que quiere decir, mantener a quien ya se ha privado de su libertad con un específico propósito en un sitio donde el mismo -obviamente- no quiere permanecer. Ello debe ocurrir durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

***)** Finalmente, las disposiciones legales comentadas hacen uso del verbo *"ocultar"* a la víctima cuya libertad ambulatoria ya ha sido restringida, lo que importa esconderla o hacerla desaparecer temporariamente de la vista de terceras personas[41]; ello, al menos mientras sea necesario para obtener la pretensión exigida.

---

[36] Suprema Corte de Mendoza, Sala II, "Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación, sent. del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.

[37] BARREIRO, Gastón y otros, ob. cit., p. 72.

[38] Ha sido dicho que *"...el verbo "sustrajere" no tiene aplicación idiomática sobre personas sino sobre cosas y "retuviere" u "ocultare" también tienen una significación inaplicable a personas..."* ¿?. Ver CHIESA, Pedro J. M., ob. cit., p. 67.

[39] En el mismo sentido, CNCrim. y Corr., Sala III, "Naso, Agustín", sent. del 17-04-1990, en BCNCyC, 1990-2.

[40] DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 181.

[41] DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-A, ya cit., p. 146. En el mismo sentido, ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., T II, p. 70.

Sin perjuicio de lo señalado, debe observarse que para una parte de la doctrina las dos últimas conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona previamente sustraída[42].

Por nuestra parte, entendemos que corresponde rechazar dicha aseveración, dado que -tal como lo expusiéramos al realizar la clasificación de esta figura- el tipo legal estudiado es un delito de acción compuesta y, dentro de estos, de los denominados *alternativos (o mixtos)*, ya que, no obstante enunciar la norma tres conductas, resulta suficiente que el autor realice sólo alguna de ellas para consumar el delito, en tanto que la realización de más de una de las conductas descriptas por el tipo objetivo, no multiplica la tipicidad.

Por lo tanto, puede darse el supuesto en que la realización de una de las conductas descriptas por la norma presuponga la previa realización de alguna de las otras, pero ello no es excluyente, por cuanto puede verificarse el caso en que una persona sea retenida sin haber sido previamente sustraída (por ejemplo, quien retiene dentro de un lugar a quien llegó a dicho sitio por propia voluntad[43]), como también puede ser ocultada una persona sin haber sido ilegalmente sustraída (aunque, vale aclararlo, generalmente la acción de ocultar presupondrá una previa sustracción o retención).

Por otro lado, no resulta indispensable que el delito se inicie de una manera positiva; es decir, una restricción a la libertad ambulatoria preexistente (sea legítima o ilegítima), puede transformarse en secuestro (coactivo o extorsivo) ulteriormente, mediante la agregación de la exigencia de lo requerido por parte del agente[44].

Medios comisivos.

Cualquiera de las conductas típicas que configura el delito que viene siendo analizado puede llevarse a cabo por cualquier medio, por cuanto el legislador ha decidido no hacer especificaciones al respecto.

De acuerdo con ello, la sustracción, la retención o el ocultamiento de la persona por cuya libertad se exige algo a cambio pueden llevarse a cabo mediante ardid, engaño, o bien, de manera violenta, es decir, por cualquier medio, modo o forma, ya que la ley no especifica vía alguna.

[42] BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 523.
[43] CNFed. Crim. y Corr., Sala I, causa nº 35.977 "Rodríguez, S. y otro", sent. del 01/03/2004, en elDial-AA2092.
[44] SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 331.

Empero, de la manera en que han sido redactadas las disposiciones legales comentadas, lo que no puede faltar en el supuesto fáctico que se analice es la intimidación como medio para la obtención de la exigencia de que se trate.

Con ello queremos dejar claramente expresado que lo que puede llevarse a cabo por cualquier medio es la conducta que materializa el secuestro.

Sólo resta advertir que, cuando el medio, el modo o la forma que se utilice para llevar a cabo cualquiera de las conductas típicas previstas por la disposición comentada constituya un delito en si mismo o bien, sea una circunstancia agravante (general[45] o específica[46]), se deberán aplicar las disposiciones legales que correspondan, sea en forma individual, o bien, aplicando las reglas del concurso ideal (CP., 54)[47].

Sujetos.

Hemos referido ya que el delito comentado puede ser llevado a cabo por cualquier persona, por lo que se trata de un *delito común,* o de titularidad indiferenciada.

Por su parte, la exigencia de hacer, no hacer o tolerar algo para la liberación puede estar dirigida a la víctima del secuestro (exigencia hecha para cuando la víctima recupere su libertad ambulatoria) o a un tercero no privado de su libertad, siendo necesario reiterar que esa acción u omisión exigida debe ser realizada (por el destinatario) durante el tiempo de detención de la víctima[48].

En este último caso, como ya se expuso, el delito no se multiplica, por lo que la coacción a que se somete al tercero no adquiere autonomía propia, ya que dicha exigencia está prevista como elemento típico puesto que, como ya vimos, se trata de un delito complejo y pluriofensivo.

Por su parte, la figura legal analizada admite tanto la coautoría[49] como cualquier clase de participación (CP., 45/6), incluyéndose en esta afirmación al instigador o determinador[50].

---

[45] Por ejemplo, CP., 41 bis, cuando se utilice un arma de fuego para lograr la reducción de la persona ofendida.
[46] Por ejemplo, CP., 142 bis o 170, 2º párrafo, inciso 3º, cuando se causaren lesiones graves o gravísimas a la víctima, producto de la violencia física ejercida para lograr su sustracción, retención u ocultamiento; o bien, el inciso 6º, cuando concurran en la comisión de la empresa delictiva tres o más personas.
[47] Por ejemplo, si se le provocaren a la víctima lesiones leves (CP., 89).
[48] TCPBA., S. I, causa nº 2.929, sent. del 13-11-2003; S. III, causa nº 18.967, sent. del 07/08/2007, entre otras.
[49] *"…Hay coautoría funcional entre los imputados si la mayoría de los intervinientes en las privaciones ilegales de la libertad, efectuadas por un grupo de presos durante un motín, se comprometieron con anterioridad al comienzo de ejecución, con conocimiento previo de todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y se dividieron la tarea a realizar…"* (Cám. Garantías en lo Penal de Azul, causa "Brandan Juárez y otros", sent. del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832).
[50] TCPBA., S. I, causa nº 2.929, sent. del 13-11-2003; S. II, causa nº 10.271, sent. del 07-10-2003, entre otras.

La obtención de lo exigido.

Tal como está redactada la norma, el logro del propósito buscado por el agente (compeler a la víctima -o a un tercero- a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, a cambio, claro está, de la libertad) sólo implica el incremento del mínimo de la escala penal que corresponde aplicar (que será ya de ocho años de prisión o reclusión).

Ello es así puesto que, como ya se anticipara, la verificación de la finalidad perseguida por el autor (ya a nivel objetivo, esto es, al momento de llevarse a cabo cualquiera de las conductas típicas) no significa que deba conseguirse dicho fin para que el tipo legal quede configurado[51], sino que éste delito se consuma en el preciso instante en que *"se priva de libertad para",* por lo que estamos frente a un delito instantáneo, pero de efectos permanentes.

Vale aclarar, además, que el logro de lo exigido por el agente no constituye ni una circunstancia agravante[52] ni una condición objetiva de punibilidad; sino que, en virtud de los principios de legalidad y culpabilidad que deben observarse -insoslayablemente- al momento de subsumir una conducta humana en una figura legal, se impone el deber de interpretar dicho extremo como un elemento del tipo objetivo que, con su solo acaecimiento, torna aplicable la escala penal (en cuanto al mínimo mayor) prevista en abstracto por el tipo penal.

Aspecto subjetivo.

Con respecto a este extremo del análisis típico, se ha dicho desde antiguo que el propósito seguido por el autor integra el elemento psicológico a título de dolo específico[53], por cuanto la prohibición legal recae sobre la ilegitimidad de la exigencia; es decir, se hace especial hincapié en el modo injusto de efectuar el reclamo por parte del autor (restringiendo la libertad ambulatoria de la víctima), más allá de que sea justa o injusta la exigencia reclamada.

En este sentido tiene dicho la jurisprudencia que *"...El artículo 142 bis del Código Penal sanciona el compeler a alguien a hacer algo contra su voluntad. Y ese "algo contra su voluntad", puede abarcar tanto lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, cuanto también algo que*

---

[51] En ese sentido se manifiesta CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, ya cit., p. 49; ODERIGO, Mario, *Código Penal anotado*, 3ª edición, Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 245.

[52] De opinión contraria, BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), ob. cit., p. 224; CHIESA, Pedro, ob. cit., p. 66; REINALDI, Víctor Félix, *Delincuencia armada*, 2ª edición, Meditarránea, Córdoba, Argentina, 2004, p. 138; DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, ya cit., p. 184 y SOLER, Sebastián, ob. cit., 330, entre otros.

[53] ODERIGO, Mario, ob. cit., p. 246.

ella está obligada a hacer, o no hacer o tolerar, ya que la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de la reclamado..."[54].

"...La expresión <<algo contra su voluntad>> no sólo abarca lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, sino también algo que ella está obligada a hacer, no hacer o tolerar, ya que la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de la reclamado..."[55].

Por su parte, y en lo que a este extremo del análisis respecta, ya hemos referido que se trata -necesariamente- de un delito que exige la concurrencia de dos conductas dolosas[56], pero además, la norma analizada exige sustraer, retener u ocultar a una persona *con el fin de obligar a ella o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad u obtener rescate,* por lo que estamos frente un delito subjetivamente condicionado.

Ello significa que la parte del tipo subjetivo *"el que con el fin de..."* etc., debe darse de tal modo que el secuestrador pretenda que la víctima o el tercero, *durante el tiempo de la detención de la víctima*[57], realicen o se priven de un determinado comportamiento[58].

La exigencia (de hacer, no hacer o tolerar algo) no significa que deba conseguirse el cumplimiento de la exigencia para que este tipo penal quede configurado[59], sino que el delito se consuma en el instante en que se priva de *"libertad para"*[60], por lo que -como ya explicáramos- estamos frente a un delito instantáneo, pero de efecto permanente y, a su vez, de intención incompleto o *mutilado de dos actos*; ello, por cuanto la conducta típica que configura el ilícito (secuestrar) constituye el *medio* para la realización de una posterior *segunda conducta del autor* (exigir lo que quiere a cambio de la liberación de la víctima) que está incluida dentro de su plan, conducta ésta cuya realización continúa dependiendo de su exclusiva voluntad e intervención, más allá de que la misma efectivamente se concrete.

---

[54] ST Río Negro, "Vallejos, Roberto y otro s/Privación ilegal de la libertad y extorsión s/Rec. Casación", sent. del 24-09-1993, en *elDial*-AXE3C.

[55] SC. Mendoza, Sala II, "Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación, sent. del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.

[56] Por lo que se trata de un delito calificado por el resultado (ver nota nº 45).

[57] Resulta importante resaltar este extremo, dado que si la exigencia opera para el futuro (o sea, cuando el ofendido por el delito sea puesto en libertad), la conducta delictiva quedará comprendida, o bien por la figura prevista por el artículo 149 bis 2º párrafo (coacción simple), o bien, por lo dispuesto por el numeral 168 1ª parte (extorsión simple), salvo que el lapso en que se haya restringido la libertad de la víctima adquiera la significación suficiente como para dar lugar a la privación ilegítima de la libertad, supuesto en que operarán las reglas del concurso de delitos.

[58] SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas* T.I, ya cit., § 509, p. 345.

[59] TCPBA., S. I, causa nº 2.929, sent. del 13-11-2003.

[60] DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 147.

Como ya lo expusiéramos, ubicamos a esta figura en esta clasificación y no la consideramos un *delito de intención de resultado cortado*[61], ya que en éstos el tipo queda consumado con la realización de la primera conducta, pero el sujeto tiene como objetivo (como ultra finalidad que va más allá de la realización del tipo objetivo que ha quedado configurado con su primera conducta) otro suceso que debe producirse después de la realización de aquella, pero ya sin su intervención[62].

Así entonces, se sostiene que se trata de un delito de privación de libertad ambulatoria dolosa, acompañada de un elemento subjetivo específico[63] (ultra intención)[64], por lo que no habría otra alternativa que admitir sólo el llamado dolo directo[65], rechazándose la posibilidad del denominado dolo eventual[66].

Por lo tanto, el autor sustrae, retiene u oculta con un fin determinado, esto es, *"obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad"*, siendo éste un elemento subjetivo exigido por el tipo, por lo que la privación de la libertad (secuestro) es el medio utilizado por el agente para lograr su finalidad coactiva, siendo necesario, además, acreditar esa relación de medio a fin para verificar la tipicidad (objetiva y subjetiva) de la conducta[67].

---

[61] ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, ob. cit., p. 517 y ss. En contra, CHIESA, Pedro J.M., ob. cit., p. 67.

[62] Por ejemplo, ello ocurre en el delito de *Cohecho Activo*, supuesto en que un sujeto ofrece -directa o indirectamente- dinero a un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones (CP., 258 en relación al 256). Por el contrario, la contra cara del delito explicado, el *Cohecho pasivo*, resulta ser un delito -como los aquí analizados- mutilado de dos actos, pues ese segundo obrar (hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones) debe llevarlo a cabo el funcionario o empleado público (mediante una conducta activa u omisiva) personalmente (CP., 256).

[63] En sentido coincidente, ABRALDES, Sandro – MAIULINI, Federico, *Sobre las reglas jurídicas del denominado "caso de los doce apóstoles"* (nota al fallo), en La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 1.433, al referir los autores que *"…el tipo [CP., 142 bis] requiere en su faz subjetiva que el autor obre con dolo especial…la característica esencial del delito es la finalidad buscada por el agente…"*. En contra, CHIESA, Pedro J. M., ob. cit., p. 67.

[64] *"…El hecho que se tuvo por cierto en el decisorio en crisis impide que se subsuma la conducta de los encartados en los términos del art. 142 bis primer párrafo del C.P. Y ello es así por cuanto no aparece en el caso el dolo extorsivo específico que requiere la figura de mención. A mi criterio la imposición a la víctima Moro de conducir el ómnibus por diversas arterias resulta un segmento del designio desapoderador emprendido por los activos que tuvo como propósito el logro de la impunidad -sin que sobre señalar que así se lo calificó en el fallo- con lo que no alcanza a reunir los requisitos propios de la figura en que, en definitiva, se encapsularon sus conductas, desde que si el delito contra la propiedad contuvo el delito contra la libertad no parece posible predicar que se verifique el dolo específico que exige la figura del artículo 142 bis primer párrafo del CP…"* (TCPBA., S. II, causa nº 7.608, "Torres, Hugo Alberto y otros", sent. del 12-11-2002). En similares términos, en cuanto a la necesidad de acreditar el dolo específico que exige la figura legal del 142 bis del C. Penal, TCPBA., S. II, causa nº 3.906, "M.A.R. s/recurso de casación", sent. del 17-12-2002.

[65] TCPBA., S. I, causa nº 2.929, sent. del 13-11-2003.

[66] En este sentido, BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), ob. cit., p. 224 y BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 523, entre otros. Por nuestra parte, ya nos hemos declarados partidarios de considerar al dolo únicamente integrado por el conocimiento del agente, por lo que rechazamos la existencia del dolo eventual (ver nota nº 44). En contra, CNCrim. y Correc., Sala IV, "López, Norberto", sent. del 21-12-1989, en La Ley, 1991-C, 272.

[67] ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., p. 70/1.

Consumación. Tentativa.

Ya ha sido debidamente explicado que al verificarse la privación ilegítima de la libertad (secuestro) con más la finalidad prevista por la norma estudiada, queda consumado el delito[68], más allá de que la segunda conducta (coactiva) sea, incluso, desistida por el agente, supuesto éste en que sólo se le imputará al agente la privación ilegítima de la libertad, salvo que la finalidad pueda ser fehacientemente acreditada en el juicio que se lleve a cabo en su contra, en cuyo caso responderá por el delito aquí comentado.

Ejemplo: si un sujeto sustrae y luego oculta a una persona con el propósito de exigir algo a cambio de su liberación y, una vez que la misma ya se encuentra en cautiverio, el secuestrador decide no comunicarse con nadie para dar a conocer la exigencia y liberara a la víctima -por ejemplo, porque se ha sentido conmovido por ella-, esa conducta no podrá considerarse comprendida por lo normado por el artículo 43 del elenco fondal (desistimiento voluntario), por cuanto el desistimiento sólo tiene relevancia respecto de la exigencia, pero no del secuestro, por lo que deberá castigarse al sujeto (si es habido) por privación ilegítima de la libertad (CP., 141 o 142).

Entonces, podemos decir que este delito sólo admitirá la tentativa una vez que se verifique el principio de ejecución de la conducta privativa de libertad y hasta inmediatamente antes de que la misma se materialice, o bien, que adquiera entidad suficiente como para considerar lesionado el bien jurídico en cuestión (libertad ambulatoria).

Además, para que se pueda imputar el secuestro en grado de tentativa debe verificarse, también, el aspecto subjetivo que hace a la finalidad perseguida por el autor; caso contrario, sólo podrá reprocharse una privación ilegítima de libertad simple o agravada, según el caso, pero no el secuestro.

Ejemplo: si un agente de policía se encuentra apostado en una esquina, cumpliendo labores de vigilancia y, en un momento dado, observa que desde un vehículo en marcha "levantan" a un transeúnte y, debido a su rápida acción logra coartar dicho ilícito, estaremos frente a un suceso fáctico al que corresponderá aplicar las reglas de la tentativa (CP., 42 y 44), pues el injusto ha quedado en grado de conato por razones ajenas a la voluntad del agente.

[68] En el mismo sentido, MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus* antecedentes, T. V, Tommasi, Buenos Aires, Argentina, 1923, p. 171 y NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal,* T. IV, Lerner, Córdoba, Argentina, 1989, p. 274.

Ahora, para poder saber si -en el caso en concreto- se trata de una tentativa de secuestro o de una privación ilegítima de libertad -simple o agravada-, debe observarse el aspecto subjetivo del autor y buscar la respuesta al interrogante ¿qué finalidad perseguía?

En efecto, tomando el último ejemplo, si a partir de las tareas de investigación se acredita que los sujetos que intentaron sustraer a esa persona en plena vía pública ya tenían preparado el lugar del cautiverio y la información necesaria para, por ejemplo, comunicarse con las familiares de la misma a los fines de llevar a cabo la exigencia de que se trate, el hecho deberá subsumirse como tentativa de secuestro.

Agravantes comunes.

Como introito del análisis de las circunstancias agravantes previstas por la norma motivo de estudio, creemos oportuno hacer una breve referencia a una vieja discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza de las mismas, para poder brindar nuestra opinión al respecto.

La doctrina tradicional, al analizar las circunstancias agravantes, ha hecho notoria la disquisición respecto de que las mismas pueden obedecer, o bien, a naturaleza subjetiva (algunas), o bien a naturaleza objetiva (las restantes).

Así, se ha sostenido que en general, la doctrina, cuando se refiere a las circunstancias que rodean la personalidad del autor, sus reacciones, inclinaciones afectivas, motivaciones, impulsos u otro tipo de fenómenos situados en esa esfera, las califica como agravantes subjetivas. En cambio, las que se vinculan con el daño o lesión producidos, o con los factores exteriores al ámbito del agente -catástrofe, inundación, funcionario, despoblado, etc.- reciben la denominación de objetivas[69].

En este contexto, podría afirmarse que la relación subjetivo-objetiva se da en el marco de la correspondencia sujeto-mundo circundante pues, en este sentido, lo subjetivo serían las sensaciones, los pensamientos, las percepciones que pertenecen al sujeto.

Claramente nos explica Baigún que

> *"…lo subjetivo supone, coetáneamente, lo objetivo, pues en ambas significaciones lo subjetivo y lo objetivo constituyen una relación inescindible, un proceso permanente de interacción recíproca. Así como el sujeto refleja lo objetivo, el objeto se refracta en aquél. Esta interconexión, por consiguiente, no es estática, inconmovible; todo lo contrario, obedece a la ley de un permanente cambio, de un continuo movimiento de carácter*

[69] BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971, p. 13.

dialéctico que hace que el fenómeno psíquico del sujeto cognoscente no sea imagen idéntica, especular, del objeto exterior, sino un reflejo de la naturaleza análoga, semejante, subordinado a la variabilidad lógica de todo proceso. Enfocada la cuestión de esta manera, es innegable que todos los fenómenos psíquicos que interesan al derecho penal, tienen por dueño a un determinado sujeto y que, cuando se investiga la índole de una conducta delictiva, se realiza una apreciación de la relación cognoscitiva del autor. Se toman en cuenta, en ese momento, no sólo las sensaciones, percepciones y el resultado objetivo de ese mecanismo -nexo subjetivo-objetivo en su primer significado-, sino también el grado creciente o decreciente de adecuación, de esas sensaciones y percepciones a los estímulos externos, su mayor o menor similitud -vínculo subjetivo-objetivo en su segundo sentido-…"[70].

De acuerdo con ello, puede afirmarse que esas mismas circunstancias o elementos subjetivos a los que alude el autor, al ser plasmados en la ley, necesariamente, se convierten en objetivos, pues pasan a integrar el tipo penal[71].

Es por estos fundamentos que adherimos a la idea de rechazar la denominación de subjetiva-objetiva para clasificar a las circunstancias severizantes de una conducta, pues, en realidad, existen *aspectos objetivos y subjetivos* de las agravantes, pero su naturaleza no puede ser definida del modo antes señalado[72], y así deben ser analizados en el caso en concreto; ello, en estricto respeto al principio constitucional de legalidad[73] y máxima taxatividad legal e interpretativa, por cuanto así como la mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. Conforme a ello, gracias al primer principio la ley es condicionante, mientras que gracias al segundo esa misma ley es condicionada[74], toda vez que la certeza exigida en la letra de la ley garantiza su validez constitucional.

En definitiva, descartada la adjetivización que viene comentándose, entendemos que las circunstancias agravantes sólo se clasifican en genéricas (las que pueden aplicarse a varios delitos básicos) y específicas (aquellas que se aplican exclusivamente al delito al cual se refieren); ello, con el alcance explicado párrafos anteriores.

---

70 Ídem, p. 14/5.
71 Fórmula abstracta que conceptualiza una conducta humana.
72 BAIGUN, David, ob. cit., p. 22/4.
73 CN., 18, 19 y 75 inciso 22º; CADH., 9º; PIDCyP., 9º, e/o.
74 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1995, p. 95.

En lo que a nuestro objeto de estudio interesa, queda claro que las circunstancias que pasaremos a analizar resultan ser agravantes específicas del delito estudiado, mientras que cualquier agravante genérica prevista en el Libro Primero del Código Penal puede llegar a resultar aplicable a este mismo tipo legal, según sea el caso.

En consideración a la víctima (incisos 1º y 4º).

Se agrava el delito cuando la víctima fuese *a)* mujer embarazada, *b)* menor de 18 años de edad o *c)* mayor de 70 años de edad; siendo el fundamento común de estas circunstancias severizantes de la penalidad el particular estado de indefensión (o, mejor dicho, la poca posibilidad de defensa) de la víctima del secuestro.

a) Mujer embarazada: esta circunstancia agravante fue incorporada por la Ley 25.742 y vino a reemplazar a la agravación por la sola calidad de mujer de la víctima contenida por una de las normas anteriores (CP., 142 bis).

Con ello, a nuestro criterio, el legislador ha cumplido un doble objetivo: por un lado, castigar con mayor severidad la conducta de quien secuestra a una mujer embarazada, por cuanto pone en riesgo no sólo la vida de la mujer, sino también la del feto[75] y, por otro lado, ha recogido las críticas doctrinarias que cuestionaban seriamente la constitucionalidad de la figura, atento su notorio carácter discriminatorio[76].

b) Menor de 18 años: Para esta agravante se ha tomado en cuenta la Convención de los Derechos del Niño, a partir de la cual sólo reviste esa calidad, precisamente, el menor de 18 años.

En este sentido, ha sido dicho por la jurisprudencia que *"...El tipo penal previsto en el artículo 142 bis, inciso 1º del Código Penal, y desde la modificación operada por la ley 25.742, agrava la conducta de la privación ilegítima de la libertad cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad; la agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor..."*[77].

---

[75] DONNA, Edgardo Alberto (compilador), *Reformas penales*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 17.

[76] MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit., p. 112; quien claramente explicaba que ello había ocurrido en el tristemente célebre caso de "los doce apóstoles", cuando fue retenida una magistrado (quien fue secuestrada por detentar dicha condición y no por su sexo) por los internos de la Unidad Penal II de Sierra Chica durante un motín y toma del Penal con el propósito de obtener impunidad primero y luego mejoras concretas en la situación en la que estaban involucrados (Cám. Garantías en lo Penal de Azul, causa "Brandan y otros", sent. del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832).

Sin perjuicio de ello y no obstante no compartirse el criterio que se expondrá a continuación, debemos hacer mención de la doctrina que ha establecido una interpretación contraria a la aquí propuesta.

En efecto, a nivel doctrinario se ha expresado que resulta controvertido que esta disposición considere agravante la minoridad del sujeto pasivo y, por el contrario, que la misma circunstancia no agrave la figura básica de la privación de libertad (CP., 142).

Así, se ha dicho que únicamente puede explicarse dicha contradicción legislativa si se entiende que sólo corresponde agravar la conducta de aquél que restringe la libertad a un menor de dieciocho años (se es menor de dieciocho años hasta las cero horas del día siguiente del que se cumple esa edad -Código Civil, 25, 26 y 27-[78]) cuando la exigencia esté dirigida a otras personas (sus padres, tutores, cuidadores, etc.)[79].

Empero, por nuestra parte, entendemos que el fundamento de la agravante radica, como ya se señalara, en el mayor estado de indefensión que presenta la víctima (del secuestro) elegida.

c) Mayor de 70 años: Ha venido aquí la nueva ley a agregar el otro extremo etario, agravando la conducta privativa de libertad (secuestro) con finalidad coactiva o extorsiva cuando la víctima sea mayor de 70 años de edad (se es mayor de setenta años a las cero horas del día siguiente del que se cumple setenta y un años). Esta reforma resulta coherente si se parte de que el fundamento de estas circunstancias agravantes es el particular estado de indefensión (o, mejor dicho, la poca posibilidad de defensa) del sujeto pasivo. Además, vale recordar, setenta años es la edad tomada por la ley[80] para admitir la prisión domiciliaria, dado que, se presume, a esa edad la persona padece mayor sufrimiento o padecimiento físico y/o psíquico producto del deterioro que ocasiona el paso de los años.

En todos estos supuestos, como se advierte, se verifica una situación de superioridad física y mental del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, lo que lleva a una mayor facilidad, a un especial aseguramiento en la ejecución del hecho por parte del autor[81], circunstancia que debe ser conocida y procurada por el agente para valerse de la misma.

---

[77] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 4.683, "F.A., C.A. y otros", del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.
[78] ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., p. 72.
[79] MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit., p. 114.
[80] CP., 10; Ley 24.660, 33 y Ley 12.256, 19.
[81] DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 149, quien cita al respecto a DÍAZ RIPOLLES, J. L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, p. 753.

Como corolario, puede advertirse que el legislador ha acogido en los casos comentados -definitivamente- el criterio sentado por los Pactos Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (CN., 75 inciso 22°) sobre la mayor "protección" que debe otorgar la ley a determinadas personas o, mejor dicho, a las circunstancias en que esas personas se encuentran al momento de sufrir un delito[82].

También se agrava el delito cuando la víctima fuere persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

El fundamento de esta agravante está dado en que la ley busca proteger con mayor énfasis la salud y/o el estado psico-físico que una privación de libertad (secuestro) produce a una persona que padece cualquiera de las inconveniencias mencionadas en la norma, puesto que, necesariamente, este padecimiento resultará ser mayor que el que se le puede ocasionar a una persona sana[83], a partir de lo cual podría afirmarse que el legislador se ha hecho eco de la crítica que un importante sector de la doctrina dirigía al respecto.

Los términos *"discapacitada"* y *"enferma"* pueden dar lugar a problemas interpretativos, por lo que resulta importante precisar su marco legal de aplicación.

Al quedar abarcadas por el concepto de enfermedad tanto la física, la psíquica como la mental; debe entenderse que el fundamento de la agravante radica en la manifiesta superioridad, precisamente, física y mental, en que se encuentra el sujeto activo frente al sujeto pasivo discapacitado, enfermo o que no puede valerse por sí mismo; por cuanto ello pone de manifiesto un especial aseguramiento (buscado *ex profeso*) en la ejecución del hecho por parte del agente.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que

> *"...El tipo penal previsto en el art. 142 bis, inc. 1º del Cód. Penal, y desde la modificación operada por la ley 25.742, agrava la conducta de la privación ilegítima de la libertad cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad; la agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se*

[82] Respecto de la mujer embarazada: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, VII; Declaración Universal de Derechos Humanos, 25.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6°.5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11, inciso 2°, d y 12 inciso 2°. En cuanto a los niños: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, , VII, Declaración Universal de Derechos Humanos, 6°.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4° inciso 5° y 19, Convención sobre los Derechos del Niño, 1. Respecto de los ancianos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4° inciso 5°.

[83] DONNA, Edgardo Alberto, *Reformas penales,* ya cit., p. 18.

encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor...” [84].

A partir de dicha circunstancia, la calidad de la víctima sólo es relevante en la medida en que la misma revele una mayor indefensión (o escasa posibilidad de defensa efectiva) frente a su agresor.

Finalmente, en el plano subjetivo, es necesario acreditar -tal como se explicitara precedentemente- que el autor haya tenido conocimiento efectivo de la calidad especial de la víctima, a partir de lo cual debe poder afirmarse que el agente haya considerado especialmente esta circunstancia para diagramar su conducta final (ya sea para aprovechar su indefensión o para procurar generar una más efectiva respuesta en el tercero a quien se le exige que haga, no haga o tolere algo contra su voluntad).

Por el parentesco y la afinidad con la víctima (inciso 2º).

Tal como están redactadas las normas, la razón de la agravante encuentra fundamento en la situación de respeto que el autor debe a la víctima y que vulnera, menospreciándola al secuestrarla -con finalidad coactiva-; siendo la enumeración legal taxativa.

Con relación al autor del secuestro, cónyuge es aquél con quien ha contraído matrimonio válido de acuerdo a las leyes vigentes; ascendiente es todo aquél antecesor en línea directa (Código Civil, 352) y hermanos (sean unilaterales o bilaterales -Código Civil, 360 y 361-) son los colaterales por consanguinidad en segundo grado (Código Civil, 353).

En este último caso -el de los descendientes y ascendientes-, compartimos con Donna que la circunstancia calificante alcanza también a aquellos casos de adopción[85].

Por su parte, la agravante no alcanza a los matrimonios simulados o aparentes; empero, el agregado del término “conviviente” incluye ahora dentro de la severizante a las relaciones de concubinato o “de hecho”.

En este caso, al igual que como ocurre en el delito de homicidio agravado por el vínculo (CP., 80 inciso 1º), el aspecto subjetivo del tipo se completa con el conocimiento asertivo por parte del autor de que lleva a cabo su conducta contra una persona que reviste la cualidad expresamente

[84] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 4.683, “F.A., C.A. y otros”, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.
[85] DONNA, Edgardo Alberto, *Reformas penales,* ya cit., p. 18.

consignada por las normas comentadas. Por tal motivo, el error o ignorancia de tal circunstancia elimina la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante analizada.

Por último, al hacer mención la disposición legal de *otro individuo a quien se deba respeto particular*, está también dando el fundamento de la consignación legal de las anteriores circunstancias personales de la víctima. En efecto, el fundamento de esta agravante sería entonces el *respeto particular* que debe el secuestrador a la persona secuestrada y no el *respeto general* que pueda merecer la víctima, como por ejemplo puede ocurrir con un gran escritor, un médico prestigioso, etc.[86].

Así, se trata en el caso de supuestos de delitos especiales impropios, pues la no acreditación de las circunstancias relativas a los sujetos aquí analizadas, desplaza la conducta a la figura básica del primer párrafo.

Por la calidad del agente (inciso 5º).

Aquí la ley ha previsto como agravante el hecho de que el autor o partícipe del secuestro sea funcionario o empleado público o haya pertenecido o pertenezca a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado, por lo que, en este caso, la figura delictiva debe ser calificada como *delito especial impropio* (por los mismos fundamentos brindados respecto del supuesto anterior).

Ahora, dado que el artículo 77, 4º párrafo del Código Penal define lo que debe entenderse por “funcionario” o “empleado público”, dicho concepto debe interpretarse de manera armónica y conjunta con la normativa constitucional (“Convención Interamericana contra la Corrupción”, Ley 24.759 artículo 1; “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, Ley 26.097 artículo 2° y “Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública”, n° 25.188, artículo 1°)[87], a partir de lo cual, queda claro que el análisis de estas normas deben realizarse a partir de una interpretación racional y restrictiva de los vocablos utilizados por el legislador, por lo que no a cualquier funcionario o empleado público que cometa cualquiera de estos delitos habrá de aplicarse, sin más, la agravante.

Asimismo, cuando la ley habla de persona que pertenezca o haya pertenecido a organismos de seguridad o inteligencia del Estado, se advierte que lo hace sin fijar ningún tipo de límite temporal ni de grados o jerarquías.

[86] Ídem.
[87] Sobre el contenido y alcance que hemos dado a estos conceptos puede verse CONTI, Néstor Jesús – SAUMELL, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 28/34.

Ahora, si tenemos en cuenta el momento histórico y los motivos por lo que se introdujo esta reforma al Código Penal, advertiremos que la misma aparece como respuesta legislativa a los reiterados casos de secuestros extorsivos cometidos por miembros de las fuerzas policiales y, en algunos casos, por integrantes de cuerpos de seguridad creados específicamente para combatir este tipo de delitos.

Durante el debate en el Senado, el miembro informante, Senador Agúndez, refirió que *"estas agravantes tenían que ver... con aquellas que se referían a la calidad funcional de quien comete el delito por la mayor posibilidad que tienen de cometerlo"*[88].

Si tomamos en cuenta todo lo hasta aquí señalado, debemos advertir que sólo podrá aplicarse la figura agravada cuando, además de revestir el agente la calidad de funcionario o empleado público, se haya valido el mismo de esa calidad o condición funcional para llevar a cabo con mayor facilidad el delito castigado por la norma analizada.

En este sentido, la circunstancia severizante comentada resulta lógica por cuanto parece -al menos- incomprensible que quien ha sido depositario de la función pública (sea por elección popular o por designación de autoridad competente) la utilice en provecho (ilícito) propio o de terceros.

Por el número de sujetos intervinientes (inciso 6º).

La ley contempla como agravante la participación en el hecho de tres o más personas.

El fundamento de esta circunstancia calificante radica en castigar más severamente a quienes toman la precaución de aunar sus voluntades con una finalidad delictiva común, decisión que los coloca en una mejor situación frente a las posibilidades de defensa de la víctima; lo que importará, en consecuencia, una mayor posibilidad de éxito sin riesgo alguno -prácticamente- para los delincuentes.

Asimismo, sólo se aplicará la agravante cuando se verifique que las tres o más personas hayan intervenido en la ejecución del hecho (como coautores y/o partícipes)[89]; por lo que quedan fuera de la agravante los instigadores -que intervengan antes de la ejecución del suceso- y los partícipes que actúen con posterioridad al mismo en virtud de una promesa anterior.

Finalmente, es coincidente la doctrina en exigir que las tres o más personas deban ser imputables o capaces de culpabilidad al momento del hecho.

---

[88] Ver Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, nº 6, p. 1.216.
[89] DONNA, Edgardo Alberto, *Reformas penales,* ya cit., p. 20.

Por el resultado producido (inciso 3º; párrafos 3º y 4º).

Al analizar estas figuras penales, a cuya composición se agregan circunstancias agravantes que tienen que ver con el resultado producto de un segundo accionar ilícito por parte del sujeto que llevó a cabo el secuestro, podemos sostener que se trata -en realidad- de tipos penales de *acción compuesta, de los denominados tipos penales complejos*; dado que el mismo se caracteriza por la concurrencia de dos conductas, cada una -individualmente- constitutiva de un delito[90] en forma autónoma[91], de cuya unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible.

Por su parte, también debe tenerse en cuenta que la debida atribución de un injusto a su autor debe realizarse conforme a una imputación personal e individual del riesgo con más la imputación objetiva del resultado; ello debido a que en los delitos dolosos es preciso que el autor pretenda la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una conducta peligrosa, mientras que en los tipos imprudentes, por su parte, la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor; por lo tanto, *el dolo y la imprudencia conforman el injusto subjetivo (o personal)*[92].

De acuerdo con ello, la relación de riesgo entre conducta y resultado, incluida la producción de este último, constituye el ámbito del injusto objetivo, a partir de lo cual debe sostenerse que la imputación de un resultado tiene que basarse en la creación de un riesgo imputable y la producción de esta conducta peligrosa precisa de una referencia personal e individual. En conclusión, puede decirse que *la imputación objetiva se basa, pues, en una imputación personal e individual del riesgo*[93].

En base a estas consideraciones, debemos observar que en el primer caso (CP., 142 bis, inciso3°), el ilícito se integra con un secuestro coactivo, por un lado, y la causación de lesiones -graves o gravísimas- (lesión al bien jurídico incolumidad de la persona humana[94]), por el otro (CP., 90/1), resultado que -por su parte- deberá poder ser imputado al agente (indefectiblemente) a título doloso.

---

[90] BETTIOL, Giuseppe, ob. cit., p. 549.
[91] MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 296.
[92] WOLTER, Jürgen, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, en SCHÜNEMANN, Berd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, España, 1984, p. 113.
[93] WOLTER, Jürgen, ob. cit., p. 114.
[94] Sobre el alcance y la extensión del concepto de este bien jurídico ya nos hemos expresado en *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, ya cit., p. 133 y ss.

En el segundo caso (CP., 142 bis, 3° párrafo), el tipo penal se compone de un secuestro coactivo, por un lado, y de un homicidio imprudente (afectación del bien jurídico vida humana[95]) por el otro.

Finalmente, el último y tercer caso en que el secuestro se agrava por el resultado es una figura compleja que se integra con un secuestro, por un lado, y por un homicidio doloso (afectación del bien jurídico vida humana), por el otro.

Como correlato de lo expuesto, y a partir de la correspondencia exacta que debe verificarse entre los aspectos objetivo y subjetivo, desde este último, esta figura legal debe clasificarse como *delito calificado por el resultado*[96], correspondiendo señalar en el análisis de cada agravante particular la composición típica subjetiva de cada tipo legal.

Por último, todos estos supuestos no son más que el producto de una técnica legislativa (deficiente y controvertida) que excepciona -ya a nivel típico- la aplicación de las reglas del concurso de delitos, por lo que no ha sido un acierto su regulación, puesto que los supuestos que podrían subsumirse en dichas disposiciones legales se resolverían, de manera adecuada -a la luz de los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad- con las reglas concursales.

Veamos las particularidades que puede presentar cada una de estas tres circunstancias que agravan el secuestro (por el resultado):

a. La primera de las circunstancias agravantes referidas opera cuando se causaren a la víctima del secuestro lesiones graves o gravísimas.

La cuestión a determinar en este caso es si las normas excepcionan el concurso de dos delitos dolosos o de un delito doloso y otro imprudente.

A nuestro entender, ninguna duda pueda haber de que debe tratarse de lesiones dolosas[97]; ello obedece, en primer lugar, a que el legislador recurre a la expresión *"lesiones graves o gravísimas"*, y éstos son términos técnicos utilizados por la doctrina para referirse a los tipos previstos en los artículos 90 y 91 del Código Penal, respectivamente.

Entonces, ante la posibilidad de interpretar los términos empleados por el legislador en sentido vulgar o en sentido técnico, entendemos que, a partir del principio constitucional de máxima

---

[95] Sobre el alcance y la extensión del concepto de vida -como bien jurídico-, ver CONTI, Néstor Jesús, *La vida como bien jurídico*, artículo publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 1, Número 4, diciembre de 2009, La Ley, Buenos Aires, p. 213 a 225.

[96] Conforme al alcance del concepto que ya hemos brindado.

[97] Con idéntico criterio, FERNANDEZ BUZZI, Juan M., *Las nuevas agravantes de los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo (artículos 142 bis y 170 del Código Penal)*, en www.derechopenalonline.com.

taxatividad legal e interpretativa[98], debe acudirse a esta última alternativa; en virtud de lo cual, debemos entender que la expresión "lesiones graves o gravísimas" utilizada en la ley alude a las figuras típicas referidas (CP., 90 y 91).

En segundo lugar, y partiendo de la base de que nos encontramos frente a figuras legales que excepcionan las reglas del concurso de delitos, dado el monto de pena previsto en abstracto para el caso, sólo puede concluirse en que ése segundo hecho (las lesiones) deben ser dolosas, pues sólo así aparecen como "razonables" las escalas penales previstas por las normas.

b. Las otras dos agravantes se refieren a la muerte de la persona secuestrada, previéndose específicamente cuando la misma sea imputable al autor a título de imprudencia o a título doloso, por lo que puede afirmarse que esta previsión legal ha venido a despejar las dudas interpretativas que existían al respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia antes de la reforma en orden al aspecto subjetivo que debía verificarse respecto de la muerte ocurrida durante un secuestro coactivo[99].

Conforme a ello, podemos afirmar que estamos frente -en el primer caso- a un delito doloso seguido de otro delito imprudente, mientras que, en el segundo caso, tanto el hecho base (secuestro) y el resultado final (muerte) son dos delitos dolosos.

b.1. En el primer caso, cuando se alude a *"muerte no querida"*, sólo se lo hace para distinguirla de aquella muerte sí querida (o dolosa) y, por lo tanto, resulta obvio que el legislador se ha referido a una conducta imprudente, toda vez que la muerte ocasionada a la víctima, cuando es independiente o está desvinculada del secuestro, no tipifica la agravante. Puede tomarse como ejemplo, en este supuesto, el caso en que se secuestre a una persona en la vía pública para ser trasladada en el vehículo en que operan los secuestradores al sitio donde será ocultada y, a consecuencia del manejo imprudente del rodado la víctima muere en una colisión: dicho resultado no será objetivamente imputable a los autores de acuerdo a los tipos penales estudiados, dado que la muerte (que es imprudente) no constituye aquí la concreción del riesgo creado por los mismos, por lo

[98] El axioma que establece que no hay delito si no hay ley, más en concreto, no hay delito si no hay conducta, es decir, no existe delito si no existe una conducta descripta a nivel típico, deriva del *"nullum crimen sine conducta"*, ahora, en tanto la última de estas afirmaciones opera ante un supuesto de ausencia de conducta, la primera de ellas lo hace ante la falta de una norma válida en materia penal (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 93 y ss.). En el mismo sentido, ha sido afirmado que el contenido del principio de legalidad viene dado por la reserva de ley -*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*- y la exigencia de taxatividad y de certeza -*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*- (BUSTOS RAMIREZ, Juan – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 1, Trotta, Madrid, España, 1997, p. 81).

[99] SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas*, *T II: "El Juicio"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 959 y ss.

que correspondería aplicar lo normado por el artículo 84 del Código Penal en concurso ideal con las figuras delictivas motivo de estudio.

Como se advierte, estamos frente a supuestos en que no se verificaría conexión de tipo alguno entre el delito base (secuestro) y el resultado (muerte), ni objetiva ni subjetiva[100].

Ello importa afirmar que la consecuencia amenazada con pena más grave debe ser imputada al menos con imprudencia al autor, siendo esta regla una consecuencia directa de la vigencia del principio de culpabilidad[101] (*nullum crimen sine culpa*); el cual no es tan sólo una garantía para el acusado de un delito, sino prevista respecto de todos los ciudadanos; por lo que, para hacer operar acabadamente esa garantía, debe verificarse su respeto ya en el nivel de la tipicidad[102].

Dicho extremo no es objeto de discusión por parte de la doctrina.

En este mismo sentido, ha sido por demás importe esta modificación implementada por el legislador (más allá de los reparos que la misma merece, a lo que luego nos referiremos), por cuanto antes de la sanción de la ley que ha dado lugar a este estudio la doctrina nacional mayoritaria sostenía que esta agravante alcanzaba a los homicidios dolosos y a los preterintencionales, no así a los imprudentes, exigiendo -por su parte- que el resultado tuviese relación directa con la privación de la libertad (secuestro), de manera que causas accidentales no pudieran ser imputadas al autor[103].

Si, por ejemplo, un sujeto secuestra a una persona con fines coactivos y luego la oculta en el sótano de su vivienda para poder gestionar la obtención de su exigencia, olvidando alimentarla durante el tiempo que dure su cautiverio (a consecuencia de lo cual deviene su muerte), responderá por esta figura agravada (secuestro + muerte imprudente); ello, por cuanto el resultado muerte de la víctima devino como consecuencia de su falta de alimentación.

Queda claro entonces que debe verificarse también, además de los extremos aludidos, una relación de causalidad entre la conducta constitutiva del hecho base y la consecuencia que agrava la misma.

En este sentido, no corresponderá aplicar la agravante -por ejemplo- si la víctima, luego de liberada, sale de la casa donde estuvo cautiva y se le cae del balcón una maceta que el secuestrador

---

[100] SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas, T II, "El Juicio"*, ya cit. p. 1.033/4.

[101] PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, *Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado*, en Cuadernos del Departamento de derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de córdoba, Nº 3, 2000, p. 224.

[102] PEREZ BARBERÁ, Gabriel, ob. cit., p. 226.

[103] NUÑEZ, Ricardo, ob. cit., p. 151. En el mismo sentido, DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 151. En contra, ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, en *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, España, 1995, p. 124, quienes manifiestan que *"...la cualificación del resultado se debe haber producido al menos de forma culposa"*.

había colgado sin el debido cuidado, provocándole la muerte, por cuanto dicho obrar negligente del secuestrador no guarda ninguna relación con el secuestro[104].

En tal supuesto, tendrían que aplicarse las reglas del concurso real.

Por su parte, no podemos dejar de advertir que, de acuerdo a las pautas interpretativas dadas, que intentan ser respetuosas de los principios constitucionales de estricta legalidad y culpabilidad, el legislador se ha excedido por completo en la escala penal prevista en abstracto para el caso aquí analizado.

En efecto, si las disposiciones estudiadas -como estructuras típicas complejas- excepcionan las reglas del concurso de delitos, debemos observar que de acudirse a su aplicación la escala penal debería ser de cinco a quince años en el supuesto del concurso ideal (CP., 54, 84 y 142 bis), y de cinco a veinte años en el caso del concurso material (CP., 55, 84 y 142 bis); pues estamos frente a la comisión de los delitos de secuestro coactivo con más un homicidio imprudente que deviene como resultado "no querido" por el autor, pero sí imputable al mismo; ello, por los fundamentos antes brindados.

Se advierte claramente que la escala penal de quince a veinticinco años prevista para el caso aparece, al menos, como desproporcionada; lo que puede importar la inobservancia del principio de culpabilidad, ya a nivel típico.

A nuestro criterio, éste debe ser un extremo a tener muy en cuenta por el juez al momento de dosificar la sanción punitiva en el caso en concreto.

b.2. Finalmente, en el segundo caso, el legislador ha previsto la combinación de un delito doloso (el secuestro) con un resultado doloso más grave (la muerte).

Dicho resultado no sólo tiene que haber sido previsto y conocido por el autor, sino que debe verificarse también una relación de conexión objetiva y subjetiva entre el secuestro y la muerte. Si no existe tal conexión, deberán aplicarse las reglas del concurso.

Con respecto a esta exigencia de acreditación de la conexión (objetiva y subjetiva) entre el secuestro y la muerte, debemos recordar que ello deviene imperativo, por un lado, a partir del principio según el cual sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una conducta humana cuando la misma haya creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico[105] y que, a su vez, esté comprendido en la estructura de un tipo legal.

[104] De opinión contraria, REINALDI, Víctor Félix, ob. cit., p. 138, por cuanto, a partir de un ejemplo similar al aquí utilizado, concluye en que el resultado deviene como *preterintencional* (¿?).

[105] ROMERO, Gladys N., *Algunas Cuestiones de Derecho Penal*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 1999, § 3 "La relación de causalidad en los delitos de resultado", p. 83 y ss.

En este tren de análisis, debe observarse que la expresión *"querida"* ahora utilizada por el legislador en los párrafos comentados, exige la verificación de dolo directo por parte del autor, quedando excluida la posibilidad de que la muerte pueda imputarse (para aquellos que lo admiten) a título de dolo eventual[106], ya que esta forma de dolo no requiere ese elemento volitivo, sino sólo una aceptación del resultado representado por el autor; representación que importa -necesariamente- su previo conocimiento.

Así, podemos tomar como ejemplo el caso en que una o varias personas secuestren a otra con fines coactivos y, durante el período de cautiverio, ésta lograra hacerse de un arma con la que intentará defenderse del ataque ilegítimo que viene sufriendo y recuperar así su libertad[107], situación ante la cual sus cuidadores se ven compelidos a matarlo en resguardo de sus vidas[108], verificándose en dicho supuesto la ocurrencia de una muerte dolosa que queda comprendida, obviamente, dentro del riesgo creado por la conducta constitutiva del hecho base (secuestrar) y deslindada, por otra parte, a la muerte prevista por el numeral 80 inciso 7º del elenco sustantivo.

Por el contrario, muy distinto sería el caso en que el agente tuviese planeado dar muerte a la víctima antes de secuestrarla (*muerte dolosa*), supuesto en el cual el atentado contra la libertad ambulatoria sólo constituirá un medio para otro fin contenido en el plan del autor -aunque punible de manera autónoma-, por lo que serían aplicables a la hipótesis fáctica planteada las reglas del concurso de delitos[109], pero *nunca* las normas que estamos analizando.

De ello se colige que cualquier supuesto en que la muerte obedezca a alguna de las circunstancias agravantes previstas por el numeral 80 del elenco penal torna aplicable dicha disposición legal (en concurso real con la aquí comentada, en su estructura base), descartándose la posible atribución de aquél resultado muerte en el contexto del figura penal estudiada.

ATENUANTES.

La ley 25.742 introdujo una circunstancia atenuante para el caso en que uno de los partícipes se esforzare para que la víctima recupere la libertad, exigiéndose la desvinculación del sujeto de los restantes partícipes.

---

[106] No es nuestro caso, de acuerdo al concepto de dolo que hemos adoptado.
[107] Ello es factible puesto que, como ya lo expusiéramos, se tratan los casos estudiados de delitos permanentes.
[108] Pues a ellos no los ampara (en ninguno de estos casos) la legítima defensa (CP., 34 inciso 6º "a contrario").
[109] Entre una privación ilegítima de libertad o secuestro (depende la finalidad perseguida por el autor) y un homicidio agravado por alevosía.

El requisito, para que pueda aplicarse esta pena disminuida, es que la libertad de la víctima no debe haber sido otorgada por el secuestrador como consecuencia del logro de su propósito (o el cobro del rescate o logro de la exigencia dirigida a la víctima o un tercero), sino por su accionar, que busca la liberación de la persona cautiva, al momento que se desvincula de los otros socios en el hecho.

Tomemos como ejemplo la siguiente hipótesis de trabajo: tres personas se ponen de acuerdo para llevar a cabo un secuestro; dos de ellas se encargan de sustraer a la víctima de su lugar de trabajo para conducirla al lugar donde la mantendrán cautiva mientras gestionan la obtención de la exigencia ilegítima, mientras que el tercero es quien se encarga de cuidar y vigilar a la víctima. Al día siguiente, los dos primeros se dirigen a un locutorio desde donde se comunican con los familiares y piden el cumplimiento de lo requerido por su liberación; en tanto que el tercer sujeto (vigilador), conmovido por el llanto incesante del secuestrado y por escuchar la súplica desgarradora del mismo, decide abortar por su cuenta (sin comunicación a sus dos compañeros) el secuestro y llama a la policía avisando donde se encuentra secuestrada la persona para que puedan hallarla, lo que efectivamente ocurre a los pocos minutos y sin que se hubiese obtenido el fin perseguido.

Como se advierte del ejemplo, el delito ya está consumado con la privación ilegítima de la libertad para procurarse el rescate, por lo que el desistimiento del conmovido secuestrador no puede dejar su conducta impune[110], mucho menos la de los otros dos que estaban gestionando el cumplimiento de la exigencia.

A pesar de nuestra opinión, no podemos dejar de advertir al lector que existe jurisprudencia que parecería admitir la posibilidad del desistimiento a partir de un razonamiento un tanto complejo al expresar que *"…No puede haber desistimiento en la tentativa de comisión del delito de secuestro extorsivo cuando la decisión del imputado de entregarse al personal policial no fue tomada libremente sino a consecuencia de que el hallazgo por parte de éste de la agenda que había olvidado lo sindicaría como el autor del delito…"*. ¿Habrá querido decirse que si el imputado se hubiese entregado sin que existan "pistas" acerca de su identidad el hecho hubiese constituido un desistimiento de la tentativa? Como puede advertirse, además de la complejidad de la interpretación jurisdiccional, la misma resulta ser -al menos- cuestionable.

Es así entonces que, a partir de todo lo señalado, podemos concluir en que el fundamento real de esta circunstancia aminorante de la penalidad viene dado en que, al momento de procurarse la

[110] Cámara Nacional de Casación Penal, S. I, "Delea, Héctor", sent. del 20-10-2005.

libertad de la víctima del secuestro, la tentativa ya no es posible y, de la misma manera que resultaría injusto dejar esa conducta impune, también sería injusto castigarla igual que la que llevaran a cabo los otros dos delincuentes.

Estas son las circunstancias que, a nuestro criterio, fundamentan la reducción de la escala penal aplicable al caso.

JURISDICCIÓN COMPETENTE ¿ORDINARIA O DE EXCEPCIÓN?

Ha dado lugar a incesantes e importantes discusiones -doctrinarias y jurisprudenciales- el tópico concerniente a la competencia jurisdiccional a la que corresponde investigar y juzgar los ilícitos que aquí se están analizando. En virtud de ello, intentaremos aquí desbrozar si estos delitos encuadran dentro de las excepciones de competencia esbozadas en el artículo 3, inciso 5° de la Ley 48.

Ello así, corresponde la transcripción textual de la citada norma para su posterior análisis:

> *"**Artículo 3.-** Los jueces de sección conocerán igualmente de todas las causas de contrabando y de todas las causas criminales cuyo conocimiento competa a la Justicia nacional, a saber:… 5) (Inciso agregado por ley 20661, y texto según ley 23817, artículo 1) Los delitos previstos por los artículos 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, a excepción de la simple tenencia de un arma de guerra salvo que tuviere vinculación con otros delitos de competencia federal, 212 y 213 bis del Código Penal…."*

Una interpretación taxativa del texto transcripto nos lleva a la inexorable conclusión de que la competencia para entender en la materia es la de excepción, es decir, la federal.

Sin perjuicio de ello, claro está que siguiendo ese camino se provocaría una inflación procesal más que notoria en dicho fuero, pues si la totalidad de causas que se inicien por delitos de secuestros -que, al menos en la provincia de Buenos Aires, son lamentablemente una gran cantidad- van a parar al fuero de excepción, éste ya dejaría de ser excepcional, cuando el fundamento para incitar esa jurisdicción, a nuestro entender, es otro muy distinto.

En este sentido, bien ha sostenido la jurisprudencia que la previsión del inciso 5° del artículo 3° de la Ley 48 resulta solamente una presunción atributiva de competencia que debe ser descartada

cuando se acredite que los hechos tengan estricta motivación particular, es decir, que no sea posible la afectación de la seguridad del Estado Nacional o de sus instituciones[111].

En la misma dirección se ha expedido nuestro máximo organismo jurisdiccional nacional al decir que las causas en las que se imputa la comisión de alguno de los ilícitos previstos en la disposición legal a la que se viene aludiendo, deben tramitar, en primer término, ante la justicia federal, sin perjuicio de la competencia ordinaria en los casos en los se revele inequívoca y fehacientemente que los hechos tienen estricta motivación particular y que, sumado a ello, no existe posibilidad de que se afecte directa o indirectamente la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones[112].

Consecuentemente, según el criterio esbozado en el párrafo que antecede, en primer lugar se deberían iniciar las investigaciones en el marco de la justicia federal la que, en caso de referir la existencia de las causales mencionadas, deberá declinar su competencia a favor de los tribunales provinciales.

Claro está que el acceso a la justicia de excepción, como bien lo dice la palabra, debe ser restrictivo. Ergo, el análisis de la normativa atributiva de competencia debe ser -también- limitativo al respecto. Así, como ya hemos adelantado, se debe evitar la inflación procesal en esa jurisdicción, descartando ilícitos donde no se ponga en riesgo la seguridad nacional y que sólo tengan neta finalidad y/o motivación particular.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que en los supuestos de ilícitos que tramiten ante la jurisdicción federal y que -tardíamente- el órgano interviniente decida declarar su incompetencia a favor del fuero provincial, se genera la discusión acerca de si dicha circunstancia llega o no a afectar la garantía procesal que debe reconocerse a toda persona a ser juzgada en un plazo razonable, lo que podría implicar una clara restricción o denegación de justicia[113], es que debe buscarse una interpretación normativa mediante la cual se bregue por el cumplimiento de los juzgamientos en un tiempo racional y sin dilaciones indebidas.

Como consecuencia de lo señalado entendemos que, en los casos en los que la declaración de incompetencia sea procesalmente tardía -colisionando contra una de las máximas garantías que debe

[111] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III causa n° 539 (n° Presidencia 5240) "O., P. C. s/ recurso de casación", fallo del 14/10/2003
[112] Fallos 306:434; 290:362; 293:483; 293:183; 300:490; 318:53; 324:1627
[113] Lo que violentaría los derechos estatuidos en el artículo 6.1 del Convenio de Roma, en el artículo 7° párrafo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos; ello, conforme lo dispuesto por los artículos 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna y 15 segundo párrafo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

resguardarse en el proceso penal-, el proceso debe seguir tramitando en el organismo que primero intervino, con el objetivo de cumplir con los plazos razonables del proceso.

A partir de lo hasta aquí señalado, sumado a que el artículo 14.3.C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CN., 75 inciso 22°) consagra el derecho a ser juzgado sin demoras indebidas, es que reforzamos nuestra idea de que el fuero federal debe -necesariamente- ser de excepción.

Por demás elocuente resulta ser la opinión de Clariá Olmedo cuando afirma que la llave que abra la competencia federal penal debe determinarse por un solo motivo, comprensivo de todos los demás: cuando exista un claro atentado contra intereses de la soberanía o seguridad del Estado, con lo que debe restársele importancia al lugar de comisión, al autor, a la víctima o a cualquier otra situación[114].

La mayoría de la jurisprudencia existente al respecto versa sobre casos de secuestros extorsivos (muchos de ellos con mucha repercusión mediática), por lo que sus citas y comentarios se habrán de realizar al analizar el delito de mención.

Empero, lo que debe precisarse al respecto es que, sin perjuicio de haber dictaminado a favor de la competencia de excepción, la Corte Suprema de Justicia Nacional se ha sustentado en reiterados pronunciamientos (a los que se aludiera precedentemente), en los fundamentos que hasta aquí se han señalado: afectación de interés del estado, seguridad común, celeridad procesal y unicidad de investigaciones.

En orden a la causa que se viene mencionando, el Alto Tribunal no sólo fundó la competencia de excepción en que el hecho tomó gran notoriedad pública y mediática -lo que a veces sólo sirve para ensombrecer los criterios jurídicos pertinentes- sino también en que la banda actuó en diferentes jurisdicciones provinciales, que se realizó una investigación a nivel nacional y por medio de una unidad especial creada a esos efectos, todo por lo cual claramente se afectaba -en ese entonces- la seguridad nacional.

En síntesis, consideramos que las conductas que deban ser subsumidas legalmente en la figura penal estudiada deben excitar la competencia ordinaria, salvo, claro está, que los hechos que deban ser juzgados importen o conlleven afectación al interés del estado y la seguridad nacional, en cuyo caso deberá entender la jurisdicción de excepción, debiendo garantizarse -siempre- el debido

[114] CLARIA OLMEDO, Jorge, *Competencia Penal en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 167/8.

proceso legal al justiciable, en especial en cuanto a que debe ser juzgado en un plazo razonable, sin las dilaciones indebidas que las cuestiones de competencia suelen conllevar.

Decomiso ¿o confiscación?

El decomiso instaurado en el Título II "De las Penas" del Código Penal (artículo 23) como una especie de pena, tiene dos claras finalidades: impedir la reutilización de objetos empleados para cometer el delito y procurar que el condenado no conserve el producto del ilícito para su disfrute.

El artículo 1 de la citada Ley n° 25.742 -y posteriormente la Ley n° 25.815- incorporó al artículo 23 del ordenamiento fondal una norma por medio de la cual expresamente se agregan entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima de los ilícitos previstos en los artículos 142 bis y/o 170.

Textualmente, con la modificación (subrayando lo incorporado por la misma), la disposición bajo análisis reza:

"En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en éste Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, a favor del Estado nacional, de las Provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éstos.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima

El Juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o de indemnización del damnificado y de terceros."

Luego de una rápida lectura de la norma en comentario se deduce sin dificultad que se trata, en realidad, de una reforma que logró una mera refinación particular del contenido general que ya ostentaba la disposición analizada; ello por cuanto, con la anterior redacción, el magistrado interviniente ya contaba con las herramientas legales necesarias para obrar conforme a las consecuencias hoy buscadas.

Sin olvidarnos, como ya adelantáramos en capítulos anteriores, que esta modificación legal se enmarcó en una realidad delictual que a partir del año 2001 azotó a nuestro territorio nacional, en forma de *"moda delictiva"*. Es por este motivo que, tal como ya fuera señalado, no puede analizarse el tema sin tener especialmente en cuenta el informe final de la Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas -creado por decreto de Presidencia de la Nación n° 1651/02.

En efecto, en dicho informe se denota la "insuficiente" previsión del numeral 23 de la ley fondal, siendo -en palabras utilizadas por el legislador preopinante- "repugnante" al buen sentido común que los objetos que sirvieron para perpetrar o mantener un secuestro, continúen en poder del delincuente.

Así, lo que pretendió hacer -y logró- la Comisión fue aludir a que las consecuencias de este tipo de delitos no deben solamente acotarse a las sanciones privativas de libertad, sino que deben proyectarse sobre el patrimonio del delincuente para que, con ello, se procure asistir correctamente a la víctima. A partir de ello queda claro que -a diferencia del comiso genérico- esta especial previsión tiene como finalidad manifiesta otorgarle un destino especial al objeto del decomiso: la asistencia a la víctima.

Ahora, si bien en párrafos anteriores hemos esbozado los fundamentos que dieron sustento a esta modificación legal, consideramos que con ello no resulta suficiente poder justificar la reforma en cuestión.

A pesar de ello, reafirmamos nuestra opinión acerca de que la solución que hoy trae la ley mediante la norma vigente ya se encontraba insita en la disposición legal finalmente reformada (CP., 23) y, además, con mucha mayor laxitud que en la normativa civil.

En definitiva, actualmente -con la sumatoria de las dos ramas normativas- el damnificado de este tipo de ilícitos tiene una amplia gama de instrumentos para hacer efectivas las pertinentes demandas por resarcimiento económico sobre bienes del condenado.

Vale realizar citas jurisprudenciales que, al respecto, nos aportan mayor especificidad en cuanto a la casuística aplicada.

Con respecto a los bienes adquiridos con el resultado del pago de un rescate, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín ha dicho que *"...No corresponde el decomiso del automóvil Seat Ibiza incautado al imputado, por no resultar acreditado de modo fehaciente que su adquisición se hubiera efectuado con el dinero obtenido del hecho que nos ocupa..."*[115].

También ha sido objeto de valoración por parte de los Tribunales si media o no pedido del Fiscal con respecto al secuestro y si se ha producido prueba suficiente en el caso para acreditar la titularidad del bien.

De esa forma, ha sido dicho por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial de San Martín que *"...En cuanto a la vivienda donde permaneciera cautiva la víctima contamos con escasos elementos y antecedentes, pues no se ha realizado prueba suficiente en la etapa de instrucción que permitiera dilucidar su titularidad. Por ello y teniendo en cuenta que*

[115] Causa n° 1.624, caratulada "Campos Pareja, Eduardo Manuel y otros", sentencia del 28/05/2007.

siquiera fue solicitado su comiso por el Fiscal de juicio, se considera que no es aplicable el artículo 23, párrafo 6° del Código Penal…"[116].

Con una clara posición crítica, puede llegar a sostenerse que el legislador ha avanzado sobre el derecho de la propiedad teniendo una simple base objetiva que habilitaría el decomiso de un bien donde se hubiere retenido a un sujeto, excediendo la responsabilidad de quien fuera el propietario del bien. En ese sentido, en lugar de un decomiso, estaríamos frente a una clara confiscación de bienes, vulnerando clara y notoriamente el derecho de propiedad del titular del bien, sin que se cuestione o analice la procedencia del mismo.

En este mismo orden de ideas, es dable mencionar que para habilitar el decomiso o, mejor dicho, la confiscación de bienes, el titular de los mismos debe haber sido -al menos- condenable -sea cual fuere el grado de su participación- por el delito que se viene comentando.

Cabe mencionar, a modo enunciativo solamente, que siempre se deben tener previstos los derechos que terceros ajenos al delito tengan sobre los bienes. En ese sentido, si bien se pueden decomisar los instrumentos utilizados para cometer el delito -sin que sea necesaria respecto de los mismos la titularidad por parte del condenado-, siempre se deben dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificados y terceros; por cuanto puede sostenerse que, precisamente, el tercero no inculpado ni responsable penalmente por el ilícito cometido no puede ser alcanzado por el decomiso salvo, claro está, que haya participado en algún grado del suceso delictivo[117].

En resumidas cuentas, a modo de corolario del presente acápite, hemos de verter dos conclusiones que resultan -a nuestro entender- claras:

1. No era necesaria la especial disposición de decomiso prevista por la Ley n° 25.742, ya que bastaba con las previsiones que ya contenía el artículo 23 del Código Penal.
2. Este comiso especial, en realidad, encubre una confiscación de bienes que, a todas luces, deviene ilógica a la luz de las previsiones que deben ser primordiales en el sostenimiento del derecho de propiedad de los individuos.

---

[116] Causa n° 1.586, caratulada "Gómez, Abel Segundo y otros", Sentencia del 04/03/2008.

[117] Así lo ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en causa "García, Marcelo s/Recurso de casación", sentencia del 23/08/2002.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Comentario de la ley 25.742, para la prevención del secuestro de personas*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2003, nº 6, p. 1.231.

ABRALDES, Sandro – MAIULINI, Federico, *Sobre las reglas jurídicas del denominado "caso de los doce apóstoles"* (nota al fallo), en La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 1.433.

Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, nº 6, p. 1.216.

BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.

BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008.

BARREIRO, Gastón y otros, *Secuestro extorsivo*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2005.

BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1965.

BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T I, Mave, Corrientes, Argentina, 2000.

BUSTOS RAMIREZ, Juan – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 1, Trotta, Madrid, España, 1997.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Competencia Penal en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, Argentina

CONTI, Néstor Jesús – SAUMELL, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, Buenos Aires, Argentina, 2007.

CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra,* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008.

CONTI, Néstor Jesús, *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2006.

CONTI, Néstor Jesús, *Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado*, en Temas de Derecho Penal Argentino, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006.

CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7° edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007.

CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.

CHIESA, Pedro J. M., *El delito de extorsión y sus especies en el Código Penal argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1989.

DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000.

DAMIANOVICH, Laura, *Unas reflexiones acerca del secuestro extorsivo*, en La Ley, 1.997-D, p. 974.

DÍAZ RIPOLLES, J. L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.

Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial,* T II-A, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto (compilador), *Reformas penales*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, en *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, España, 1995.

ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2ª edición, actualizada y ampliada, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2007.

FERNANDEZ BUZZI, Juan M., *Las nuevas agravantes de los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo (artículos 142 bis y 170 del Código Penal)*, en www.derechopenalonline.com.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos – MILLÁN, Alberto, *La reforma Penal. Ley 21.338*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980.

HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* T. 3, Losada, Buenos Aires, Argentina, 1965.

MARTINEZ, Stella Maris, *Las figuras del artículo 142 bis del Código Penal*, en *Delitos contra la propiedad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.

MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, T. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, España, 1998.

MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996.

MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus* antecedentes, T. V, Tommasi, Buenos Aires, Argentina, 1923.

MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal,* T. IV, Lerner, Córdoba, Argentina, 1989.

NÚNEZ, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1999.

ODERIGO, Mario, *Código Penal anotado*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1965.

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, *Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado*, en Cuadernos del Departamento de derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de córdoba, Nº 3, 2000.

REINALDI, Víctor Félix, *Delincuencia armada*, 2ª edición, Meditarránea, Córdoba, Argentina, 2004.

ROMERO, Gladys N., *Algunas Cuestiones de Derecho Penal*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General,* T. 1, Civitas, Madrid, España, 2001.

SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas*, *T II: "El Juicio"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.

SANCINETTI, Marcelo en *Análisis Crítico del Caso Cabezas, T. I, "La Instrucción"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000,

SIMAZ, Alexis Leonel, *El delito de hurto simple en el Código Penal argentino (CP., 162)*, Colección *Materiales de Cátedra* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2006.

SIMAZ, Alexis Leonel, *Una nueva modalidad delictiva: el secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, La Ley, Buenos Aires, Argentina, abril de 2009, p. 11/2.

SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987.

VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2004.

WOLTER, Jürgen, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, en SCHÜNEMANN, Berd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, España, 1984.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General,* Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La función reductora del derecho penal ante un Estado amenazado (o la lógica del carnicero responsable)*, en "¿Más Derecho?", Di Plácido, 2003/III, Buenos Aires, Argentina.

Secuestro Extorsivo

Por **Néstor Jesús Conti**[1]

Art. 170 del C.P.: ***"Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.***

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.

Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.

Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.

Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad."

Introducción.

Lamentablemente, este tipo de delitos -de tanto en tanto- se ponen de moda.

[1] Docente regular por concurso en la Asignatura Derecho Penal. Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

Se han verificado a lo largo de nuestra historia momentos en que se incrementa notoriamente la cantidad de secuestros que obedecen a los más variados motivos.

Cada vez que ello ocurría, la sociedad reclamaba a gritos una urgente respuesta del poder político; concretamente, mayor seguridad.

Ello se debía a que el fenómeno del secuestro de personas había adquirido por aquellos tiempos una relevancia excluyente que evidenció la necesidad de adoptar medidas sustanciales para prevenir y reprimir esa expresión delictiva (ABOSO, 2003:1231).

Erróneamente, más aún en nuestros días, existe la falsa creencia de que el aumento de las penas o la sanción de nuevas leyes penales puede detener o hacer desaparecer el delito cuando, históricamente, ha sido demostrado que ello no es así (ZAFFARONI, 2003:225/6).

Diferencias de las figuras de secuestro actualmente legisladas.

Tan pronto como se analiza la norma antes transcripta, puede advertirse que se verifica una relación de *especialidad* o *especificidad*, entre la aquí analizada y el delito previsto por el numeral 142 bis del elenco fondal (secuestro coactivo), circunstancia ésta que ha llevado a que en los anteproyectos de Reforma Integral al Código Penal de los años 2006 y 2013 sólo se dejara vigente una de ellas, la que contempla el secuestro coactivo, por cuanto exigir rescate por la liberación de una persona es lo mismo que exigir cualquier otra cosa, a cambio, claro está, de la restitución de la libertad ambulatoria del secuestrado.

Así ha sido entendido por la jurisprudencia al sostenerse que:

"...La conducta de quien priva ilegalmente de la libertad a otra persona, con el fin directo e inmediato de afectar la propiedad de la secuestrada y de sus hijos, mediante la obtención de un pago por la liberación de aquella, configura el delito tipificado en el artículo 170 del Código Penal, por ser más específico que el tipo genérico del artículo 142 bis del mismo cuerpo legal, pues el primero contiene elementos especificadores de lesión predominante al bien jurídico de la propiedad, aunque este perjuicio se logre por medio de vulnerar el bien jurídico de la libertad individual. Entre los artículos 142 bis y 170 del Código Penal media una relación de especialidad, que está dada sobre todo por la finalidad tenida en mira por el sujeto activo, la cual en los delitos contra la libertad personal resulta impulsada por la voluntad de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer o tolerar algo en contra de su voluntad, para obtener un lucro o beneficio -como el cobrar por hacer menos

gravosa la detención-, o hacer trabajar a la persona en provecho del agente o de un tercero (...), que sea totalmente ajeno al propósito que, en cambio, es específico del secuestro extorsivo prohibido por el artículo 170, cual es el de obtener rescate -precio o valor económico- por la liberación del rehén, afectando así la propiedad de éste o de un tercero..."[2].

En efecto, secuestrar a una persona para exigirle el pago de rescate a cambio de su libertad, a ella o a otra, no es distinto a exigirle que haga algo en contra de su voluntad (ella misma u otra), pues además de lesionarse la libertad ambulatoria de la persona secuestrada, se afecta la libertad de autodeterminación de ella misma o de un tercero al exigirse el pago por su liberación, además de importar dicha conducta un ataque a la propiedad ajena (sea de la propia víctima del secuestro o de un tercero al que se le pide el rescate por la libertad de aquél).

Características del tipo penal que hacen a su denominación.

La particular redacción que el legislador ha dado a la figura legal sometida aquí a estudio (mediante la sanción de la ley 25.742/03) ha modificado sustancialmente el texto original y, consecuentemente, su estructura objetiva y subjetiva.

Así, resulta de importancia destacar esas connotaciones normativas a los efectos de su correcta interpretación a los fines de lograr un máximo respeto al principio de legalidad al momento de tipificar las conductas objeto de judicialización; por cuanto corresponde observar -en primer lugar- que de acuerdo a la forma de la descripción legal, estamos frente a un tipo penal cerrado en el que las conductas prohibidas por el legislador se hallan claramente individualizadas[3] -a las que se conmina con una pena-, sin que le sea menester al operador o al intérprete acudir a otras normas o reglas generales que se encuentren fuera del tipo penal -característica de los tipos abiertos-, por cuanto la norma analizada contiene en su redacción la totalidad de las condiciones exigidas para la subsunción de las conductas juzgadas.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que de acuerdo a la forma en que se encuentra individualizado el pragma conflictivo (ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000:417)[4], estamos

[2] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, causa nº 44.283, *"Puccio, Arquímedes y otro"*, del 21/11/1995, en PJN intranet.

[3] Primer conducta: secuestrar <<*sustrayendo, reteniendo u ocultando*>> y, segunda conducta: pedir rescate a cambio de la libertad privada.

[4] *"La acción y su obra constituyen el pragma conflictivo que es lo que el tipo capta: cierto pragma conflictivo, cierta acción que reconfigura el mundo de cierta manera conflictiva"*.

frente a un delito de resultado[5], por cuanto la conducta básica prohibida por las normas (secuestrar) consisten en una consecuencia de lesión del bien jurídico primeramente tutelado (libertad ambulatoria), separado espacial y temporalmente de la conducta del autor (ROXIN, 2001:328). En este mismo sentido, y teniendo en cuenta el grado de afectación del bien jurídico exigido por la norma, también se trata de un delito de lesión[6], esto, íntimamente vinculado a su clasificación como delitos de resultado, ya que el legislador ha demandado -en abstracto- un daño, menoscabo o detrimento concreto en el objeto de la conducta llevada a cabo por el agente, que es de carácter material: la privación ilegítima de la libertad de una persona con miras a la obtención de algo a cambio de su liberación (en el caso, el pedido de rescate).

Al igual que cualquier delito contra la libertad (primer bien jurídico atacado mediante este delito) se trata de un delito instantáneo y de efectos permanentes, puesto que la realización de las conductas típicas importan un estado consumativo en que el delito permanece y continúa en el tiempo, durante el cual -*ininterrumpidamente*- se sigue consumando (FONTAN BALESTRA, 1995:466).

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que:

> *"…la privación ilegal de la libertad es un delito que sin mengua de su consumación instantánea es de naturaleza permanente y dura mientras dure el cercenamiento de su libertad…"*[7].

Por demás importante resulta destacar, de igual manera, que de acuerdo a la forma en que las conductas están previstas por la norma, se trata de un delito de acción compuesta, de los denominados tipos o delitos complejos, toda vez que el tipo penal estudiado se caracteriza por la concurrencia de dos acciones o conductas, cada una constitutiva -en sí misma- de un delito, de cuya unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible (MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARAN, 2000:292); siendo que esas acciones o conductas están previstas normativamente para ser llevadas a cabo por el agente de manera alternativa, por cuanto la realización de cualquiera de las típicamente previstas configura el injusto[8], no resultando necesaria la ejecución de las mismas de forma

[5] Entre éstos, y teniendo en cuenta que la conducta prohibida no destruye el bien jurídico, sino que sólo corta transitoriamente su disponibilidad por parte de su titular, como delito de resultado temporal (SILVESTRONI, 2004:228).
[6] Existen quienes consideran este delito como de peligro, pues comienzan su análisis a partir del bien jurídico propiedad (DONNA, 2001:147), (VILLADA, 2004:25).
[7] Tribunal Oral Criminal nº 7, *"Maldonado, José"*, sent. del 19-06-2001, en La Ley, 2002-B, 691.
[8] Es un tipo penal casuístico alternativo *"…todo aquél en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor, totalmente equivalentes…"* (JIMENEZ DE ASUA, 1965:916).

acumulativa o *sucesiva*, sin perjuicio de que esto último -a veces- pueda ocurrir así, hipótesis en que no se podrá considerar la posibilidad de multiplicar la tipicidad.

Finalmente, y a tenor de la cantidad de bienes jurídicos contenidos por las normas, tal como ya fuera señalado para los supuestos extorsivos antes analizados, se trato de un delito pluriofensivo, en razón de que las conductas contenidas en el tipo penal (al ser constitutivas -cada una de ellas- de delitos en forma autónoma), atacan dos bienes jurídicos diferentes: "libertad -ambulatoria-" y "propiedad", correspondan o no a la misma persona.

De todo lo dicho y de la atenta lectura de la disposición legal sometida a comentario puede advertirse que el legislador ha castigado la privación ilegítima de la libertad (mediante una modalidad distinta a la del tipo básico del numeral 141 del elenco fondal) como "medio" tendiente a la obtención de un fin que trasciende a ella, fusionando en un mismo tipo legal dos conductas que dan origen a un tipo penal complejo (secuestro), puesto que, individualmente, cada conducta constituye delito en sí misma (BETTIOL, 1965:549): primero ocurre un "secuestro" (no una simple privación ilegítima de libertad) y, luego, una extorsión; verificándose una conexión o concatenación -tanto objetiva como subjetiva- entre el delito medio y el delito fin.

De acuerdo al diccionario de la Lengua Española[9], debe entenderse por *secuestrar*, de acuerdo a la primera acepción del vocablo, *raptar a una persona exigiendo algo por su rescate*.

En el mismo sentido, *secuestro* no es otra cosa que la acción y efecto de secuestrar, o sea, raptar o aprehender a una persona en forma ilegítima para pretender una exigencia a cambio de la liberación de la misma.

De la conjunción de las conductas -antes explicadas- que debe llevar a cabo el agente para cometer el delito estudiado surge sin posibilidad de equívoco alguno la denominación de *secuestro extorsivo* a la ha acudido la doctrina en general.

Así, la jurisprudencia ha definido al secuestro extorsivo como:

> *"...una privación de la libertad caracterizada por la finalidad del autor de sacar rescate, que se consuma como delito en el momento de privar de la libertad a una persona con el propósito de lograr una disposición patrimonial..."*[10].

Aspecto objetivo de la figura penal.

Sujetos del delito.

[9] Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994, p. 599.
[10] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 3.803, sentencia del 12-09-2002.

Si se tiene en cuenta la ausencia de exigencias en orden a las cualidades requeridas para poder asumir el rol de sujeto activo del delito, se debe concluir en que se trata el injusto estudiado de un *delito común* o *de titularidad indiferenciada*, puesto que cualquier persona puede llevar a cabo cualquiera de las conductas prohibidas por la norma; ello, más allá de llegar a tornarse aplicable alguna de las circunstancias agravantes específicas previstas por la disposición legal en caso de que el autor revista alguna cualidad especial.

Por su parte, si se tiene en cuenta que la norma abstracta no exige -en su modalidad básica- la concurrencia de personas para la realización de las conductas prohibidas, debe ser clasificado este delito como *individual*, más allá de que aquello efectivamente ocurra, caso en que se aplicarán las reglas de la coautoría o participación; o bien, la modalidad agravada cuando concurran tres o más personas en la comisión del ilícito.

Por su parte, la exigencia de pagar el rescate para la liberación puede estar dirigida a la víctima del secuestro o a un tercero no privado de su libertad, siendo necesario poner de resalto que esa acción u omisión exigida debe ser realizada (por el destinatario) durante el tiempo de detención de la víctima[11]; de lo contrario, si la exigencia se le hace a la víctima que se privó de libertad para ser cumplida una vez que recupere la misma, el delito es otro (CP., 168, 1º párrafo).

En este último caso, huelga decirlo, el delito no se multiplica, por lo que la obligación de pagar rescate a que se somete al tercero no adquiere autonomía propia, ya que dicha exigencia está prevista como elemento típico de la figura estudiada puesto que, como ya se señaló, se trata éste de un delito complejo y pluriofensivo.

Por su parte, las figuras legales analizadas admiten tanto la coautoría como cualquier clase de participación (CP., 45/6), incluyéndose en esta afirmación al instigador o determinador[12].

Así, respecto de la posibilidad de admitir la coautoría en este tipo de delito, ha dicho la jurisprudencia que:

> *"Hay coautoría funcional entre los imputados si la mayoría de los intervinientes en las privaciones ilegales de la libertad, efectuadas por un grupo de presos durante un motín, se comprometieron con anterioridad al comienzo de*

[11] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003; Sala III, causa nº 18.967, sentencia del 07/08/2007, entre otras.

[12] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003; Sala II, causa nº 10.271, sentencia del 07-10-2003, entre otras.

ejecución, con conocimiento previo de todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y se dividieron la tarea a realizar…"[13].

Conductas típicas.

No puede comenzarse el análisis de la estructura típica del delito estudiado sin tener muy en claro que el legislador ha decidido castigar a quien lleve a cabo un conducta (o bien sustraer, o bien retener o bien ocultar) que lesione la libertad ambulatoria de una persona como medio para, luego, exigir el pago de un rescate a cambio de su liberación, con lo que se lesionan también la libertad de decisión y el patrimonio de quien deba cumplir la exigencia, además de la libertad ambulatoria del secuestrado.

A partir de lo señalado (en cuanto a que este delito es específico respecto del secuestro coactivo prohibido por el numeral 142 bis del elenco fondal) y teniendo en cuenta la muy particular redacción que presenta la disposición legal comentada, debe señalarse que no se trata de una figura agravada del delito previsto por el artículo 141 del elenco fondal (privación ilegítima de la libertad)[14], sino que, debido a la estructura típica utilizada por el legislador, resulta ser un tipo penal autónomo[15], especialmente porque la conducta prevista por el tipo básico antes enunciado y la prohibida por la figura estudiada son distintas, como así también los fines perseguidos por el autor (BUOMPADRE, 2000:523), (DONNA, 2001-1:145), (CREUS, 1985:48) y (CARAMUTI, 2009: 218).

En este mismo sentido ha sostenido la jurisprudencia que:

"...Las acciones a las que hace referencia el artículo 142 bis (elemento objetivo del tipo penal) "sustraer", "retener" y "ocultar", son acciones distintas y precisas que no tienen la misma amplitud que la contemplada en la figura del delito de privación ilegítima de la libertad (artículo 141, Código Penal); por ello son figuras autónomas y no agravantes del delito anterior..."[16].

---

[13] Cámara de Garantías en lo Penal de Azul, causa *"Brandan Juárez y otros"*, sentencia del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.

[14] En el mismo sentido, Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003.

[15] Es un tipo penal autónomo (o independiente) aquél que contiene ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no es un caso agravado ni atenuado de ese otro delito, sino un tipo autónomo con su propio tipo (clase) de injusto (ROXIN, 2001:340).

[16] Suprema Corte de Mendoza, Sala II, *"Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación*", sentencia del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.

Avanzando con el estudio propuesto, debe tenerse en cuenta -atento la diferencia apuntada respecto de la figura básica y este tipo penal autónomo- que aquí el legislador no menciona la fórmula *privar de la libertad*, a secas; sino que acude a la utilización de tres verbos: *sustraer, retener* u *ocultar*.

De acuerdo con ello, el delito analizado se tipifica -por lo menos desde el punto de vista objetivo- de la siguiente manera:

a. *"Sustrayendo"* con un fin o propósito determinado (pedir rescate a cambio de la libertad), lo que importa conducir o llevar al sujeto pasivo -de la privación de la libertad ambulatoria- a un lugar distinto de donde se encontraba y desarrollaba su vida en libertad o bajo custodia de terceros (como lo es el caso de los menores e incapaces); obviamente, en contra de su voluntad. La conducta material comentada importa, necesariamente, que la víctima llegue a estar bajo el poder efectivo del agente[17], es decir, debe verificarse una sujeción impeditiva del libre desplazamiento de la misma hacia los destinos que ella fije a su arbitrio en ese momento (DAMIANOVICH DE CERREDO, 2000:181).

b. El segundo verbo típico empleado por el legislador es el de *retener*, que quiere decir, mantener a quien ya se ha privado de su libertad con un específico propósito en un sitio donde el mismo -obviamente- no quiere permanecer. Ello puede ocurrir, o bien en contra de su voluntad, o bien con desconocimiento del sujeto pasivo de la intención del autor (pues puede verificarse el supuesto en que a alguien se le restrinja su libertad aun ante su desconocimiento de tal circunstancia -ej., cuando se retiene a un menor sin que se de cuenta de ello para exigir rescate a algún familiar). Dicha restricción de la libertad debe ocurrir durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

c. Finalmente, la disposición legal comentada hace uso del verbo *ocultar* a la víctima cuya libertad ambulatoria ya ha sido restringida, lo que importa esconderla o hacerla desaparecer temporariamente de la vista de terceras personas (DONNA, 2001-1:146); ello, al menos mientras sea necesario para obtener la pretensión exigida.

Sin perjuicio de lo señalado, debe observarse que para una parte de la doctrina las dos últimas conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona previamente sustraída (BUOMPADRE, 2000:523).

Corresponde rechazar dicha aseveración, dado que -tal como ya fuera expuesto- el tipo legal estudiado es un delito de acción compuesta y, dentro de estos, de los denominados *alternativos (o*

[17] En el mismo sentido, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, *"Naso, Agustín"*, sentencia del 17-04-1990, en BCNCyC, 1990-2.

mixtos), ya que, no obstante enunciar la norma tres conductas, resulta suficiente que el autor realice sólo alguna de ellas para consumar el delito[18], en tanto que la realización de más de una de las conductas descriptas por el tipo objetivo, no multiplica la tipicidad.

Por lo tanto, puede darse el supuesto en que la realización de una de las conductas descriptas por la norma presuponga la previa realización de alguna de las otras, pero ello no es excluyente, por cuanto puede verificarse el caso en que una persona sea retenida sin haber sido previamente sustraída (por ejemplo, quien retiene dentro de un lugar a quien llegó a dicho sitio por propia voluntad[19]), como también puede ser ocultada una persona sin haber sido ilegalmente sustraída (aunque, vale aclararlo, generalmente la acción de ocultar presupondrá una previa sustracción o retención).

Por otro lado, no resulta indispensable que el delito se inicie de una manera positiva; es decir, una restricción a la libertad ambulatoria preexistente (sea legítima o ilegítima), puede transformarse en secuestro extorsivo ulteriormente, mediante la agregación de la exigencia de lo requerido por parte del agente, el rescate (SOLER, 1996:331).

Medios comisivos.

Cualquiera de las conductas típicas que configura el delito que viene siendo analizado pueden llevarse a cabo por cualquier medio, por cuanto el legislador ha decidido no hacer especificaciones al respecto.

De acuerdo con ello, la sustracción, la retención o el ocultamiento de la persona por cuya libertad se exige a cambio el pago del rescate pueden llevarse a cabo mediante ardid, engaño, o bien, de manera violenta, es decir, por cualquier medio, modo o forma, ya que la ley no especifica vía alguna.

Empero, de acuerdo a la manera en que ha sido redactada la disposición legal comentada, lo que no puede faltar en el supuesto fáctico que se analice es la intimidación como medio para la obtención de la exigencia del rescate; esto es, llevar a cabo la solicitud de la exigencia haciéndole saber al destinatario que de ello depende la liberación de quien esté en cautiverio, pues esa sola

---

[18] Con relación a este aspecto ha tenido oportunidad de referir la jurisprudencia que:*"La acción típica queda determinada por tres verbos que son alternativos entre sí -sustraer, retener u ocultar-, sin que sea necesario que una misma persona realice las tres acciones, las actuaciones de los coimputados se insertan, pues, en el marco de un plan delictivo común, en el que los tres tuvieron dominio del hecho en sus respectivos roles"* (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa nº 6676, *"Mansilla, Mariano Manuel y otros s/ Recurso de casación"*, sentencia del 25/08/2006.

[19] Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala I, causa nº 35.977 *"Rodríguez, S. y otro"*, sentencia del 01/03/2004, en elDial-AA2092.

noticia ya constituye un medio idóneo para generar el miedo o temor en el destinatario, propio de la intimidación exigida como elemento típico.

Con ello se quiere dejar claramente expresado que lo que puede llevarse a cabo por cualquier medio es la conducta que materializa el secuestro.

Sólo resta advertir que, cuando el medio, el modo o la forma que se utilice para llevar a cabo cualquiera de las conductas típicas previstas por la disposición comentada constituya un delito en si mismo o bien, sea una circunstancia agravante (general[20] o específica[21]), se deberán aplicar las disposiciones legales que correspondan, sea en forma individual, o bien, aplicando las reglas del concurso ideal (CP., 54)[22].

Aspecto normativo relevante de la estructura típica del delito a los efectos de la escala penal aplicable: la obtención de lo exigido.

Tal como está redactada la norma motivo de estudio, el logro del propósito buscado por el agente (sacar rescate a cambio, claro está, de la libertad) sólo implica el incremento del mínimo de la escala penal que corresponde aplicar, que será ya de ocho años de prisión o reclusión.

Ello es así puesto que la verificación de la finalidad perseguida por el autor (ya a nivel objetivo, esto es, al momento de llevar a cabo cualquiera de las conductas típicas) no significa que deba conseguirse dicho fin para que el tipo legal quede configurado (CREUS, 1995:49), (ODERIGO, 1965:245), sino que este delito se consuma en el preciso instante en que *se priva de libertad para,* dado que -como ya fuera señalado precedentemente- se trata de un delito instantáneo, pero de efectos permanentes.

Se vuelve a poner de resalto esta circunstancia debido a que si bien algunos autores consideran a este delito como de peligro -pues comienzan su análisis a partir del bien jurídico propiedad (DONNA, 2001-1:147), (VILLADA, 2004:25)-, se lo considera aquí como delito de resultado y de lesión, pues la materialidad infraccionaria se verifica al momento en que se sustrae, retiene u oculta a alguna persona *para*.

[20] Por ejemplo, CP., 41 bis, cuando se utilice un arma de fuego para lograr la reducción de la persona ofendida.
[21] Por ejemplo, CP., 170, 2º párrafo, inciso 3º, cuando se causaren lesiones graves o gravísimas a la víctima, producto de la violencia física ejercida para lograr su sustracción, retención u ocultamiento; o bien, el inciso 6º, cuando concurran en la comisión de la empresa delictiva tres o más personas.
[22] Por ejemplo, si se le provocaren a la víctima lesiones leves (CP., 89).

De acuerdo con ello, el logro de lo exigido por el agente no constituye ni una circunstancia agravante[23] ni una condición objetiva de punibilidad; sino que, en virtud de los principios de legalidad y culpabilidad que deben observarse -insoslayablemente- al momento de subsumir una conducta humana en una figura legal, se impone el deber de interpretar dicho extremo como un elemento del tipo objetivo que, con su solo acaecimiento, torna aplicable la escala penal (en cuanto al mínimo mayor) prevista en abstracto por los tipos legales.

Así ha sido resuelto por la jurisprudencia al precisarse que:

"…la obtención del rescate…en la figura del artículo 170 del CP., sólo interesa a los fines de la cuantificación de la pena…"[24].

De acuerdo con ello, muy particular resulta ser la posición de quien afirmaba que cuando no se lograba el rescate solicitado (de acuerdo a la redacción del texto legal anterior a la reforma comentada) se trataba de un secuestro extorsivo simple; en tanto que, si lograba cobrarse el rescate solicitado a cambio de la liberación de la víctima la figura, se agravaba el monto mínimo de la pena prevista en abstracto (CHIESA, 1989:66), (DAMIANOVICH DE CERREDO, 1997:974).

Con sustento en las argumentaciones vertidas supra y las que contendrá el desarrollo del análisis de las distintas circunstancias agravantes específicas, ahora sí contenidas por la disposición legal, no pueden compartirse dichas afirmaciones. Se volverá sobre el tema al desarrollarse el punto 2.9.

Aspecto subjetivo.

Con respecto a este extremo del análisis típico, se ha dicho desde antiguo que el propósito seguido por el autor integra el elemento psicológico a título de dolo específico (ODERIGO, 1965:246), por cuanto la prohibición legal recae sobre la ilegitimidad de la exigencia; es decir, se hace especial hincapié en el modo injusto de efectuar el reclamo por parte del autor (restringiendo la libertad ambulatoria de la víctima), más allá de que sea justa o injusta la exigencia reclamada, tal como ya fuera señalado al analizar la figura común de la extorsión.

De hecho, sobre esta cuestión (amen de ser fallos sobre el delito de secuestro coactivo, resultan de aplicación al caso) ha sostenido la jurisprudencia que:

[23] De opinión contraria Caramuti (2009:224); Chiesa (1989:66); Reinaldi (2004:138); Damianovich de Cerredo (2000:184) y Soler (1996:330), entre otros.
[24] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 3.803, sentencia del 12-09-2002.

"...El artículo 142 bis del Código Penal sanciona el compeler a alguien a hacer algo contra su voluntad. Y ese "algo contra su voluntad", puede abarcar tanto lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, cuanto también algo que ella está obligada a hacer, o no hacer o tolerar, ya que la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de la reclamado..."[25].

"...La expresión <<algo contra su voluntad>> no sólo abarca lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, sino también algo que ella está obligada a hacer, no hacer o tolerar, ya que la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de la reclamado..."[26].

Ya la descripción de la estructura típica del delito demuestra su naturaleza subjetiva dolosa, puesto que se hallan individualizadas las conductas típicas por la incorporación del resultado al curso causal iniciado y dominado por el sujeto (MIR PUIG, 1998:205), circunstancia que importa su efectivo conocimiento, no sólo de la realización de cualquiera de las conductas típicas, sino, además, del segundo tramo de la conducta que guía la finalidad de su obrar: pedir una suma de dinero a cambio de la libertad del secuestrado.

Por su parte, este segundo actuar del agente, constitutivo de un ilícito independiente (extorsión), también debe ser imputable a título doloso, por lo se trata que de un delito -desde el aspecto subjetivo- en que se combinan dos tipicidades dolosas; esto es, la primer conducta (secuestro) es dolosa y la segunda conducta (extorsión) también.

Precisamente, con respecto a este segundo tramo de conducta, además del dolo, el delito comentado presenta un elemento subjetivo que lo acompaña, convirtiéndolo en un *delito de intención o de tendencia interna trascendente* (MEZGER, 1958:136). A su vez, y dentro de éstos, como *delitos de intención incompletos o mutilados de dos actos*, puesto que la realización de la conducta típica (sustraer, retener u ocultar) constituye el *medio* para la posterior realización de una segunda conducta a llevar a cabo por el propio autor de aquella primera acción, dado que éste concreta una conducta como primera etapa de su plan final, de lo que se advierte claramente lo *incompleto* o *mutilado* del delito, el cual se va a completar con esa segunda conducta. No obstante ello, la concreción del *primer tramo de conducta* (*secuestrar para...*) ya deviene típica, aunque no se

[25] Superior Tribunal de Río Negro, *"Vallejos, Roberto y otro s/Privación ilegal de la libertad y extorsión s/Rec. Casación"*, sentencia del 24-09-1993, en *elDial*-AXE3C.

[26] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, *"Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación*", sentencia del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.

concrete el resultado perseguido por el autor como ultra intención (la obtención del cobro del rescate a cambio de la libertad).

Entonces, se considera aquí a este delito como mutilado de dos actos y no como un delito de intención de resultado cortado, ya que en éstos el tipo queda consumado con la realización de la primera conducta, pero el sujeto tiene como objetivo (como ultra finalidad que va más allá de la realización del tipo objetivo que ha quedado configurado con su primera conducta) otro suceso que debe producirse después de la realización de aquella, pero ya sin su intervención[27].

De acuerdo a todo lo que viene señalándose, puede afirmarse que las normas analizadas exigen sustraer, retener u ocultar a una persona *con el fin de obligar a ella o a un tercero a pagar un rescate a cambio de su liberación,* por lo que se trata de un delito subjetivamente condicionado.

Así entonces, tratándose de un delito de privación de libertad ambulatoria dolosa, acompañada de un elemento subjetivo específico (ABRALDES – MAIULINI, 2000:1.433)[28] o ultra intención[29], no habría otra alternativa que admitir sólo el llamado dolo directo[30], rechazándose la posibilidad del denominado dolo eventual (BUOMPADRE, 2000:523)[31].

Ello significa que la parte del tipo subjetivo *"el que con el fin de..."* etc., debe darse de tal modo que el secuestrador pretenda que la víctima o el tercero, *durante el tiempo de la detención de la víctima*[32], realicen el pago del rescate (SANCINETTI, 2002:345).

---

[27] Por ejemplo, ello ocurre en el delito de *Cohecho Activo*, supuesto en que un sujeto ofrece -directa o indirectamente- dinero a un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones (CP., 258 en relación al 256). Por el contrario, la contra cara del delito explicado, el *Cohecho pasivo*, resulta ser un delito -como el aquí analizado- mutilado de dos actos, pues ese segundo obrar (hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones) debe llevarlo a cabo el funcionario o empleado público (mediante una conducta activa u omisiva) personalmente (CP., 256).

[28] En contra, CHIESA, 1990:67.

[29] *"…El hecho que se tuvo por cierto en el decisorio en crisis impide que se subsuma la conducta de los encartados en los términos del art. 142 bis primer párrafo del C.P. Y ello es así por cuanto no aparece en el caso el dolo extorsivo específico que requiere la figura de mención. A mi criterio la imposición a la víctima Moro de conducir el ómnibus por diversas arterias resulta un segmento del designio desapoderador emprendido por los activos que tuvo como propósito el logro de la impunidad -sin que sobre señalar que así se lo calificó en el fallo- con lo que no alcanza a reunir los requisitos propios de la figura en que, en definitiva, se encapsularon sus conductas, desde que si el delito contra la propiedad contuvo el delito contra la libertad no parece posible predicar que se verifique el dolo específico que exige la figura del artículo 142 bis primer párrafo del CP…"* (Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 7.608, *"Torres, Hugo Alberto y otros"*, sentencia del 12-11-2002). En similares términos, en cuanto a la necesidad de acreditar el dolo específico que exige la figura legal del 142 bis del Código Penal, Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 3.906, *"M.A.R. s/recurso de casación"*, sentencia del 17-12-2002.

[30] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala. I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003.

[31] En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, *"López, Norberto"*, sentencia del 21-12-1989, en La Ley, 1991-C, 272.

[32] Resulta importante resaltar este extremo, dado que si la exigencia opera para el futuro (o sea, cuando el ofendido por el delito sea puesto en libertad), la conducta delictiva quedará comprendida, o bien por la figura prevista por el artículo 149 bis 2º párrafo (coacción simple), o bien, por lo dispuesto por el numeral 168 1ª parte (extorsión simple), salvo que el lapso en que se haya restringido la libertad de la víctima adquiera la significación suficiente como para dar lugar a la

Por su parte, como ya fuera señalado, la exigencia de pagar rescate no significa que deba conseguirse el cumplimiento de la exigencia para que este tipo penal quede configurado[33], sino que el delito se consuma en el instante en que se priva de *libertad para* (DONNA, 2001-1:147), por lo que -tal como antes fuera explicado- se trata de un delito instantáneo, pero de efecto permanente y, a su vez, de intención incompleto o *mutilado de dos actos*; ello, por cuanto la conducta típica que configura el ilícito (secuestrar) constituye el *medio* para la realización de una posterior *segunda conducta del autor* (exigir el pago del rescate) que está incluida dentro de su plan, conducta ésta cuya realización continúa dependiendo de su exclusiva voluntad e intervención, más allá de que la misma efectivamente se concrete.

Consumación. Tentativa.

Ya ha sido debidamente explicado que al verificarse la privación ilegítima de la libertad (secuestro) con la finalidad prevista por la norma estudiada (pedir rescate), queda consumado el delito (MORENO, 1923:171; NÚÑEZ, 1989:274), más allá de que la segunda conducta (netamente extorsiva) sea, incluso, desistida por el agente, supuesto éste en que sólo se le imputará al agente la privación ilegítima de la libertad, salvo que la finalidad extorsiva pueda ser fehacientemente acreditada en el juicio que se lleve a cabo en su contra, en cuyo caso responderá por el delito aquí comentado.

Ejemplo: si un sujeto sustrae y luego oculta a una persona con el propósito de exigir rescate a cambio de su liberación y, una vez que la misma ya se encuentra en cautiverio, el secuestrador decide no comunicarse con nadie para dar a conocer la exigencia y libera a la víctima –vg., porque se ha sentido conmovido por ella-, esa conducta no podrá considerarse comprendida por lo normado por el artículo 43 del elenco fondal (desistimiento voluntario), por cuanto el desistimiento sólo tiene relevancia respecto del rescate, pero no del secuestro, por lo que deberá castigarse al sujeto (si es habido) por privación ilegítima de la libertad (CP., 141 o 142), si es que no se acredita la finalidad con que la restricción ambulatoria se llevó a cabo. De resultar ello posible, el delito a atribuir es el aquí estudiado.

Por el contrario, no podrá hablarse de desistimiento voluntario cuando el proceso ejecutivo del delito se hallaba perfeccionado, amen de entregarse voluntariamente el autor del injusto.

Así, ha dicho la jurisprudencia que:

---

privación ilegítima de la libertad, supuesto en que operarán las reglas del concurso de delitos.

[33] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003.

"…no media desistimiento voluntario en el delito de secuestro extorsivo si cuando el autor decidió informar al personal policial el lugar en el que se tenía retenida a la víctima, el hecho a él reprochado había ingresado en la etapa del camino al delito correspondiente a la consumación, en tanto aquél ya habría exigido el pago del rescate…No ha mediado un desistimiento voluntario en los términos del art. 43, si el autor decidió entregarse a los integrantes de la fuerza de seguridad por una circunstancia ajena a su voluntad, cual es que de la agenda que él había olvidado en el lugar en que aquéllos se encontraban iba a surgir, seguramente, la pista que lo pondría en evidencia, como autor del delito que se venía investigando. En definitiva, la actitud del acusado de entregarse al personal policial no fue tomada libremente, sino a consecuencia de que el hallazgo por parte del personal policial de la agenda que había olvidado lo iba a sindicar como autor del delito que se estaba pesquisando…El delito en estudio encuentra correcto encuadramiento en las previsiones del art. 170, párr. 1º, del Cód. Penal, toda vez que la solicitud de rescate es el elemento del tipo que en tanto propio de aquél, se halla ausente en la figura prevista en el art. 142 bis"[34].

Entonces, podemos decir que este delito sólo admitirá la tentativa una vez que se verifique el principio de ejecución de la conducta privativa de libertad -con la finalidad prevista por la ley- y hasta inmediatamente antes de que la misma se materialice, o bien, que adquiera entidad suficiente como para considerar lesionado el bien jurídico en cuestión (libertad ambulatoria).

Debe aclararse aquí que para aquellos que sostienen -como ya se ha visto- que éste es un delito de peligro (porque toman en cuenta el bien jurídico propiedad), la consumación del injusto operará una vez que el autor pueda disponer del importe del rescate, pues si no llega a logar su disponibilidad, no habría consumación (BREGLIA ARIAS,2011:237).

En este tren de ideas, ha llegado a decir la jurisprudencia que:

"Configura extorsión en grado de tentativa en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad (CP., 42, 168 y 142 inc. 1º) la conducta de quienes interceptaron a su víctima en la vía pública y la obligaron a subir al rodado en que se movilizaban y a comunicarse telefónicamente con sus familiares para que les entregaran una alta suma de dinero a cambio de su libertad…La extorsión queda en

[34] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 1ª, causa nº 8.185, in re *"Delea, H."*, sentencia del 20/10/2005.

grado de tentativa si al ingresar los autores a la vivienda de la víctima para cobrar el dinero exigido fueron detenidos por personal policial que se había presentado en el lugar luego de que los familiares de aquél denunciaran el hecho, con lo que evidentemente nunca tuvieron la disponibilidad del botín, impidiendo entonces que el delito se consumara…La privación de la libertad a la que fue sometida la víctima fue el medio idóneo para obtener el pago de la suma de dinero que se exigía, por lo que ambas figuras concursaron entre sí en forma ideal"[35].

No resulta dificultoso advertir el centro de la confusión en que incurrieron los sentenciantes, pues sólo se tuvo en miras el bien jurídico propiedad, de acuerdo a las exigencias del tipo penal contenido en el numeral 168 del elenco sustancial, cuando, en realidad, el caso no es subsumible en el delito de extorsión, sino en el previsto por el articulo 170 de ese mismo cuerpo legal, dado que -según los fundamentos que se darán en el punto siguiente- se trata, el analizado, de un caso de los que se ha denominado *secuestro express*, o sea, un secuestro extorsivo en el que lo que no llegó a lograrse fue el propósito perseguido: cobro del rescate.

Por su parte, retomando la posibilidad de castigar la tentativa en este delito, para que se pueda imputar el secuestro en grado de conato debe verificarse, también, el aspecto subjetivo que hace a la finalidad perseguida por el autor; caso contrario, sólo podrá reprocharse una privación ilegítima de libertad simple o agravada, según el caso, pero no el secuestro.

Ejemplo: si un agente de policía se encuentra apostado en una esquina, cumpliendo labores de vigilancia y, en un momento dado, observa que desde un vehículo en marcha *levantan* a un transeúnte y, debido a su rápida acción logra coartar dicho ilícito, se estará verificando un suceso fáctico al que corresponderá aplicar las reglas de la tentativa (CP., 42 y 44), pues el injusto ha quedado en grado de conato por razones ajenas a la voluntad del agente.

Ahora, para poder saber si -en el caso en concreto- se trata de una tentativa de secuestro extorsivo o de una privación ilegítima de libertad -simple o agravada-, debe observarse el aspecto subjetivo del autor y buscar la respuesta al interrogante ¿qué finalidad perseguía?

En efecto, tomando el último ejemplo, si a partir de las tareas de investigación se acredita que los sujetos que intentaron sustraer a esa persona en plena vía pública ya tenían preparado el lugar del cautiverio y la información necesaria para, por ejemplo, comunicarse con las familiares de la misma a los fines de solicitar un rescate, el hecho deberá subsumirse como tentativa de secuestro extorsivo.

---

[35] Tribunal Oral Criminal nº 17, causa *"Morales, D. B."*, sentencia del 29/12/08, en Jurisprudencia Penal de Bs. As., 143-80.

Deben de tenerse muy en cuenta aquí, a los efectos de dar claridad al tópico tratado, las argumentaciones vertidas en el acápite inmediatamente anterior y recordar que el delito analizado es de aquellos denominados de *intención o de tendencia interna trascendente*. A su vez, y dentro de éstos, como *delito de intención incompleto o mutilado de dos actos*, por lo que, como ya se ha señalado, la realización de la primera conducta con mirar a llevar a cabo luego la segunda materializa el injusto, más allá de que el fin perseguido efectivamente se logre.

Supuestos en que se discute la aplicación de la norma comentada.

Si bien el objeto del presente trabajo se limita -exclusivamente- al análisis de la estructura típica del delito de secuestro extorsivo incorporado al Código Penal por la Ley 25.742, no pueden ignorarse, o pasarse por alto -mucho menos dejar de hacer al menos una breve referencia a su respecto- *modernas* e *ingeniosas* modalidades delictivas, cuya implementación por parte de la delincuencia han dado origen a una sensación generalizada de inseguridad, lo que -por su parte- ha sido el motivo del más ferviente de los reclamos sociales en pos de una mayor *seguridad social*. Concretamente, la alusión a la que se hace mención es respecto de los denominados a) *secuestro express*, b) *secuestro virtual* y c) *auto secuestro* (o secuestro simulado).

Corresponde entonces precisar y llevar a cabo un breve análisis de cada una de estas *novedosas* formas delictivas para determinar como deben resolverse, de acuerdo a todas las argumentaciones que vinieron exponiéndose hasta aquí, según el caso.

Secuestro Express.

Se ha denominado de esta forma a aquellos supuestos en que una o varias personas (generalmente, elegidas al azar) son retenidas (previa sustracción, o no) por un período de tiempo generalmente acotado, lapso temporal en el cual los delincuentes se comunican con algún familiar de la víctima para exigirle la entrega de dinero a cambio de la libertad del infortunado. Se trata de una modalidad delictiva ágil y rápida para obtener dinero en efectivo en forma casi inmediata: se restringe la libertad ambulatoria de una persona para exigirle la entrega de dinero a un tercero.

Con relación a este primer supuesto, se han verificado dos tipos de casos diferentes, a los que se ha denominado de la misma forma, aquellos en que una persona es abordada al disponerse a realizar una operación en un cajero automático y, generalmente, mediante intimidación con arma se le exige la entrega de todo el dinero que pueda sacar en ese momento a cambio de dejarlo salir sin

hacerle ningún tipo de daño, lo que no puede ser tipificado de ninguna otra manera que como un robo agravado por el uso de arma de fuego -debido a que la restricción a la libertad ambulatoria no excede la violencia (intimidación) propia del robo[36]- (CP., 166 inciso 2º); o bien, aquél supuesto en que se *levanta* a una persona y se la lleva a recorrer todos los cajeros de donde pueda extraer dinero para liberarla una vez culminado el *paseo*. Lo mismo ocurre cuando, en el mismo supuesto descripto, es mantenida a bordo de un vehículo en movimiento mientras se espera que un familiar o allegado abone una suma de dinero para su liberación.

Es claro que en estos dos últimos supuestos se verifican casos claros de secuestro extorsivo (CP., 170), toda vez que la privación de la libertad ambulatoria de la víctima fue el *medio* para la obtención del propósito perseguido por el autor (pago del rescate a cambio de la liberación de la víctima ya privada de su libertad) y que dicha exigencia fue requerida para ser llevada a cabo *durante* el lapso de cautiverio del secuestrado, sea por él mismo o por un tercero.

Puede citarse jurisprudencia que ha determinado que, en casos como los comentados, se verifica una lesión al bien jurídico libertad que se prolonga más allá de lo estrictamente necesario para la facilitación, consumación o impunidad de un robo[37]; o bien, que:

> *"…el haber retenido a la víctima dentro del auto en el que circulaban, luego de haberla desapoderado de sus efectos personales, con el propósito de garantizar que las claves de las tarjetas que les fueran requeridas resultaran ser las correctas para poder operar en los cajeros automáticos, corresponde a un segmento distinto del desapoderamiento efectuado, puesto que, sin perjuicio de la presencia de quien resultare damnificado, los imputados ya se encontraban en poder de disposición de los objetos sustraídos y podrían haberse alejado del lugar con éstos, no obstante lo cual prolongaron la privación de la libertad de las víctimas con el fin de obligarlas a darles las claves, encuadrando estas conductas en el artículo 142 bis inciso 1º del Código Penal…"*[38].

---

[36] Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala. II, causa nº 7.608, sentencia del 12-11-2002. Idéntico criterio, Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de Mar del Plata, causa nº 2.839 *"Cavallo, Carlos L. s/Robo doblemente agravado"*, sentencia del 22-11-2006.

[37] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, sentencia del 23/08/2002; Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de Mar del Plata, causa nº 2.887 (y acumuladas) *"Rondón, Cristian Daniel y otros s/ Robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada (3 hechos) y hurto de ganado mayor"*, sentencia del 18/04/2007.

[38] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, *"Schmidt, Pablo"*, del 20/06/2002, en BCNCyC, 2002-2-101.

Por el contrario, están quienes piensan que se tratará -el supuesto comentado- de un robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con una privación ilegal de la libertad (MARTÍNEZ, 2003:104); pero dicha afirmación debe contar como presupuesto -necesariamente- que la exigencia de rescate tenga que ir dirigida a un tercero (no privado de su libertad) y que lo preponderante es tener en cuenta el bien jurídico contra el cual el agresor dirigió su comportamiento.

De admitirse esta consideración, debería afirmarse que la figura del secuestro extorsivo es un delito contra la propiedad (y que la afectación de la libertad ambulatoria de la -primera- víctima sólo sería relevante como elemento normativo del tipo) cuando, en realidad, se trata -como ya fuera apuntado- de un delito pluriofensivo, que lesiona -al menos- dos bienes jurídicos, siendo el primero de ellos (libertad ambulatoria de la persona secuestrada) el más importante.

De acuerdo con ello y teniendo en cuenta que lo relevante es el tiempo de ejecución de la conducta, así como la finalidad que persigue el autor, no puede compartirse la postura comentada.

Secuestro virtual.

Se ha dado en llamar de esta forma a aquellos supuestos en que el agente exige a su víctima la entrega de dinero mediante intimidación sustentada en un engaño; esto es, se elige una persona (también, generalmente, al azar) a la que se le exige la entrega de una suma de dinero (que puede ser en efectivo o en valores equivalentes) a cambio de restituirle la libertad ambulatoria a algún pariente o amigo suyo que, en realidad, no se encuentra efectivamente secuestrado, he allí el engaño[39]: se lesiona la libertad de autodeterminación de una persona, además de su propiedad, sin que exista afectación de libertad ambulatoria de persona alguna (SIMAZ, 2009:11/2[40]).

En este caso, ninguna duda cabe de que no se materializa la conducta típica prohibida por la disposición legal objeto de análisis (CP., 170), por cuanto la subsunción legal que corresponderá otorgarle a la hipótesis delictiva antes planteada es la de extorsión (CP., 168)[41].

Ello así por cuanto el agente exige a su víctima la entrega de dinero mediante intimidación sustentada en un engaño (tener *secuestrado* un familiar o allegado, a cambio de cuya liberación se exige el *rescate*). Como puede advertirse, jamás podría subsumirse legalmente este tipo de conductas en la figura legal estudiada porque no existe ninguna privación de libertad, sí -en cambio- la

[39] Fueron tan comunes y cotidianos estos casos durante los años 2004 y 2005 que dieron lugar a la sanción de la Resolución nº 36/2005 (art. 1º) de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Planificación Federal, de fecha 24/02/2005. B.O. 28-02-2005.
[40] Desarrolla el autor un análisis muy interesante del tema en función de un par de fallos cuidadosamente elegidos conforme el objetivo propuesto en el abordaje del tema.
[41] En el mismo sentido, Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala VI, causa nº 29.535, sentencia del 05/06/2006.

exigencia, con lo cual -como ya fuera adelantado- se lesiona la libertad de autodeterminación de una persona, además de su propiedad, sin que exista afectación de libertad ambulatoria de persona alguna.

Sobre este tópico ha dicho la jurisprudencia que:

"Las reiteradas comunicaciones telefónicas anónimas con la víctima, con el propósito de anunciarle el secuestro de un familiar, configuran el medio intimidatorio injusto, grave e idóneo en los términos del art. 168 del Cód. Penal, ya que las amenazas fueron urdidas apelando a circunstanciados detalles que se le transmitieran al sujeto pasivo y lo indujeran a un serio y lógico temor, al estar relacionado con su vida particular.

La modalidad escogida resulta objetivamente apta para poner en riesgo el bien jurídico "propiedad", si, acudiendo a una estratagema para mostrar falsamente la lesión de otro bien jurídico tutelado por el Derecho Penal -libertad-, se provoca la alarma del sujeto pasivo ante la creencia de que se había secuestrado a un pariente, y compelerlo a aceptar las exigencias para un rescate de imposible concreción.

Es suficiente que la producción del mal amenazado luzca dependiente de la voluntad del sujeto activo, que verosímilmente pueda creer que está en poder del intimidante concretarlo.

Si bien el damnificado iba a realizar una disposición patrimonial que habría de perjudicarlo, motivado por un artificio de los autores, no se configura el delito de estafa, ya que ellos no lo indujeron a error, sino a una férrea compulsión, resultando su finalidad conformar una intimidación basada en la mentira y asó obligarlo a la entrega del dinero exigido"[42].

Auto-secuestro (o secuestro simulado).

Se trata de aquellos casos en que alguien (con o sin colaboración de un tercero) se hace pasar por víctima de un secuestro con el propósito de exigirle a sus familiares una suma de dinero a cambio de su propia liberación: hay aquí lesión de la libertad de autodeterminación y de la propiedad del

[42] Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, causa nº 26.034, *"Fernández, Susana"*, sentencia del 31/03/2005.

destinatario de la exigencia, en tanto que no existe afectación de la libertad ambulatoria de ninguna persona.

Los casos que caen dentro de esta última hipótesis no son otra cosa que una extorsión llevada a cabo por alguien que, aprovechándose del conocimiento de la víctima y de las circunstancias en las que opera, elige esta modalidad delictiva para procurarse la obtención de la finalidad que persigue, con la cual se procurará un beneficio dinerario en menoscabo de la propiedad ajena. Participa de esta opinión Villada (2004:21).

Por último, debe hacerse mención que con respecto a las dos últimas modalidades delictivas (el auto secuestro y el denominado secuestro virtual), podría llegar a pensarse que se trata, en realidad, de una forma de estafa (CP., 172)[43]; empero, como dicha tipicidad se basa en el engaño (presente en estos casos) y no en la intimidación (la que, se supone, debe ser el motivo a partir del cual el destinatario de la exigencia la cumple), es que no resulta aplicable -a los ejemplos brindados- dicha disposición legal. De la misma opinión participa Simaz (2009:11/2).

Circunstancias agravantes.

Como introito del análisis de las circunstancias agravantes previstas por la norma motivo de estudio, se estima oportuno hacer una breve referencia a una vieja discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza de las mismas, para poder tomar posición al respecto.

La doctrina tradicional, al analizar las circunstancias agravantes, ha hecho notoria la disquisición respecto de que las mismas pueden obedecer, o bien, a naturaleza subjetiva (algunas), o bien a naturaleza objetiva (las restantes).

Así, se ha sostenido que en general, la doctrina, cuando se refiere a las circunstancias que rodean la personalidad del autor, sus reacciones, inclinaciones afectivas, motivaciones, impulsos u otro tipo de fenómenos situados en esa esfera, las califica como agravantes subjetivas. En cambio, las que se vinculan con el daño o lesión producidos, o con los factores exteriores al ámbito del agente -catástrofe, inundación, funcionario, despoblado, etc.- reciben la denominación de objetivas (BAIGUN, 1971:13).

En este contexto, podría afirmarse que la relación subjetivo-objetiva se da en el marco de la correspondencia sujeto-mundo circundante pues, en este sentido, lo subjetivo serían las sensaciones, los pensamientos, las percepciones que pertenecen al sujeto.

[43] En este sentido y en alusión exclusiva del *secuestro virtual*, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, causa nº 26.034, sentencia del 31/03/2005.

Claramente nos explica Baigún (1971:14/5) que:

> *"…lo subjetivo supone, coetáneamente, lo objetivo, pues en ambas significaciones lo subjetivo y lo objetivo constituyen una relación inescindible, un proceso permanente de interacción recíproca. Así como el sujeto refleja lo objetivo, el objeto se refracta en aquél. Esta interconexión, por consiguiente, no es estática, inconmovible; todo lo contrario, obedece a la ley de un permanente cambio, de un continuo movimiento de carácter dialéctico que hace que el fenómeno psíquico del sujeto cognoscente no sea imagen idéntica, especular, del objeto exterior, sino un reflejo de la naturaleza análoga, semejante, subordinado a la variabilidad lógica de todo proceso. Enfocada la cuestión de esta manera, es innegable que todos los fenómenos psíquicos que interesan al derecho penal, tienen por dueño a un determinado sujeto y que, cuando se investiga la índole de una conducta delictiva, se realiza una apreciación de la relación cognoscitiva del autor. Se toman en cuenta, en ese momento, no sólo las sensaciones, percepciones y el resultado objetivo de ese mecanismo -nexo subjetivo-objetivo en su primer significado-, sino también el grado creciente o decreciente de adecuación, de esas sensaciones y percepciones a los estímulos externos, su mayor o menor similitud -vínculo subjetivo-objetivo en su segundo sentido-…".*

De acuerdo con ello, puede afirmarse que esas mismas circunstancias o elementos subjetivos a los que alude el autor, al ser plasmados en la ley, necesariamente, se convierten en objetivos, pues pasan a integrar el tipo penal[44].

Es por estos fundamentos que se adhiere aquí a la idea de rechazar la denominación de subjetiva-objetiva para clasificar a las circunstancias severizantes de una conducta, pues, en realidad, existen *aspectos objetivos y subjetivos* de las agravantes, pero su naturaleza no puede ser definida del modo antes señalado (BAIGUN,, 1971:22/4), y así deben ser analizados en el caso en concreto; ello, en estricto respeto al principio constitucional de legalidad[45] y máxima taxatividad legal e interpretativa, por cuanto así como la mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. Conforme a ello, gracias al primer principio la ley es condicionante, mientras que gracias al segundo esa misma ley es condicionada (FERRAJOLI, 1995:95), toda vez que la certeza exigida en la letra de la ley garantiza su validez constitucional.

[44] Fórmula abstracta que conceptualiza una conducta humana.
[45] CN., 18, 19 y 75 inciso 22º; CADH., 9º; PIDCyP., 9º, e/o.

En definitiva, descartada la adjetivización que viene comentándose, las circunstancias agravantes sólo se clasifican en genéricas (las que pueden aplicarse a varios delitos básicos) y específicas (aquellas que se aplican exclusivamente al delito al cual se refieren); ello, con el alcance explicado párrafos anteriores.

En cuanto al objeto de estudio que aquí interesa, queda claro que las circunstancias que se pasarán a analizar resultan ser agravantes específicas del delito estudiado, mientras que cualquier agravante genérica prevista en el Libro Primero del Código Penal puede llegar a resultar aplicable al mismo, según sea el caso.

En consideración a la víctima (incisos 1º y 4º).

De acuerdo a las características personales de la víctima, pueden agruparse en dos las diferentes condiciones que la misma puede presentarse frente al delito. Cuando ello efectivamente ocurra, esos agrupamientos pueden hacerse de la siguiente manera:

Supuesto de mujer embarazada, menor de 18 años de edad o mayor de 70 años de edad.

En orden a la descripción del enunciado, el delito sometido aquí a análisis se agrava cuando la víctima fuese una mujer embarazada, o un menor de 18 años de edad, o un sujeto mayor de 70 años de edad; siendo el fundamento común de estas circunstancias severizantes de la penalidad el particular estado de indefensión (o, mejor dicho, la poca posibilidad de defensa) de la víctima del secuestro, en cualquiera de los tres casos, aunque por distintas circunstancias fácticas, a saber:

a. Mujer embarazada: esta circunstancia agravante fue incorporada por la Ley 25.742 (que ya fuera motivo de comentario) y como dicha reforma legislativa operó en el sentido de que la disposición legal quedara redactada de manera idéntica a la del artículo 142 bis, también del elenco penal; en realidad, puede afirmarse que, el legislador, vino a reemplazar la agravación por la sola calidad de mujer de la víctima contenida en la única de esas normas que preveía circunstancias agravantes (CP., 142 bis).

En efecto, en el tristemente célebre caso de los denominados “doce apóstoles” (ocurrido en la Unidad Penal II de Sierra Chica, con motivo de un sangriento motín llevado a cabo por los internos), fue retenida una magistrado -quien fue secuestrada por detentar dicha condición y no por su sexo- por los internos durante el motín y toma del Penal con el propósito de obtener impunidad primero y luego mejoras concretas en la situación en la que estaban involucrados. Allí la Cámara de Garantías

en lo Penal de Azul consideró aplicable la norma comentada (CP., 142 bis, 2° párrafo, inciso 2° -texto anterior a ley 25.742-), cuando, en realidad, la juez fue tomada en cautiverio en oportunidad de ir al lugar de los hechos frente a exigencia de los reclusos por su calidad funcional y no por su condición de género[46].

De acuerdo con ello, puede afirmarse que el legislador ha cumplido un doble objetivo: por un lado, castigar con mayor severidad la conducta de quien secuestra a una mujer embarazada, por cuanto pone en riesgo no sólo la vida de la mujer, sino también la del feto (DONNA, 2004:17) y, por otro lado, ha recogido las críticas doctrinarias que cuestionaban seriamente la constitucionalidad de la figura, atento su notorio carácter discriminatorio (MARTINEZ, 2003:112).

b. Menor de 18 años: A los fines de legislar sobre esta circunstancia agravante se ha tomado en cuenta, necesariamente, la Convención de los Derechos del Niño, a partir de la cual sólo reviste esa calidad, precisamente, el menor de 18 años.

En este sentido, ha sido dicho por la jurisprudencia que:

> *"...El tipo penal previsto en el artículo 142 bis, inciso 1º del Código Penal, y desde la modificación operada por la ley 25.742, agrava la conducta de la privación ilegítima de la libertad cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad; la agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor..."*[47].

Se considera aquí que es éste el criterio con que debe interpretarse la norma analizada, puesto que el fundamento de la agravante específica comentada radica, como ya se dijo, en la menor posibilidad de defensa por parte de la víctima.

Sin perjuicio de ello y no obstante no compartirse el criterio que se expondrá a continuación, debe hacerse mención de la doctrina que ha establecido una interpretación contraria a la aquí propuesta.

[46] Cámara de Garantías en lo Penal de Azul causa *"Brandan y otros"*, sentencia del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.
[47] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 4.683, *"F.A., C.A. y otros"*, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.

En efecto, a nivel doctrinario se ha expresado que resulta controvertido que esta disposición considere agravante la minoridad del sujeto pasivo y, por el contrario, que la misma circunstancia no agrave la figura básica de la privación de libertad (CP., 142).

Así, se ha dicho que únicamente puede explicarse dicha contradicción legislativa si se entiende que sólo corresponde agravar la conducta de aquél que restringe la libertad a un menor de dieciocho años (se es menor de dieciocho años hasta las cero horas del día siguiente del que se cumple esa edad -Código Civil, 25, 26 y 27-) cuando la exigencia esté dirigida a otras personas (sus padres, tutores, cuidadores, etc.). Así lo sostiene, por ejemplo Martínez (2003:114).

Sin embargo, se reitera, el fundamento de la agravante radica en el mayor estado de indefensión que presenta la víctima (del secuestro) elegida, por lo que la interpretación correcta -según se considera aquí- es la primeramente señalada.

c. Mayor de 70 años: Ha venido aquí la nueva ley a agregar el otro extremo erario de la población, agravando la conducta restrictiva de libertad (secuestro) con finalidad extorsiva cuando la víctima sea mayor de 70 años de edad (se es mayor de setenta años a las cero horas del día siguiente del que se cumple setenta y un años -C.Civil, 25 a 27-). Esta reforma resulta coherente si se parte de que el fundamento de estas circunstancias agravantes es el particular estado de indefensión (o, mejor dicho, la poca posibilidad de defensa) del sujeto pasivo.

A ello debe agregarse que dicha modificación legal encuentra correlato en el resto del ordenamiento positivo, pues setenta años es la edad tomada por la ley[48] para admitir la prisión domiciliaria, dado que, se presume, a esa edad la persona puede vivenciar mayor sufrimiento o padecimiento físico y/o psíquico producto del deterioro que ocasiona el paso de los años.

La nota característica que presentan en común todas las severizantes analizadas es que en cada uno de esos supuestos, como se advierte, se verifica una situación de superioridad física y mental del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, lo que lleva a una mayor facilidad, a un especial aseguramiento en la ejecución del hecho por parte del autor (DONNA, 2001-1:149; QUINTANO RIPOLLES, 1997:753, e/o), circunstancia que debe ser conocida y procurada por el agente para valerse de la misma.

Como corolario, puede advertirse que el legislador ha acogido en los casos comentados -definitivamente- el criterio sentado por los Pactos Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (CN., 75 inciso 22°) sobre la mayor *protección* que debe otorgar la ley a determinadas

[48] CP., 10; Ley 24.660, 33 y Ley 12.256, 19.

personas o, mejor dicho, a las circunstancias en que esas personas se encuentran al momento de sufrir un delito[49].

Supuesto de persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

El fundamento de esta agravante viene dado en que la ley busca proteger con mayor énfasis la salud y/o el estado psico-físico que una privación de libertad (secuestro) produce a una persona que padece cualquiera de las inconveniencias mencionadas en la norma, puesto que, necesariamente, este padecimiento resultará ser mayor que el que se le puede ocasionar a una persona sana (DONNA, 2004:18), a partir de lo cual podría afirmarse que el legislador se ha hecho eco de la crítica que un importante sector de la doctrina dirigía al respecto.

Términos como *discapacitada* y *enferma* pueden dar lugar a problemas interpretativos, por lo que resulta importante precisar su marco legal de aplicación.

Al quedar abarcadas por el concepto de enfermedad tanto la física, como la psíquica o mental; debe entenderse que el fundamento de la agravante radica en la manifiesta superioridad -precisamente- física y mental en que se encuentra el sujeto activo frente al sujeto pasivo discapacitado, enfermo o que no puede valerse por sí mismo; por cuanto ello pone de manifiesto un especial aseguramiento (buscado *ex profeso*) en la ejecución del hecho por parte del agente.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia (si bien el caso es respecto del artículo 142 bis, resulta aplicable al caso comentado), que:

> *"...El tipo penal previsto en el art. 142 bis, inc. 1º del Cód. Penal, y desde la modificación operada por la ley 25.742, agrava la conducta de la privación ilegítima de la libertad cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad; la agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor..."* [50].

[49] Respecto de la mujer embarazada: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, VII; Declaración Universal de Derechos Humanos, 25.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6°.5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11, inciso 2°, d y 12 inciso 2°. En cuanto a los niños: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, , VII, Declaración Universal de Derechos Humanos, 6°.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4° inciso 5° y 19, Convención sobre los Derechos del Niño, 1. Respecto de los ancianos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4° inciso 5°.

[50] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 4.683, *"F.A., C.A. y otros"*, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.

A partir de dicha circunstancia, la calidad de la víctima sólo es relevante en la medida en que la misma revele una mayor indefensión (o escasa posibilidad de defensa efectiva) frente a su agresor.

Por último, y común a las severizantes que se vienen comentando, es necesario destacar que, desde el aspecto subjetivo, es imprescindible acreditar -tal como se explicitara precedentemente- que el autor haya tenido conocimiento efectivo de la calidad especial de la víctima, a partir de lo cual debe poder afirmarse que el agente haya considerado especialmente esta circunstancia para diagramar su conducta final (ya sea para aprovechar su indefensión o para procurar generar una más efectiva respuesta en el tercero a quien se le exige que haga, no haga o tolere algo contra su voluntad, o bien, que pague el rescate).

Por el parentesco y la afinidad con la víctima (inciso 2º).

Tal como está redactada la norma, la razón de la agravante encuentra fundamento en la situación de respeto que el autor debe a la víctima y que vulnera, menospreciándola al secuestrarla para exigir un rescate a cambio de su liberación; siendo la enumeración legal taxativa.

Con relación al autor del secuestro, cónyuge es aquél con quien ha contraído matrimonio válido de acuerdo a las leyes vigentes; ascendiente es todo aquél antecesor en línea directa (Código Civil, 352) y hermanos (sean unilaterales o bilaterales -Código Civil, 360 y 361-) son los colaterales por consanguinidad en segundo grado (Código Civil, 353).

En este último caso -el de los descendientes y ascendientes-, debe destacarse el criterio de Donna (2004:18) en cuanto a que la circunstancia calificante alcanza también a aquellos casos de adopción.

Por su parte, la agravante no alcanza a los matrimonios simulados o aparentes; empero, el agregado del término *conviviente* incluye ahora dentro de la severizante a las relaciones de *concubinato* o *de hecho* siempre, claro está, que sean acreditadas fehacientemente en el caso en concreto.

En este caso, al igual que como ocurre en el delito de homicidio agravado por el vínculo (CP., 80 inciso 1º), el aspecto subjetivo del tipo se completa con el conocimiento asertivo por parte del autor de que lleva a cabo su conducta contra una persona que reviste la cualidad expresamente consignada por las normas comentadas. Por tal motivo, el error o ignorancia de tal circunstancia elimina la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante analizada.

Por último, al hacer mención la disposición legal de *otro individuo a quien se deba respeto particular*, está también dando el fundamento de la consignación legal de las anteriores circunstancias personales de la víctima. En efecto, el fundamento de esta agravante sería entonces el *respeto particular* que debe el secuestrador a la persona secuestrada y no el *respeto general* que pueda merecer la víctima, como por ejemplo puede ocurrir con un gran escritor, un médico prestigioso, etc. Sobre este punto no hay controversias en la doctrina.

En definitiva, debe resaltarse que se trata -en el caso- de supuestos de delitos especiales impropios, pues la no acreditación de las circunstancias relativas a los sujetos aquí analizadas, desplaza la conducta a la figura básica del primer párrafo (en cualquiera de los supuestos estudiados).

Por la calidad del agente (inciso 5º).

Aquí la ley ha previsto como agravante el hecho de que el autor o partícipe del secuestro sea funcionario o empleado público o haya pertenecido o pertenezca a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado, por lo que, en este caso, la figura delictiva debe ser calificada como *delito especial impropio* (por los mismos fundamentos brindados respecto del supuesto anterior).

Ahora, dado que el artículo 77, 4º párrafo del Código Penal define lo que debe entenderse por *funcionario* o *empleado público*, dicho concepto debe interpretarse de manera armónica y conjunta con la normativa constitucional ("Convención Interamericana contra la Corrupción", Ley 24.759 artículo 1; "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", Ley 26.097 artículo 2° y "Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública", n° 25.188, artículo 1°)[51], a partir de lo cual, queda claro que el análisis de esta norma debe realizarse a partir de una interpretación racional y restrictiva de los vocablos utilizados por el legislador, por lo que no a cualquier funcionario o empleado público que cometa este delito habrá de aplicarse, sin más, la agravante.

Asimismo, cuando la ley habla de persona que pertenezca o haya pertenecido a organismos de seguridad o inteligencia del Estado, se advierte que lo hace sin fijar ningún tipo de límite temporal ni de grados o jerarquías.

Ahora, si tenemos en cuenta el momento histórico y los motivos por lo que se introdujo esta reforma al Código Penal, advertiremos que la misma aparece como respuesta legislativa a los reiterados casos de secuestros extorsivos cometidos por miembros de las fuerzas policiales y, en

[51] Como ya fuera señalado, sobre el contenido y alcance que debe darse -en derecho penal- al concepto de funcionario público, ver CONTI–SAUMELL, 2007:28/34.

algunos casos, por integrantes de cuerpos de seguridad creados específicamente para combatir este tipo de delitos.

Durante el debate en el Senado, el miembro informante, Senador Agúndez, refirió que *"estas agravantes tenían que ver... con aquellas que se referían a la calidad funcional de quien comete el delito por la mayor posibilidad que tienen de cometerlo"*[52].

Si se toma en cuenta todo lo hasta aquí señalado, debe advertirse que sólo podrá aplicarse la figura agravada cuando, además de revestir el agente la calidad de funcionario o empleado público, éste se haya valido de esa calidad o condición funcional para llevar a cabo con mayor facilidad el delito castigado por la norma analizada.

En este sentido, la circunstancia severizante comentada resulta lógica por cuanto parece -al menos- incomprensible que quien ha sido depositario de la función pública (sea por elección popular o por designación de autoridad competente) la utilice en provecho (ilícito) propio o de terceros.

Por el número de sujetos intervinientes (inciso 6º).

La ley contempla como agravante la participación en el hecho de tres o más personas.

El fundamento de esta circunstancia agravante específica radica en castigar más severamente a quienes toman la precaución de aunar sus voluntades con una finalidad delictiva común, decisión que los coloca -obviamente- en una mejor situación frente a las posibilidades de defensa de la víctima; lo que importará, en consecuencia, una mayor posibilidad de éxito sin riesgo alguno -prácticamente- para los delincuentes.

Asimismo, sólo se aplicará la agravante cuando se verifique que las tres o más personas hayan intervenido en la ejecución del hecho -como coautores y/o partícipes- (DONNA, 2004:20); por lo que quedan fuera de la agravante los instigadores -que intervengan antes de la ejecución del suceso- y los partícipes (secundarios) que actúen con posterioridad al mismo en virtud de una promesa anterior.

Finalmente, es coincidente la doctrina en exigir que las tres o más personas deban ser imputables o capaces de culpabilidad al momento del hecho.

Por el resultado producido (inciso 3º; párrafos 3º y 4º).

[52] Ver Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, nº 6, p. 1.216.

Al analizar esta figura penal, a cuya composición se agregan circunstancias agravantes que tienen que ver con el resultado producto de un segundo accionar ilícito por parte del sujeto que llevó a cabo el secuestro, debe sostenerse que se trata -en realidad- de tipos penales de *acción compuesta, de los denominados tipos penales complejos*; dado que -tal como ya fuera referido con anterioridad- el mismo se caracteriza por la concurrencia de dos conductas, cada una -individualmente- constitutiva de un delito (BETTIOL, 1965:549) en forma autónoma (MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARAN, 2000:296), de cuya unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible.

Por su parte, también debe tenerse en cuenta que la debida atribución de un injusto a su autor debe realizarse conforme a una imputación personal e individual del riesgo con más la imputación objetiva del resultado; ello debido a que en los delitos dolosos es preciso que el autor pretenda la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una conducta peligrosa, mientras que en los tipos imprudentes, por su parte, la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor; por lo tanto, *el dolo y la imprudencia conforman el injusto subjetivo -o personal-* (WOLTER, 1984:113).

De acuerdo con ello, la relación de riesgo entre conducta y resultado, incluida la producción de este último, constituye el ámbito del injusto objetivo, a partir de lo cual debe sostenerse que la imputación de un resultado tiene que basarse en la creación de un riesgo imputable y la producción de esta conducta peligrosa precisa de una referencia personal e individual. En conclusión, sostiene el autor citado, puede decirse que *la imputación objetiva se basa, pues, en una imputación personal e individual del riesgo* (1984:114).

En base a estas consideraciones, debe observarse que en el primer caso (CP., 170, inciso3°), el ilícito se integra con un secuestro extorsivo, por un lado, y la causación de lesiones -graves o gravísimas- (lesión al bien jurídico incolumidad de la persona humana[53]), por el otro (CP., 90/1), resultado que -por su parte- deberá poder ser imputado al agente (indefectiblemente) a título doloso.

En el segundo caso (CP., 170, 3° párrafo), el tipo penal se compone de un secuestro extorsivo, por un lado, y de un homicidio imprudente (afectación del bien jurídico vida humana[54]) por el otro.

Finalmente, el último y tercer caso en que el secuestro se agrava por el resultado es una figura compleja que se integra con un secuestro extorsivo, por un lado, y por un homicidio doloso (afectación del bien jurídico vida humana), por el otro (CP., 170, 4º párrafo).

[53] Sobre el alcance y la extensión del concepto de este bien jurídico (CONTI, 2006:133).
[54] Sobre el alcance y la extensión del concepto de vida -como bien jurídico- (CONTI, 2009-2:213/25).

Como correlato de lo expuesto, y a partir de la correspondencia exacta que debe verificarse entre los aspectos objetivo y subjetivo, desde éste último, estas figuras legales deben clasificarse como delitos calificados por el resultado[55], correspondiendo señalar en el análisis de cada agravante particular la composición típica subjetiva de cada tipo legal.

Por último, todos estos supuestos no son más que el producto de una técnica legislativa (deficiente y controvertida) que excepciona -ya a nivel típico- la aplicación de las reglas del concurso de delitos, por lo que no ha sido un acierto su regulación, puesto que los supuestos que con esta legislación deben subsumirse en dicha disposición legal se resolverían, de manera adecuada -a la luz de los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad- con las referidas reglas concursales.

Corresponde ahora pasar a analizar las particularidades que pueden presentar cada una de estas tres circunstancias que agravan (por el resultado) a un secuestro extorsivo.

Secuestro extorsivo agravado por el resultado lesiones (CP., 170 inc. 3º).

La primera de las circunstancias agravantes referidas opera cuando se causaren a la víctima del secuestro lesiones graves o gravísimas.

La cuestión a determinar en este caso es si la norma excepciona el concurso de dos delitos dolosos o de un delito doloso y otro imprudente.

De acuerdos a las argumentaciones vertidas precedentemente, ninguna duda pueda haber de que debe tratarse de lesiones dolosas[56]; ello obedece, en primer lugar, a que el legislador recurre a la expresión *lesiones graves o gravísimas*, y éstos son términos técnicos utilizados por la doctrina para referirse a los tipos previstos en los artículos 90 y 91 del Código Penal, respectivamente.

Entonces, ante la posibilidad de interpretar los términos empleados por el legislador en sentido vulgar o en sentido técnico, debe de hacérselo a partir del principio constitucional de máxima

---

[55] Se entiende aquí por delitos calificados por el resultado a todos aquellos tipos penales (objetivamente) complejos que contemplen la punición de un delito base (sea doloso o imprudente) con más una cuantificación o calificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave (sea ésta la materialización de un delito doloso o imprudente), en tanto la misma sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base; pues dicho concepto amplio pretende ser abarcativo de todos los supuestos de combinaciones típicas subjetivas posibles (CONTI, 2006:40). Con la propuesta de dicho concepto, pretende superarse la dificultad interpretativa que presentaba la clásica definición de este tipo de delitos: *"En el delito cualificado por el resultado...sucede además que la acción arriesgada que produce un resultado más grave, por sí misma, satisface ya un tipo penal doloso; es decir, encaja en un tipo cuyo resultado, comprendido por el dolo, muestra típicamente una tendencia hacia la consecuencia agravada en cuestión. Esta consideración se verifica necesariamente desde el tipo básico doloso y, por ello, el legislador clasifica las determinaciones de la pena pertinentes en el delito doloso y no podría regular de otro modo la cualificación interna por el resultado (art. 224 StGB)."* (HIRSCH, 2000:299).

[56] Con idéntico criterio, FERNANDEZ BUZZI, Juan M., *Las nuevas agravantes de los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo (artículos 142 bis y 170 del Código Penal)*, en www.derechopenalonline.com

taxatividad legal e interpretativa[57], por lo cual corresponde acudir a esta última alternativa; en virtud de lo cual, debe entenderse que la expresión *lesiones graves o gravísimas* utilizada en la ley alude a las figuras típicas referidas (CP., 90 y 91).

En segundo lugar, y partiendo de la base de que se trata -la aquí estudiada- de una figura legal que excepciona las reglas del concurso de delitos, dado el monto de pena previsto en abstracto para el caso, sólo puede concluirse en que ése segundo hecho (las lesiones) deben ser dolosas, pues sólo así aparece como *razonable* la escala penal prevista -en abstracto- por la norma.

Secuestro extorsivo agravado por el resultado *muerte de la persona ofendida*.

Las otras dos circunstancias agravantes específicas que califican al delito de secuestro extorsivo por el resultado se refieren a la muerte de la persona secuestrada, previéndose específicamente cuando la misma sea imputable al autor a título de imprudencia, en el primer caso, o a título doloso, en el segundo de ellos. Lo que puede afirmarse es que esta previsión legal ha venido a despejar las dudas interpretativas que existían al respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia antes de la reforma (Ley 25.742) en orden al aspecto subjetivo que debía verificarse respecto de la muerte ocurrida durante un secuestro (antes de la reforma, el coactivo), ya que el delito de secuestro extorsivo no contemplaba (como agravante) la posibilidad de muerte de la persona ofendida (SANCINETTI, 2002:959).

Conforme a ello, puede afirmarse que -en el primer caso- se trata de un delito doloso seguido de otro delito imprudente, mientras que, en el segundo supuesto, tanto el hecho base (secuestro) como el resultado final (muerte) deben ser dos delitos dolosos.

a. En el primer caso (CP., 170, 3º párrafo), cuando se alude a *muerte no querida*, sólo se lo hace para distinguirla de aquella muerte sí querida (o dolosa) y, por lo tanto, resulta obvio que el legislador se ha referido a una conducta imprudente, toda vez que la muerte ocasionada a la víctima, cuando es independiente o está desvinculada del secuestro, no tipifica la agravante.

Puede tomarse como ejemplo, en este supuesto, el caso en que se secuestre a una persona en la vía pública para ser trasladada en el vehículo en que operan los secuestradores al sitio donde será

[57] El axioma que establece que no hay delito si no hay ley, más en concreto, no hay delito si no hay conducta, es decir, no existe delito si no existe una conducta descripta a nivel típico, deriva del *"nullum crimen sine conducta"*, ahora, en tanto la última de estas afirmaciones opera ante un supuesto de ausencia de conducta, la primera de ellas lo hace ante la falta de una norma válida en materia penal (FERRAJOLI, 1995:93). En el mismo sentido, ha sido afirmado que el contenido del principio de legalidad viene dado por la reserva de ley -*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*- y la exigencia de taxatividad y de certeza -*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*- (BUSTOS RAMIREZ – HORMAZÁBAL MALARÉE, 1997:81).

ocultada y, a consecuencia del manejo imprudente del rodado la víctima muere en una colisión: dicho resultado no será objetivamente imputable a los autores de acuerdo al tipo penal estudiado, dado que la muerte (que es imprudente) no constituye aquí la concreción del riesgo creado por el delito ejecutado por los autores, por lo que correspondería aplicar lo normado por el artículo 84 del Código Penal en concurso ideal con la figura delictiva motivo de estudio.

Como se advierte, se trata de un supuesto en que no se verificaría conexión de tipo alguno entre el delito base (secuestro) y el resultado (muerte), ni objetiva ni subjetiva (SANCINETTI, 2002:1033/4).

Ello importa afirmar que la consecuencia amenazada con pena más grave debe ser imputada al menos con imprudencia al autor, siendo esta regla una consecuencia directa de la vigencia del principio de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*); el cual no es tan sólo una garantía para el acusado de un delito, sino prevista respecto de todos los ciudadanos; por lo que, para hacer operar acabadamente esa garantía, debe verificarse su respeto ya en el nivel de la tipicidad (PEREZ BARBERA, 2000:224/6).

Dicho extremo no es objeto de discusión por parte de la doctrina.

En este mismo sentido, ha sido por demás importe esta modificación implementada por el legislador (más allá de los reparos que la misma merece, a lo que luego se hará referencia), por cuanto antes de la sanción de la ley que ha dado lugar a esta *nueva* norma, la doctrina nacional mayoritaria sostenía que esta agravante alcanzaba a los homicidios dolosos y a los preterintencionales, no así a los imprudentes, exigiendo -por su parte- que el resultado tuviese relación directa con la privación de la libertad (secuestro), de manera que causas accidentales no pudieran ser imputadas al autor (NUÑEZ, 1989:151), (DONNA, 2001-1:151), (ESER – BURKHARTD, 1995:124)[58].

Si, por ejemplo, un sujeto secuestra a una persona con fines extorsivos y luego la oculta en el sótano de su vivienda para poder gestionar la obtención del pago de rescate, olvidando alimentarla durante el tiempo que dure su cautiverio (a consecuencia de lo cual deviene su muerte), responderá por esta figura agravada (secuestro + muerte imprudente); ello, por cuanto el resultado muerte de la víctima devino como consecuencia de su falta de alimentación.

---

[58] Sostienen los autores citados en último término que *"...la cualificación del resultado se debe haber producido al menos de forma culposa"*.

Queda claro entonces que debe verificarse también, además de los extremos aludidos, una relación de causalidad entre la conducta constitutiva del hecho base (secuestro) y la consecuencia que agrava la misma (muerte imprudente de la persona ofendida).

En este sentido, no corresponderá aplicar la agravante -por ejemplo- si la víctima, luego de liberada, sale de la casa donde estuvo cautiva y se le cae del balcón una maceta que el secuestrador había colgado sin el debido cuidado, provocándole la muerte, por cuanto dicho obrar negligente del secuestrador no guarda ninguna relación con el secuestro[59].

De acuerdo con todo lo señalado, en los supuestos en que no se verifique esa conexión causal entre el hecho base y el resultado, deben de aplicarse las reglas del concurso real.

Por su parte, no puede dejar de advertirse que, de acuerdo a las pautas interpretativas dadas, las que intentan ser respetuosas de los principios constitucionales de estricta legalidad y culpabilidad, el legislador se ha excedido por completo en la escala penal prevista en abstracto para el caso aquí analizado.

En efecto, si las disposiciones estudiadas -como estructuras típicas complejas- excepcionan las reglas del concurso de delitos, debe de observarse que de acudirse a su aplicación, la escala penal debería ser de cinco a quince años en el supuesto del concurso ideal (CP., 54, 84 y 170), y de cinco a veinte años en el caso del concurso material (CP., 55, 84 y 170); pues se tratará de la comisión del delito de secuestro extorsivo con más un homicidio imprudente que deviene como resultado *no querido* por el autor, pero sí imputable al mismo; ello, por los fundamentos antes brindados.

Se advierte claramente que la escala penal de quince a veinticinco años prevista para el caso aparece, al menos, como desproporcionada; lo que puede importar la inobservancia del principio de culpabilidad, ya a nivel típico.

Como consecuencia de ello, se debe advertir aquí que éste debe ser un extremo a tener muy en cuenta por el juez al momento de dosificar la sanción punitiva en el caso en concreto.

b. Finalmente, en el segundo caso, el legislador ha previsto la combinación de un delito doloso (el secuestro) con un resultado doloso más grave (la muerte).

Dicho resultado no sólo tiene que haber sido previsto y conocido por el autor, sino que debe verificarse también una relación de conexión (objetiva y subjetiva) entre el secuestro y la muerte. Si no existe tal conexión, por los mismos fundamentos antes brindados, deberán aplicarse las reglas del concurso.

[59] De opinión contraria (REINALDI, 2004:138), por cuanto, a partir de un ejemplo similar al aquí utilizado, concluye en que el resultado deviene como *preterintencional* (¿?).

Con respecto a esta exigencia de acreditación de la conexión (objetiva y subjetiva) entre el secuestro y la muerte, debe recordarse que ello deviene imperativo, por un lado, a partir del principio según el cual sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una conducta humana cuando la misma haya creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico (ROMERO, 1999:83) y que, a su vez, esté comprendido en la estructura de un tipo legal.

En este tren de análisis, debe observarse que la expresión *querida* ahora utilizada por el legislador en el párrafo comentado, exige la verificación de dolo directo por parte del autor, quedando excluida la posibilidad de que la muerte pueda imputarse (para aquellos que lo admiten, no siendo el criterio aquí sostenido) a título de dolo eventual, ya que esta forma de dolo no requiere ese elemento volitivo, sino sólo una aceptación del resultado representado por el autor; representación que importa -necesariamente- su previo conocimiento.

Así, puede tomarse como ejemplo el caso en que una o varias personas secuestren a otra con fines extorsivos y, durante el período de cautiverio, ésta lograra hacerse de un arma con la que intentará defenderse del ataque ilegítimo que viene sufriendo y recuperar así su libertad[60], situación ante la cual sus cuidadores se verán compelidos a matarlo en resguardo de sus vidas, verificándose en dicho supuesto la ocurrencia de una muerte dolosa que queda comprendida, obviamente, dentro del riesgo creado por la conducta constitutiva del hecho base (secuestrar)[61] y deslindada, por otra parte, la posibilidad de atribuir la muerte conforme lo normado por el numeral 80 inciso 7º del elenco sustantivo.

Por el contrario, muy distinto sería el caso en que el agente tuviese planeado dar muerte a la víctima antes de secuestrarla (*muerte dolosa*), supuesto en el cual el atentado contra la libertad ambulatoria sólo constituirá un medio para otro fin contenido en el plan del autor -aunque punible de manera autónoma-, por lo que serían aplicables a la hipótesis fáctica planteada las reglas del concurso de delitos[62], pero *nunca* la disposición legal que se viene analizando.

De ello se colige que cualquier supuesto en que la muerte obedezca a alguna de las circunstancias agravantes previstas por el numeral 80 del elenco penal torna aplicable dicha disposición legal (en concurso real con la aquí comentada, en su estructura base), descartándose la posible atribución de aquél resultado muerte en el contexto de la figura penal estudiada.

[60] Ello es factible puesto que, como ya fuera expuesto, se trata el caso estudiado de un delito de efectos permanentes.
[61] Pues a ellos no los ampara (en ninguno de estos casos) la legítima defensa (CP., 34 inciso 6º "a contrario").
[62] Entre una privación ilegítima de libertad o secuestro (depende la finalidad perseguida por el autor) y un homicidio agravado por alevosía.

Atenuante.

La ley 25.742 introdujo como reforma en la norma penal que viene siendo comentada (CP., 170), una circunstancia atenuante para el caso en que uno de los partícipes se esforzare para que la víctima recupere la libertad, exigiéndose la desvinculación del sujeto de los restantes partícipes.

El requisito, para que pueda aplicarse esta pena disminuida, es que la libertad de la víctima no debe haber sido otorgada por el secuestrador como consecuencia del cobro del rescate por parte de la víctima o de un tercero), sino por su accionar, que busca la liberación de la persona cautiva, al momento que se desvincula de los otros socios en el hecho.

Puede tomarse como ejemplo la siguiente hipótesis de trabajo: tres personas se ponen de acuerdo para llevar a cabo un secuestro; dos de ellas se encargan de sustraer a la víctima de su lugar de trabajo para conducirla al lugar donde la mantendrán cautiva mientras gestionan el cobro por su rescate, mientras que el tercero es quien se encarga de cuidar y vigilar a la víctima. Al día siguiente, los dos primeros se dirigen a un locutorio desde donde se comunican con los familiares y piden rescate por su liberación; en tanto que el tercer sujeto (el que obra como vigilador de la víctima del cautiverio), conmovido por el llanto incesante del secuestrado y por escuchar la súplica desgarradora del mismo, decide abortar por su cuenta (sin comunicación a sus dos compañeros) el secuestro y llama a la policía avisando donde se encuentra secuestrada la persona para que puedan hallarla, lo que efectivamente ocurre a los pocos minutos y sin que se hubiese efectuado el pago del rescate.

Como se advierte del ejemplo, el delito ya está consumado con la privación ilegítima de la libertad para procurarse el rescate, por lo que el desistimiento del conmovido secuestrador no puede dejar su conducta impune[63], mucho menos la de los otros dos que estaban gestionando el cobro del rescate.

En definitiva, puede concluirse en que el fundamento real de esta circunstancia aminorante de la penalidad viene dado en que, al momento de procurarse la libertad de la víctima del secuestro, la tentativa ya no es posible y, de la misma manera que resultaría injusto dejar esa conducta impune, también sería injusto castigarla igual que la que llevaran a cabo los otros dos delincuentes.

Estas son las circunstancias que, evidentemente y según el criterio expuesto, fundamentan la reducción de la escala penal aplicable al caso.

[63] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, *"Delea, Héctor"*, sentencia del 20-10-2005.

Jurisdicción competente ¿ordinaria o de excepción?

Ha dado lugar a incesantes e importantes discusiones -doctrinarias y jurisprudenciales- el tópico concerniente a la competencia jurisdiccional a la que corresponde investigar y juzgar el ilícito que aquí se está analizando. En virtud de ello, se intentará aquí desbrozar si este delito encuadra dentro de las excepciones de competencia contenidas en el artículo 3, inciso 5° de la Ley 48.

Ello así, corresponde la trascripción textual de la citada norma para su posterior análisis:

> "**Artículo 3.-** Los jueces de sección conocerán igualmente de todas las causas de contrabando y de todas las causas criminales cuyo conocimiento competa a la Justicia nacional, a saber:… 5) (Inciso agregado por ley 20661, y texto según ley 23817, artículo 1) Los delitos previstos por los artículos 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, a excepción de la simple tenencia de un arma de guerra salvo que tuviere vinculación con otros delitos de competencia federal, 212 y 213 bis del Código Penal**…."**

Una interpretación taxativa del texto trascripto lleva a la inexorable conclusión de que la competencia para entender en la materia es la de excepción, es decir, la federal.

Sin perjuicio de ello, claro está que siguiendo ese camino se provocaría una inflación procesal más que notoria en dicho fuero, pues si la totalidad de causas que se inicien por delitos de secuestros -que, al menos en la provincia de Buenos Aires, son lamentablemente una gran cantidad- van a parar al fuero de excepción, éste ya dejaría de ser excepcional, cuando el fundamento para incitar esa jurisdicción, de acuerdo al criterio aquí sustentado, es otro muy distinto.

En este sentido, bien ha sostenido la jurisprudencia que la previsión del inciso 5° del artículo 3° de la Ley 48 resulta solamente una presunción atributiva de competencia que debe ser descartada cuando se acredite que los hechos tengan estricta motivación particular, es decir, que no sea posible la afectación de la seguridad del Estado Nacional o de sus instituciones[64].

En la misma dirección se ha expedido el máximo organismo jurisdiccional nacional al decir que las causas en las que se imputa la comisión del ilícito previsto en la disposición legal a la que se viene aludiendo, debe tramitar, en primer término, ante la justicia federal, sin perjuicio de la competencia ordinaria en los casos en los se revele inequívoca y fehacientemente que los hechos

[64] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III causa n° 539 (n° Presidencia 5240) *"O., P. C. s/ recurso de casación"*, fallo del 14/10/2003

tienen estricta motivación particular y que, sumado a ello, no existe posibilidad de que se afecte directa o indirectamente la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones[65].

Consecuentemente, según el criterio esbozado en el párrafo que antecede, en primer lugar se deberían iniciar las investigaciones en el marco de la justicia federal la que, en caso de referir la existencia de las causales mencionadas, deberá declinar su competencia a favor de los tribunales provinciales.

Claro está que el acceso a la justicia de excepción, como bien lo dice la palabra, debe ser restrictivo. Ergo, el análisis de la normativa atributiva de competencia debe ser -también- limitativo al respecto. Así, como ya ha sido adelantado, se debe evitar la inflación procesal en esa jurisdicción, descartando ilícitos donde no se ponga en riesgo la seguridad nacional y que sólo tengan neta finalidad y/o motivación particular.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que en los supuestos de ilícitos que tramiten ante la jurisdicción federal y que -tardíamente- el órgano interviniente decida declarar su incompetencia a favor del fuero provincial, se genera la discusión acerca de si dicha circunstancia llega o no a afectar la garantía procesal que debe reconocerse a toda persona a ser juzgada en un plazo razonable, lo que podría implicar una clara restricción o denegación de justicia[66], es que debe buscarse una interpretación normativa mediante la cual se bregue por el cumplimiento de los juzgamientos en un tiempo racional y sin dilaciones indebidas.

Como consecuencia de lo señalado, se considera aquí que en los casos en los que la declaración de incompetencia sea procesalmente tardía -colisionando contra una de las máximas garantías que debe resguardarse en el proceso penal-, el proceso debe seguir tramitando en el organismo que primero intervino, con el objetivo de cumplir con los plazos razonables del proceso.

A partir de lo hasta aquí señalado, sumado a que el artículo 14.3.C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CN., 75 inciso 22°) consagra el derecho a ser juzgado sin demoras indebidas, es que se refuerza la idea antes expuesta de que el fuero federal debe -necesariamente- ser de excepción.

Por demás elocuente resulta ser la opinión de Clariá Olmedo (1945:167/8) cuando afirma que la llave que abra la competencia federal penal debe determinarse por un solo motivo, comprensivo de todos los demás: *cuando exista un claro atentado contra intereses de la soberanía o seguridad del*

---

[65] Fallos 306:434; 290:362; 293:483; 293:183; 300:490; 318:53; 324:1627

[66] Lo que violentaría los derechos estatuidos en el artículo 6.1 del Convenio de Roma, en el artículo 7° párrafo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos; ello, conforme lo dispuesto por los artículos 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna y 15 segundo párrafo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Estado, con lo que debe restársele importancia al lugar de comisión, al autor, a la víctima o a cualquier otra situación.

En este sentido se ha expedido en varias ocasiones el Tribunal de Casación Penal bonaerense.

Así, ha dicho que:

"…En los delitos de carácter permanente -como lo es el secuestro extorsivo- no hay razón de principio que imponga decidir a favor de la competencia de alguno de los jueces en el ámbito de cuyas jurisdiccionales se ha desarrollado la acción delictiva, por lo que son determinantes para resolver el punto, consideraciones de economía y conveniencia procesal (conforme CSJN.); por lo que corresponde que la causa tramite ante los órganos jurisdiccionales con sede en la investigación preliminar…"[67].

También fue clara la Corte Suprema de Justicia al dictar sentencia en la causa seguida a Mario E. Firmenich, en cuanto refirió que:

"…Los delitos de homicidio y secuestro extorsivo, más allá de los móviles subjetivos políticos o revolucionarios que intente invocar en su defensa el recurrente, son delitos comunes contra la vida y el patrimonio, que aparecen totalmente desvinculados de los delitos objetivamente políticos y de cualquier justificación basada en la resistencia a la opresión…"[68].

Análisis aparte merece el fallo dictado por nuestro máximo organismo jurisdiccional de competencia nacional en la conocida causa del secuestro del joven Axel Damián Blumberg[69].

En esa oportunidad nuestro más Alto Tribunal hizo suyos los fundamentos del Procurador Fiscal de la Nación al decir:

- *"…refuerzan la opinión de este Ministerio Público respecto a la competencia del fuero de excepción en la materia, toda vez que el trabajo mancomunado realizado por la Unidad Fiscal Especial Móvil para la Investigación de Secuestros Extorsivos… permitió comprobar la conexión entre diversos hechos, perpetrados en distintas jurisdicciones y finalmente atribuidos a la misma banda armada…"*.

[67] Voto del Dr Borinsky en causa TC0003 LP 28520 RSD-174-8 S 21-2-2008
[68] Corte Suprema de Justicia, Fallos 312:, 1262 – DJ 1989-2, 639
[69] Corte Suprema de Justicia, Fallos 329:373, DJ 05-04/2006, 902 – JA 2006- II, 104

- *“…también debe valorarse, en este aspecto, el carácter inter jurisdiccional que revestía la actividad ilícita, ya que los imputados habrían buscado refugio en otras provincias, lugares donde también realizaron inversiones con el dinero proveniente de los botines, o buscaron hacerlo…”.*
- *“…en caso de existir, al momento de los sucesos, una inequívoca relación entre el hecho investigado y el entorpecimiento del legítimo ejercicio de funciones de índole federal, deben ser investigados por la justicia de excepción por ser de aquellos que corrompen el buen servicio de los empleados de la Nación (Fallos: 319:1672 y sus citas)…”.*
- *“…debemos ponderar la reciente doctrina del Tribunal que establece que en los casos de pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común… o un único complot delictivo…es a los tribunales federales que conocen de los delitos propios de su competencia analizar la conducta delictiva en su totalidad, ello atendiendo a la necesidad de que su investigación quede a cargo de un único magistrado…”.*

Como se advierte, y sin perjuicio de haber dictaminado a favor de la competencia de excepción, la Corte Suprema de Justicia Nacional, se ha sustentado en los fundamentos que hasta aquí se han señalado: afectación de interés del estado, seguridad común, celeridad procesal y unicidad de investigaciones.

En orden a la causa que se viene mencionando, el Alto Tribunal no sólo fundó la competencia de excepción en que el hecho tomó gran notoriedad pública y mediática -lo que a veces sólo sirve para ensombrecer los criterios jurídicos pertinentes- sino también en que la banda actuó en diferentes jurisdicciones provinciales, que se realizó una investigación a nivel nacional y por medio de una unidad especial creada a esos efectos, todo por lo cual claramente se afectaba -en ese entonces- la seguridad nacional.

En síntesis, se sostiene aquí que las conductas que deban ser subsumidas legalmente en la figura penal estudiada debe excitar la competencia ordinaria, salvo, claro está, que los hechos que deban ser juzgados importen o conlleven afectación al interés del estado y la seguridad nacional, en cuyo caso deberá entender la jurisdicción de excepción, debiendo garantizarse -siempre- el debido proceso legal al justiciable, en especial en cuanto a que debe ser juzgado en un plazo razonable, sin las dilaciones indebidas que las cuestiones de competencia suelen conllevar.

Decomiso ¿o confiscación?

El decomiso instaurado en el Título II *De las Penas* del Código Penal (artículo 23) como una especie de pena, tiene dos claras finalidades: impedir la reutilización de objetos empleados para cometer el delito y procurar que el condenado no conserve el producto del ilícito para su disfrute.

El artículo 1 de la citada Ley n° 25.742 -y posteriormente la Ley n° 25.815- incorporó al artículo 23 del ordenamiento fondal una norma por medio de la cual expresamente se agregan entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera cautiva a la víctima del ilícito previsto en el artículo 170 del catálogo penal.

Textualmente, luego de la modificación, la disposición bajo análisis reza:

"En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en éste Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, a favor del Estado nacional, de las Provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éstos.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.

El Juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o de indemnización del damnificado y de terceros."

Luego de una rápida lectura de la norma en comentario se deduce sin dificultad alguna que se trata, en realidad, de una reforma que logró una mera refinación particular del contenido general que ya ostentaba la disposición analizada; ello por cuanto, con la anterior redacción, el magistrado interviniente ya contaba con las herramientas legales necesarias para obrar conforme a las consecuencias hoy buscadas.

Sin olvidar, como ya fuera adelantado en capítulos anteriores, que esta modificación legal se enmarcó en una realidad delictual que a partir del año 2001 azotó a nuestro territorio nacional, en forma de *moda delictiva*, es que -por este motivo- no puede analizarse el tema sin tener especialmente en cuenta el informe final de la Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas -creado por decreto de Presidencia de la Nación n° 1651/02-.

En efecto, en dicho informe se denota la *insuficiente* previsión del numeral 23 de la ley fondal, siendo -en palabras utilizadas por el legislador preopinante- *repugnante* al buen sentido común que los objetos que sirvieron para perpetrar o mantener un secuestro, continúen en poder del delincuente.

Así, lo que pretendió hacer -y logró- la Comisión fue aludir a que las consecuencias de este tipo de delitos no deben solamente acotarse a las sanciones privativas de libertad, sino que deben proyectarse sobre el patrimonio del delincuente para que, con ello, se procure asistir correctamente a la víctima. A partir de ello queda claro que -a diferencia del comiso genérico- esta especial previsión tiene como finalidad manifiesta otorgarle un destino especial al objeto del decomiso: la asistencia a la víctima.

Ahora, si bien en párrafos anteriores se han esbozado los fundamentos que dieron sustento a esta modificación legal, se considera aquí que con ello no resulta suficiente poder justificar la reforma en cuestión.

A pesar de ello, se reitera aquí que la solución que hoy trae la ley mediante la norma vigente ya se encontraba insita en la disposición legal finalmente reformada (CP., 23) y, además, con mucha mayor laxitud que en la normativa civil.

En definitiva, actualmente -con la sumatoria de las dos ramas normativas- el damnificado de este tipo de ilícitos tiene una amplia gama de instrumentos para hacer efectivas las pertinentes demandas por resarcimiento económico sobre bienes del condenado.

Vale realizar citas jurisprudenciales que, al respecto, nos aportan mayor especificidad en cuanto a la casuística aplicada.

Con respecto a los bienes adquiridos con el resultado del pago de un rescate, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín ha dicho que:

> *"…No corresponde el decomiso del automóvil Seat Ibiza incautado al imputado, por no resultar acreditado de modo fehaciente que su adquisición se hubiera efectuado con el dinero obtenido del hecho que nos ocupa…"*[70].

También ha sido objeto de valoración por parte de los Tribunales si media o no pedido del Fiscal con respecto al secuestro y si se ha producido prueba suficiente en el caso para acreditar la titularidad del bien.

De esa forma, ha sido dicho por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial de San Martín que:

> *"…En cuanto a la vivienda donde permaneciera cautiva la víctima contamos con escasos elementos y antecedentes, pues no se ha realizado prueba suficiente en la etapa de instrucción que permitiera dilucidar su titularidad. Por*

[70] Causa n° 1.624, caratulada *"Campos Pareja, Eduardo Manuel y otros"*, sentencia del 28/05/2007.

ello y teniendo en cuenta que siquiera fue solicitado su comiso por el Fiscal de juicio, se considera que no es aplicable el artículo 23, párrafo 6° del Código Penal…"[71].

Con una clara posición crítica, puede llegar a sostenerse que el legislador ha avanzado sobre el derecho de la propiedad teniendo una simple base objetiva que habilitaría el decomiso de un bien donde se hubiere retenido a un sujeto (en el marco del ilícito estudiado, según artículo 170 del Código Penal), excediendo la responsabilidad de quien fuera el propietario del bien. En ese sentido, en lugar de un decomiso, estaríamos frente a una clara confiscación de bienes, vulnerando clara y notoriamente el derecho de propiedad del titular del bien, sin que se cuestione o analice la procedencia del mismo.

En este mismo orden de ideas, es dable mencionar que para habilitar el decomiso o, mejor dicho, la confiscación de bienes, el titular de los mismos debe haber sido -al menos- condenable -sea cual fuere el grado de su participación- por el delito tipificado en el artículo 170 del Código fondal.

Cabe mencionar, a modo enunciativo solamente, que siempre se deben tener previstos los derechos que terceros ajenos al delito tengan sobre los bienes. En ese sentido, si bien se pueden decomisar los instrumentos utilizados para cometer el delito -sin que sea necesaria respecto de los mismos la titularidad por parte del condenado-, siempre se deben dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y terceros; por cuanto puede sostenerse que, precisamente, el tercero no inculpado ni responsable penalmente por el ilícito cometido no puede ser alcanzado por el decomiso salvo, claro está, que haya participado en algún grado del suceso delictivo[72].

Al fin de cuentas, a modo de conclusión sobre el tópico, podemos sostener dos conclusiones que resultan -según lo expuesto- sumamente claras: en primer lugar, no era necesaria la especial disposición de decomiso prevista por la Ley n° 25.742, ya que bastaba con las previsiones que ya contenía el artículo 23 del Código Penal y, por otro lado, este comiso especial, en realidad, encubre una confiscación de bienes que, a todas luces, deviene ilógica a la luz de las previsiones que deben ser primordiales en el sostenimiento del derecho de propiedad de los individuos.

[71] Causa n° 1.586, caratulada *"Gómez, Abel Segundo y otros"*, Sentencia del 04/03/2008.
[72] Así lo ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en causa *"García, Marcelo s/Recurso de casación"*, sentencia del 23/08/2002.

Bibliografía utilizada.

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Comentario de la ley 25.742, para la prevención del secuestro de personas*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2003, nº 6, p. 1.231.

ABRALDES, Sandro – MAIULINI, Federico, *Sobre las reglas jurídicas del denominado "caso de los doce apóstoles"* (nota al fallo), en La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 1.433.

Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, nº 6, p. 1.216.

BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.

BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008.

BARREIRO, Gastón y otros, *Secuestro extorsivo*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2005.

BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1965.

BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T I, Mave, Corrientes, Argentina, 2000.

BUSTOS RAMIREZ, Juan – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 1, Trotta, Madrid, España, 1997.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Competencia Penal en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, Argentina

CONTI, Néstor Jesús – SAUMELL, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, Buenos Aires, Argentina, 2007.

CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra,* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008.

CONTI, Néstor Jesús, *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2006.

CONTI, Néstor Jesús, *Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado*, en Temas de Derecho Penal Argentino, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006.

CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7° edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007.

CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.

CHIESA, Pedro J. M., *El delito de extorsión y sus especies en el Código Penal argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1989.

DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000.

DAMIANOVICH, Laura, *Unas reflexiones acerca del secuestro extorsivo*, en La Ley, 1.997-D, p. 974.

DÍAZ RIPOLLES, J. L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.

Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial,* T II-A, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto (compilador), *Reformas penales*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, en *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, España, 1995.

ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2ª edición, actualizada y ampliada, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2007.

FERNANDEZ BUZZI, Juan M., *Las nuevas agravantes de los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo (artículos 142 bis y 170 del Código Penal)*, en www.derechopenalonline.com.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos – MILLÁN, Alberto, *La reforma Penal. Ley 21.338*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980.

HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* T. 3, Losada, Buenos Aires, Argentina, 1965.

MARTINEZ, Stella Maris, *Las figuras del artículo 142 bis del Código Penal*, en *Delitos contra la propiedad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.

MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, T. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, España, 1998.

MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996.

MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus* antecedentes, T. V, Tommasi, Buenos Aires, Argentina, 1923.

MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal,* T. IV, Lerner, Córdoba, Argentina, 1989.

NÚNEZ, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1999.

ODERIGO, Mario, *Código Penal anotado*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1965.

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, *Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado*, en Cuadernos del Departamento de derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de córdoba, Nº 3, 2000.

REINALDI, Víctor Félix, *Delincuencia armada*, 2ª edición, Meditarránea, Córdoba, Argentina, 2004.

ROMERO, Gladys N., *Algunas Cuestiones de Derecho Penal*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General,* T. 1, Civitas, Madrid, España, 2001.

SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas*, *T II: "El Juicio"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.

SANCINETTI, Marcelo en *Análisis Crítico del Caso Cabezas, T. I, "La Instrucción"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000,

SIMAZ, Alexis Leonel, *El delito de hurto simple en el Código Penal argentino (CP., 162)*, Colección *Materiales de Cátedra* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2006.

SIMAZ, Alexis Leonel, *Una nueva modalidad delictiva: el secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, La Ley, Buenos Aires, Argentina, abril de 2009, p. 11/2.

SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987.

VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2004.

WOLTER, Jürgen, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, en SCHÜNEMANN, Berd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, España, 1984.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General,* Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La función reductora del derecho penal ante un Estado amenazado (o la lógica del carnicero responsable)*, en "¿Más Derecho?", Di Plácido, 2003/III, Buenos Aires, Argentina.

Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación

Por NÉSTOR JESÚS CONTI*

Art. 193 BIS: ***"Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.***

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin."

La ley 26.362.

Con fecha 26/03/2008 fue sancionada la ley 26.362[1].

La misma consta de dos artículos, el primero que reemplaza la denominación del Capítulo II, del Título VII del Libro Segundo del Código Penal argentino, la que -a partir de ahora- es *Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación*, y el segundo que incorpora a nuestro digesto sustantivo el numeral 193 bis, el cual reza:

"Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba

* Docente regular de la Asignatura "Derecho Penal. Parte Especial", en la Facultad de Derecho, UNMdP. Juez del Tribunal Oral en lo Criminal nº 2, Depto. Judicial Mar del Plata.

1 Promulgada el 15 de abril de 2008.

de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente".

"La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin".

El bien jurídico Seguridad del tránsito.

Ya hemos dicho que el Estado acude a generalizaciones concretas con el objeto de precisar el abanico de los intereses subjetivos que debe proteger a través de las normas generales[2].

A la tarea enunciada, para nada sencilla, debe sumársele la obligación que tiene el Estado de otorgar seguridad jurídica a todos los ciudadanos, propósito que se logra a partir de la consagración constitucional del principio de autonomía, entendido como la libertad de todos de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros (CN., 19).

Esta necesidad de identificar el objeto motivo de protección por parte del sistema penal revela un claro origen liberal y garantista[3].

El concepto de bien jurídico nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de los mismos[4].

Con este alcance, los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativas de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática[5].

Como puede observarse, el bien jurídico como objeto de protección por parte de la ley constitucional (luego contemplado por el derecho penal) es, en casos como el que aquí se estudia, una entidad abstracta.

---

[2] CONTI, Néstor Jesús, *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, Di Plácido, Bs. As., Argentina, 2.006, p. 65; CONTI, Néstor Jesús – SAUMELL, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, Bs. As., Argentina, 2.007, p. 24.

[3] En el mismo sentido, NIÑO, Luis Fernando, *El bien jurídico como referencia garantista*, Editores del Puerto, Bs. As., Argentina, 2.008, p. 65/7.

[4] BUSTOS RAMIREZ, Juan J. – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 2, Trotta, Madrid, España, 1.999, p. 57/8.

[5] Ídem, p. 59.

De acuerdo con ello, podemos concluír en que todos y cada uno de los doce Títulos que conforman el Libro Segundo del Código Penal argentino reúne las conductas que -en abstracto- lesionan o ponen en riesgo el bien jurídico protegido por el mismo.

Así, no puede perderse de vista que las conductas que el legislador ha reunido dentro del capítulo de los delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación se encuentran dentro del Título séptimo, que nuclea todas aquellas conductas que afecten o pongan en riesgo a la *seguridad pública*, que es el bien jurídico general; es decir, la seguridad del tránsito de la que aquí hablamos no es un bien jurídico autónomo, sino que forma parte de la seguridad pública en general.

El aquí analizado es de aquellos denominados *bienes jurídicos colectivos*, de titularidad indiferenciada.

Por tal motivo, si un bien jurídico es el reconocimiento de un derecho, debe quedar claro que la seguridad pública, como bien jurídico, es el reconocimiento de derechos difusos, o sea, de derechos pertenecientes a todos los integrantes de la sociedad[6].

Entonces, no estaríamos equivocados si afirmásemos que no existía ninguna necesidad de que el legislador modificara la denominación del Capítulo segundo, Título séptimo, párrafos antes enunciada; ello, por cuanto cualquier aspecto de la seguridad -como derecho difuso- forma parte de la “seguridad pública”.

Lo que no puede perderse de vista es que la seguridad del tránsito es un bien jurídico que también reconoce protección mediante la ley nº 24.449 (con las modificaciones incorporadas a la misma por ley 26.363[7]); empero, con la diferencia de que las conductas allí tipificadas constituyen faltas y no delitos.

Análisis del nuevo tipo penal.

a.- A partir de la incorporación al elenco penal sustantivo de su numeral 193 bis, constituye delito la conducta de quien, al comando de vehículo automotor y en oportunidad de llevar a cabo con el mismo una prueba de velocidad o de destreza, en tanto y en cuanto lo haga sin la autorización de

[6] MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. III, Tea, Bs. AS., Argentina, 1.999, p. 21.

[7] Sancionada con fecha 09/04/2008.

una autoridad competente, creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas (en general).

Igualmente, cometerá delito quien llevare a cabo la conducta de organizar o promocionar la prueba antes descripta, o bien, quien posibilite su realización mediante la entrega de un vehículo (automotor) de su propiedad o que le fuera confiado a su custodia, en este último caso, deberá el sujeto tener conocimiento efectivo de que el rodado será utilizado con esa finalidad.

b.- La conducta ilícita descripta en el primer párrafo podrá ser llevada a cabo por cualquier persona, por lo que se trata de un delito común (de titularidad indiferenciada).

Debe advertirse aquí que la ley no acude a la genérica denominación de *"el que…"*, sino que hace referencia al autor al definirlo como *"el conductor"*, y ello obedece a que distingue claramente entre quien "maneja" el vehículo y quien puede -eventualmente- participar como acompañante del primero. De lo contrario, podría llegar a pensarse que al hacerse mención de "el conductor" se hiciese referencia a quien esté legalmente habilitado para tal fin por la autoridad; empero, y teniendo en cuenta los precedentes a partir de los cuales se habría tornado necesaria la incorporación de estas conductas como delictivas[8], no parece ser esa la "voluntad" del legislador.

También puede ser cualquier persona quien lleve a cabo cualquiera de las tres conductas castigadas en el segundo párrafo de la norma comentada; es decir, ninguna cualidad especial se requiere para poder revestir el rol de *organizador*, *promotor* o bien, *facilitador*, que es quien posibilita a un tercero la comisión del delito mediante la entrega de un vehículo automotor, ya sea de su propiedad, o bien, confiado a su custodia.

c.- En cuanto al objeto (o instrumento) del delito, es clara la norma cuando alude a *"un vehículo automotor"*, debiendo entenderse por tal cualquier vehículo "a" motor.

Por vehículo debe entenderse todo objeto o artefacto destinado -por su naturaleza- al transporte de cosas o personas, sea por tierra, aire o agua.

Por motor debe entenderse toda máquina que sirve para dar movimiento a expensas de una fuente de energía, sea ésta eléctrica, térmica o hidráulica.

Por su parte, nuestro legislador ya ha brindado una definición de "vehículo automotor"[9], incluyendo dentro de dicho término a *"todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia"*.

---

[8] Por ejemplo, "el caso Cabello" (Tribunal Oral de la Capital Federal nº 30, causa nº 695, "C., S. S./doble homicidio doloso en concurso ideal con lesiones leves dolosas").

[9] Ley 24.449 "Ley de Tránsito", del 23/12/1994, artículo 5 "Definiciones", apartado "x".

De ello se deduce que quedan fuera del concepto los motovehículos, sean éstos ciclomotores y/o motocicletas[10].

Empero, en el delito aquí comentado, los términos aludidos deben interpretarse de manera conjunta y armónica de acuerdo al alcance que nos indica el bien jurídico “seguridad del tránsito”.

Por tránsito debe entenderse la acción de transitar, conducta que importa ir, pasar o conducirse de un lugar a otro por lugares o parajes públicos.

d.- Por otro lado, al rezar la norma *“…creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas…”*, se advierte estar en presencia de un delito de peligro concreto, toda vez que éste (el peligro) viene presentado como una exigencia objetiva del tipo penal, el que, demás está decir, debe ser comprobado judicialmente en cada caso en particular[11].

Como fuera señalado en el apartado anterior, el bien jurídico que afecta la conducta analizada es, en general, la seguridad pública y, en concreto, la seguridad del tránsito; empero, ello es así por una decisión legislativa de adelantar el momento de punibilidad de la conducta pues, claro surge de la misma norma, los bienes jurídicos que -en definitiva y de forma mediata- se intentan proteger son la vida y la integridad física de las personas.

Ahora, como ese peligro (para la vida y/o la integridad física de las personas) debe ser una situación fáctica a verificar en cada caso en concreto, dicha exigencia objetiva opera como elemento normativo de recorte del tipo penal, por lo que su no acreditación devendrá en la atipicidad objetiva de la conducta.

Asimismo, esa creación objetiva de peligro (para la vida o la integridad física de las personas) a la que aludimos, es la conducta (activa, nunca omisiva) que constituye la *acción típica*.

A partir de ello, podemos afirmar que el tipo penal analizado es de aquellos denominados de acción simple, pues sólo la forma elegida para su realización (prueba de velocidad o destreza) es alternativa.

e.- Dice la ley que el conductor debe crear la situación de peligro anteriormente descripta mediante su participación en una *prueba de velocidad o de destreza*, siempre, claro está, utilizando un vehículo automotor para ello.

---

[10] Definidas por la misma norma, apartados “ll” y “ñ”, respectivamente.

[11] BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 2, Mave, Bs. As., Argentina, 2.000, p. 286.

La experiencia cotidiana nos indica claramente que una *prueba de velocidad* no es otra cosa que una *"carrera"*, la que en la jerga automovilística ha sido denominada comúnmente como *"picada"*, pudiendo intervenir en el caso dos o más vehículos automotores.

De ello se colige que para que exista una carrera o picada se deberá contar con la necesaria e indispensable participación de -al menos- dos vehículos automotores, por lo que también -y lógicamente- deberán participar dos conductores.

Por su parte, una *prueba de destreza* bien puede ser lo que generalmente se denomina *"exhibición"*, de la que podrán participar uno o más vehículos automotores, cada uno -claro está- con sus respectivos conductores.

f.- Exige la ley, asimismo, que las conductas anteriormente referidas sean llevadas a cabo sin contar -para ello- con la debida autorización de la autoridad competente.

La autorización a la que refiere la disposición legal (la que -necesariamente- debe emanar de una autoridad competente) no es otra cosa que una exigencia objetiva que debe ser analizada como un elemento normativo (de recorte de la tipicidad).

De acuerdo con ello, se trata de una exigencia para el acusador, pues es quien deberá acreditar fehacientemente la ausencia de la autorización o, de existir la misma, que no fue expedida por la autoridad competente.

La interpretación contraria importará, sin duda alguna, una ilegítima inversión de la carga probatoria, lo que constituye la inobservancia del principio constitucional de inocencia (CN., 18 y 75 inc. 22º).

Ello debe, ineludiblemente interpretarse de la manera propuesta, por cuanto no es el imputado de un delito quien tiene de construir su inocencia, ya que la misma viene construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe construir completamente la posición contraria[12].

g.- Finalmente, desde el punto de vista del aspecto subjetivo de la conducta, debe afirmarse que se trata de un delito doloso.

Ello es así por cuanto, va de suyo, exige la ley que el conductor tenga conocimiento efectivo de que se encuentra participando de una prueba de velocidad o destreza con vehículo automotor, mediante la cual se pone en peligro la vida o la integridad física de las personas y, además, que está llevando a cabo dicha conducta sin contar para ello con la autorización de la autoridad competente.

[12] MAIER, Julio, B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Bs. As., Argentina, 1.999, p. 507.

Por su parte, también exige la ley que quien haya organizado y/o promocionado una prueba de velocidad o destreza automovilística, obviamente, lo haya hecho *sabiendo*; es decir, el conocimiento exigido por la ley abarca todos y cada uno de los elementos normativos anteriormente enunciados y analizados.

En lo que respecta al sujeto que *posibilitare* la realización de las ya descriptas ilegales pruebas automovilísticas, no sólo debe tener conocimiento cierto y efectivo de su existencia y su carácter (de las pruebas), sino -además- que también debe saber asertivamente que el vehículo automotor (de su propiedad o a su custodia) entregado al tercero *"…será utilizado para ese fin"*.

La ausencia de cualquiera de estos conocimientos que acaban de ser mencionados conllevará la ausencia de atipicidad subjetiva de la conducta.

Conclusión.

Podemos afirmar, como colofón, que no ha sido "creado" un nuevo bien jurídico por el legislador, toda vez que la "seguridad del tránsito" no es sino sólo un aspecto de la "seguridad pública", bien jurídico que contempla el Título Séptimo del Libro Segundo de nuestro Código Penal.

Así, consideramos que no era necesaria la modificación de la denominación del Capítulo Segundo del Título Séptimo que viene comentándose; empero, lo que abunda no daña, pues sólo se trata de una enunciación expresa de algo que ya se podía considerar contemplado por la ley, aunque de manera implícita.

Por otra parte, consideramos que existen dos cuestiones -relativas a la incorporación del delito comentado- de trascendental importancia:

a.- En primer lugar, debe tenerse sumo cuidado al momento de llevarse a cabo la criminalización secundaria[13] de la conducta típica comentada, por cuanto existe un límite muy sutil entre la misma (sólo la realizada por "el conductor") y la normada por el artículo 77, apartado "n" de la Ley 24.449[14]; por cuanto, de acuerdo a esta última disposición legal, constituye "falta grave" (infracción de tránsito) la *"…violación de los límites de velocidad máxima y mínima establecidos en esta ley[15], con un margen de tolerancia de hasta un DIEZ PORCIENTO (10%)"*.

[13] ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Bs. As, Argentina, 2.003, p. 7/8.

[14] Según modificación incorporada por el artículo 33 de la Ley 26.363 (09/04/2008).

[15] **Capitulo "Reglas de velocidad". Artículo 51: "**Velocidad máxima": Los límites máximos de velocidad son: a) En zona urbana: 1. En calles: 40 km/h; 2. En avenidas: 60 km/h; 3. En vías con semaforización coordinada y sólo para

De acuerdo con ello, cuando se violen los límites de velocidad establecidos por la ley de tránsito habrá falta grave; ahora, si la misma violación a dichos límites se lleva a cabo con motivo de practicarse una prueba de velocidad o destreza sin autorización legal (en tanto y en cuanto se cree un peligro para la vida o la integridad físicas de las personas), habrá delito. De acuerdo con ello, si alguno de las exigencias típicas antes comentadas no se verifique fehacientemente, no habrá delito, pero sí falta grave.

En el mismo sentido, si las prácticas aludidas se llevan a cabo, pero sin violar los límites de velocidad antes referidos (aunque ello sea fácticamente poco probable), habrá delito. Empero, en este caso, no de verificarse alguno de los elementos normativos anteriormente analizados, no sólo no habrá delito, tampoco habrá falta grave.

Por su parte, cualquier persona que conduzca un vehículo automotor violando los límites legales de velocidad, aún creando una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, sólo cometerá falta grave (y no delito), en tanto y en cuanto no lo haga en el marco de una prueba de velocidad (para la que hacen falta, como mínimo, dos vehículos, con sus respectivos conductores) o destreza.

Con todo ello, podemos concluir en que, con las advertencias formuladas, el tipo penal comentado resiste su análisis a la luz de los principios constitucionales que operan como limitativos y reductores del *potentia puniendi* cuya titularidad ejerce el estado[16].

De acuerdo con ello, más allá de la coincidencia o no que podamos tener respecto de las penalidades previstas en abstracto por la ley para las conductas motivo de comentario, no podemos ver sino con buenos ojos su tipificación.

---

motocicletas y automóviles: la velocidad de coordinación de los semáforos; b) En zona rural: 1. Para motocicletas, automóviles y camionetas: 110 km/h; 2. Para microbús, ómnibus y casas rodantes motorizadas: 90 km/h; 3. Para camiones y automotores con casa rodante acoplada: 80 km/h; 4. Para transportes de sustancias peligrosas: 80 km/h; c) En semiautopistas: los mismos límites que en zona rural para los distintos tipos de vehículos, salvo el de 120 km/h para motocicletas y automóviles; d) En autopistas: los mismos del inciso b), salvo para motocicletas y automóviles que podrán llegar hasta 130 km/h y los del punto 2 que tendrán el máximo de 100 km/h; e) Límites máximos especiales: 1. En las encrucijadas urbanas sin semáforo: la velocidad precautoria, nunca superior a 30 km/h; 2. En los pasos a nivel sin barrera ni semáforos: la velocidad precautoria no superior a 20 km/h y después de asegurarse el conductor que no viene un tren; 3. En proximidad de establecimientos escolares, deportivos y de gran afluencia de personas: velocidad precautoria no mayor a 20 km/h, durante su funcionamiento; 4. En rutas que atraviesen zonas urbanas, 60 km/h, salvo señalización en contrario. **Artículo 52: "**Límites especiales". Se respetarán además los siguientes límites: a) Mínimos: 1. En zona urbana y autopistas: la mitad del máximo fijado para cada tipo de vía; 2. En caminos y semiautopistas: 40 km/h, salvo los vehículos que deban portar permisos, y las maquinarias especiales; b) Señalizados: los que establezca la autoridad del tránsito en los sectores del camino en los que así lo aconseje la seguridad y fluidez de la circulación; c) Promocionales: para promover el ahorro de combustible y una mayor ocupación de automóviles, se podrá aumentar el límite máximo del carril izquierdo de una autopista para tales fines.

[16] ZAFFARONI, Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 111.

b.- Por último, y no perdiendo de vista que la criminalización de este tipo de conductas obedeció a las importantes discusiones (doctrinarias y jurisprudenciales) que originaron luctuosos hechos donde se veían involucradas -como víctimas- personas que no participaban de este tipo de actividades (pruebas de velocidad o destreza con vehículos automotores)[17], entendemos, ha zanjado -el legislador- el tópico motivo de controversia: si el tomar parte en una prueba ilegal de velocidad o destreza con vehículo automotor (como conductor, organizador, promotor y/o facilitador) es un obrar atribuible sólo a título doloso y, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que -en forma mediata- intenta proteger la norma son la vida y la integridad física de las personas, la afectación a cualquiera de ellos (causando la muerte o la lesión de alguna persona mediante cualquiera de estas actividades) también debe imputarse a título doloso.

Entiéndase muy bien, no estamos frente a un delito de peligro (el aquí comentado) que se agravaría por la producción de un resultado (muerte o lesiones), sino que son resultados -producto del obrar humano- que se producen en momentos diferentes, por lo que no puede verificarse en el caso -jamás- un concurso de delitos.

Quien conduzca[18] un vehículo automotor en el marco de una prueba ilegal de velocidad o destreza, cuando la misma crease una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, responderá como autor del delito previsto por la disposición legal comentada (CP., 193 bis); mientras que, si en dicho contexto se causa (obviamente, producto de atropellamiento) la muerte o la lesión de alguna persona, responderá el conductor como autor del delito doloso a que diere lugar el resultado provocado (homicidio o lesiones). Por su parte, los organizadores, promotores y/o facilitadores (con el alcance antes explicado), acaecido cualquiera de los resultados mencionados, deberán responder como partícipes primarios o necesarios del delito de que se trate[19].

[17] Ver nota nº 8.
[18] Todos los sujetos mencionados en la norma (organizador, promotor o facilitador) responderán a título personal.
[19] Va de suyo que la participación, desde el aspecto subjetivo, sigue la suerte del principal, puesto que no puede existir participación imprudente en el delito doloso de otro, ni viceversa.

Apología del Crimen

Por **María Cecilia Liporace**[1]

Art. 213: ***"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito."***

1. Ubicación sistemática. Evolución legislativa.

El delito de análisis se encuentra incluido dentro del género de los "Delitos contra el orden público".

El título VIII abarca supuestos diferentes: 1) instigación a cometer delitos; 2) la asociación ilícita, 3) la intimidación pública, 4) **la apología del crimen**, 5) otros atentados contra el orden público, las asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo.

Los delitos que ofenden al "orden público" no reparan determinantemente en lesiones a la integridad de las personas o a los bienes, sino que sus efectos tienen directa relación con la serenidad del ánimo social que puede verse "agredido" por la agitación que los tipos penales de mención irradian. Se los ha denominado "delitos de alarma colectiva", capaces de generar un riesgo que agrede a la seguridad de la sociedad en conjunto. Encuentro en ellos un denominador común: **son delitos de peligro**, es decir aquellos que no generan una puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado (cuyo contenido desarrollaré seguidamente, más allá de los problemas que genera su conceptualización).

Con relación a la evolución legislativa del tipo legal en estudio, cabe realizar, en honor a la brevedad, un conciso detalle sobre el extremo: el Código Penal de 1886 no preveía la figura de apología.

---

[1] Abogada, egresada de la Universidad Nacional de la Matanza. Actualmente, alumna de la Especialización de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Docente -Auxiliar 1ra.- en las materias "Derecho Penal II – Parte Especial" y "Práctica Profesional Penal", ambas de la Cátedra del Dr. Cristian Cabral, en la carrera de Abogacía dictada en la Universidad Nacional de La Matanza. Docente colaboradora de la materia "Derecho Penal – Parte Especial", de la cátedra del Dr. Cristian Cabral, en la Tecnicatura en Seguridad, dictada en la Universidad Nacional de La Matanza, para funcionarios de la Policía Bonaerense.

Con el dictado de la Ley 7.029 se incluyó la represión con prisión de uno a tres años al que verbalmente, por escrito, o por impresos, o por cualquier medio o por hechos hiciera apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley preveía como delito (confirme su art. 12).

Con el proyecto de 1917 se introdujeron cambios en el Código Penal, derivando en que el delito de apología sea incorporado en el Capítulo IV del Título VIII (con idéntica redacción que la actual).

En el año 1937 con el Proyecto Coll-Gómez, en el Título X se contemplaban dos artículos: el art. 299 que castigaba al que públicamente o en forma privada de propaganda, hiciere, por cualquier medio, la apología de un delito o del condenado por un delito, y el art. 300 contenía agravantes que elevaban la pena.

En el Proyecto Peco (1941) el delito de apología se encontraba dentro de la Sección III “De los delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad”, y contemplaba la agravante cuando la apología recaía sobre un delito contra la personalidad del Estado o de un condenado por ese tipo de delitos.

El Proyecto De Benedetti del año 1951, sistematizó los delitos contra el orden público, mantuvo la figura en su art. 379, eliminó la agravante y modificó la penalidad. En 1953 (Proyecto Levene-Maldonado-Laplaza) se mantuvo la denominación de 1951 y realizó modificaciones a la redacción del tipo penal.

Ya en 1961, el Proyecto Soler realizó otras modificaciones terminológicas. El Decreto-ley 788/63 si bien detallaba los delitos contra la seguridad pública, nada decía respecto de la apología del crimen (la Ley 16.648 derogó el decreto pero no produjo modificaciones sobre el delito en cuestión).

Luego del dictado de diversas leyes relacionadas con los delitos contra la seguridad pública, la Ley 21.338 modificó sensiblemente la redacción del art. 213: cuando la apología fuera hecha por quien, en razón de su estado, profesión, cargo público o condición análoga, pudiere tener natural ascendiente sobre otras personas, de tres a seis años de prisión; cuando la apología fuere de ilícitos vinculados con las finalidades subversivas o condenados por delitos de esa naturaleza, o incluso de autores no condenados, la pena general era de tres años a cinco de prisión o reclusión, y en caso de que fuera hecha por las personas que ya tenían pena agravada por razón de su cargo o profesión, era de reclusión o prisión de seis a quince años.

En el Proyecto Soler-Cabral-Aguirre Obarrio de 1979 se mantuvo la redacción de la ley anteriormente mencionada. Con el dictado de la Ley 23.077 se reestableció el texto originario del Código de 1921.

Finalmente el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación (2006) eliminó la figura de la apología del crimen[2].

Actualmente el Código Penal establece en su **art. 213**: *"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito"*.

2. Bien jurídico protegido. Breve reseña sobre la problemática de los delitos de peligro.

Bajo el Título VIII del Código Penal se encuentran legislados una serie de delitos que tienen como común denominador la afectación al "*orden público*".

Al utilizar el legislador tipos penales abiertos, ambiguos o indeterminados provoca, como señalaré, serias dificultades interpretativas.

A ello debe sumarse que la construcción de estas infracciones como de peligro dificultan superar aún más el estándar de constitucionalidad, a la que debe someterse la descripción de una conducta que el Estado pretende criminalizar.

Si partimos de la premisa de considerar que una de las principales funciones del bien jurídico, es limitar la pretensión punitiva estatal y permitir una correcta interpretación de los tipos penales, teniendo en cuenta cuales son los intereses que el Estado intenta proteger; nos encontramos, al tratar estos delitos, con serias dificultades al pretender definir "orden público".

Esta amplitud, ambivalencia e indeterminación del bien jurídico protegido, ha provocado diversas opiniones por parte de los autores, en la mayoría de los casos, aspirando a limitar y dar precisión al concepto.

[2] BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 9. Artículos 200/236. Parte Especial", Ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2010, p. 478/80.

Así Carrara, Soler, Fontán Balestra, Núñez, Buompadre entre otros, sostienen que ante la ambigüedad del término resulta preferible considerar a la tranquilidad pública como el bien jurídico protegido.

Debe tenerse en cuenta que en este tipo de ilícitos, como lo son el delito que me ocupa y los previstos en los arts. 209 –instigación a cometer delitos-[3], 210 y 210 bis del C.P. –asociación ilícita-[4], entre otros, no se protegen bienes jurídicos primarios o inmediatos sino que actúan solo en forma mediata, resguardando a la sociedad de conductas que provocarían perturbación social y alteraciones en el desenvolvimiento normal de la vida civil.

Señala Buompadre, *"Las conductas definidas en este título configuran hechos criminales perturbadores de la vida colectiva, por los efectos (miembro, temor, intranquilidad) que producen en el sentimiento de los individuos en general, frente a la incertidumbre de que tales hechos se llevarán a cabo"*.

Si a las dificultades antes señaladas le sumamos que los tipos penales mencionados, resultan en su mayoría delitos de peligro o de pura actividad, estamos frente a un verdadero "cóctel explosivo", que nos coloca frente a un derecho penal autoritario, que lleva a punir actos que el legislador, sin mayor constatación empírica, considera peligrosos.

Concretamente, entonces, el bien jurídico tutelado es la tranquilidad pública, definida por los autores clásicos[5] como *la sensación o la situación subjetiva de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que puedan vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de su convivencia.*

Asimismo la jurisprudencia ha determinado que la apología del crimen ataca el orden y la seguridad social, y como delito contra la tranquilidad pública, vulnera el orden sociopolítico y la marcha regular y pacífica de la convivencia comunitaria[6].

---

[3] Ver comentario del art. 209 del C.P. realizado por Florencia Requejo.
[4] Ver comentario de los arts. 210 y 210 bis del C.P. realizado por Ricardo R. Maidana.
[5] NÚÑEZ, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, Vol. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, p. 173; SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1992, p. 695; FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Derecho Penal – Parte Especial", Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 453.
[6] CFed. CCorr., "Antonio J.", sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312.

En ese mismo sentido, Creus[7] encuentra el fundamento de la punibilidad del delito en que *la tranquilidad pública es atacada por el enaltecimiento de aquellos procederes que son, precisamente, los que se oponen a la normalidad de las relaciones sociales*.

Con relación al bien jurídico protegido surge la problemática que se presenta frente al principio de lesividad, entendido como necesario para cualquier tipo penal, cuando está dirigido exclusivamente a que el poder coercitivo únicamente podrá activarse cuando un bien jurídico tutelado se encuentre frente a un peligro concreto de ser dañado, o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado, siempre y cuando no medie una causa de justificación[8]. En idéntico sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que "…en el *principio de lesividad*, según el cual ningún Derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo"[9].

En esos términos, las disposiciones contendidas en el título de los delitos contra el orden público se enfrentan a ello toda vez que están encaminadas a la prevención de otros delitos, es decir, existe un anticipo de punibilidad en ausencia de lesiones o daños concretos.

Por ende, nos encontramos con tipos delictivos que según Roxin[10] forman parte de un derecho penal simbólico que amplía la punibilidad hasta los extremos en que no existe una concreta lesión.

Frente al problema introducido, cabe preguntarse y tomar posición respecto a si es suficiente con la configuración de ese peligro como fundamento de la tipicidad. Es decir, el interrogante concreto sería si los sentimientos de alarma o temor resultan suficientes para hacer emerger el componente objetivo de la lesividad. Cabe recordar que Carrara[11] enseña que estos delitos deberían ser entendidos como aquellos en los que este estado de ánimo es el que constituye un verdadero daño que absorbe o comprende al daño que se quisiera causar a un determinado individuo o familia.

Por tanto y como sostiene Soler, si se considera a este tipo de delitos como preparatorios de otros (instigación indirecta) se deberá acreditar que ellos están dirigidos de manera directa a lesionar

[7] CREUS, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II, Ed. Astrea, 6ta. Edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, 1998, p. 128.
[8] FIGUEROA, Francisco, "El regreso al Derecho Penal Inquisitivo", eldial.com DC1648, publicado el 19/7/2011.
[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro "*Derecho Penal. Parte general*", Ed. Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 128. Criterio similar, sostiene ZAFFARONI, Eugenio Raúl "*Estructura básica del Derecho Penal*", Ed. Ediar, Buenos Aires. 2009, p. 43/4.
[10] ROXIN, Claus "*Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*", Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 59.
[11] CARRARA, Francesco, "Programa del Curso de Derecho Criminal", Vol. I, Ed. EJEA. Edición 11va., Buenos Aires, 1944.

otros bienes jurídicos a partir de la magnitud de la alarma que representan para la convivencia pacífica de la sociedad; siendo uno de los fundamentos por los cuales, en ciertas ocasiones, resulta necesario castigar no sólo el daño sino también el peligro a ese daño[12] -postura que no comparto-.

El derecho penal contemporáneo se ha alejado de la concepción clásica del delito como lesión a un bien jurídico determinado, convirtiéndose en un derecho penal de meros mandatos para penalizar. No queda nada del bien jurídico como criterio axiológico de justificación externa[13].

Sin perjuicio de los breves planteos que he realizado-en honor a la brevedad y toda vez que exceden mi objetivo-, es un problema actual del derecho penal que no podía dejar de mencionar, toda vez que el tipo penal objeto de este trabajo, no escapa a los conflictos que se plantean respecto de los delitos de peligro[14].

3. Aspecto objetivo. Descripción del tipo penal.

La apología es la exposición de ideas o doctrinas que defienden el crimen o ensalzan a su autor ante una multitud de personas, por cualquier medio de difusión. Se trata entonces de la alabanza o exaltación de un delito o de su autor, presentándolo como meritorio y digno de aceptación por todos[15].

La jurisprudencia ha dicho que el obrar consiste en hacer públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito, entendiéndose por "apología" la exaltación, ponderación o elogio, la presentación como meritorio, digno de defensa y aceptación por todos[16]. Con mayor precisión se sostuvo que los elogios de un proceder delictivo sobre hechos ocurridos, justificándolos en su contexto histórico sobre la base de la ineficiencia o imposibilidad de que la justicia pudiera probar y sancionar las conductas delictivas que las víctimas habrían cometido, volcados para su divulgación, configuran el delito de apología del delito[17].

Concretamente se deben presentar actos criminosos como legales y dignos de encomio de forma pública, provocando una incitación por demás perniciosa, pues la exaltación que comporta, conduce a la confusión del sentido moral del deber y la legalidad en el grupo social determinado al

[12] SOLER, Ob. Cit., p. 698.
[13] FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.475.
[14] FIGUEROA, Francisco, publicación citada, cuyas conclusiones comparto.
[15] BAIGÚN, Dadiv y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 483.
[16] CFed.CCorr., "V.L.G y otro s/ procesamiento", sala II, c. 20.336, rta. 29/8/2003.
[17] CFed. CCorr., "A.A.s/ procesamiento", sala I, rta. 2/12/1998.

que presuntamente se dirige, torciendo su comprensión mediante la justificación aviesa de un delito como meritorio. Indudablemente quienes así publiquen tal calidad de actos, exceden los cánones que la norma determina, pues nada hace razonablemente aceptables tales propósitos[18].

Con atino Donna[19] afirma que la apología no comprende la defensa, habida cuenta que esto implica la demostración de que una persona no cometió el hecho delictivo, o que el mismo se encontraba justificado de algún modo.

Cuando el artículo 213 del C.P. alude a *delito*, se refiere específicamente a una acción típica, antijurídica, culpable y punible, con un sentido jurídico, excluyendo las contravenciones y faltas.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia y la doctrina se han divido: una parte opina que se glorifica o venera uno o varios delitos en abstracto (como por ejemplo alabar los homicidios); y por el contrario, otro grupo sostiene que la apología del crimen es una forma indirecta de inducir a él (es decir, que se refiere a un delito determinado -al igual que se requiere para los casos del art. 209 del C.P.-).

Adhiero a la última de las posiciones de mención, y entiendo que debe tratarse de un hecho determinado y concreto; o en términos de Soler, un hecho pasado y declarado delictivo.

Respecto al supuesto de exaltación de un condenado, resulta requisito para la configuración del tipo penal que se trate de una persona determinada con relación a un hecho concreto y que haya sido declarada como tal por sentencia firme[20] (sin importar bajo qué carácter o figura de participación), si bien el texto del artículo no lo prevé en forma expresa.

Por último, la apología debe ser realizada en público y llegar a un número indeterminado de personas. Respecto de ese requisito, en un fallo de la Cámara Federal se sostuvo que no quedaba configurado el delito reprimido por el art. 213 del Código Penal por faltar un elemento del tipo objetivo del delito, cual es, el carácter de público del ámbito en donde se han vertido los términos

[18] CFed. CCorr., “Antonio J.”, sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312 (del voto del Dr. Mántaras).

[19] DONNA, Edgardo A. “Derecho penal, Parte especial”, Tomo II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 357. En igual sentido se manifiesta Molinario, ver MOLINARIO, Alfredo J., “Los delitos. Act. Por Eduardo Aguirre Obarrio”, Tomo III, Ed. TEA, Buenos Aires, 1999, p.187.

[20] DONNA, Edgardo A. y CREUS, Carlos, ob. cit., p. 358 y 130 respectivamente. También se inclinan por que la sentencia del condenado debe estar firme al momento de la exaltación o alabanza. En ese sentido, cualquier expresión realizada respecto de un simple procesado, queda resguardada bajo la exteriorización de opiniones, es decir, dentro de la libertad de expresión. No cabe la posibilidad de que se encuadre un hecho como apología si la exaltación fue respecto de un “procesado”, toda vez que propongo un derecho penal de mínima intervención.

denunciados, pues quedó probado que se trataba de una cena particular con expresa prohibición de entrada al público[21].

4. Aspecto subjetivo.

El delito requiere de un obrar doloso, debiendo abarcar el conocimiento sobre aquello que se exalta o alaba. Corresponde que el autor del hecho punible actúe con discernimiento y voluntad de elogiar públicamente la comisión de un delito (concreto y determinado) o al autor de un hecho delictivo (así declarado por sentencia firme).

En un fallo anteriormente mencionado[22], el Dr. Mántaras en su voto manifestó *"No constituye la figura del artículo 213 del Código Penal la prédica partidista, por osada que fuere, sino aquella que, indirectamente, comporta dolo por la peligrosa posibilidad de que alguien se sienta movido a producir el hecho elogiado, por el consejo que oblicuamente emana de esa prédica"*.

Por último, la doctrina en su mayoría postula la atipicidad de las figuras culposas.

5. Tensión entre el derecho penal y la libertad de expresión. Análisis de jurisprudencia.

Ante la tipificación del delito de apología del crimen, no cabe otra posibilidad que pensar en la libertad de expresión y su respaldo constitucional, como un gran obstáculo a atravesar.

Existe una clara tensión entre la tipificación del delito y el derecho a la libertad de expresión.

Nos encontramos entonces de un lado con el derecho penal, y del otro, con el derecho constitucional que resguarda la libertad expresiva. En una vereda, se penan ciertas expresiones (con las características objetivas de tipo analizado), y en la otra, nos encontramos con un derecho que resguarda la expresión pública de manifestaciones, opiniones, ideas.

Intentando realizar un coherente y sistemático análisis, concluyo entonces que la interpretación del art. 213 del C.P. jamás podría implicar un cercenamiento a que los individuos difundan y comuniquen sus ideas (aunque las mismas sean contrarias a los estándares propuestos por la política criminal del Estado).

---

21 CNCCorr., "Videla, Jorge R. s/ apología del delito", sala I, rta. 16/5/1994, CFed.CCorr., "Verbitsky, H.", sala I, rta. 10/11/1987, LL 1988-C-247, DJ 988-2-707 y CSJN, "A.A. s/ apología del crimen", rta. 21/8/2003.
22 CFed. CCorr., "Antonio J.", sala I, rta. 13/12/1979, LL 1980-C-312.

Como brevemente expuse en la introducción, la libertad de expresión garantiza el derecho de todo ser humano a comunicar públicamente sus ideales, pensamientos, opiniones, por cualquier medio. Este derecho está resguardado por nuestra Carta Magna cuando establece que todos los individuos que habiten el territorio nacional pueden publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (art. 14) y prohíbe la restricción de la libertad de prensa a través de leyes del Congreso (art. 32)[23]. En esa dirección y continuando con una interpretación dinámica de la Constitución y los tratados internaciones de derechos humanos, cabe concluir que nuestra Ley Fundamental brinda un resguardo amplio y genérico de la libertad de expresión.

Ahora bien, en la actualidad no es posible sostener que en nuestra Constitución o en los tratados internacionales existan derechos de carácter absoluto. En ese sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia, como principal intérprete de la Constitución, ha sostenido la relatividad de los derechos fundamentales (como la vida, la propiedad, la libertad, entre otros) en infinidad de fallos[24]. La realidad demuestra que ante la colisión de derechos, uno debe ceder.

Frente a esa situación, no se me ocurre otra pregunta más que: "¿Cuál es el límite?". Y para dar respuesta a mi interrogante, debo recordar las palabras de Roberto Gargarella[25], quien considera que la limitación a los derechos es una declaración inicial, vaga, tan abstracta que de alguna manera muestra como necesario condenar a tal persona o impedir tal marcha sólo porque los derechos tienen un límite; aunque en realidad nadie de ningún modo ha dicho porqué se debe tomar una decisión tan drástica. Asimismo expresó con atino que para restringir un derecho en pos de resguardar otro (considerando que los derechos tienen un peso extraordinario), los jueces deberían dar una razón muy fuerte para justificar esa remoción. Y claramente afirmó *"…dos derechos reclamando por el mismo espacio, peleando por el mismo lugar, y que sólo uno de ellos puede perseverar. Alguno de los dos derechos va a perder. Por algún lado vamos a sangrar, por algún lado vamos a sufrir…"*.

---

[23] De la regulación que realiza la Constitución Nacional, sorpresivamente no existe una protección estricta de la libertad de expresión, sino que se refiere sólo a una forma de expresión relacionada con la prensa. En la actualidad, aquella cuestión se ve "salvada" por la inclusión de los tratados internacionales, dejando el derecho a salvo en todas sus aristas. En este sentido, ver BERTONI, Eduardo, "La libertad de expresión en la Constitución y los riesgos de abrir una "caja de pandora"", publicado en "La Constitución en 2020" Coordinador Roberto Gargarella, Siglo XXI Editores, 2011.

[24] CSJN 199:483; 304:319; 304:1293; 312:318; causa R. 320. XLII. "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria" rta.: 15/3/07; causa D. 346. XXIV. "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus" rta.: 19/10/95; causa A. 891. XLIV. "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080"; causa H. 90. XXXIV. "Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)" rta.: 13/3/01; del dictamen del Procurador General en la causa P.1156, L. XLIII "Pagano, Walter Salvador Dionisio s/causa n° 7737"; entre muchos otros.

[25] GARGARELLA, Roberto, "Carta abierta sobre la intolerancia", Ed. Siglo XXI Editores Argentina SA, 2006.

Si bien resulta imposible sostener el carácter absoluto, ante un choque de derechos, comparto la sugerencia del especialista y considero que debe resguardarse el derecho que esté más cerca del nervio democrático de la Constitución. Y en esos términos, qué otro derecho podría resultar más cercano que la libertad expresiva.

Lo cierto es que esa libertad de expresión ocupa un lugar preferencial en nuestro ordenamiento y ante la situación de relatividad de los derechos fundamentales (que obviamente la incluye), resulta necesario determinar si la restricción a la libertad de expresión que denota el tipo penal previsto por el art. 213 del C.P. resulta o no legítima, y si entonces esa interpretación resulta compatible con nuestra Constitución.

En virtud de su amplia protección en los tratados internacionales, cualquier cercenamiento o limitación debe ser tomada con gran cautela y con una interpretación restrictiva, para interferir lo menos posible[26]. Es decir, la libertad de expresión debe ser la regla, debiendo tomarse todas las precauciones antes de proceder a su restricción, resguardando así la esencia del derecho y su carácter fundamental.

Sin embargo, en la medida que los derechos humanos no pueden restringirse tan fácilmente, el equilibrio que debe existir entre la libertad de expresión y otros intereses, se tendrá establecer si esas restricciones están permitidas, en qué términos, si son necesarias para preservar un interés legítimo, y si además resultan proporcionadas al daño que se pretende evitar.

En esos términos y con relación a los problemas que se generan respecto al tipo penal que me ocupa, debemos recordar el test creado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, denominado del "*peligro cierto e inminente*"[27]. De acuerdo con los estándares allí establecidos, el Estado podría restringir ciertas formas de expresión –en salvaguarda del derecho amenazado- cuando el discurso esté dirigido a promover en forma inmediata acciones contrarias a la ley, siempre y cuando el discurso pueda razonablemente derivar en ese tipo de acciones. Además la restricción, para ser válida, debe ser impuesta en función de la protección de un interés estatal serio. Las garantías constitucionales de libertad de expresión y de prensa no permiten al Estado prohibir la

[26] Cabe recordar en ese sentido, el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, "New York Times co. Sullivan", donde se aceptaron ciertos mensajes políticos "descuidados", con la sola condición de que no hayan sido vertidos con mala intención, en pos de resguardar la libertad de expresión.
[27] "Brandenburg v. Ohio" (reg. 395 US 444, 1969).

defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando tal defensa está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que ella incite o produzca tal acción[28].

La doctrina del "*peligro cierto e inminente*" ha sido receptada por nuestros tribunales en diferentes fallos[29].

En síntesis y de conformidad con la doctrina comentada, el Estado podría cercenar algunos discursos siempre que ellos generen en forma inmediata y clara una acción contraria a la ley. Por ende, si un discurso no genera la acción contraria, debe ser acaparado por el derecho constitucional, toda vez que no corresponde al Estado (no es su función legítima) decidir qué discursos, ideas, pensamientos u opiniones son aceptables y cuáles no.

De algún modo se intenta limitar el poder punitivo y así surge la doctrina nacional de la "idoneidad" del discurso[30]; que no es otra cosa que la capacidad de la apología para suscitar imitaciones, provocar la comisión de delitos o tender a debilitar la moral de la sociedad, y que los individuos se levanten contra la ley. Aquellos datos deben ser tratados como circunstancias objetivas requeridas para la imputación.

La jurisprudencia norteamericana, a diferencia de la doctrina de la "idoneidad", intentó poner límites a las expresiones apologéticas orientadas al contexto en donde las expresiones se sitúan como clave de una lesión grave para el orden constitucional y la vida en democracia.

Lo cierto es que ese peligro claro y presente no puede de ningún modo compensar la lesión a la libertad de expresión en el contexto de un sistema democrático. Las reglas expuestas entonces no son claras respecto a cómo las expresiones apologéticas se relacionan o se ligan con violaciones a derechos individuales o colectivos; es decir, cuando esas expresiones tiene una real capacidad para producir una acción ilícita inminente y actual que incite o produzca esa acción.

Nos encontramos entonces frente a un peligro abstracto que, conforme lo expuse precedentemente, nos aleja del derecho penal de mínima intervención; toda vez que la pauta de lesividad se basa en la intencionalidad del autor en producir en otros una acción ilícita inminente.

---

[28] GULLCO, Hernán V., "Libertad de prensa y derecho penal. La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

[29] CNCCFed., "Caviasca, Martín y otros s/ procesamiento", Sala I, rta. 3/07/1997 y "Vita, Leonado G. s/ procesamiento", Sala I, rta. 13/03/2002.

[30] Se tratará el tema de la "ideneidad" al comentar el fallo en el apartado siguiente.

Resulta igualmente desechable la doctrina desde la perspectiva que no puede imputarse al considerado apologista por los hechos que eventualmente podrían generar aquellas personas que creyeron y tomaron como propias las ideas y sus razones, porque entendieron que valía la pena realizarla. No es posible la censura punitiva de algunas expresiones (por ej. opiniones de elogio al aborto), con fundamento en que un individuo o grupo de individuos, con motivo de las manifestaciones apologéticas, adoptó esos puntos de vista y, siguiendo con el ejemplo, realizaron abortos. Entiendo que no existe una base objetiva de imputación para que el orden público pueda verse en peligro por una expresión considerada primigeniamente como apologética.

Sin perjuicio de las críticas esbozadas, la doctrina del peligro claro e inminente, en mi opinión, únicamente podría ser utilizada como fundamento para limitar la libertad de expresión y resguardar el bien jurídico protegido (orden público), cuando el discurso se expresa en un contexto de fragilidad institucional, en virtud de que en esa situación, las ideas expresadas no pueden ser discutidas, evaluadas, y analizadas por el resto de los individuos. En esos casos podría estar justificada teniendo en cuenta que el mal es realmente inminente y real, y que no genera tiempo razonable para su abierta discusión.

Cabe afirmar entonces que **únicamente podría limitarse la libertad de expresión, sin perjuicio de las expresas restricciones que surgen de los tratados de derecho internacional[31], sí el propio derecho fundamental se encuentra en riesgo.**

Por lo expuesto, entiendo que la actual redacción del art. 213 del C.P. provoca una confrontación –insalvable- con la Constitución Nacional y los tratados de derecho internacional en cuanto a la protección de la libertad de expresión -como derecho de carácter fundamental -, que deriva *a prima facie* en la inconstitucionalidad de la figura de la apología del crimen.

Si bien es cierto que hasta el momento no se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo de mención (sin perjuicio del reiterado triunfo de la libertad de expresión en los fallos que trataron la cuestión), en la medida en que no se logre probar que efectivamente se lesionó a un tercero, al orden público, o se logre determinar el peligro concreto al que fue sometido el bien jurídico tutelado, o se demuestre que el propio derecho a la libertad de expresión se encuentra en peligro; no cabe otra

[31] Como por ejemplo, los discursos de odio, discriminación racial, religiosa, sexual, etc. (conf. lo establece el art. 13, inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los arts. 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

posibilidad (habiendo intentado a lo largo de la investigación mantener su vigencia) que postular su inconstitucionalidad.

Por último y arriesgando un poco más, me parece adecuado recordar los fundamentos brindados por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal (Anteproyecto de Reforma del año 2006)[32] y que llevaron a proponer la derogación del artículo que prevé el delito de apología del crimen.

En la parte introductoria del Anteproyecto se pronunció que el Estado, en su posición de garante de la Constitución Nacional, debe garantizar la protección de todos los derechos, debiendo predicar su respeto y custodia. En esos términos, postula un proyecto de Código Penal respetuoso de los derechos humanos y de todos aquellos que surgen de nuestra Carta Magna, como así también de los tratados internacionales, para lograr así la paz social. Concretamente con relación a la parte especial, la Comisión refirió que los artículos del código de fondo debían reflejar las valoraciones propuestas por los pactos internacionales, tutelando los bienes jurídicos allí reconocidos. Por último y concretamente como fundamento para derogar ciertos artículos, el nuevo código despenaliza conductas que conforme las valoraciones y pautas sociales actuales no justifican un reproche penal. Es decir entonces que se procuraba una adecuación de la ley interna a los compromisos asumidos internacionalmente.

Con todos esos fundamentos, destacando el contenido de los tratados internacionales y los derechos que allí se protegen, finalmente la Comisión postuló la supresión de la figura de apología del crimen del Código Penal de la Nación.

6. Comentario al fallo "*PONCE, Enrique s/ apología del crimen*".

En febrero de 1996 se presentó ante el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 12, a cargo del Dr. Raúl García, una denuncia contra los autores de un video musical, en el que se hacían manifestaciones de admiración, elogio y reconocimiento de José Mario Ferreyra ("Malevo"), un ex jefe de policía de la provincia de Tucumán, que se encontraba cumpliendo condena por haber sido autor de tres homicidios agravados por alevosía.

[32] Resoluciones M.J. y D.H. n° 303/04 y 136/05.

En esos términos, se presentó la misma considerando que la obra musical (tanto la letra como sus imágenes) constituía apología de un condenado por delito.

En el antecedente se hizo un análisis de la relación entre la apología del crimen, el ejercicio de la libertad de expresión y la cultura. Además se consideró al principio de la idoneidad como el recurso más confiable para ponderar el peligro de lesión del bien jurídico que se afecta en el injusto que prevé el art. 213 del C.P.

El fallo intentó establecer una parámetros ciertos del peligro que requiere la apología cuando se expresa por medio del ejercicio de la libertad de expresión de ideas.

El contenido de la canción tildada de apologética tenía pasajes que mostraban a un personaje de los tiempos del malaje, de látigo y cuchillo; y el video exponía imágenes de un hombre fuerte, que llevaba un sombrero panamá, pañuelo en el cuello y pistola en la cintura. Era una expresión artística algo burlesca, con características que hacían al personaje algo ridículo y hasta vulgar.

Lo cierto es que las manifestaciones –aún cuando ellas sean consideradas como apología- realizadas a través de una obra de arte, ejerciendo el derecho de libertad de expresión de ideas, inhibe al Estado para censurarla; no puede ni debe hacer de la cultura una expresión artística oficial, toda vez que en el caso de interferir, estaría degradando la libertad cultural.

La interferencia a las expresiones culturales no debe producirse, incluso si se considera que la obra de arte es de baja calidad, ya que no puede utilizarse como fundamento para la restricción. Para calificar al arte como bueno o malo se requiere justamente que surja de la crítica cultural totalmente libre de coacciones. El arte bueno y malo no es materia sobre la cual la autoridad pueda dar órdenes y menos censurarla en razón de la pretendida tutela del orden público.

El artista elije libremente sus temas y estilos en el arte que realiza (sea en canciones, poemas, o ciencia), y constituye un derecho que el propio autor de la obra puede considerar como inalienable. Las manifestaciones de cultura, por elementales y pobres que fueran, son un fin en sí mismo que benefician el progreso personal, social, la búsqueda de la verdad y la perfección de un estilo cultural. El poder punitivo no puede restringir esa libertad bajo el pretexto de una lesión al sentimiento común o por resultar una mera provocación a la estabilidad social (conforme lo dictaminado por el Sr. Fiscal de la causa, Dr. Alejandro Alagia).

En definitiva, no interesa si la obra de arte o la expresión artística es calificada como excelente, buena, regular, o mala, lo que importa es que no puede ser cercenada.

Así el Dr. García, en el fallo comentado, sin merituar el valor artístico de la obra en cuestión, aunque lo identificó como de dudoso gusto y calidad, se avocó únicamente a juzgar si las manifestaciones realizadas en la canción y las imágenes del video encuadraban en el tipo penal previsto por el art. 213 del C.P.

Describió que "*el quehacer de los imputados lejos estuvo de tratar de lograr en la población en general que el "ejemplo" dado por el sujeto tristemente conocido como "Malevo" Ferreyra sea imitado por todos*". Si bien dejó bien en claro que la obra de arte no era de su agrado, tildándola como una forma poco feliz de manifestarse artísticamente, recalcó que no resultaba apologética.

Además opinó que la proyección del video en cuestión no generaría una avalancha de "Malevos", que imiten los comportamientos adoptados por el condenado; incluso recordó que las imágenes que en su oportunidad circulaban por los medios siempre fueron desaprobadas por la sociedad.

Concluyó que el espíritu del legislador, al incluir como delito la apología del crimen, jamás buscaría penar una obra intelectual plasmada a través de un hecho artístico.

Finalmente y con los fundamentos mencionados, se desestimó la denuncia por inexistencia de delito (conforme lo establecido por el art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación), en forma concordante con el dictamen fiscal.

En definitiva, ante el antecedente comentado, cabe destacar que cualquier expresión de tinte artístico (literatura, música, baile, fotografía, entre muchos otros) se encuentra protegida, toda vez que son mucho más que formas que asume la expresión de las ideas.

Si bien es cierto que la actividad cultural muchas veces puede confundirse por su contenido con un mensaje político y/o religioso, todos deben ser debidamente protegidos en pos de resguardar el "superderecho" -como lo considera Roberto Gargarella- de la libertad expresiva.

Con relación a esta cuestión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestarse sobre la pertinencia de los mensajes de contenidos literarios o artísticos como parte de la libertad protegida en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese pasaje se protege no sólo la sustancia de las ideas sino también en la forma en que las mismas se transmiten.

En ese caso, si bien la Corte dejó en claro el contenido político de los poemas objeto de controversia, de igual modo, consideró que la obra literaria debía ser tomada como tal e incluso se recalcó la idea de "prerrogativas de los poetas"[33].

También lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[34] y alegó en forma explícita que el objeto de la libertad de expresión es proteger y fomentar el derecho a la información, ideas y expresiones "artísticas" de toda índole. Ese deber de no interferencia se debe extender a todo tipo de circulación de información y a la exhibición de obras artísticas, las que eventualmente pueden no tener la aquiescencia de quienes representan la autoridad estatal. En ese mismo caso y en los alegatos, Chile sostuvo que la libre expresión y las creaciones culturales resultan ser esenciales para una sociedad de hombres libres, dispuestos a encontrar la verdad a través de la discusión de las ideas, y no mediante la censura.

7. Conclusiones

Con estas reflexiones, cabe concluir que la libertad de expresión es un derecho de carácter preferencial, ampliamente resguardado. Tan importante resulta su protección, que los problemas que se generan en su órbita son también de gran transcendencia.

No sólo nos importa su protección por su fundamento individual, sino que resulta de real importancia toda vez que involucra a la sociedad en su conjunto, y porque las transformaciones científicas y artísticas que han surgido, provocan una ampliación antes inimaginada del derecho de la libertad de expresión.

En el marco de una sociedad democrática, el debido ejercicio de la libertad expresiva constituye uno de los motivos de orgullo más legítimos de todos los miembros de esa sociedad, permitiendo la difusión de las diferentes ideas, pensamientos y opiniones –incluso aquellas que podrían resultar contrarias a la generalidad-.

Es cierto que la libertad de expresión es un valor esencial que no pierde vigencia –incluso a lo largo de la historia se ha ampliado su protección-, aunque la lucha para lograr su preservación debe realizarse día a día, con el fin de sostener uno de los pilares de una sociedad abierta y tolerante.

[33] Corte Europea de Derechos Humanos, "Karatas v. Turkey", rta. 8/06/1999.
[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos v. Chile)", rta. 5/02/2001.

En ese sentido, más allá del avance, restan muchas cosas por hacer para lograr que nadie nos diga lo que debemos o no decir, expresar, leer, escuchar, opinar o pensar. Y en los casos en que surgen limitaciones –o nuevas formas de censura-, no cabe otra posibilidad que recordar que **el derecho a la libertad de expresión tiene un lugar fundamental y resulta ser la piedra angular de una sociedad democrática** –conforme lo ha sostenido la Corte Interamericana en varios de sus antecedentes-.

BIBLIOGRAFÍA

ALAGIA, Alejandro, *Apología y Arte (alto o bajo)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Número 8 "B", Ed. Ad-Hoc.

BAIGÚN, David y **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 9. Artículos 200/236. Parte Especial, Ed. Hammurabi, 1ra. Edición, Buenos Aires, 2010.

BERTONI, Eduardo A.- **BOVINO**, Alberto – **GUARIGLIA**, Fabricio – **GULLCO**, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal,* ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997.

BERTONI, Eduardo A. *Libertad de expresión en el estado de derecho*, 2° edición actualizada, Ed. Del Puerto, 2008.

BERTONI, Eduardo A*., ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, 1° Edición, Universidad de Palermo - UP, Buenos Aires, 2010.

BIANCHI, Enrique Tomás – **GULLCO**, Hernán Víctor, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros,* Librería editora platense, La Plata, 1997.

BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOUMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

CAFFERATA NORES, José I., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994.

CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Vol. I, Ed. EJEA. Edición 11va., Buenos Aires, 1944

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Ed. Astrea, 6ta. Edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, 1998.

DONNA, Edgardo A. "Derecho penal, Parte especial", Tomo II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo,* ed. Trotta, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón,* ed. Trotta, Madrid, 6ª. Edición, 2006.

FERREIRA, Marcelo, *Derecho a la Libre Expresión*, en AA.VV. Derechos Humanos, dirigida por Agustín Gordillo, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1990.

FERREYRA, Raúl Gustavo, *La Constitución Vulnerable*, ed. Hammurabi, 2002, pág. 46.

FERREYRA, Raúl Gustavo, *Tensión entre principios constitucionales…*, Lecciones y Ensayos, 2002-77, Facultad de Derecho UBA- Lexis Nexis.

FISS, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión,* ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

FISS, Owen M., *Libertad de expresión y estructura social*, Districución Fontamara SA, México, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo IV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *El derecho como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad*, Estudios Penales.

GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social,* Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia (apuntes sobre derecho y protesta)*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Tercera Edición ampliada y actualizada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Vol. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992.

ROXIN, Claus "*Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*", Editorial Civitas, Madrid, 1997.

SABSAY, Daniel A. y **MANILI**, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo I. Artículos 1/35. Preámbulo, Declaraciones, derechos y garantías, Ed. Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2009.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1992.

VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, ed. Trotta, Madrid, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **ALAGIA**, Alejandro y **SLOKAR**, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social*, JA, 2002-IV, fascículo 7.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires. 2009,

Homicidio Agravado por la condición especial de la víctima

Por **Patricia A. Garberi**

Art. 80 inc. 8: "***Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:***

A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición."

Antecedentes Históricos

En nuestra legislación encontramos numerosas normas similares a las del actual artículo 80 inciso 8°. Entre ellas podemos citar el art. 84 del Código Penal de 1886 (ley 1920), que señalaba como circunstancia agravante la ejecución del delito "en personas que ejerzan autoridad pública o en lugares en que estén ejerciendo sus funciones".

En el Proyecto de Código Penal de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez de 1937, se hallaba citado el artículo 116 inciso 2°: "Se impondrá reclusión perpetua al que matare a otro en alguno de los siguientes casos: cuando la víctima fuere un funcionario público, un gobernante extranjero que se hallare en el país o un representante diplomático acreditado y el delito se cometiere a consecuencia del ejercicio de sus funciones, o por odio o desprecio a la autoridad".

Posteriormente, la ley 18.953 (dictada en marzo de 1971, y derogada por ley 20.043 de diciembre de 1972) introdujo el artículo 80 bis inciso 2°, que prescribía pena de muerte o reclusión perpetua "al que matare... a quien en el momento del hecho, desempeñare un acto de servicio propio de las fuerzas armadas o de seguridad, en razón de esta circunstancia, y siempre que el homicidio no hubiere sido precedido de un grave abuso de sus funciones, vejaciones o apremios ilegales por parte del que desempeña el acto de servicio".

Con respecto a esto último, el autor López Bolado sostuvo que "la excusa que habilita exceptuar la aplicación de la pena máxima cuando median esas circunstancias que deberían incluirse en el artículo 34 del Código Penal, es infortunada y grave. Es el reconocimiento ante el mundo civilizado de que pueden producirse procedimientos como los enunciados.

Por último, con la ley 21.338 (del año 1976, derogada en 1984) la norma del artículo 80 que matare... a quien, en el momento del hecho, desempeñare un acto de servicio propio de las Fuerzas Armadas o de seguridad o policiales o penitenciarias, a quien fuere víctima de la agresión por su condición de integrante de dicha fuerza, aunque no se encontrare cumpliendo actos relativos a sus funciones o del servicio".

Fundamentos utilizados para la inclusión en el Código Penal.

En el Proyecto de ley de la Cámara de Diputados de la Nación, se encuentran los fundamentos que sostuvieron los legisladores para impulsar la iniciativa de agregar un nuevo inciso al artículo 80 de Código Penal.

1. Por lo numerosos acontecimientos que tuvieron lugar entre los años 2000 y 2002 que dieron como resultado la muerte de miembros de las fuerzas legales en diversos puntos del país en cumplimiento de sus funciones específicas llevó a considerarse la conveniencia de implantar en nuestra legislación penal la calificación de aquellos homicidios.

2. El grado de violencia que han ejercido los delincuentes demostrando un absoluto desprecio por la vida de estos servidores públicos, reflejando un alto grado de alevosía y crueldad.

3. Legislaciones de diversos países contemplan como agravante de la pena que corresponde al delito de homicidio que el mismo fuera perpetrado contra oficiales de la ley en ejercicio de sus funciones.

4. La necesidad de que el Estado proteja de la mejor manera posible a sus agentes que combaten la delincuencia.

5. La indudable e innegable peligrosidad social de aquellos malvivientes que no dudan en enfrentar a las fuerzas de seguridad con tal de cumplir su propósito delictivo o asegurar su fuga para evitar ser puestos a disposición de la Justicia.

6. La necesidad de nuestra sociedad por lograr una mayor seguridad, y en la de las fuerzas de seguridad de contar con leyes que ayuden y protejan en su lucha contra la delincuencia.

7. Haciendo uso de la pena como prevención general, que los potenciales autores de un delito se vean intimidados de enfrentarse con un agente del orden por las consecuencias jurídico-penales que ello le acarrearía. Asimismo, desde el punto de vista de la prevención especial es justo castigar más severamente al delincuente agresor de un funcionario, representante del Estado, que tiene la difícil tarea de proteger a la comunidad reprimiendo el delito en el marco de la ley.

8. El firme convencimiento que este personal se encuentra más expuesto y necesita mayor cobertura legal por parte del ordenamiento penal.

Discusiones Parlamentarias

Durante el debate parlamentario, el miembro informante de la Comisión legislativa, diputado Franco Caviglia, que trató el proyecto se refirió expresamente a la condición en la que se hallaban los agentes policiales o de las fuerzas de seguridad, "quienes, por resguardar la paz social, se encuentran más expuestos o son más vulnerables a la escalada de violencia criminal".

Durante el tratamiento de este proyecto surgieron dos posturas opuestas.

Posturas a favor:

Senador Ángel F. Pardo: "las razones que justificaban este agravamiento partían de la idea de que dichas funciones del orden son precisamente el Estado en acción cuando actúa en función del monopolio de la fuerza pública. Hay un desprecio de los delincuentes hacia la función publica, y por ende hacia la sociedad misma".

Senador Eduardo Menem: "se propicia esta respuesta a las necesidades del momento de emergencia que vive la sociedad".

Senador Jorge P. Yoma: "es un respaldo institucional a aquellos que están en la primera línea en la lucha contra el delito".

Diputado Víctor Fayad: habló del "principio de protección integral de la funcionalidad". "a estas personas las están matando por el sólo hecho de ser agentes; es una discriminación. Los agentes son prácticamente fusilados; ni siquiera hay combate."

Senador Jorge Agundez: "cuando se mata a un servidor o aun agente de seguridad se está demostrando mayor peligrosidad y, fundamentalmente, una mayor temeridad".

Posturas en contra

Senadora Vilma Ibarra: "podría significar una suerte de otorgamiento de mayor valoración a la vida humana de unos o de otros, (…) ya que todas son sagradas".

Diputada Margarita Stolbizer: señala entre la vulnerabilidad del proyecto "dar valor a la vida humana de algunos por sobre los otros".

Diputada Nilda Garré: "la ley podría ser inconstitucional porque afecta el principio de igualdad. La vida de los civiles valdría menos que la de los policías. Además su descripción no es clara ni precisa respecto de la conducta prohibida, sobre todo en casos fronterizos: choferes de camiones blindados,

custodios de portería, personal de seguridad privada, etc”.

Doctrina

El autor Edgardo A. Donna sostiene que en los últimos años, se ha generado un fenómeno llamado “inflación penal”: muchas neocriminalizaciones, pocas desincriminaciones.

Según este autor existe una tendencia hacia un derecho penal con mayor intervención en los conflictos sociales. Hay un reflejo del fracaso de equivocadas políticas económicas y sociales, moldeando un “derecho penal simbólico”. Citando a Raúl E. Zaffaroni, Donna expone que dicho derecho es un inadmisibilidad constitucional. Se trata de casos en donde la norma que se establece no tendrá eficacia para contener el fenómeno que se quiere abarcar, pero igualmente se legitima el ejercicio del poder punitivo del Estado que supuestamente funcionará, aunque sea más probable que los agrave. Hay un uso de esto para calmar a la opinión pública y así promover el clientelismo político.

Donna expresó que “estas soluciones de emergencia” se exhiben ante la sociedad como un paliativo frente a acontecimientos de honda repercusión en la opinión pública. Por consiguiente, el delito que ahora se discute constituiría un claro ejemplo de esta costumbre legislativa.

Es criterio de este autor que, si luego de reformarse la legislación penal se comprueba que en la realidad los problemas subsisten o bien se agravan, la defraudación de estas expectativas puede producir una sensación de inseguridad aún mayor que la que ocasionada por la infracción misma a la ley.

Citando a Hassemer Winfried, expone que con esta transformación se hace cada vez más difícil considerar asegurados los principios de igualdad y de tratamiento igualitario.

Por su parte, los autores Carlos Creus y Jorge E. Buompadre basaron este agravante en los antecedentes legislativos sobre el tema en nuestro país, fundándose en el mayor peligro de afectación de la vida de individuos que, por su condición funcional, se encuentran al frente de la lucha contra el delito. Sostienen que esta modificación estuvo motivada por las necesidades sociales.

Por otro lado, el autor Justo Laje Anaya señala que “si se piensa que la vida de un funcionario vale lo mismo que la de una persona que no es tal, y que por ello la ley se ha excedido al castigar el homicidio con una pena más grave, habría que reducir entonces la pena del uxoricidio, la del parricidio y la del filicidio, pues no se podría decir que la vida del cónyuge, la del padre o la del hijo tienen más valor que la de cualquier otro pariente”. Sostiene el jurista que no existe exceso en la ley cuando se castiga el homicidio de ciertos funcionarios, pues en este caso tienen deberes jurídicos que observar, que no tienen los ciudadanos que carecen de esa condición.

Además Laje Anaya recuerda que en el plano internacional, la O.N.U. ha recomendado a los Estados que se tenga en cuenta la condición de la persona para que ciertos atentados en su contra sean reprimidos con penas adecuadas, porque se considera que esos delitos son graves, haciéndose referencia

al homicidio, el secuestro, u otro atentado contra la integridad física o la libertad (Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973).

Ricardo Levene (nieto) argumenta que existen otros delitos en los que "no se legisla por las cualidades personales, sino atendiendo a la función que una persona desempeña", citando delitos en los que los funcionarios públicos ven agravada la pena por su condición de tal, como el previsto en el art. 235 del Código Penal.

Consideró a esta reforma como "un esfuerzo para la supervivencia de nuestras fuerzas de seguridad, que se sentirán más amparadas y comprendidas por el Poder Legislativo, que dio respuesta a clamor del pueblo".

Castro y Guardia opinan que "el contexto en que han operado las modificaciones del artículo 80 permite vislumbrar una creciente legislación, una superposición de tipos y un "panpenalismo", donde la expresión de deseos del legislador se funda en mágicas creencias de soluciones inmediatas o de calmantes artificiales de la realidad cotidiana".

Por su parte, Fontán Balestra, a la hora de expresarse sobre el artículo 80 bis del Código de 1971), antecedente del actual artículo 80 inciso 8°, sostuvo que la calificante está referida al mayor riesgo que corren ciertas personas en razón del cargo que ocupan y la mayor alarma social que despierta.

Por último, el autor Fernando Fiszer sostiene que "un uso desmedido del derecho penal, entre las funciones de control y prevención, puede tener nocivos para el propio sistema penal y para la sociedad en general.

Es peligroso imponer penas exacerbadas para condenar a un determinado tipo de autor seleccionado por el poder político.

No es aceptable la creencia de que los problemas sociales deben solucionarse siempre por un medio de una respuesta penal, sería un facilismo para calmar las demandas de la comunidad. En este contexto surgen los medios de comunicación como formadores de imágenes, que configuran roles, estereotipos sociales de las conductas desviadas de la criminalidad".

Como una forma de disipar la sensación de desequilibrio, pero principalmente robustecidos por nuevos reclamos de la sociedad, posteriormente se incorporó el inciso 9° al artículo 80, quedando superado cualquier dilema que se vincule a la pretensa desigualdad ante la ley.

Introducción

Tanto en el inciso 8vo. como en el inciso 9no., la agravante radica en razón de la condición funcional de los sujetos.

Las leyes que incorporaron estas dos figuras agravadas del homicidio al artículo 80 del Código Penal, tuvieron en cuenta la condición, cargo o función del autor y de la víctima del delito. Una está determinada por la función, cargo o condición del sujeto pasivo, y la otra por el abuso funcional del sujeto activo.

En el inciso que nos ocupa, Homicidio Calificado por la función, cargo o condición de la víctima, esta agravante fue introducida por la ley 25.601, como inciso octavo del artículo 80 del Código Penal, cuando el homicidio recayera sobre un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición.

Carlos Creus explica, que se trata de una más de las normas contenidas en leyes de facto, que fueron desplazadas de nuestro sistema jurídico a raíz de su origen y no fueron reinstaladas por el legislador constitucional en esos momentos, pero que, motivadas por las necesidades sociales, se reimplantaron en sucesivas modificaciones operadas por el cuerpo legislativo.

En ese orden, la ley 21.338, al reconocer como antecedente disposiciones del mismo carácter (leyes 19.953 y 20.043), traía en el art. 80 bis dos normas en que el homicidio se calificaba, en un caso, predominantemente por la calidad de la víctima (inc. 1ro.) y, en el otro, por la ocasión del ejercicio funcional de aquella (inc. 2do.).

La sanción de la ley 25.601 tuvo en cuenta, principalmente, la escala delictiva en la que se ha visto inmersa la Argentina en los últimos años, con un mayor número de víctimas entre las fuerzas de seguridad.

El fundamento de la agravante reside en el mayor peligro de afectación de la vida de individuos que, por su condición funcional, se encuentran al frente de la lucha contra el delito.

Bien Jurídico.

El bien jurídico protegido es la vida de los sujetos pasivos consignados en el tipo penal.

Para Breglia Arias, las palabras del senador Pardo en el debate parlamentario son exactas, en cuanto a señalar que es *la funcionalidad* del Estado mismo la que se ve atacada por las conductas que se sancionan y, bien expresado, es el "monopolio de la fuerza pública" el que se menoscaba. En cuanto a los penitenciarios atacados, se ve con claridad un resentimiento, que tiene sus explicaciones dado el estado actual de nuestras cárceles, donde ocurren como es sabido, una cantidad de tropelías de las cuales son víctimas los internos. Una cárcel insatisfactoria, con múltiples suicidios anuales no aclarados, con frecuentes golpizas de presos e incluso, con mandatos de homicidios, donde el mandante es el servicio penitenciario, y el ejecutor un preso sobre otro preso, son antecedentes directos y perfectamente

explicables de un odio acérrimo por parte de quienes, una vez en libertad, no vacilan en matar a alguien, enterados de que es un miembro del servicio penitenciario. (Omar Breglia Arias "Homicidios Agravados", editorial Astrea, 2009, pág. 458).

Requisitos Objetivos.

La acción típica consiste en causar la muerte de algunos de los sujetos establecidos en la norma. Cualquier medio es idóneo para conformar el tipo, siempre que no sea un medio calificante de otra figura. Cualquier persona puede ser sujeto activo, sin embargo en cuanto al sujeto pasivo, se requiere en la víctima una determinada condición, en este caso, el requisito exigido es de pertenecer, ser integrante, de una fuerza de seguridad pública, policial o penitenciaria.

La muerte debe haber sido propinada a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, cuya pertenencia será determinada por las correspondientes disposiciones de las leyes orgánicas. Quedan comprendidos en la agravante los miembros de las fuerzas policiales de la Nación y la provincia, de Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Servicio Penitenciario, nacional y provinciales y del cuerpo de bomberos, aunque no revistan activamente (p. ej., el gendarme retirado). No quedan incluidos quienes, en el momento del hecho, han sido separados de la fuerza, como los exonerados y dados de baja, pues en tales condiciones, se pierde el estado funcional; tampoco comprende a los integrantes de organizaciones de seguridad privada, del Servicio de Inteligencia del Estado, la policía judicial, los agentes municipales de tránsito y los miembros de las fuerzas armadas. La mayor penalidad resulta aplicable cualquiera sea la categoría administrativa o funcional del sujeto pasivo, con prescindencia de que se encuentre o no cumpliendo actos relativos a sus funciones o servicios en el momento del ataque. Lo que importa es que, al momento del hecho, el sujeto posea la condición exigida típicamente, esto es, que siga teniendo la calidad funcional o siga encuadrando dentro de la fuerza correspondiente.

Según el autor Fernando Fiszer, deben quedar comprendidos los homicidios perpetrados contra personas que están prestando algún auxilio a las fuerzas, siempre que se coopere con un acto propio de sus funciones.

Otro elemento objetivo de la figura sería el requerimiento de que el ataque haya tenido lugar con motivo o en ocasión del ejercicio de las funciones inherentes al cargo o por desempeñar un acto del servicio de las fuerzas antes citadas.

Requisitos Subjetivos.

La sola calidad de la víctima no es suficiente para concretar la agravante, pues el homicidio debe conectarse subjetivamente con ella. El autor debe matar motivado por la condición o el cargo que la víctima tiene o desempeña (p. ej. Lo mata porque es policía).

Teniendo en cuenta la especial subjetividad que requiere la figura delictiva, el error sobre la existencia de la condición, cargo o cualidad funcional del sujeto pasivo constituye un error de tipo que excluye la circunstancia agravante.

Para Fontán Balestra el hecho es doloso, abarca el conocimiento de que se mata a una persona de las mencionadas en la norma y de que se hace con motivo o en ocasión del cumplimiento de sus funciones, o porque desempeña un acto de servicio propio de las fuerzas, así como también implica la voluntad de realizar el hecho. De modo tal que el error o la ignorancia sobre alguna de esas condiciones desplaza el hecho a la figura base. (Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial, dirección D. Baigún y E. R. Zaffaroni. Editorial Hammurabi (2007). Autor Fernando Fiszer. Pág. 300).

En palabras de Edgardo Alberto Donna, el mismo explica que el tipo penal exige el conocimiento de la calidad del sujeto pasivo. Esta afirmación surge de la propia redacción de la norma, ya que se mata por la función, cargo o condición de la víctima. Siendo así, no es necesario que al momento del hecho aquella se encuentre desempeñando un acto funcional, basta con que la acción se dirija a darle muerte en cualquier circunstancia, pero siempre debido a la calidad de funcionario que inviste. Teniendo en cuenta ello, solo es posible el dolo directo, Gustavo Arocena, también admite el dolo eventual. (Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Edgardo Alberto Donna. Rubinzal-Culzoni editores -2003-. Pág. 121).

Para Omar Breglia Arias, la forma de comisión puede ser activa u omisiva (omisión impropia). El tipo subjetivo de la acción homicidio contiene un elemento distinto del dolo, que se ubica en lo motivacional. El matar a otro en razón de la calidad funcional que posee incrementa el contenido del ilícito, determinado por el deterioro de la confianza pública en el desempeño del funcionario, y con ello, una calificación, citando a Reinaldi. (Reinaldi, delitos contra la vida humana independiente, en Balcarce –Dir-, Derecho Penal. Parte Especial", t. 1, p. 155).

Tentativa.

El delito se consuma con la muerte de alguno de los sujetos pasivos a que se refiere la norma. Por tratarse de un delito de resultado, la tentativa es posible

Sistemas Comparados

Tanto en países de Latinoamérica como de Europa encontramos la circunstancia agravante que incorpora el inciso 8°, con mayor o menor similitud.

El Código Penal de Costa Rica establece, en el inciso 2° del artículo 112, la pena de prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate a uno de los miembros de los Supremos Poderes y con motivo de sus funciones.

El Código Penal de El Salvador establece como homicidio agravado, en el inciso 10° del artículo 129, el que fuere ejecutado en la persona de un funcionario público, autoridad pública o agente de autoridad, siempre que estén en ejercicio de su cargo y con ocasión de sus funciones, estableciendo para esos casos una escala penal de treinta a cincuenta años de prisión.

El Código Penal de Venezuela establece, en su artículo 407, para el delito de homicidio simple una escala penal entre los doce y los dieciocho años de prisión. Luego, en el artículo 408 agrava la figura, estableciendo una pena de prisión entre quince y veinticinco años para aquellos que cometan el homicidio por medio de veneno o de incendio o sumersión, con alevosía o por motivos fútiles o innobles y entre veinte y veintiséis años de prisión si concurrieren en el hecho dos o más de las circunstancias antes indicadas. También establece la pena de veinte a treinta años de prisión para los que perpetren un homicidio en la persona de su ascendiente o descendiente, legítimo o natural, o en la de su cónyuge. Asimismo, agrega, en la persona del Presidente de la República o de quien ejerciere, aunque fuere interinamente, las funciones de dicho cargo.

En otro artículo, el 409, establece la pena de catorce a veinte años de presidio para los que lo perpetren en la persona de su hermano y para los que lo cometan en la persona de algún miembro del Congreso Nacional, de las Asambleas Legislativas, de un Ministro del Despacho, de alguno de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Secretario del Presidente de la República, del Gobernador del Distrito Federal o de algún Estado o Territorio Federal; de algún miembro del Consejo de la Judicatura, del Consejo Supremo Electoral, de la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, o del Procurador General, Fiscal General o Contralor General de la República. En la persona de algún miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.

El inciso 8° del artículo 324 del Código Penal de Colombia señala como una de las circunstancias de agravación punitiva y fija la pena entre cuarenta años y sesenta años de prisión si el homicidio se cometiere con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiere sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

El Código Penal de Cuba establece, en el inciso i) de su artículo 263, la pena de muerte o de privación de la libertad de quince a veinte años, al homicidio ejecutado contra la autoridad o sus agentes, cuando estos se hallen en el ejercicio de sus funciones.

El Código Penal de Francia establece en el inciso 4° del artículo 221 la pena de reclusión perpetua a quien matare a un magistrado, un jurado, un funcionario público o ministerial, un integrante de las fuerzas armadas, un funcionario policial, de la aduana, de la administración penitenciaria, un agente del servicio de transportes públicos de pasajeros o de toda otra persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, en el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones o de su misión, cuando la calidad de la víctima fuere obvia o conocida por el autor.

El artículo 164 del Código Penal de Ecuador sanciona a la agresión terrorista, siempre que el hecho no constituya un delito más grave, perpetrada contra funcionarios o empleados de instituciones públicas o contra propiedades de los mismos, con la pena de tres a seis años de reclusión menor ordinaria y multa de mil a dos mil sucres. Si se causaren lesiones a personas, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años y multa de mil a cinco mil sucres. Si resultare la muerte de una o más personas, la pena será de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de tres mil a diez mil sucres.

El artículo 312 del Código Penal de Panamá, en su inciso 8°, prevé la pena de doce a veinte años de prisión, cuando el homicidio se ejecute en la persona de un servidor público con motivo del ejercicio de sus funciones.

Debe enunciarse el caso del Código Penal italiano que establece, en el inciso 10 del artículo 61, dentro de las especiales circunstancias agravantes que son comunes a los delitos, que el hecho sea cometido contra un oficial público o contra una persona encargada de un servicio público o que revista la calidad de ministro de culto católico o de otro culto, o un agente diplomático o consular de un estado extranjero, en el ejercicio o a causa del ejercicio de sus funciones o servicios.

Más adelante, en el artículo 576, que establece las circunstancias que agravan al homicidio, se enuncian algunas de las circunstancias anunciadas en el artículo 61, pero no se refiere al inciso 10, antes citado.

El Código Penal de Puerto Rico establece, en el inciso b) del artículo 83, como asesinato en primer grado, a la acción de dar muerte a una persona que sea miembro de la Policía o de la Guardia Municipal o que sea Oficial de Custodia, cuando dicha persona se encuentre en el cumplimiento de su deber, y su muerte haya ocurrido como resultado de la comisión de un delito grave o de la tentativa de comisión de un delito grave o encubrimiento de un delito grave, considerando a todos los demás asesinatos como de segundo grado.

Seguidamente, en el artículo 84, establece para el homicidio en primer grado la pena fija de noventa y nueve años de reclusión, mientras que a toda persona convicta de asesinato en segundo grado

se le impondrá pena de reclusión por un término fijo de dieciocho años, que puede variar según la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

El artículo 132 del Código Penal de Portugal señala como homicidio calificado, a aquél en el cual la muerte es producida en circunstancias que revelen especial censurabilidad o perversidad y le establece la pena de doce a veinticinco años de prisión, entre otros, en el inciso j, a quien realice el acto contra un miembro de un órgano de soberanía, del Consejo de Estado, el presidente de la República, un magistrado, un miembro de un órgano de gobierno propio de las regiones autónomas, gobernador civil, a un miembro de un órgano de gobierno local o que ejerza autoridad pública, o de un organismo que la ejerza, de un testigo, comandante de las fuerzas públicas, agente de las fuerzas o servicios de seguridad, funcionario público, civil o militar, un agente de las fuerzas públicas o ciudadano encargado de un servicio público, docente o examinador y ministro de un culto religioso, en el ejercicio de sus funciones o por causa de ellas.

En el inciso siguiente, establece también como una circunstancia que agrava el homicidio la condición de funcionario público del sujeto activo y la circunstancia de practicar el hecho con grave abuso de autoridad.

El artículo 310 bis del Código Penal de Uruguay establece la elevación en un tercio de la pena fijada para el homicidio simple (de veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría), considerando agravante especial del delito, la calidad ostensible de funcionario policial de la víctima, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal.

Anteproyecto de Ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación

Fue elevado el 31 de agosto de 2006 por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal Argentino (realizado entre 2005 y 2006).

Comisión coordinada por el profesor Alejandro W. Slokar (Secretario de Política Criminal de la Nación). Integrada entre otros por el profesor Daniel Erbetta, Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, contando con la presencia del profesor Edgardo Donna.

En los fundamentos se sostuvo que se ha mantenido la idea de "economía del Código" en cuanto al principio de menor intervención y de última alternativa del Derecho Penal.

El modelo de legislación penal debe atenerse a una cosmovisión integradora. Las leyes irruptivas, aprobadas siempre producto de episodios críticos, nunca han servido para disminuir los conflictos penales.

Se suprimió el artículo 80 inciso 8° introducido por leyes que procuraron responder al reclamo de un plus punitivo cuando la víctima fuere un miembro de las fueras de seguridad o policiales.

Además de la deficiente regulación, los motivos político-criminales sostenidos no resultan justificables y abren la puerta a una ampliación ilimitada de las agravantes, ya que se podría justificar también la previsión de otras situaciones por la calidad del autor o de la víctima.

Jurisprudencia.

El delito previsto en el artículo 80, inciso 8vo., del Código Penal si bien el disvalor de la acción resulta el mismo que el del tipo básico, en esta figura está vinculado con el efecto de la conducta en el orden social y a brindar mayor resguardo a quienes tienen la misión de cuidar el orden, la seguridad y la propiedad de los ciudadanos.

La norma del artículo 80, inciso 8vo., del Código Penal no vulnera el principio de igualdad ante la ley ni otra norma de la Constitución Nacional o de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, toda vez que la discriminación que realiza el legislador en función de la pertenencia de la víctima a alguna de las instituciones de seguridad del Estado nacional obedece al propósito de brindar mayor protección *ex ante* y en abstracto a la función de seguridad del Estado y en razón del mayor riesgo que corren quienes material y directamente prestan ese servicio como medio de vida.

- Trib. Cas. Pen. De Buenos Aires, Sala II, 20-12-2011, "D., J. s/ Recurso de casación", LP 24994, RSD – 1974-11 S (JUBA).-

La descripción del tipo receptado por el artículo 80, inciso 8vo., del Código Penal requiere, en su aspecto subjetivo, no sólo que el sujeto activo conozca la condición de miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias de la víctima, sino además la ultrafinalidad de motivarse en que el damnificado posee esa específica calidad.

- Trib. Cas. Pen. De Buenos Aires, Sala II, 18-2-2010, "A., S. s/ Recurso de casación", LP 33638, RSD -126-10 S (JUBA).-

Si los hechos por los que se tipificó el accionar ilícito fueron calificados como homicidio tentado doblemente agravado por haber sido cometido para lograr su impunidad y por ser las víctimas miembros de la fuerza policial en ejercicio de su función, corresponde su modificación toda vez que cuando concurren dos agravantes de un mismo tipo penal básico con idéntica penalidad, para no afectar el principio de especialidad, solo debe aplicarse aquella de mayor afectación al bien jurídico o en su

defecto respetar la sistemática establecida en el catálogo penal.

Como las indicadas figuras agravadas del tipo penal básico de homicidio contemplan la aplicación de igual monto punitivo, el imputado deberá responder en calidad de coautor, por la primera de las conductas prevista en la norma legal, en grado de tentativa, siempre que tal figura puede representar un mayor contenido de injusto porque atrapa otros bienes jurídicos según la modalidad de su comisión, en la medida en que se pretendía lograr la impunidad en torno a la conducta ilícita; conservando la concurrencia material con el delito de simple portación de arma de guerra sin la debida autorización legal.

Por ello, corresponde confirmar el auto decisorio por el que se decretó el procesamiento de los imputados y, modificó la calificación legal del hecho, por considerarlo coautor del delito de homicidio agravado por haber sido cometido para lograr su impunidad, en concurso real con el delito de simple portación de arma de guerra sin la debida autorización legal.

- CNCCorr., sala VII, 18-5-2006, "Aguilar, Silvano A.", c. 29.352, *Boletín de Jurisprudencia de la CNCCorr., primer semestre de 2006*.

Corresponde decretar la prisión preventiva por el delito de robo doblemente agravado por el uso de armas y por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, en concurso real con homicidio triplemente agravado, *criminis causa*, por haber sido cometido con alevosía y por ser la víctima un miembro de la fuerza de seguridad, respecto de quien en compañía de otras personas, luego de robar un rodado mediante la intimidación con armas de fuego y al advertir que la víctima era un efectivo policial procedieron a darle la muerte.

- JGar. N° 3 de Lomas de Zamora, 12-8-2002, "L., L.", L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 19-12-2002, p. 28

Si el damnificado, agente policial en funciones, descendió del móvil con el fin de identificar a los imputados y uno de ellos extrajo un arma de fuego de su cintura y a una distancia de tres metros apuntó y accionó el mecanismo de disparo sin que salga el proyectil, ello demuestra la intención de realizar el tipo contenido en el art. 80, inc. 8° del Cód. Penal, delito que ha quedado en grado de tentativa.

- CNCrim. y Corr., Sala de Feria, 8/1/04, "Cabezas, Enrique", Secretaría de Jurispridencia del Tribunal

Configura el delito de tentativa de robo con armas en concurso ideal con tentativa de homicidio doblemente agravado por haberse perpetrado con el objeto de consumar la sustracción y por tratarse el damnificado de un agente policial, la conducta de quien utilizó la misma pistola objeto de la sustracción para procurar consumar el apoderamiento y, a la vez, forcejeó para procurar el control del arma de fuego, dirigiéndola contra el cuerpo de la víctima, que era un policía.

CNCrim. y Corr., Sala VII, 6/7/04, "Contreras, Jonathan Daniel", *LL,* 2005-A-204

La agravante prevista en el art. 80, inc. 8° del Cód. Penal, no lesiona el principio de igualdad, ya que la calificante parece razonable, en razón del mayor peligro en el que se encuentran expuestos a diario las personas que tienen que cumplir con su deber, al ejercer el Estado el monopolio de la fuerza pública. (del *voto* en disidencia del doctor Noel).

Trib. Criminal N° 1 Necochea, 11/10/05, "Colaizzo, Juan A.", *LLBA*, 2005-1387

Bibliografía.

- Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Edgardo Alberto Donna. Rubinzal-Culzoni editores (2007). Pág. 117.

- Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Carlos Creus - Jorge Eduardo Buompadre. Editorial Astrea (2007). Pág. 38-39.

- El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia. Tomo II. Edgardo Alberto Donna. Rubinzal-Culzoni editores (2012), Pág. 161-162

- Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo III. Parte Especial. Dirección Eugenio Raúl Zaffaroni - David Baigún. Autor Fernando Fiszer. Editorial Hammurabi (2006). Pág. 290.

- Omar Breglia Arias "Homicidios Agravados", editorial Astrea, 2009, pág. 458-459

- Derecho Penal. Parte Especial. Jorge L. Marín. Editorial Hammurabi (2008). Pág. 83.

- Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial, dirección D. Baigún y E. R. Zaffaroni. Editorial Hammurabi (2007). Autor Fernando Fiszer. Pág. 301/302

- Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas – I. Director Edgardo Alberto

Donna. Rubinzal-Culzoni Editores (2003). Pág. 461.

- www.derechopenalonline.com. “El inciso 8 del artículo 80 del Código Penal y lo planteos acerca de su constitucionalidad”. Por Eduardo A. d’ Empaire.

- www.terragnijurista.com.ar. “El homicidio agravado por ser cometido en perjuicio de un miembro de las fuerzas de seguridad pública policiales o penitenciarias”. Por Diego Leif Guardia.

- www.iuspenalismo.com.ar. “El agravante del art. 80 por la condición funcional del sujeto pasivo (inc. 8°)”. Por Rubén E. Figari.

- www.diputados.gov.ar.

Abigeato

Por **Rubén E. Figari**

Art. 167 ter: ***"Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.***

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte".-

Art. 167 quater: ***"Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias:***

1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.

2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.

3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.

4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.

5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.

6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas".-

Art. 167 quinque*: "En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.*

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".-

§ 1.- Antecedentes

La problemática referida a la sustracción de ciertos animales ya preocupaba a los pueblos de antaño pues éstos representaban para ellos elementos primordiales para satisfacer las necesidades de la vida humana desde diversos puntos de vista, encarnadas tanto como factores de producción, como instrumento de trabajo y hasta como seres sagrados a quienes se les rendían culto religioso. Al respecto, consigna Carrara que: "Pero aun cuando las cosas no fueran llevadas a tanta exageración, la idea de proteger a algunos animales contra la perversidad humana, con sanciones especiales, fue casi universalmente acogida. De aquí nació que muchas legislaciones conminara penas severísimas contra el hurto de aquellos animales que por sus costumbres eran considerados como más especialmente útiles, y a ese hurto se le dio, a causa de su odiosidad, un nombre distinto; de ahí el título de abigeato" ([1]).-

Esta última palabra viene de *ab* y *agere,* que significa echar por delante, arrear y que describe de una forma material la manera con que se consuma el hurto de los animales que no se toman en los brazos para llevarlos, así como de *ab* y *ducere,* llevar a tras de un lugar a otro, se sacó la palabra "aducción", que describe la forma como se guía a un hombre de un lugar a otro. "Por esto creo que, mirando el fondo de este asunto, el origen del nombre especial dado a esta forma de delito debe más bien buscarse en la sutil adhesión de los romanos a la exactitud del lenguaje, pues al colocar la

1 CARRARA Francesco *"Programa de derecho criminal. Parte especial"* vol. IV, Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1996, § 2074.

esencia del hurto en la *contrectación,* y no viéndola en la sustracción de ciertos animales, al no ser aplicable a éstos el nombre de hurto, hubo que inventar un nombre diverso” ([2]).-

Historia Carrara que los romanos condenaban a los reos de abigeato según la cualidad de las personas, o a trabajos forzados en las minas, o a las fieras, o a trabajos públicos, o a ser gladiador de acuerdo al Digesto. También se observaban diversas penas para el abigeato en los variados códigos de la antigua Germania. Asimismo, en la antigua Francia, los reos de abigeato eran castigados con la muerte, como sucedía también en Holanda y en Zelandia. Teodosio consideró este delito como una causa especial de divorcio, así también lo entendía Justiniano, por considerarse que el temor de perder las ganancias de la dote alejaba del hurto de animales a los maridos. En lo concerniente a las leyes bárbaras, también se sancionó el abigeato con multas y la ley sálica ponía especial énfasis para los animales negros. Por su parte, la ley Carolina no impuso punibilidad específica contra el abigeato y lo dejó bajo las reglas ordinarias del robo, de manera tal que el hurto de un caballo no era castigado con la muerte, excepto a causa de su precio especial, o de la repetición del delito, o de la manera peligrosa de cometerlo ([3]).-

Pero se debe resaltar, siempre siguiendo las consignas del maestro pisano, que no todos los animales resumían un interés suficiente como para que se lo considerara abigeato, ya que sólo se aplicaba esta figura a los cuadrúpedos y entre ellos a los que sirven para la agricultura, las labores o el pastoreo, con el componente que solamente se consideraba como tales – cuadrúpedos – a los que pastoreaban en rebaño – *quae gregatim pascuntur* – o solo aquellos cuyas carnes se comían. Posteriormente, también se hizo un distingo en el sentido de que algunos se consideraban “mayores”, u otros “medianos” y otros “menores” y también se estableció que para que se consumara el delito de abigeato bastaba haberse robado una sola cabeza de los primeros – bueyes, caballos y camellos –; de los segundos – mulos, asnos y cerdos – era menester haberse robado dos, tres o cuatro, respectivamente, y de los terceros – ovejas y cabras – se necesitaba haber sustraído diez. Todo ello importaba que se tomaba en consideración como única razón, al objeto robado ([4]).-

2 Idem (ob. cit. § 2074).

3 Idem (ob. cit. § 2078).

4 Idem (ob. cit. § 2075).

Pero con el decurso del tiempo a la vez que se fueron aminorando los castigos sumamente severos que se imponían para este tipo de delito, a la par se fue perfilando otro punto de vista que no se fincaba solamente en el objeto robado, sino en el lugar donde se encontraban los animales, circunstancia ésta que ya la tomaban en consideración los romanos al exigir que el animal fuera sustraído del potrero, que era, en definitiva, lo que luego se tendría en cuenta – el hecho de estar librado a la confianza pública –, en la legislación moderna.-

§ 2.- Antecedentes Legislativos Nacionales

§ 2.1.- Proyecto de 1891

En el Derecho argentino se advierte que la cuestión referida al hurto o sustracción de ganado, más propiamente llamado "abigeato", recién se encuentra en este Proyecto cuya comisión, designada por decreto del 7 de junio de 1890, quedó integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo que en el Título V "Delitos contra la propiedad", Capítulo I "Hurto", el art. 198, inc. 3º especificaba: *"Se aplicará penitenciaría de uno á cuatro años en los casos siguientes: ...3º Cuando fuere de animales en rebaño ó de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo…"* reconociendo como antecedentes de esta redacción el Código italiano (art. 403 inc. 6º); francés (art. 388); holandés (art. 311 inc. 1º); uruguayo (art. 370 inc. 4º) y chileno (art. 449) ([5]).-

§ 2.2.- Proyecto Segovia de 1895.

En el año 1882 y sin encargo oficial alguno, Lisandro Segovia realiza una serie de observaciones críticas al Proyecto de 1891 y publica en la *"Revista Jurídica y de Ciencias Sociales"* de Buenos Aires un "Proyecto de Código Penal" que no tuvo recepción parlamentaria.-

Con respecto al instituto en cuestión se repite la ubicación de la agravante en el Título V "Delitos contra la propiedad", Capítulo I "Hurto" en el art. 220, inc. 4º: *"Se aplicará penitenciaría de seis meses á tres años en los casos siguientes: ... 4º Cuando fuere de animales en rebaño, ó de*

5 Sobre el particular la Exposición de Motivos refiere: "El artículo 198, enuncia las circunstancias agravantes del hurto derivado del sitio en que se cometiere el delito, de los objetos en que recayere, de la ocasión en que se ejecutare, ó del medio que se empleare… Determina otra agravante la conveniencia de proteger contra el hurto los productos ó semovientes que por necesidad quedan en el campo, no siendo posible que el propietario tome respecto de ellos las precauciones que se toma con los objetos que pueden ser guardados en un recinto cerrado…" (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel *"Digesto de Codificación Penal Argentina",* t. II, Ed. AZ, Madrid, 1996. ps. 430/431).

productos separados del suelo, que se hayan dejado por necesidad en el campo". Obsérvese que esta redacción es prácticamente idéntica a la del Proyecto de 1891.-

§ 2.3.- Ley 4.189 de 1903.

La ley en cuestión tuvo un proceso bastante largo y controvertido, pues en la sesión de la Cámara de Diputados del 13 de junio de 1900, se consideró el despacho producido por una comisión integrada por Juan Antonio Argerich, M.J. Moreno y Pedro T. Sánchez proponiendo la reforma parcial del Código de 1886, el primero fue el miembro informante. La discusión se prolongó en las sesiones del 15 y del 20 de junio y en la del 22 se aprobó el Proyecto en general, postergándose su consideración en particular para agosto de ese mismo año, retomando la discusión el 31 de dicho mes de 1900 y la discusión en particular se prolongó durante las sesiones del 3, 5, 7, 10 y 12 de septiembre, aprobándose en la sesión del 14 de septiembre de 1900. Pero el Proyecto con media sanción de Diputados fue demorado en el Senado durante tres años. El 2 de julio de 1903 dicho cuerpo recepta el despacho de su comisión integrada por los senadores Palacio, Mantilla y Pellegrini que proponían diez enmiendas al proyecto de Diputados, fue allí que el senador Julio Herrera se opuso a la sanción del proyecto, pero en definitiva se obtuvo la aprobación el 11 de julio de 1903, luego el proyecto volvió a la Cámara de Diputados, la que en la sesión del 3 de agosto de 1903 aprobó sin objeciones las reformas introducidas por el Senado. Así quedó sancionada la ley 4.189 promulgada el 22 de agosto de 1903 ([6]).-

En lo que respecta al abigeato, es recién que con esta ley aparece el texto más definido y que se asemeja al de la actualidad ya que se emplean los términos "ganado mayor o menor" en el Título VIII "De los delitos contra la propiedad particular", Capítulo I "Robos y hurtos" en el art. 22 disponía: *"... Se aplicará penitenciaría de dos á seis años, en los casos siguientes: ...4º Cuando fuere de ganado mayor ó menor, ó de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo..."*.-

§ 2.4.- Proyecto de 1906.

A principios del gobierno de Quintana, en 1904, se designa una comisión integrada por seis miembros para redactar un nuevo proyecto de Código Penal integrada por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero, Cornelio Moyano Gacitúa, Francisco Beazley, Diego Saavedra y José María Ramos Mejía elevando el proyecto el 10 de marzo de 1906 el cual fue remitido por el Poder Ejecutivo al

6 Idem (ob. cit. t. I. ps. 43/44).

Congreso y la Cámara de Senadores lo giró al estudio de la comisión, la que nunca produjo despacho ([7]).-

En el caso presente también se contempla como una agravante del hurto el abigeato, pero en la redacción se vuelve el término de “animales en rebaño”. En efecto, en el Título VI “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto”, el art. 178 rezaba: *“Se aplicará prisión de uno á seis años, en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de animales en rebaño, ó de productos separados del suelo, y dejados por necesidad en el campo…”*. Los proyectistas en su Exposición de Motivos no dan razón alguna del cambio efectuado en la redacción, aludiendo simplemente que se hace una disminución de algunos de los hechos que importan hurto calificado.-

§ 2.5.- Proyecto de 1917.

En 1916 luego de diez años de presentado el Proyecto de 1906, Rodolfo Moreno (h), siendo diputado nacional tomó dicho proyecto y acompañándolo de una planilla de modificaciones lo presentó a la Cámara de Diputados, alegando que se lo tomara como base para la preparación de un proyecto definitivo y propuso que se designe una comisión de cinco miembros para que se estudie los proyectos de reforma penal y penitenciaria, la comisión estaba integrada por los diputados Jerónimo del Barco, Délfor del Valle, Antonio Di Tommaso y Carlos Pradere y presidida por Moreno (h). Este proyecto luego de varias consultas con juristas de primera línea – Julio Herrera, Rodolfo Rivarola, Tomás Jofré y Gonzáles Roura – fue aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de agosto de 1917 y remitido en esa fecha al Senado de la Nación y luego tuvo un agitado trámite ([8]).-

En este caso bajo el Título VI “Delitos contra la propiedad”, Capítulo I “Hurto”, el art. 163 inc. 1º reitera el texto del Proyecto de 1906 pues establece que: *“Se aplicará prisión de uno a seis años, en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de animales en rebaño, o de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo…”*. Al respecto, la Comisión manifiesta haber aceptado el criterio del Proyecto de 1906 sobre los hurtos calificados en cuanto a la punición considerándola bastante elástica como para que los jueces puedan graduarla según los casos que se presenten, sin hacer alusión puntual al abigeato.-

§ 2.6.- Código de 1921.

---

7 Idem (ob. cit. t. I. ps. 67/69).

8 Idem (ob. cit. t. I. ps. 76/78).

El Proyecto de 1917 constituye la base de lo que luego sería el Código de 1921 y en el Titulo VI “Delitos contra la propiedad”, capítulo I “Hurto” se consagra el art. 163 referido a las agravantes del hurto en los siguientes términos: *“Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuese de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial…”.* Este texto va introducido por la segunda Comisión de Códigos del Senado que dio al inciso 1º del artículo en cuestión la redacción que tenía hasta que se reformara posteriormente.-

Resalta MORENO (h) que se ha considerado que el término “ganado”, no expresa unidad sino colectividad ([9]), lo que es necesario para que concurra este hurto especial, es decir, que haya habido apoderamiento de varios animales y como el código no fija números se recurre para su aplicación a la ley 19, Titulo 14 Partida 7. En consecuencia, se hurta ganado cuando el agente se apodera de diez ovejas o más; cinco puercos o cuatro yeguas o más o igual cantidad de animales parecidos ([10]).-

§ 2.7.- Proyecto de 1937.

El Proyecto elaborado por José Eduardo Coll y Eusebio Gómez que el Poder Ejecutivo remite a la Cámara de Diputados el 27 de agosto de 1937, si bien se le dio algún trámite, en realidad nunca llegó a tratarse.-

Éste recepta el instituto en el Titulo VI “Delitos contra el patrimonio” Capítulo I “Hurto” en el art. 214 que decía: *“Se impondrá prisión de uno a seis años, al que cometiere el delito previsto en el artículo anterior, en los siguientes casos: …4º Cuando fuere de ganado de mayor o menor; o de productos separados del suelo, máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos…”.* Se observa una redacción similar al Código de 1921, con excepción de la eliminación de la última parte referida a la causación de la destrucción total o parcial de los alambres u otros elementos de los cercos, cosa que posteriormente ocurriría en otras reformas hasta llegar a la actual.-

---

9 En contra NÚÑEZ Ricardo, *“Tratado de Derecho Penal”,* t. IV, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, p. 193.

10 MORENO (h) Rodolfo *“El Código Penal y sus antecedentes”,* t. V, Ed. H.A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, ps. 113/114.

§ 2.8.- Proyecto de 1941.

José Peco en su Proyecto – presentado en la Cámara de Diputados el 25 de septiembre de 1941, el cual no fue tratado debido a la disolución del Congreso en 1943 – no prescribe una disposición específica sobre el particular ([11]).-

§ 2.9.- Proyecto de 1951.

Este catálogo legal de autoría del profesor Isidoro De Benedetti, en el Titulo IV "De los delitos contra el patrimonio" Capítulo I "Hurto" en el art. 233 se dispone: *"Se impondrá prisión de uno a seis años cuando el hurto: 1º fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor; o de productos separados del suelo, o máquinas o instrumentos de trabajo, si esas cosas se encontraren en el campo…".* Aquí se advierte la señalización de la cantidad de cabezas de ganado, mayor o menor, que requiere la figura para su punición, saneando así la controversia que se había suscitado con la anterior redacción. También, se contempla en el inciso 2º el denominado hurto de cercos y alambres, separándolo del abigeato y el hurto campestre.-

§ 2.10.- Proyecto de 1953.

Este Proyecto de Código Penal atribuible a Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Francisco Laplaza en el Titulo VI "Delitos contra los derechos patrimoniales" Capítulo I "Delitos contra la propiedad y otros derechos reales" el art. 209 punía con prisión de uno a seis años si el delito previsto en el artículo anterior fuere cometido: *"… 4º Apoderándose de una o más cabezas de ganado mayor o menor, productos o minerales separados del suelo o de sus yacimientos y máquinas o instrumentos de trabajo, que hubiesen sido dejados en el campo; alambres u otros elementos incorporados a los cercos campestres, utilizando a éstos en todo o en parte para que sirvan como*

11 En la Exposición de Motivos argumenta lo siguiente: "A propósito de las circunstancias calificativas de agravación, el proyecto subraya la tendencia progresiva a eliminar el sistema casuista… Al sistema prolijo, objetivo y exhaustivo de las legislaciones italiana, española y la mayor parte de los códigos penales americanos, es preferible el sistema genérico, subjetivo y ejemplificador del código suizo. La complejidad de los delitos en general y de los delitos contra el patrimonio en particular de consuno con las características desiguales de los autores de estos hechos, llevarán en un porvenir, más o menos cercano a la expulsión de las circunstancias calificativas legales. Las fórmulas genéricas no son sino contemporizaciones entre los códigos del pasado propicios al casuismo y los códigos del porvenir a buen seguro impermeables a la minuciosidad legislativa. Ínterin el proyecto, como tránsito, procura salvar el escoyo adoptando el régimen genérico ágil dejando amplitud a la sanción" (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel (ob. cit. t. V. p. 224).

tales ...". Por primera vez se aprecia que se menciona también a los minerales separados del suelo o de su yacimiento.-

§ 2.11.- Proyecto de 1960.

Esta iniciativa que tuvo por autor a Soler a quien mediante decreto 7.292 del Poder Ejecutivo Nacional del 13 de octubre de 1958 se le encomienda la redacción de un proyecto del Código Penal. El 31 de marzo de 1960 Soler eleva su proyecto al ministro, quien lo somete a una comisión constituida por Enrique Ramos Mejía, representando al Poder Judicial; José Peco a la Universidad de Buenos Aires; Ernesto Gavier por la Universidad de Córdoba; Jorge Frías Caballero por la Universidad de La Plata: Jaime Prats Cardona, por la Universidad del Litoral; Ernesto J. Ure por el Colegio de Abogados y Osvaldo Loudet por la Sociedad de Criminología. Esta comisión aconsejó su sanción, con algunas modificaciones y luego de aceptadas, el proyecto definitivo fue remitido al Congreso por el Poder Ejecutivo, pero el trámite legislativo se interrumpió con la clausura del Congreso con motivo del golpe de 1962 y el nuevo parlamento de 1963 no retomó los trabajos sobre este proyecto ([12]).-

En el Título VII "Delitos contra la propiedad" Capítulo I "Hurto" en el art. 208 se establecía: *"Se aplicara prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos…".* La Exposición de Motivos no brinda ningún comentario sobre este tipo delictivo y simplemente se expresa que se amplían los casos de agravación del hurto y se prevén formas atenuadas de dicho delito.-

§ 2.12.- Ley *de facto* 17.567.

Este decreto-ley llevado a cabo en el gobierno *de facto* del General Onganía por una comisión integrada por Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio proyectó una reforma sobre la base del Proyecto de 1960.-

En ese trance, se sustituyó el art. 163 del Código Penal vigente en la época por el siguiente texto: *"Se aplicará prisión de uno a ocho años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o*

12 Idem (ob. cit. t. I. p. 102/103).

instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos…” ([13]).-

§ 2.13.- Ley 20.509.

Esta ley deroga disposiciones que no hayan emanado del Congreso Nacional, cualquiera sea el nombre que se le haya dado al acto legisferante por el que se las dictó, (art. 1º) salvo lo dispuesto por el art. 4º referido a los arts. 173 incs. 7 y 11 y 179 segundo párrafo, 190, 194 y 198 establecidos en el Código Penal por la llamada ley 17.567 y 175 bis sancionado por la llamada ley 18.934. El decreto-ley 19.359 y 20.184; el decreto-ley 17.250 arts. 7, 17, 18 y 28. Por consiguiente, se suprime la reforma introducida en el art. 163 inc. 1º referida al abigeato y al hurto campestre.-

§ 2.14.- Ley *de facto* 21.338.

El decreto- ley retoma la redacción instaurada por el decreto-ley 17.567, es decir que el art. 163 queda de la siguiente forma: *“Se aplicará prisión de uno a ocho años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos…”.-*

§ 2.15.- Proyecto del 1979.

Mediante una resolución del 14 de abril de 1979, el Ministerio de Justicia encarga un nuevo proyecto de código penal a una comisión integrada por Sebastián Soler como supervisor, Luis M. Rizzi como secretario y Eduardo Aguirre Obarrio y Luis C. Cabral como vocales, dicha comisión se expide el 6 de noviembre de 1979 elevando el proyecto al Ministerio, pero el fallecimiento de Soler y otras circunstancias hicieron que el trabajo no se discutiera, aunado a ello se advertía la falta de una voluntad política por parte del gobierno para sancionarlo. “No cabe descartar la posibilidad de que el régimen mismo lo haya considerado demasiado garantista” ([14]).-

---

13 Sobre el particular en la Exposición de Motivos se consignaba: “Elevamos el máximo de la pena a ocho años de prisión. Superamos, ciertamente, el tope de seis años, característico de nuestra legislación [en referencia al inciso 1º]… Nos referimos a “una o más cabezas de ganado” para eliminar las diferentes interpretaciones existentes en cuanto al número de animales objeto de apoderamiento. En cuanto al hurto de cercos o sus elementos, suprimimos la cláusula “causando su destrucción parcial o total” porque originaba frecuentes dificultades en cuanto a la distinción de este caso con el robo y el robo agravado. El fundamento de la agravación deriva también aquí de la situación en que se encuentran los cercos campestres” (Cfme. Idem (ob. cit. t. VII p. 75).

En este ensayo de catálogo legal en el Título VII "Delitos contra la propiedad", Capítulo I "Hurto" el art. 214 disponía que: *"Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor, de productos separados del suelo, de máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de elementos de los cercos o de otras instalaciones, propias de la explotación agropecuaria…"*.-

§ 2.16.- Ley 23.057.

La presente ley deroga el texto impuesto por el decreto-ley 21.338 y retorna al originario de la ley 11.179 "Código Penal de 1921", modificado por la ley de fe de erratas 11.221 que agregó una coma después de "trabajo" y punto y coma después de "campo".-

§ 2.17.- Ley 25.890.

Esta ley (21/04/2004 B.O. 21/05/2004 - ADLA 2004 - C- 2863) en el art. 3 consigna: *"Incorpórase como Capítulo 2 bis: Abigeato, del Título 6: Delitos contra la propiedad, Libro Segundo: De los Delitos, del Código Penal, el siguiente: "Capítulo 2 bis: Abigeato",* agregando los actuales arts. 167 ter, 167 quater y 167 quinque.

Cabe consignar que la ley de marras introdujo varias reformas en el Código Penal, ya que añadió un párrafo al art. 77, sustituyó por otros los textos de los arts. 163 inc. 1º y 206 e incorporó otras cuatro nuevas normas: las de los arts. 248 bis, 277 bis, 277 ter y 293 bis.-

§ 2.18.- Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del M.J.D.H.N.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante la Resolución 303/2004 creó una Comisión para elaborar un Proyecto de reforma integral del Código Penal, integrada por el ex Ministro de Justicia, Dr. Alberto Juan Bautista Iribarne y conformada por David Baigún, Raúl Ochoa, Carlos Chiara Díaz, Guillermo Yacobucci, Edmundo Hendler, Daniel Erbetta, Alejandro Tizón y Gustavo Raúl Ferreyra.-

Este Anteproyecto en el Título VII "Delitos contra la propiedad y el orden económico", Capítulo I "Hurto" en el art. 168 alude a las agravantes y dice: *"Se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CUATRO (4) años en los casos siguientes: ... b) cuando el hurto fuere de ganado que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto"*.-

14 Idem (ob. cit. t. I. p. 113).

Sobre el particular, la Exposición de Motivos señala que: "… Se han introducido modificaciones en la enumeración de agravantes del hurto de manera de incorporar como conducta de esa índole el abigeato, suprimiendo en cambio las figuras heterodoxas incorporadas por la Ley Nº 25.890, fuente de verdaderos desajustes e inconsistencias sistemáticas".-

Laje Anaya apunta algunas críticas respecto a la redacción del presente texto. En efecto, se pregunta sí el ganado que se hurta en qué lugar debe encontrarse. Según la fórmula proyectada habla de un establecimiento rural – tal como lo hace la ley 25.890 –. "¿Será que el ganado debe encontrarse en el *campo* de ese establecimiento, es decir, dejado o librado a la confianza pública?. El art. 163 del Código, en su versión originaria, requería simplemente, que el ganado debía estar situado en el campo. Pero como el Proyecto no dice nada sobre el punto, es suficiente que el ganado pueda hallarse en el campo del establecimiento, esto es, sin custodia alguna, o mientras el animal o los animales se encuentran en galpones, corrales, etc.. Es decir, bajo custodia real y efectiva. ¿Cuál será pues, a razón de la agravante en el Proyecto? ¿Será el valor del animal?. Creemos que también cabe una segunda observación y es la siguiente: cuando el Código fue sancionado en 1921 el inc. 1º del art. 163 disponía: *"Cuando el hurto fuese de ganado mayor o menor"*. La referencia al término *"ganado"*, dio muchos dolores de cabeza, pues la doctrina y la misma jurisprudencia, no llegaron a interpretar uniformemente aquella expresión. Así, se dijo que era suficiente la sustracción de un solo animal para que el delito se agravara, pero también se llegó a entender que como la palabra *"ganado"* hacía referencia a un sustantivo colectivo, era imprescindible que el hecho debía recaer en varios cuadrúpedos. De ahí es que, modificado el texto del inc. 1º del art. 163, la ley hiciera concreta referencia a *"una o más cabeza de ganado"*. ¿No será cierto que el art. 168 del Proyecto, viene a resucitar problemas de antaño?" ([15]).-

§ 2.19.- Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación

Mediante el decreto presidencial Nº 678/12 se crea una comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración de Código Penal de la Nación, presidida por Eugenio R. Zaffaroni e integrada por León Carlos Arslañán, María Elena Bargelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo. Ellos tuvieron a cargo hacer un relevamiento general del Código vigente

---

15 LAJE ANAYA Justo *"Observaciones y críticas al Proyecto de Código Penal de 2006"*, ed. Alveroni, Córdoba, 2007, p. 71.

y las leyes especiales y compendiar todo en un cuerpo armónico para su posterior discusión en todos los ámbitos y finalmente ser pasible de su tratamiento legislativo.-

El abigeato es tratado en el Título VII "Delitos contra el patrimonio", Capítulo I "Hurto" en el art. 140 punto 2º inc. b) bajo el siguiente formato: *"El máximo de la pena será de seis años de prisión cuando:…b) Se tratare de una o más cabezas de ganado mayor o menor, que se encontrare en establecimientos rurales, o en ocasión de su carga, transporte, escalas o entrega en destino…".* En la Exposición de Motivos simplemente se menciona que en el inc. 2º y sus apartados se prevén las diferentes formas de hurto calificado y el apartado b) se corresponde con el vigente art. 167 ter.-

§3.- Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la propiedad – o el patrimonio, si se quiere optar por este concepto –. Pero entiendo que se debe hacer alguna aclaración, al considerarse ahora al abigeato en un capítulo específico dentro del Título VI.-

Tradicionalmente, antes de la reforma, al abigeato se lo comprendía junto con el hurto campestre, dentro de las categorías de los hurtos calificados, y la razón estribaba en brindarle a los bienes mayor protección cuando se presentan dificultades para que su tenedor ejerza sobre ellos una custodia efectiva por el desamparo en que se encuentran, dada la situación en que dichos bienes tienen que ser dejados a la confianza pública. Esta circunstancia sigue rigiendo para el caso del hurto campestre. En tanto, que en el abigeato, ahora el bien jurídico protegido es eminentemente "pecuario", circunscrito al ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno que ya no se encuentra "a campo abierto", sino en establecimientos rurales o en ocasión de su transporte – de todas formas esta va a ser una cuestión que merecerá su análisis oportunamente –. Es así que, tal como señala Villada, el valor individual y social "ganado" nunca existió como tal, y peor aún, viene a tener una especie de plusvalía legislativa, únicamente cuando reviste carácter de explotación comercial o extensiva, desprotegiendo al pequeño productor o al que posee escasos animales y agrega, que el bien jurídicamente protegido es la propiedad del ganado – aunque de una manera parcializada en extremo – criterio, según el cual, ahora se debería regular la propiedad de la producción en cada sector, la de objeto de uso público, la de bienes de utilidad general, etc., además, una cuestión es la

protección del derecho de propiedad y otra distinta es la protección exclusiva de uno de los tantos objetos de la propiedad ([16]).-

Esta crítica – de las tantas que se van a observar – también es puesta de manifiesto por Laje Anaya quien refiere: "Nos parece muy equivocado haber hecho de una circunstancia, tan sólo de una circunstancia, un modo genérico de lesionar al bien protegido que, en este caso es la propiedad... ¬ apelando a las enseñanzas de Carrara embiste contra la sistemática adoptada ⊆ ... los *títulos* de la Parte Especial del Código Penal representan el *bien protegido;* los *capítulos* representan el *modo genérico de lesionar a ese bien protegido,* y los artículos, el modo o la forma *particular de destruirlo.* Así, y en relación a la propiedad, ese será el objeto de tutela, bien el que se puede lesionar mediante el hurto, el robo o, por ejemplo, mediante la defraudación... Creemos pues, que la flamante ley ha hecho con el nuevo capítulo, algo que resulta raro, pues el abigeato es una forma particular de lesionar la propiedad y no un modo genérico de atacar al bien protegido representado por el Título. El hurto y el robo son *modos:* el abigeato es tan sólo una *circunstancia*..." ([17]).-

Idéntica apreciación, sobre la cuestión metodológica en cuanto a la inserción del abigeato en el Capítulo 2 bis del Título VI, realiza Arocena al reprocharle al legislador cuestiones de índole dogmático - jurídica, pues tal inclusión se aparta de los criterios con referencia a los cuales se estructura la Parte Especial del Derecho Penal en la ley vigente. "Con arreglo a la sistemática del Código Penal, los diversos títulos de su Libro Segundo se ordenan en función de diferentes *bienes jurídicos,* de diferentes "valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y dignidad de la existencia de la comunidad", cuya protección da lugar a distintas *especies de delitos*. A su vez, los capítulos o subdivisiones de los títulos delictivos están distribuidos de acuerdo con los *modos genéricos* de lesionar o atacar el bien cuya ofensa constituye la objetividad jurídica de la especie de delitos comprendida en cada uno de esos tipos delictivos. Por último, cada artículo contiene los *tipos penales* a través de los cuales se lesiona *de modo específico* el bien jurídico protegido...". De acuerdo a estas pautas, la reforma incluyó en el Titulo VI el Capítulo 2 bis comprensivo de distintas figuras penales de abigeato que reprimen formas de agredir la tenencia de las cosas muebles total o parcialmente ajenas, posibles de distinguir del apoderamiento de cualquier

---

16 VILLADA Jorge *"Abigeato. Las nuevas figuras de la ley 25.890"*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, ps. 16/17).

17 LAJE ANAYA Justo *"Delitos con armas y abigeato"* Ed. Alveroni, Córdoba, 2004, ps. 21/22.

otra cosa mueble sólo por el objeto material de la acción o del ataque, en tanto que el abigeato es, por definición, el apoderamiento ilegítimo del ganado total o parcialmente ajeno. Por consiguiente, a tenor de lo argumentado por el autor de marras, en lugar de prever el nuevo capítulo un modo genérico de atacar contra el bien jurídico protegido en el Titulo VI, agrupa formas de ataque contra la tenencia de cosas muebles total o parcialmente ajenas cuya única particularidad se funda en la determinación del ganado como objeto material del delito, pero que no se concretan en un modo genérico de ataque contra la tenencia de cosas muebles total o parcialmente ajenas, diferente del específicamente previsto en la represión del hurto y del robo ([18]).-

Donna relativiza estas disquisiciones metodológicas, al punto de considerarlas "más académicas que conceptuales" ([19]), opinión que no comparto pues estimo que no es un detalle menor todo lo que hace a la hermenéutica que debe observarse en la legislación, de lo contrario se aprecian en forma sucesiva y constante desajustes de esa naturaleza que llevan al caos legislativo – en este caso en materia penal – sumido en la permanente inflación penal, sin mayor sentido práctico. Viene a colación de lo antes dicho algunas reflexiones de Zaffaroni, sobre lo que él denomina "el arte de legislar" (se transcribe el texto con los pies de páginas originales):

> "Carrara señalaba que el *giure penale* se componía de tres momentos: en el primero se extraían del pensamiento de los filósofos los principios, al que llamaba *filosofía penal*; el último se ocupaba de la interpretación jurídica de las leyes penales por los doctrinarios, pero entre el primero y el segundo momento era indispensable el del establecimiento de la legislación positiva, tarea a la que asignaba el predominante carácter de arte ([20]). El mundo ha

18 AROCENA Gustavo *"La represión del abigeato y de otras actividades conexas, según la ley 25.890"* en *"Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial"* ABOSO Gustavo (Coordinador), Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, ps. 255/257 citando a JESCHECK Hans - WEIGEND Thomas *"Tratado de Derecho Penal. Parte General"* 5° ed., renovada y ampliada, trad. OLMEDO CARDENETE Miguel, Granada, 2002, p. 277 y NÚÑEZ Ricardo *"Parte General y Parte Especial del Derecho Penal – Sus sistematizaciones –"* en *"Cuadernos de los Institutos"* n° 142, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1981, p, 64.

19 DONNA Edgardo *"Delitos contra la propiedad"* Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 71.

20 *No basta con que los publicistas se hayan puesto de acuerdo sobre las verdades cardinales de la razón prohibitiva, punitiva y judicial, ni basta con que los jurisconsultos hayan acordado las reglas conforme a las cuales se debe interpretar un derecho penal constituido y adaptarlo a los casos concretos. Desde la primera perspectiva el filósofo prevé un código que ha de hacerse; en la segunda, el jurista presupone un código ya*

cambiado desde que Carrara expresaba esos conceptos. La *filosofía penal* del profesor de Pisa es hoy la política criminal en sentido amplio, o sea, el conjunto de datos fácticos, jurídicos e ideológicos que se toman en cuenta para adoptar una decisión legislativa. Era natural que Carrara se refiriese sólo a los filósofos, porque el legislador de su tiempo no conocía límites constitucionales. Buena parte del derecho natural que Carrara extraía de la razón filosófica hoy se halla positivizado en las Constituciones y en el derecho internacional, lo cual, por cierto, no cancela el debate entre jusnaturalismo y positivismo, pero al menos de momento, resuelve la mayor parte de los problemas prácticos ([21]). En cuanto a los otros dos momentos la observación de Carrara sigue siendo plenamente válida: la traducción en leyes de las decisiones político criminales y la interpretación de las leyes requieren cierta técnica, que en el primer caso – siguiendo su gráfica terminología – es el *arte de la legislación.* La confección de un código requiere una especialísima capacidad en el manejo que ese arte requiere, pues un código ([22]) es una *única ley* que contiene todas las disposiciones de una rama jurídica en forma orgánica y sistemática, para facilitar su aplicación no contradictoria por los tribunales a los casos particulares. La doctrina no hace más que interpretarlo para proyectar jurisprudencia, siendo un saber que parte de la ley y se ofrece a los jueces. Es la *herramienta indispensable y altamente técnica que produce el legislador y que sirve para dictar sentencias judiciales.* Si la legislación penal es un arte – y más aún la elaboración de un código –, requiere que quien lo ejerce conozca y observe las reglas de ese arte para llevar a cabo su obra con éxito. Pero los legisladores no necesariamente son juristas ni tienen por qué conocer las reglas de ese arte o, al menos, no en tan alta medida como la requerida para hacer un código. Esto genera una falsa contradicción que se planteó en tiempos del romanticismo revolucionario francés, cuando se pretendía que un Parlamento omnipotente podía sancionar

hecho. Pero entre las dos fases, inevitable e importantísima es la segunda, en la que el código ya se ha previsto o supuesto, se estará haciendo por el legislador (Francesco Carrara, *Lineamenti di Pratica Legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Roma-Torino-Firenze, Fratelli Bocca, 1874, pág. 3).

21 Cfr. Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, pág. 318.

22 Entendido en sentido moderno, como producto de la “codificación”, que partió del iluminismo y que siguió los carriles del “enciclopedismo” en su afán de agotamiento del contenido de una materia, por oposición al concepto antiguo de mera recopilación de leyes.

leyes tan claras que no necesitaban interpretación y que serían aplicadas por jueces legos electos popularmente. Superado ese romanticismo volvieron los juristas, no sólo a juzgar, sino también a redactar las leyes. Con buen criterio Rudolf Von Ihering observó que hasta el más humilde de los menesteres requiere cierta técnica. Esa aparente contradicción, que surge porque quienes no manejan un arte deben ejercerlo por mandato constitucional y, a la vez, quienes lo manejan carecen de ese mandato, se presenta en toda democracia representativa y no tiene por qué traducirse en un conflicto, aunque éste no lo evita ninguna previsión constitucional ni legal, sino la sabiduría y la prudencia de los propios protagonistas. Alguien debe legislar, y no hay duda que es mejor que lo haga una asamblea que una persona, y tampoco puede discutirse que es mejor que esa asamblea la elija el Pueblo y no que resulte autoconvocada o apoderada por un dictador, aunque haya quienes opinen lo contrario, por supuesto. La racionalidad democrática parte, pues, de que no hay nadie omnisciente y por ello deposita ese poder en una asamblea plural electa por toda la ciudadanía. La sabiduría de los legisladores consiste en reconocer sus naturales limitaciones, es decir, en no considerarse omniscientes sino seres humanos apoderados por el Pueblo para consultar en cada caso a quienes les pueden proveer los elementos para llevar a cabo su función de la mejor manera posible. De este modo, tomarán en forma excluyente decisiones políticas y convocarán a quienes disponen del arte para que les asistan en la tarea de plasmarlas en leyes, lo cual no pasa de ser una experiencia de la vida cotidiana: si decido colocar una estufa llamo al gasista, quien me aconseja el tipo de estufa, puede convencerme de colocarla en otro lugar y con otras dimensiones o incluso de la imposibilidad misma de hacerlo. Lo que no podrá hacer es traerme una estufa y pretender instalarla en mi casa contra mi voluntad, pues sería un gasista loco, y lo que no puedo hacer es ponerme a construirla e instalarla, porque carezco del arte correspondiente y lo más seguro es que haga volar la casa, con lo cual sería un friolento insensato. Por ende, aplicando los mismos criterios que en la vida común y corriente, la contradicción se disuelve, salvo que los técnicos pretendan imitar al gasista loco que viola domicilios o las asambleas legislativas hagan lo propio con el friolento insensato que vuela su casa… A partir de la última década del siglo pasado comenzó una tarea de demolición asistemática de nuestro código penal por parte de los legisladores, que no parece cesar. Hoy directamente el *in dubio pro libertate* y el marco constitucional e internacional son las únicas

reglas que pueden salvarnos de la explosión catastrófica de legisladores que olvidaron llamar al gasista… Los políticos, en todos los países, se ven obligados a una constante confrontación mediática, porque la política ha perdido su contacto directo con la población, para convertirse en una actividad mediática, o sea, en buena medida en un espectáculo, que debe respetar todas las reglas que hacen al mismo, con considerable pérdida de naturalidad y alta cuota de representación y dramaturgia. Ante el creciente sentimiento de inseguridad pública y la reproducción del delito que provocan los mensajes publicitarios del delito y de una supuesta impunidad o gratuidad del crimen, los políticos han optado por enviar mensajes contrarios, con lo cual, en un mundo comunicado como nunca antes, la política criminal y la propia técnica legislativa quedaron reducidas a un intercambio de mensajes entre los medios – en especial la televisión – y los políticos. Los poderes legislativos se convierten en un servicio de contramensajería comunicacional y los códigos penales pasan a ser colecciones de mensajes coyunturales. Las olas de mensajes van pasando y luego se olvidan y a cada ola se responde con una ley penal especial o con una reforma al código penal como contramensaje. El código penal no es hoy para los legisladores una herramienta técnica indispensable para que los jueces dicten sentencias, sino un instrumento ideal para responder mensajes de los medios. No obstante, si bien el código penal es usado por los políticos como mensajería a los medios, los jueces no pueden menos que seguir usándolo para dictar sentencias, de modo que éstos deben dictar sentencias con un instrumento que se elabora para otra cosa y que va asumiendo la forma de una colección de telegramas remitidos con diferentes motivos y en distintas fechas, que los propios remitentes han olvidado, porque las olas de mensajes de los medios pasan, pero los mensajes de respuesta política quedan plasmadas en la ley…” ([23]).-

Hecha esta disquisición, donde las opiniones doctrinarias divergen es en lo concerniente a si a pesar de cobrar autonomía el abigeato mediante un capítulo específico, sigue siendo un hurto agravado por el objeto y por consiguiente todas las agravantes que no entren en colisión con las consignadas en el capítulo 2 bis son de aplicación, inclusive la disposición del art. 185 del C.P.-

---

23 ZAFFARONI Eugenio *“El arte de la legislación penal”* en *“La familia en el nuevo derecho"* en *“Libro homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman”* t. II. KEMELMAJER de CARLUCCI Aída (Directora) - HERRERA Marisa (Coordinadora), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

Un sector entiende que si bien el delito aparece como un tipo penal independiente debe tenerse en cuenta que debe reunir los elementos del tipo penal básico respectivo, esto es, el hurto, porque, desde el punto de vista dogmático, el abigeato es un hurto o un robo agravado tipificado de manera casi independiente, con un particular sistema de agravantes, ubicado en un capítulo propio dentro de los delitos contra la propiedad. "El legislador, por más que lo pretenda, no puede cambiar la esencia de la institución o si se quiere, la estructura lógica – objetiva del hurto, que no es otra cosa que el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, y las vacas lo son por más empeño que se ponga en decir que no –, de modo que se está ante un hurto con características especiales en la forma de apoderamiento y posterior venta y con cierta resonancia en la riqueza del país y en el sector social de poder… Se podrá decir que se trata de un capítulo distinto, como la extorsión, al cual no se le aplican, como es obvio, las agravantes del hurto y del robo, y esa afirmación es cierta para la extorsión o la quiebra, pero insistimos, es que esto es un hurto especificado por el objeto: hurto de un animal, pero hurto al fin, salvo que ahora se diga que a los animales no se los hurta, pero ésta es una cuestión posmodernista ajena a nuestra pobre inteligencia… En síntesis, se trata de un hurto y por ello todos los capítulos de este título referidos a él se le aplican" ([24]).-

Piña sostiene que más allá de la metodología adoptada en el capítulo 2 bis, se está ante un tipo penal de abigeato simple que en comparación con el abigeato previsto antes de la reforma (art. 163 inc. 1º del C.P.) presenta una situación relativa a que se ha aumentado el mínimo de la escala penal – de uno a dos años –, en ambos tipos penales del objeto del delito es una o más cabezas de ganado mayor o menor y en el nuevo art. 167 ter. 1º párr. se aclara en forma expresa cuáles son las circunstancias en las que el apoderamiento debe darse para que la conducta sea considerada abigeato ([25]).-

Estrella - Godoy Lemos, luego de criticar la ubicación del capítulo en cuestión, aseveran que la acción material de la figura básica del abigeato sigue siendo la misma que la del hurto, esto es, un ilegítimo apoderamiento sin fuerza en las cosas o violencia en las personas ([26]).-

24 DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 72/73).

25 PIÑA Roxana *"Comentario a la ley 25.890. Abigeato"* en *"Reformas penales"* DONNA Edgardo (coordinador), Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 160.

En la misma dirección se encamina Arocena quien especifica que a pesar de que la ley 25.890 consagra la previsión autónoma del abigeato, de hecho éste, constituye un hurto agravado por el objeto material del ataque, al que el legislador de la reforma ha otorgado erradamente, estatus de "tipo penal independiente", con sus propias derivaciones típicas ([27]).-

Ya se anticipó más arriba, la opinión de Laje Anaya en este mismo sentido y en otro trabajo se explaya sobre lo que puede suceder con esta figura frente a la excusa del art. 185, pues si se considera que la infracción en cuestión es un atentado distinto del hurto y que por lo tanto tiene su propia autonomía, su propia personalidad, el hijo que ha hurtado al padre una cabeza de ganado se hallará excluido del régimen de la excusa, en virtud de que la referida disposición hace alusión al hurto, pero no dice nada con respecto al abigeato – lo que demuestra que el legislador cuando no es muy cuidadoso, siempre queda algo en el tintero (textual) – en cambio, si se sigue pensando que el abigeato es un hurto calificado que ha sido separado del art. 163, ocurrirá lo contrario. "Se trata, en consecuencia, de un hurto calificado, porque la acción constitutiva del abigeato es idéntica a la que describe el art. 162" ([28]).-

También Sayago interpreta que la conducta descripta por la nueva disposición legal repite la estructura del tipo de hurto simple (art. 162) toda vez que se refiere a quien "se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena", conducta que se especializa por el objeto sobre el que recae – cabezas de ganado mayor o menor –, por el lugar en donde se encuentre dicho objeto – establecimiento rural – o por la ocasión en que se produce la sustracción – en ocasión

---

26 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto *"Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular"* 2º edición. T. II., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 479.

27 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 258). En igual sentido GAVIER Ernesto J. - RIVERA Nicolás E. *"Delitos contra la propiedad consistentes en apoderamientos ilegítimos de muebles o el uso de coacción"* en *"Derecho Penal. Parte Especial I. Dogmática e interpretación"* BALCARCE Fabián (director), Ed. Lerner, Córdoba, 2007, p. 395. Quienes aseveran que el abigeato es una forma especial de lesionar la propiedad y no un modo genérico de atacar el bien protegido por el Título; es nada más que una circunstancia, por lo que el criterio seguido por la nueva ley es a- científico y arbitrario. D´ALESSIO Andrés (director), DIVITO Mauro (coordinador), *"Código Penal comentado y anotado. Parte especial"* t. II, 2º edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 635.

28 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *"Notas al Código Penal Argentino. Reformas. Actualización"*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, ps. 235/236.

de su transporte –, la que se agrava a su vez por la cantidad de animales sustraídos y por el medio para hacerlo. Todo ello está indicando, que no se está en presencia de un "tipo básico" sino frente a una figura "subordinada" cuya ubicación no debería ser otra que la que tenía antes de la reforma, es decir, dentro de uno de los incisos del art. 163 junto con los restantes "tipos subordinados" que constituyen agravantes del hurto simple. Pero seguidamente refiere que: "Sin embargo, la sistemática impuesta por la ley 25.890 desprende esta conducta de las reguladas en los capítulos I y II del Título VI ("Hurto" y "Robo") y la independiza dentro del nuevo Capítulo II bis, en el cual otorga a la disposiciones legales que la conforman autonomía respecto al sistema de agravantes y atenuantes establecidos por aquéllos" ([29]).-

Otro sector doctrinario interpreta que la reforma ha creado un nuevo tipo penal ubicado en un capitulo propio e independiente del hurto de modo que, el abigeato ha dejado de ser una figura derivada del hurto – agravada por la naturaleza del objeto protegido – para convertirse en un delito autónomo, constituido por un tipo genérico o básico con sus propias circunstancias de atipicidad, especialmente distintas de las del hurto del art. 162. De esta manera, la nueva figura ha pasado a constituir un género propio de los delitos contra la propiedad, con circunstancias agravantes propias, que excluyen la aplicación de las agravantes específicas del hurto y del robo ([30]).-

En esta misma corriente se inscribe Franceschetti quien reflexiona que ante la nueva regulación legal, se puede afirmar que el fundamento de su tipificación independiente y la punición más grave se basa en la protección de la actividad pecuaria y su proceso de comercialización y no sólo en la "naturaleza de la cosa" o su situación de indefensión. "Así asistimos a una desnaturalización del abigeato a partir de una ampliación y redefinición de su fisonomía y motivaciones. Lo que se protege es la actividad humana que desarrolla un ciclo biológico destinado a la obtención de productos para el consumo, es decir que, se tutelan los bienes en tanto participan de este proceso productivo". Más adelante consigna, que con esta nueva legislación puede afirmarse que el abigeato no es un hurto ni un robo, sino una nueva modalidad de afectación al bien jurídico

---

29 SAYAGO Marcelo *"Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley nº 25.882"* Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p. 200.

30 BUOMPADRE Jorge *"Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia"* 2º edición actualizada y aumentada, Ed. Mave, Buenos Aires, 2008, p. 107; CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal. Parte Especial",* t. I, 7º Edición actualizada y ampliada Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 476.

propiedad y tal aserto se basa a partir de la tipificación independiente de las restantes modalidades comisivas, de su ubicación en un capítulo distinto al del hurto y a la del robo, a la regulación de una figura básica con agravantes propios, a la especial naturaleza de su objeto, a que se protege el bien en tanto forma parte de un proceso productivo, a la específica modalidad comisiva que atiende a las circunstancias de lugar y tiempo en que la sustracción se produce, al tratamiento unitario junto al proceso de comercialización del ganado obtenido ilícitamente y al establecimiento de una sanción diferenciada, pena privativa de libertad más grave y penas conjuntas de inhabilitación y multa no previstas para las otros supuestos. A todo ello le aduna la circunstancia de que no es aplicable lo dispuesto por el art. 185 del C.P. y también, en caso de concurrencia de tipos penales, se deberá resolver a favor de la víctima ya que habrá – ante la sustracción de animales – un concurso aparente entre abigeato y hurto – simple o agravado – desplazándose este último por la regla de especialidad ([31]).-

Particularmente, considero que no obstante la autonomía brindada a este tipo penal por la ley 25.890, el abigeato sigue participando de todos los elementos que tradicionalmente ha brindado el hurto calificado, pues se sigue tratando de una sustracción de ganado con las características que se destacan, a lo que se le han aunado las expresiones "total o parcialmente ajeno" – típica adjetivación del hurto –, se ha circunscripto el lugar donde el mismo se encuentra o la forma de comisión durante el transporte, se ha aumentado la pena, se agrega un componente, con mayor punición en el caso de que la sustracción fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte. De modo que, no ha cambiado la esencia misma de la institución, sólo que bajo una alternativa metodológica inadecuada se la ubica en un capítulo diferente – Capítulo 2 bis – y se le agregan agravantes con penas desmesuradas y otras alternativas conexas, de las cuales oportunamente me ocuparé. En otros trabajos anteriores he dejado deslizar tal idea, simplemente a través de su sistematización, al seguir considerando al abigeato como "hurto de ganado" ([32]).-

---

31 FRANCESCHETTI Gustavo *"La reforma penal impuesta por ley 25.890. Tipificación de afectaciones al proceso productivo y comercial ganadero"* en *"Derecho agrario"* Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005, ps. 239/240.

32 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 135); *"El hurto campestre, el abigeato sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)"* en elDial. com DC528; *"El delito de abigeato y sus conexidades"* Ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 82.

En cuanto a los antecedentes parlamentarios de la ley 25.890, se puede decir que es en el Mensaje de Elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados – Expte. 431/2003 P.E. 3/12/03 – donde se hace un amplio relato de los antecedentes que sobre el particular existían y en razón de ello la Comisión Asesora tenía por objetivo, relevar la totalidad de los Proyectos legislativos con tratamiento parlamentario en materia penal y armonizar el contenido de aquéllos buscando una cadencia con las propuestas que podrían surgir en el seno de la Comisión. Pero además, se podía advertir dos tendencias: una destinada a incrementar las escalas penales, mientras que la otra, buscaba abarcar los fenómenos delictivos que tenían lugar en las áreas rurales, proponiendo regular agravantes especificas en los distintos tipos penales del Código. Para ello se tomaban en consideración fuentes emanadas de las legislaciones de Uruguay ([33]), Paraguay ([34]),

33 Art. 258: "Comete el delito de abigeato, el que fuera de las ciudades o pueblos, hurta o roba ganado vacuno, caballar, lanar, cabrío o porcino, cueros, lanas, pieles, plumas o cerdos, y el que marca o señala, borra o modifica las marcas o señales de animales o cueros ajenos sin consentimiento del dueño y para aprovecharse de ellos." Art. 259: "La pena será de doce meses de prisión a ocho años de penitenciaría cuando concurran alguna de las siguientes agravantes especiales: 1º) Si el delito se ejecutara en banda, con la participación de tres o más personas. 2º) Si para cometer el delito se emplearan vehículos de carga, utilizados para el transporte de ganado o demás efectos. 3º) Si para cometer el delito se dañaran cercos, cortando alambre, destruyendo o arrancando postes, cadenas o cerrojos de porteras. 4º) Si para la comisión del delito se utilizaran guías de propiedad y tránsito o documentación equivalente falsos o expedidos para terceras personas o se falsificaran botas de marca o señal. Son circunstancias agravantes muy especiales que elevarán la pena de dos a diez años de penitenciaría: 1º) La de ser jefe o promotor del delito o el haber facilitado los medios de transporte o la documentación falsa aludida en el numeral 4º precedente. 2º) La de poseer calidad de hacendado o productor agropecuario. 3º) "El delito de abigeato será castigado de conformidad con las disposiciones del Título XIII, Libro II, del Código Penal." Art. 260: "Son también aplicables a este delito los principios generales establecidos en los diferentes títulos del Libro Primero del Código Penal". Art. 261: "Si el abigeato se hubiera cometido en animales de silla o tiro, en cualquier parte en que el dueño de tales animales los encuentre puede detenerlos y tomarlos, y en caso de no entenderse con quien los tiene o los usa, podrá denunciar el delito ante la autoridad judicial más próxima". Art. 262: "Son responsables del delito de abigeato, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como autores o como cómplices, de acuerdo con lo que dispone el Capítulo II, Título IV, Libro I, del Código Penal. El encubrimiento se regirá por el artículo 197 del Código Penal". Art. 263: "El dueño u ocupante del terreno será responsable civil y solidariamente en los casos de delito de abigeato cometido por personas que de él dependan, siempre que conociendo el hecho del delito no lo hubiera denunciado a la autoridad competente o si se hubiera cometido por persona de notorios malos antecedentes" (Remisión al art. 134: "Todo propietario que tenga agregados en su establecimiento, es responsable civilmente de las faltas o delitos que cometieren, siempre que teniendo conocimiento de los hechos los tolerase o que se tratase de agregados de notorios malos antecedentes" Remisión al art. 1324 del C.C.). Art. 264: "Las personas que hayan sido condenadas por abigeato no pueden negociar en ganado o frutos del país durante un tiempo igual al doble de la duración efectiva de la pena, a contarse desde la fecha de la sentencia y salvo la liquidación estricta de los ganados y frutos que posea el condenado".

34 Art. 163: "El que hurtara una o más cabezas de ganado, mayor o menor, de un establecimiento rural, granja, quinta, casa o en campo abierto, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años".

Ecuador ([35]) y México ([36]), entre otras y disposiciones de los Códigos Rurales Provinciales, como así también leyes relativas al comercio de carnes. "Así las cosas, hemos delineado dentro del título 6: "Delitos contra la propiedad" del libro segundo del Código Penal, un capítulo específico referido al delito de abigeato, el cual, como capítulo 2 bis, se sitúa luego de los referidos a los delitos de hurto (capítulo 1º) y robo (capítulo 2º). En los últimos años el problema del abigeato se ha venido transformando en un fenómeno delictivo bastante complejo que progresivamente fue evolucionando desde el simple hecho perpetrado con fines de consumo, pasando a modalidades de mucha mayor violencia en las que se incluye asaltos a vehículos y establecimientos rurales perpetrados por bandas

35 Art. 554: "El hurto o el robo de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar, cometido en sitios destinados para la conservación, cría o ceba de los mismos, constituye el delito de abigeato, sin consideración a la cuantía del ganado sustraído". Art. 555: "El abigeato será reprimido con la pena de uno a tres años de prisión, en caso de hurto; y de dos a cinco años, de prisión, en caso de robo. La reincidencia se castigará con el doble de dichas penas". Art. 556: "Si el abigeato cometido con violencias ha causado heridas o lesiones, o la muerte de alguna persona, se aplicarán al culpable las penas establecidas, para estos casos, en el Capítulo del robo".

36 Art. 296: "Comete el delito de abigeato quien se apodere de una o más cabezas de ganado ajeno, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellas". Art. 297: "Cuando se trate de ganado vacuno, equino, mular o asnal, se sancionara conforme a las siguientes reglas: I. de una a tres cabezas, con prisión de dos a cinco años y de cincuenta a ciento veinticinco días multa; II. de cuatro a diez cabezas, con prisión de tres a ocho años y de setenta y cinco a doscientos días multa; y III. más de diez cabezas, con prisión de cuatro a doce años y de cien a trescientos días multa". Art. 298: "Cuando se trate de ganado porcino, ovino o caprino, se sancionara conforme a las siguientes reglas: I. de una a diez cabezas, con prisión de uno a tres años y de treinta a setenta y cinco días multa; y II. más de diez cabezas, con prisión de dos a cinco años y de cincuenta a ciento veinticinco días multa. En el caso de este articulo y el que le antecede, si el delito es cometido por dos o más personas, las penas se incrementaran en una mitad". Art. 299: "Se equiparan al delito de abigeato las siguientes conductas: I. cambiar, vender, comprar, comerciar, transportar u ocultar de cualquier forma animales, carne en canal o pieles, a sabiendas de que son producto de abigeato; II. alterar, eliminar las marcas de animales vivos o pieles, contramarcar o contraseñar sin derecho para ello; III. marcar o señalar animales ajenos, aunque sea en campo propio; y IV. expedir certificados falsos para obtener guías simulando ventas o hacer conducir animales que no sean de su propiedad, sin estar debidamente autorizado para ello o hacer uso de certificados o guías falsificados, para cualquier negociación sobre ganado o pieles. Al que cometa cualquiera de las conductas señaladas en las fracciones anteriores se le impondrán de uno a ocho años de prisión y de treinta a doscientos días multa". Art. 300: "No será punible el delito de abigeato cuando sea cometido por un ascendiente en contra de su descendiente, o por este contra aquel, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o por esta contra aquel o por el adoptante contra el adoptado o por este contra aquel". Art. 301: "El delito de abigeato es perseguible por querella del ofendido, en los siguientes casos: I. cuando se cometa por el suegro o suegra contra el yerno o nuera o por estos contra aquellos, por el padrastro o madrastra contra su hijastro o hijastra o por estos contra aquellos o por parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; y II. respecto a la persona que intervenga en el abigeato cometido por un ascendiente en contra de su descendiente o por este contra aquel, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o por esta contra aquel o por el adoptante contra el adoptado o por este contra aquel y sea ajena a ellos".

que actúan con inteligencia previa y que finaliza en la organización de una verdadera industria clandestina que faena y comercializa el ganado de procedencia ilícita. Frente a este grave panorama las normas penales existentes se han mostrado incapaces para reprimir con energía este nuevo tipo de delincuencia. El importante incremento de los hechos denunciados, sumado a los reclamos permanentes de los productores rurales y de las organizaciones que los agrupan son una muestra elocuente de tal situación. Además, distintas provincias, ante la falta de una respuesta por parte del gobierno nacional, han pretendido reformar sus propias legislaciones procesales a efectos de acordar un tratamiento más severo a este delito en materia de libertad caucionada. Como se sabe tales iniciativas han merecido serios cuestionamientos en cuanto a su sustento constitucional. En suma, el cuadro descripto justifica que se proponga una importante reforma de las normas penales de fondo que permita restablecer una situación de equilibrio, protegiendo más intensamente los bienes jurídicos amenazados. Las ideas que sostienen la reforma propuesta son las siguientes: a) Redefinir y ampliar el concepto de abigeato; b) Agravar las escalas penales de los delitos ya existentes vinculados con este problema; c) Describir nuevas situaciones calificantes que se correspondan con las actuales modalidades delictivas; d) Sancionar en forma autónoma las conductas que, con posterioridad a la consumación del abigeato, constituyen los distintos eslabones del proceso de comercialización del ganado ilegítimamente obtenido, sus productos y subproductos; e) Ampliar el marco de la prohibición tipificando las conductas afines con este proceso que se realicen a título de culpa o imprudencia; y f) Intensificar el mandato de acción que pesa sobre los funcionarios públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de la norma de comercialización de ganado, sancionando penalmente las omisiones de dar cumplimiento a los deberes a su cargo” Con referencia a los incs. 2º y 3º el mensaje expresa que: “El segundo y tercer calificante (incs. 2º y 3º) contempla casos en los que a la acción prevista en el tipo básico se le adicionan conductas que atentan contra la fe pública: alteración, supresión o falsificación de marcas o señales utilizadas para la identificación del animal; falsificación y utilización de certificados de adquisición, guías de tránsito o documentación equivalente o falsificación de boletos de marca o señal” ([37]) aduciendo que la legislación uruguaya sigue pautas de agravación similares a los cuatro últimos supuestos. Están mal consignados los

---

artículos ya que comienzan con la reforma a partir del art. 167 bis, cuando en rigor éste hace referencia al agravamiento del robo en el caso de la intervención de miembros de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.-

El debate en la Cámara de Senadores (17/12/03) es desoladamente paupérrimo, pues se reduce a tratar sobre tablas el mensaje y proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo con las modificaciones implementadas y se vota sin más con la sola intervención de la senadora Paz quien manifiesta su beneplácito por la aprobación como así también por el aumento de las penas para que el delito no sea excarcelable, agregando como nota de realce intelectual que: "Se trata de un delito que es una verdadera plaga y creo que hoy los cuatreros van a llorar y nosotros a festejar" para culminar en una alabanza para el Ministro del Interior, el Secretario de Seguridad y el Presidente de la Nación.-

El debate en la Cámara de Diputados (21/04/04), si bien ha sido más extenso, no abunda en consideraciones técnicas respecto a resaltar las razones jurídicas por las cuales se introducen estas modificaciones, a no ser el hecho de jerarquizar la protección del bien "ganado" y procurar con el aumento de penas la no excarcelación de los presuntos autores de los ilícitos que se cometan con respecto a dicho bien. Tanto el diputado Romero como Alchouron si bien admiten que existen algunos errores y que el proyecto es perfectible, consideran que el tema no se puede demorar más y por ende debe votarse por la afirmativa. En cambio, el diputado Rivas vota en contra del proyecto de ley pues entiende que, en realidad son varios los bienes jurídicos que el Código Penal específica y que a partir de esta incorporación se deberían modificar para mantener cierta sistematización y coherencia. También se expide por la negativa el diputado Cappelleri, por considerar que las penas son excesivas. Hay una intervención del diputado Borsani quien propugna incrementar la pena para la sustracción de tractores, cosechadoras o cualquier otra clase de maquinaria dotada de capacidad motriz para desplazarse sin necesidad de ser remolcada y que hayan sido dejadas en el campo ([38]).-

§ 4.- Tipo objetivo.

37 Mensaje de Elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados – Expte. 431/2003 P.E. 3/12/03.

38 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. ps. 170/171) y *"El hurto campestre…"* en el Dial. com DC528.

El primer párrafo del art. 167 ter dispone: *"Será reprimido con prisión de dos a seis años el que se apoderare ilegítimamente de una o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto…"*.-

Resulta adecuado ir analizando este tipo penal, parte por parte, pues se advertirá que la reforma incorporó algunos elementos dejando subsistente otros que conformaban la agravante del art. 163 inc. 1º.-

En primer término se advierte el aumento del mínimo de la escala penal al doble, con lo que, por ejemplo, el hurto de una vaca o un cerdo punitivamente resulta más oneroso que el hurto de un tractor, de una cosechadora, una sembradora o sustraer el contenido de un silo (¡!).-

La acción típica sigue consistiendo en el apoderamiento ilegítimo de un animal – una o más cabezas de ganado mayor o menor – con el aditamento de que sean "total o parcialmente ajenas", esto último corresponde a la reforma.-

Anteriormente se requería que los bienes se encontraran "dejados en el campo", librados a la confianza pública, ahora se especifica que deben encontrarse en "establecimientos rurales" o que el hurto se produzca en "ocasión de su transporte" entendido éste desde el momento de su carga hasta su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen en el trayecto, todo ello también ha sido incluido en la norma por la reforma.-

§4.1.- Acción típica.

Como se describió *ut - supra* la acción típica, tal como en el texto anterior, consiste en el apoderamiento ilegítimo del ganado – en la forma especificada en la manda – total o parcialmente ajeno. Esto último se observa en la figura básica del hurto (art. 162 del C.P.). De modo que sobre el concepto de apoderamiento corresponde remitirse a todo lo concerniente y expuesto con referencia a este último delito en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos, por tratarse, como se ha dicho en el anterior capítulo, de un hurto agravado en razón del objeto.-

Sobre la consideración y elemento normativo referente a la ajenidad parcial o total de la cosa – en este caso del ganado – apunta Arocena que el apoderamiento de ganado propio cuando un tercero lo tiene legítimamente en su poder, se considera una defraudación en los términos del art. 173

inc. 5 del C.P. y es totalmente ajeno para el autor si, no siendo su propietario – art. 2506 del C.C. ([39]) – o poseedor – art. 2412 del C.C. ([40]) – no es condómino – art. 2673 del C.C. ([41]) –, ni participa en una comunidad hereditaria respecto de él – art. 3416 del C.C. ([42]) –. También lo es, para el socio, el ganado de la sociedad, en cambio el agente es condómino o comunero hereditario en relación con el ganado, de modo que resulta parcialmente ajeno y su apoderamiento lo convierte en autor de abigeato, según lo establece, respecto de las cosas de una sucesión indivisa, el art. 185 inc. 2º del C.P.. Asimismo, el ganado tiene el carácter de ganado cuando constituye *res nullius* o *res derelictae,* aunque en este supuesto no hay abigeato, porque no lo tiene nadie y su apoderamiento es legítimo, de

39 Art. 2506 C.C.: "El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona". Nota: "… La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor. Para la legislación aceptamos la definición de los jurisconsultos AUBRY Y RAU, §190". "Si bien se ha considerado que los términos "propiedad" y "dominio" son sinónimos (SALVAT), en general se acepta (SEGOVIA, LAFAILLE, ALTERINI) que el primero es el género y abarca a todos los derechos de contenido patrimonial, incluido también los que recaen sobre las cosas, mientras que el "dominio" se emplea para el derecho real sobre las cosas en el comercio (arts. 2311 y 2336). Desde antiguo la Corte Suprema ha dado al vocablo del art. 17 de la Constitución – propiedad inviolable –, una interpretación lata comprendiendo todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, o sea, lo perteneciente a la persona fuera de si misma o que no se confunde con ella" (Cfme. CIFUENTES Santos (Director); SAGARNA Fernando, (Coordinador), *"Código Civil. Comentado y anotado"*, t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 307).

40 Art. 2412 C.C.: "La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea, a favor del poseedor, la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida".

41 Art. 2673 C.C.: "El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble".

42 Art. 3416 C.C.: "Cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una tiene los derechos del autor de una manera indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la posesión".

acuerdo al art. 2525 del C.C. ([43]); pero los casos del ganado sin dueño no deben confundirse con aquéllos en que el dueño no es conocido ([44]).-

Resulta adecuado puntualizar que el apoderamiento del bien – ganado mayor o menor – que se encuentra dentro de los límites del establecimiento rural y que es sacado del mismo, puede ser perpetrado por cualquier medio, sea cargándolo sobre sí el sujeto activo, por arreo o utilizando un medio de locomoción.-

Sujeto activo y *sujeto pasivo* puede ser cualquier persona.-

§4.2.- Objeto de la acción.

Se trata del "ganado", término que se incorporó en la ley 4.189 de 1903 con el aditamento de "mayor o menor" pero que luego se dejó de lado hasta su inserción en el "Código de 1921" ya que anteriormente se utilizaba la fórmula "animales en rebaño", según se ha podido ver en los antecedentes legislativos nacionales.-

La locución "ganado" hace referencia a cuadrúpedos domésticos de cierta alzada que habitualmente conforma una grey o rebaño y deben ser de una especie doméstica de cierta talla (especies vacunas, caballar, asnal, mular ([45]), también especies ovinas, caprinas y porcinas ([46])), de modo que quedan excluidas las aves de corral o cuadrúpedos menores, tales como, conejos, nutrias, perros, los animales de caza salvajes que crecen y se desarrollan espontáneamente en el campo ([47]) y

---

43 Art. 2525 C.C.: "La obtención de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ella".

44 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 260/261).

45 Ganado mayor.

46 Ganado menor. VILLADA Jorge incluye entre éstos a las vicuñas y llamas (ob. cit. p. 20 nota 10).

47 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 136); "*El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528; *"El delito…"* (ob. cit. p. 94/95); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 260); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 108/109); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); D´ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 635); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob cit. p. 480) entre otros.

aquéllos que no son para carga o carne, vale decir, que el apoderamiento de estos animales, sea en el campo o dentro de un establecimiento rural, constituye hurto simple ([48]).-

También, de acuerdo al diccionario de la lengua castellana, se define la voz en cuestión como un "conjunto de bestias mansas de una especie que apacientan y andan reunidas".-

Asimismo, la especificación de "ganado mayor o menor" hace alusión a animales de acuerdo a su alzada, que es una medida tomada en el animal desde el piso hasta la cruz – parte más alta del lomo – .-

En su momento, dada la redacción que tenía la norma, en la cual no se especificaba el número de especies objeto de sustracción, hubo encontradas opiniones respecto a si era necesaria una pluralidad de cabezas de ganado o si bastaba una sola para que operase la ocurrencia del tipo. Así un sector de la doctrina, ateniéndose a la significación estricta del término "ganado" que se dio en el párrafo anterior, entendía que estaba referida a una colectividad y no a la unidad (Moreno (h), Jofré, Gómez, Ramos, Malagarriga, Molinario y otros). En tanto, otro sector entendía que bastaba la sustracción de un solo animal, dado que la agravante no se fincaba en su número o su valor, sino en el lugar donde permanecían, además argumentaban que si bien la palabra "ganado" puede tomarse como un nombre colectivo, en realidad tiene una acepción genérica que no excluye, ya que justamente contiene a cada uno de los individuos y que es tradicional el principio según el cual cuando la ley habla en plural comprende por lógica el singular, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Así lo entendieron Soler, Núñez, Laje Anaya, Tozzini y otros ([49]).-

Pero este conflicto de opiniones se torna ocioso al ser saneado por la ley 17.567 cuando modifica la redacción del inciso al incorporar la fórmula "cuando el hurto fuese de una o más cabezas de ganado mayor o menor..." que vige hasta la ley 23.077 que retoma su texto original y por ende renace aquella antigua polémica, pero finalmente la ley 23.588 restituye el texto de la ley 17.567 y también lo hace la 25.890 ([50]).-

§4.3.- Situación del objeto.

a) Establecimiento rural.

Ya se explicaba en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional presentado al Congreso en el que, entre otras consideraciones, se tendía a superar los problemas interpretativos que traía aparejado la expresión "dejados en el campo": "Conforme con la redacción vigente, el tipo penal previsto por

48 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 109).

el artículo 163, inciso 1, sólo alcanza a los apoderamientos de una (1) o más cabezas de ganado "dejados en el campo". La razón del agravamiento reposa pues en dos extremos fácticos: el objeto y el lugar (conf. Núñez, Derecho penal argentino, Omeba, Buenos Aires, 1976, Parte especial, V, pág. 191). Esta expresión ha generado una serie de problemas interpretativos y, en principio, se afirma que quedan fuera de este marco punitivo, la sustracción de animales que no se encuentren apartados de la vigilancia de su dueño (conf. Donna, Derecho penal. Parte especial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 54, y jurisprudencia citada en pág. 93). Las nuevas modalidades delictivas y los reclamos formulados por los hombres del campo muestran con claridad que la vigilancia directa o no sobre el ganado por parte de su propietario suele ser irrelevante a la hora de la consumación de aquéllas. En esa inteligencia se amplía el ámbito de la prohibición a todos los apoderamientos de ganado que se encuentre en establecimientos rurales, o durante su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto, distinguiéndoselos del hurto campestre (artículo 163, inciso 1)" ([51]).-

---

49 En su momento se habló de dos tesis: la gramatical y la lógica. La primera, se basa en una observación puramente exegética o literal: la voz ganado es un sustantivo de los llamados colectivos, que semánticamente significa "conjunto de bestias mansas que se apacientan y andan juntas". Por ende, y para esta opinión, el que hurta una sola cabeza no hurta "ganado", no incurriendo así en la figura calificada sino meramente en la simple (art. 162 C.P). Amén de tales argumentos, la susodicha interpretación gramatical goza de un favor muy especial: es, claro, la más favorable al imputado; por ende, debe prevalecer. La interpretación histórica, por su lado, coadyuvaba a esta conclusión; ya que las Leyes de Partidas imponían, por cierto, la pluralidad de cabezas (ley 19, título 14, partida 7); numerosa doctrina y jurisprudencia fueron adhiriendo a esta tesis restrictiva. La segunda, opina que basta el hurto de un solo animal para que se dé la calificación. Por lo general, esta orientación se fundamenta en el hecho de que la agravante "no obedece al criterio del número, sino al de la necesidad de una mayor protección en razón del lugar donde se encuentra la cosa". Un muy buen sector de la doctrina y de la jurisprudencia se ha enrolado en esta tesis más severa; que, se cree es la correcta. Por lo demás, esta interpretación más represiva se basa también en la discusión habida en la Cámara de Diputados de la Nación al tratarse el art. 22, letra b, inc. 4º de la ya citada ley de reformas 4189; con lo que operaría aquí incluso una suerte de interpretación "auténtica". En definitiva entonces, se entiende que la hermenéutica meramente gramatical debe aquí ceder, algo análogo ocurre, por ejemplo, con el sustantivo "armas", que aparece en el art. 166, inc. 2º del Código Penal: claro está que basta una sola arma para que el robo se califique. (Cfme. CHIAPPINI Julio *"El concepto de "ganado" (Artículo 163, inciso 1º, Código Penal)"* LL 1985-C- 882).

50 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 136); "*El hurto campestre..."* en el Dial.com DC528; *"El delito…·* (ob. cit. p. 98).

51 Mensaje de Elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados – Expte. 431/2003 P.E. 3/12/03.

De modo que, se introduce en el art. 77 del C.P. una definición de lo que se considera establecimiento rural: *"Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrá presente las siguientes reglas: ... El término "establecimiento rural" comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante".-*

Tal definición adoptada por la ley 25.890 deviene del Código Rural de la Provincia de Buenos Aires ([52]) que dice en su art. 2: "A los efectos de este código se entiende por establecimiento rural todo inmueble que, estando situado fuera de los ejidos de ciudades o pueblos de la provincia, se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante".-

La legislación pertinente de Santa Fe, en el art. 3 establece: "Propiedad rural es la consistente en bienes raíces, muebles o semovientes, existentes o radicados en estancias, chacras, quintas, granjas y – en general – fundos o predios rústicos, establecidos fuera de los arrabales o de la planta urbana de los pueblos" y el art. 4: "La propiedad rural se divide en pecuaria y agraria. Entiéndese por propiedad rural pecuaria, todo establecimiento, cuyo principal objeto sea la cría o invernada, pastoreo o mejora de razas de ganados de toda especie. Están también comprendidos en esta denominación, los ganados mismos y las poblaciones, cultivos para el consumo, árboles, bosques, instrumentos y aparejos, corrales y servicios accesorios a dichos establecimientos. Entiéndese por propiedad rural - agraria, todo establecimiento, cuyo principal objeto sea el cultivo de la tierra. Forman parte de los establecimientos agrícolas, el terreno, poblaciones, sementeras, los cereales, legumbres, hortalizas, árboles, plantas, forrajes, hilazas, animales, máquinas, instrumentos, útiles y demás accesorios de tales establecimientos".-

El Código rural de la provincia del Chaco en el art. 2 determina: "A los efectos de este Código se entiende por establecimiento rural todo inmueble, estando situado fuera de los ejidos de las ciudades o pueblos de la provincia, se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, o aprovechamientos semejantes".-

Por su parte el Código rural de la provincia de Formosa da una definición en su art. 2: "A los fines de este ordenamiento, se entiende como "establecimiento rural", o indistintamente "empresa

52 Ley 1.081/83 modificada por las leyes 10.462, 11.477, 12.063, 12.257 y 12.608 y el Decreto Reglamentario 3347/84.

agropecuaria", a todo predio ubicado fuera del radio urbano de las ciudades o pueblos que tenga por destino principal la producción agropecuaria o forestal en cualquiera de sus especializaciones, con destino al mercado".-

El Código rural de la provincia de Entre Ríos (ley 1.509) en su art. 2 dispone: "Para los efectos de este Código, se consideran establecimientos rurales todos los situados fuera de la planta urbana de las ciudades y villas que tengan constituido el gobierno Municipal".-

Finalmente, a título ejemplificativo, el Código rural de la provincia de San Luis (Ley Nº VI-0158-2004 (5553) destina tres artículos referidos al "establecimiento rural". Art. 2º: "Se entiende por establecimiento rural a toda propiedad inmueble, situado fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la Provincia". Art. 3º: "Se llama estancia a todo establecimiento rural cuyo principal objeto es la cría de ganado, sea mayor o menor. Forman parte de una estancia los ganados, poblaciones, cultivos, árboles, bosques, útiles, corrales y demás accesorios de los mismos". Art. 4º: "Son establecimientos rurales agrícolas aquellos cuyo objeto principal es el cultivo de la tierra en cualquier forma. Forman parte del establecimiento agrícola, en general toda producción agrícola, útiles de labranza, animales y poblaciones que tenga".-

El título XIII "Significación de conceptos empleados en el Código" contiene en los artículos 77 y 78 un catálogo de la terminología que se utiliza para tener en consideración a fin de la aplicación de diversas normas, pero, específicamente el art. 77 dice que para la inteligencia del texto de este Código se tendrán presente las siguientes reglas, circunstancia ésta que parecería ampliar la denominación del título, pues algunos establecen reglas para resolver en general una determinada situación, mientras que otros responden a la idea de asignarle un cierto significado a las palabras, evitando la ambigüedad o valgedad inherente al lenguaje ([53]).-

De allí que se señala que el valor legal de las significaciones contenidas en este artículo es relativo, ya que está condicionado por los particulares alcances que puedan resultar asignados a estas palabras en los tipos penales de la Parte Especial del Código ([54]).-

---

53 AVILA Juan *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial"*, t. II, BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 890.

54 DE LA RUA Jorge *"Código Penal argentino. Parte general"* 2ª Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1183.

Pero también se considera que el último título de la Parte General contiene hipótesis relativas a lo que se da en llamar interpretación auténtica o legislativa contextual ([55]), porque, con independencia de que la "significación sea exacta", es la exacta desde el punto de vista jurídico y como es hecha mediante la ley, tiene fuerza de tal, de modo que impide que el juez pueda dar a cada concepto, una significación distinta que hubiera podido acordarle, en caso de que este título no hubiera sido sancionado. Empece, no impide a su vez, interpretar el sentido y el alcance que puede tener la expresión en el caso concreto ([56]).-

Hechas estas aclaraciones, y ya en el análisis de la cuestión en concreto, se advierte que con la definición que incorpora la ley 25.890 del "establecimiento rural" ([57]) – concepto jurídico inexistente hasta este momento – se trata de consolidar una mayor precisión en el término y de esta forma se considera que aquél está referido a todo inmueble destinado a la cría ([58]), mejora ([59]) o engorde ([60]) de ganado ([61]) – con los alcances que se le han dado más arriba a este término –,

55 "Los alcances de la expresión "establecimiento rural", contenida en la figura básica el delito de abigeato del art. 167 bis del C.P., sobre que sustenta la calificante del art. 167 quáter inc. 1º C.P. aplicado al caso, vienen determinados por la definición del término desarrollada por la interpretación auténtica dada por el legislador en el art. 77, 9º párr. C.P." T.S.J, Sala Penal "Stefanoni Pablo p.s.a. partícipe secundario de abigeato agravado reiterado - Recurso de casación" 19/02/08, Foro de Córdoba, nº 130, año XIX, abril 2009.

56 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique *"Notas al Código Penal argentino. Parte general"* t. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1994, p. 427.

57 Lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión, que tiene que ver o que hace a lo que se relaciona con el campo y en las labores propias de éste. (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *"Notas…"* ob. cit. p. 141).

58 Reproducción y crianza, como el hecho de alimentar, cuidar o cebar animales (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

59 Procurar su perfección o acrecentamiento, de manera que los animales pasen de un estado a otro mejor. También se puede relacionar con el mejoramiento de la raza o la salud de los animales enfermos (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

60 Dirigido a hacer que el ganado engorde, es decir cebar, dar de comer para elevar su peso (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

actividades de tambo ([62]), granja o cultivo de la tierra ([63]), a la avicultura u otras crianzas ([64]), fomento o aprovechamiento semejante ([65]).-

Tal como se adelantó más arriba, la definición que se concreta en el art. 77 del Código Penal respecto al "establecimiento rural" devenía de la establecida por los Códigos rurales, especialmente el de la provincia de Buenos Aires, pero según puede advertirse en este último, se hace referencia a que dicho establecimiento esté ubicado fuera de los ejidos de las ciudades o pueblos de la provincia (art. 3); en el de la provincia de Santa Fe "fuera de los arrabales o de la planta urbana de los pueblos" (art. 2); en el de la provincia del Chaco "estando situado fuera de los ejidos de las ciudades o pueblos de la provincia" (art. 2); en el de la provincia de Formosa "fuera del radio urbano de las ciudades o pueblos" (art. 2); en el de la provincia de Entre Ríos "fuera de la planta urbana de las ciudades y villas que tengan constituido el gobierno Municipal" (art. 2) y el de la provincia de San Luis "situado fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la Provincia" (art. 2). Es decir, que el denominador común de estas disposiciones es que el establecimiento rural se debe encontrar fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la provincia. Pero esta circunstancia no se encuentra en la disposición del art. 77, es decir, que la ley no exige que el establecimiento rural esté ubicado en el campo, no obstante que la connotación "rural" esté asociada con el "campo". "Un establecimiento rural puede ser el que se encuentra en el campo, como el campo mismo donde se encuentran los animales; puede estar en una zona rural como no estarlo porque, a pesar de que lo rural se relaciona con el campo, nada impide que ese establecimiento rural se encuentre dentro del ejido municipal, y por ello se halle situado dentro de un lugar poblado; sigue siendo pues, un establecimiento rural… La ley dice establecimiento rural, pero no dice establecimiento de campo situado en el campo; tampoco dice

61 "El sentido literal posible de la referencia a la cría de animales, debe definirse en el contexto de la otras dos actividades mencionadas por la disposición legal [mejora y engorde]. Lo que determina que deba entenderse por tal, toda tarea relacionada con la actividad de reproducción natural o artificial de los animales. A su vez constituyen actividades de mejore o engorde del ganado, aquéllas que se relacionan con su alimentación y cuidado. Más específicamente, las mejoras se relacionan con la perfección o acrecentamiento del ganado conduciéndolo de un estado a otro mejor (salud, raza), mientras que el engorde consiste en el cuidado y cebamiento destinado a que los animales dejen de ser flacos y se vuelvan gordos. Lo que determina que quedan fuera de la fórmula legal las actividades de aquellos establecimientos ocupados en temas diferentes a la agrícolo - ganadera y avicultura. Como acontecería, por ejemplo, con la actividad minera o la piscicultura" T.S.J, Sala Penal "Stefanoni Pablo p.s.a. partícipe secundario de abigeato agravado reiterado - Recurso de casación" 19/02/08, Foro de Córdoba, nº 130, año XIX, abril 2009.

establecimiento rural situado en el campo, y tampoco dice "*establecimiento rural dedicado al ganado"* ([66]). Por lo que hay que concluir que lo decisivo es el destino que se le da al inmueble y no el lugar donde se encuentra ([67]).-

Queda al margen de la normativa cualquier tipo de establecimiento fabril o comercial, aunque se haya relacionado con las actividades del campo, sus productos o subproductos ([68]).-

Anteriormente a la reforma, el hurto de ganado mayor o menor se punía por encontrarse en el campo – "dejados en el campo" – (art. 163 inc. 1º del C.P.), vale decir, en un sitio carente de protección o custodia por parte del hombre. Entonces se daba la controversia pues, para algunos,

---

62 Actividad referida con la leche que puede ser de vaca o de cabra. Productor, por ordeño, sea que aquel producto se comercialice total o parcialmente, sea que, a su vez, el mismo establecimiento pueda transformar a aquel producto en otros, como quesos, mantecas u otros derivados. (Idem ob. cit. p. 144). Cabe apuntar que el Código alimentario argentino (art. 34) dispone: "Entiéndase por tambos, los establecimientos que poseen animales de ordeño cuya leche se destina a abasto o industria, no considerándose como tal la tenencia de animales cuya leche se destine al exclusivo consumo de su propietario en el sitio de su obtención. Esta circunstancia no exime a éste de las obligaciones que sobre sanidad animal e higiene general establece el presente, pudiendo intervenir la autoridad competente cuando lo considere necesario". IRIARTE considera que la amplia extensión que se le ha querido dar al concepto de tambo en la ley 25.890, no sólo incluye, por ejemplo, los tambos propiamente dicho, sino todos los lugares donde se práctica tal actividad, de este modo, no se sigue el concepto restringido de "tambos" que contiene el Código alimentario argentino (Cfme. IRIARTE Ignacio *"Reforma al abigeato. El derecho penal como ilusión de seguridad (Un poco de reflexión político - criminal y análisis dogmático)"* ADLA 2004 - E- 6554. No obstante, AROCENA entiende que: "… la alusión de la ley 25.890 *a todo inmueble que se destine a actividades de tambo,* y la propia connotación del término "tambo" – referido a los establecimientos ganaderos destinados al ordeño de vacas y a la venta, *generalmente al por mayor* de su leche –, impide que pueda incluirse en su denotación a todos los lugares donde *simplemente se practique tal actividad, pero ella no sea el destino específico – aunque no necesariamente exclusivo y excluyente de toda otra finalidad – del establecimiento".* (Cfme. AROCENA Gustavo ob. cit. p. 244).

63 Fundo de relativa extensión, a manera de gran huerta, que se caracteriza por una múltiple actividad relacionada con los animales domésticos, sean de cabeza mayor o menor, aunque no en gran cantidad; igualmente, con aves y sus productos naturales y con ciertos animales que son objeto de consumo, como pueden ser los conejos. No impide que, como conjunto de actividades, la granja pueda ser destinada en parte al cultivo de la tierra para la producción de hortalizas u otros alimentos (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *"Notas…"* ob. cit. p. 144).

64 Esto está referido a los criaderos de pollos – también se pueden incluir otro tipo de aves – y con respecto a otras crianzas se alude, por ejemplo a los criaderos de iguanas, ranas, nutrias o conejos. Queda al margen

tratándose de "resguardos especiales" que constituirían un modo de vigilancia directa no darían lugar a la calificante – Núñez ([69]) –, en tanto que para otros, mientras no se trate de establos o corrales que sean dependencias inmediatas de la casa habitación o destinadas a habitación, se daría igualmente la razón de ser de la calificante – Soler ([70]) – considerándose que esta última es la opinión que condice con la motivación del agravante: ella no depende tanto de las mayores o menores dificultades para el apoderamiento, cuando de las menores posibilidades que el propio tenedor tiene para impedirlo ([71]).-

A la luz de la reforma ¿ha cambiado en algo esta interpretación?.-

---

la piscicultura porque el sentido de la disposición se circunscribe al medio terrestre (Idem ob. cit. ps. 144/145).

65 Esta última mención resulta sumamente vaga, por lo que se hace menester darle algún contenido más preciso, lo cual, a título de ejemplo podría comprender a actividades dedicadas a la producción o reproducción de lombrices, caracoles o a la actividad relacionada con la miel, por medio de colmenas (Idem ob. cit. p. 145).

66 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. ps. 24/25); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 112); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 246); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 483); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78); FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 138) y "*El hurto campestre...*" en el Dial.com DC528; *"El delito…"* (ob. cit. p. 102).

67 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78). PASTORINO Leonardo citando a VIVANCO Antonino refiere que éste se esfuerza en distinguir los vocablos *rural* y *agrario,* y para ello recurre a la etimología, pero también al sentido con el que se los utiliza en las distintas lenguas romances. Por ello da al primero un concepto espacial y estático que identifica el espacio no urbano y al segundo un sentido productivo, económico y dinámico que luego se vinculará más aún a una determinada técnica de producción. (Cfme. ROMERO Roxana *"Incidencia de la reciente reforma penal en el Derecho Agrario: abigeato y otros hurtos campestres, ley nº 25.890*" en *"Derecho agrario"* (ob. cit. p. 221) citando a PASTORINO Leonardo *"Derecho agrario y ambiente en la evolución dogmática argentina"* en *"Revista del Colegio de Abogados de La Plata"* nº 59, p. 229).

68 Idem (ob. cit. p. 25).

69 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 192/193) "El objeto tiene que haber sido *dejado* en el campo. Esto significa que la cosa debe estar *en* el campo y no en un resguardo especial situado en el campo, *verbi gratia*, un granero o establo cerrado. Significa también que la cosa no debe estar bajo una custodia inmediata, por ejemplo, la del pastor, arriero o jinete".

Para Buompadre las cosas no han cambiado con la reforma. “La razón de ser del tipo penal sigue residiendo, no en el objeto de protección (el ganado), como cosa mueble, sino en la *mayor indefensión* que presenta el animal, el cual, aún cuando se encuentre dentro de un establecimiento rural, está fuera del alcance de la vigilancia de su dueño o tenedor. Por lo tanto, será abigeato tanto el apoderamiento de un animal dentro de un corral o un galpón, próximos a la vivienda del tenedor o dueño, como fuera de ellos (por ej. el animal pastando en campo abierto), siempre que el lugar en donde se encuentre constituya, normativamente, un establecimiento rural. En la actualidad no interesa el mayor o menor mecanismo de defensa que el tenedor pueda implementar para proteger al animal; es suficiente, para que concurra la aplicación de la figura, con que el animal se encuentre en un establecimiento rural, con independencia de su situación de indefensión por no estar bajo la vigilancia del dueño. Vale decir que, a diferencia de lo que establecía el texto derogado, el nuevo delito de abigeato exige que el apoderamiento del animal se realice dentro de un establecimiento rural o en ocasión de su transporte” ([72]).-

Según Laje Anaya el animal constitutivo de ganado – vacas, bueyes, cabras, ovejas, mulas, caballos, cerdos – deben hallarse en un “establecimiento rural”, esto es, dentro de aquél y es lo que cuenta para el art. 167 ter y como ya no se exige que el animal se encuentre dejado en el campo – campo abierto – es suficiente con que el hurto recaiga en una o más cabeza de ganado, y que se ejecute en cualquier lugar perteneciente a ese establecimiento rural y si el animal se encuentra bajo custodia efectiva por hallarse, por ejemplo, dentro de un galpón para que allí pueda parir al amparo de mayor protección, y ese galpón como dependencia se halla situado a muy escasos metros del ámbito de lo doméstico, o del lugar donde se curan otros animales enfermos, e incluso, si hay gente que trabaja en esos menesteres y en otros más, el hurto será calificado, aunque esas pudieran haber sido las circunstancias del lugar. “Quien hurta una cabra o la chiva madrina dentro de un corral, también muy cercano a la casa donde vive el puestero, hurta calificadamente porque hurtó *una cabra*

---

70 SOLER Sebastián *“Derecho Penal Argentino”,* t. IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970.p.213. “Sacar animales de las dependencias, inmediatas de una casa o de un establo situado en zonas edificadas y vigiladas normalmente por sus dueños no constituye abigeato”.

71 FIGARI Rubén *“Hurtos”* 1º Edición, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, ps. 77/78.

72 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 111); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 480).

o *la chiva madrina*. Tan sólo falta eso; que se hurte la cabra, o que se hurte la chiva. Claro es que el ladrón puede cometer abigeato cuando sustraiga al animal de ganado mayor o menor que ha sido dejado en el campo; que está situado en el campo, y que del campo no vuelve a los corrales… ¿Qué pasará cuando, por sí solo, el animal hubiese dejado el establecimiento rural y hubiese pasado a otro campo pero que no es un establecimiento rural? Aunque se puede decir que se encuentra en el campo, sin protección de ninguna naturaleza, el hurto no será calificado; solamente será un hurto simple, por la sencilla razón de que no se encontraba dentro de un establecimiento rural, sino fuera de él. Lo que ocurre es que en el sistema actual de abigeato, las cosas se han dado vuelta: *a mayor protección privada, mayor protección de la ley; a menor defensa privada, igual protección de la ley…"* ([73]).-

Por su parte, Arocena reflexiona que el legislador al haber abandonado la alusión al ganado "dejado en el campo", entiende que sería discutible seguir afirmando que el fundamento político del castigo más severo del abigeato se funde en un especial estado de indefensión material de la tenencia de la riqueza ganadera. No obstante, y aunque una primera aproximación a la figura penal en cuestión, llevaría a pensar que el agravante se cimenta en la exclusiva consideración de la cosa que es objeto de tutela, la justificación del mayor castigo no se sustenta en la absoluta o indistinta protección del cuadrúpedo – en tanto y en cuanto, a la exigencia de que el apoderamiento se trate de cabezas de ganado mayor o menor, se suma el requisito de que las cabezas de ganado mayor o menor

---

73 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. ps. 26/28). "…Desde la vigencia de la ley de reformas, el hurto se agrava por el objeto. Si bien el lugar tiene su importancia, ese lugar debe ser un establecimiento rural… Lo mismo da que se halle con custodia, o sin ella. Si el lugar no responde a esta categoría, el abigeato es hurto simple, así la res pudiera encontrarse, al momento del apoderamiento, dejada en el campo. Por el contrario si el animal se encuentra custodiado en ese establecimiento, por ejemplo, en el interior de un establo cercano, en el interior de un galpón, se halla dentro de un corral o en la clínica veterinaria del establecimiento, la calificante será objeto de aplicación; no ya por una menor defensa privada, sino tan sólo porque fue hurtado de un establecimiento rural…Todo parece indicar que la fuente extranjera del art. 167 ter, es el art. 163 del Código paraguayo de 1997, que en ese lugar reprime al abigeato. La disposición establece: "El que hurtara una o más cabezas de ganado mayor o menor, de un establecimiento rural, granja, quinta, casa o en *campo abierto*, será castigado con pena privativa de libertad hasta 10 años". La diferencia es clara, porque el hurto se agrava cuando el apoderamiento ha recaído en un animal que al momento del hecho, se encontraba en cielo abierto, lo cual hace que no necesariamente, la res debe encontrarse en un establecimiento rural, o que ese campo abierto debe pertenecer a un establecimiento de ese carácter" (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *"Notas…"* ob. cit. p. 240).

se encuentren en un lugar determinado: un establecimiento rural – sino en la necesidad del dueño que, en ocasiones, por la naturaleza misma del animal o por algunos usos suyos, está obligado a dejarlo vagar en la intemperie o tenerlos en lugares alejados y no custodiados por él; de lo cual deriva la necesidad de que la defensa pública se muestre más enérgica precisamente allí donde la defensa privada es menos potente ([74]).-

Las dos opiniones vertidas primeramente se ajustan a la verdad, pues es evidente que actualmente basta con que el ganado se encuentre dentro del "establecimiento rural", sin distinción de que se halle en un establo cercano a la vivienda del cuidador o del puestero, como que se encuentre a "campo abierto": lo determinante es que el ganado se localice dentro del ámbito de dicho establecimiento, para considerarse el tipo que desarrolla la figura del art. 167 ter. De modo, que si bien Buompadre se identifica con este argumento, pienso que desacierta al sostener que con la reforma "las cosas no han cambiado", pues yo digo que sí han cambiado, ya que este autor, antes de la reforma, decía que si el corral o el establo son inmediatos a la casa habitación, no se daría la calificante, en cambio, si el hurto se perpetra sobre animales que están encerrados en corrales alejados de la casa habitación, en campo abierto, en donde la protección es más difícil de proveer, debe aplicarse la agravante ([75]). Este argumento era compartido por la doctrina y la jurisprudencia. Entonces, se puede afirmar que luego de la reforma no se necesita hacer esta disquisición, pues el abigeato comprende la sustracción de una o más cabezas de ganado, mayor o menor, que se encuentren simplemente dentro del establecimiento rural.-

De hecho, que esta elaboración se ha realizado en base a los sectores rurales importantes que se encuentran en las principales provincias ganaderas, pues, el establecimiento requiere, por definición, una cierta infraestructura o acondicionamiento para la actividad que se desarrolla lo cual también implica la existencia de un cercamiento para deslindar un establecimiento del otro, pero con ello, paradójicamente el legislador restringe la posibilidad de comisión del delito en sí, ya que, si una cabeza de ganado mayor o menor se encuentra fuera de dichos lindes, por ejemplo a la vera del camino, el hecho caería en un hurto simple ([76]). También, cabe otra posibilidad, cual es, la del pastor de cabras, típico de la zona serrana, que trashuma de un lugar a otro buscando pastaje para sus

---

74 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 263/264) citando a CARRARA Francesco (ob. cit. §2076).

75 BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal. Parte especial"* t. II, Ed. Mave, Buenos Aires, 2000, p. 51.

animales y que, desde luego, se encuentran a campo abierto, ya que en ese caso no se puede hablar de establecimiento alguno, de modo que el hurto de alguna cabra, será simplemente el hurto del art. 162 ([77]).-

Laje Anaya desliza la posibilidad de que en caso de que el animal se encuentre introducido en un campo ajeno pero que no es un establecimiento rural, sea apropiado por el dueño de este campo. En ese caso este propietario no habrá cometido abigeato, ni siquiera hurto, se habrá apropiado de una cosa mueble ajena, en los términos del art. 175 inc.2º y en el caso de que el animal hubiera dejado por sí el establecimiento rural y no hubiere ingresado a ningún campo sino que estuviere en los caminos, se tratará de una cosa perdida porque no la tiene nadie y si un sujeto lo aprehendiera y se apropiara de él tampoco cometería abigeato sino que su conducta se canalizaría por el art. 175 inc. 1º ([78]). Aunque se debe convenir que esta situación que refleja el maestro cordobés, al menos se presentaría un tanto dudosa si el animal tuviera una marca o señal, lo cual denota que tiene dueño ([79]).-

Normalmente el hurto en pequeñas cantidades de animales va acompañado, incluso en el mismo lugar donde se comete el hecho, con el faenamiento. De allí que la pregunta que se suscitaba es qué relación podía haber con el caso de hurto de ganado y lo que disponía el art. 206 con la

---

76 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 139) y "*El hurto campestre...*" en el Dial.com DC528; *"El delito…"* (ob. cit. ps. 106/107). En contra GALLINO para quien no se requiere un determinado tipo de tecnología o infraestructura ni tampoco la presencia de cercamiento (Cfme. GALLINO Sebastián en BAIGUN David – ZAFFARONI Eugenio (directores) (ob. cit. t. 6 p. 431)

77 Se menciona el caso de sustracción de varios caballos o mulas, destinadas a acarreo o transporte de minerales, desde una planta de extracción de tales objetos, que aunque se hallen en el campo y en zonas absolutamente alejadas – como suelen estar las minas, donde resultan sumamente indispensables para esa clase de explotación – al no tratarse de establecimiento rural sino minero o industrial, la conducta queda inmersa en el de hurto simple de semovientes (Cfme. VILLADA Jorge ob. cit. p. 25). O el caso de la sustracción de una mula o asno utilizados en una fábrica de ladrillos o cortadero (Cfme. LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* ob. cit. p. 25).

78 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. p. 29 nota 29).

79 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 140) y "*El hurto campestre...*" en el Dial.com DC528; *"El delito…"* (ob. cit. p. 108).

reforma introducida por la ley 25.528 (27/11/2001 B.O. 09/01/2002 - ADLA 2002 - A- 30) ([80]). Se debe dejar sólidamente aclarado que para nada el faenamiento constituye el momento consumativo del hurto dado que previo a eso se ha consumado el apoderamiento del animal, más bien aparecería como una circunstancia posterior una vez que se agotó el delito. Con referencia a la citada relación con el art. 206 a que se ha hecho alusión antes – sobre el mismo se ampliará *ut - retro* –, es evidente que todo consistirá en saber quién puede ser el autor de la infracción: si lo puede ser el cuatrero que hurtó el animal, o si el delito se haya dirigido a un tercero ajeno. En principio, y tal como surgía del texto en cuestión el autor no puede ser el mismo que hurtó el animal, sino un tercero ya que la disposición no puede estar dirigida al cuatrero quien, obviamente, conoce el origen delictivo del animal a faenar, por la sencilla razón de que fue él quien cometió el ilícito. En cambio, podría serlo el cómplice secundario del hurto que se comprometió a faenar la cosa hurtada. En ese caso éste será cómplice secundario del hurto y autor del faenamiento delictivo, dándose el concurso ideal ([81]).-

Pero es del caso que la reforma también alcanzó al art. 206 ([82]) ya que la participación en el hecho principal por la persona que, entre otras cosas, se dedique a la “faena”, de acuerdo al Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso indicaba que “… las calificantes ahí descriptas se subsumen en las nuevas situaciones contempladas por el artículo 167 ter del Código Penal proyectado y en los diferentes supuestos de encubrimiento…”, aunque Álvarez sostiene que: “Esta supresión viene a despenalizar una conducta que surgía necesaria de los motivos del cuatrerismo, esto es, la

---

80 Art. 206: “Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal. Si la violación a las reglas precedentes se cometiere realizando el faenamiento de un animal que, de acuerdo a las circunstancias, debía sospecharse proveniente de un delito, la pena será de ocho meses a dos años de prisión. La pena será de uno a tres años cuando conociere el origen ilícito del animal. Si hiciere de ello una actividad habitual se le aplicará además pena de inhabilitación especial por doble de tiempo del de la condena”.

81 LAJE ANAYA Justo - LAJE Sebastián - LAJE ROS Cristóbal - LAJE ANAYA Celina *“El hurto en la doctrina judicial argentina”* Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, ps. 332/333.

82 Quedando solamente la primera parte de la redacción. “A efectos de compatibilizar las disposiciones contempladas en el capítulo II bis, resulta necesario derogar la reforma introducida en el art. 206 del C.P. por la ley 25.528. Ello pues, las calificantes ahí descriptas se subsumen en las nuevas situaciones contempladas por el art. 167 ter del C.P. (debería decir 167 quater) proyectado y en los diferentes supuestos de encubrimiento” (Mensaje de elevación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo).

comercialización del producto robado. Es necesariamente una incongruencia, por más que se intente limarse penalizando a los funcionarios encargados del control sanitario, como se realiza en los artículos siguientes. Ello, porque la referencia introducida por la ley 25.528, se dirigía especialmente a los frigoríficos no constituidos regularmente en base a las disposiciones sanitarias vigentes, o aquellos establecimientos que, sin llegar a considerarse como tales, pasan a ser escala obligada en el curso del ilícito para la comercialización de los productos ganaderos" ([83]) ([84]).-

b) En ocasión del transporte.

En este caso se advierte un paralelismo con lo dispuesto por el art. 163 inc. 5º respecto a las mercaderías transportadas, pues, el fundamento de ello se finca en la especial protección que requieren ciertas cosas, dadas las circunstancias en que se encuentran a disponibilidad del sujeto activo, quien actúa sin mayor interferencia. "Siempre se había entendido que debía protegerse con mayor intensidad a la carga transportada, atento a que muchos tramos de las rutas son despoblados y, por lo tanto, sin posibilidad de control policial; la única protección es el propio transportista, quien además, está obligado a dejar su vehículo sin vigilancia directa cuando hace sus escalas; sin embargo, no se entiende por qué esa "protección" debe ser mayor cuando se trate de ganado" ([85]).-

Pero la ley no efectúa distinción alguna en cuanto al medio de transporte, por lo que puede ser cualquiera – terrestre, aéreo, marítimo o fluvial, aunque no sea un medio específicamente destinado al transporte de ganado –, difiriendo del párrafo segundo en que es imprescindible que sea motorizado.-

La frase "en ocasión de su transporte" significa en ocasión de su traslado de un lugar a otro y el lapso está dado desde el momento en que se carga el ganado en un transporte hasta el lugar de su destino o entrega, es decir hasta la finalización del viaje o del paso del ganado de poder del transportista. En ese ínterin quedan incluidas – de acuerdo a la redacción misma de la manda – las escalas que se realizan durante el trayecto – paradas –, previstas o no ([86]).-

---

83 ALVAREZ Carlos *"Delitos rurales. La incorporación que realiza la ley 25.890"* Boletín ADLA 2004 - C, 4113.

84 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. ps. 140/141) y "*El hurto campestre...*" en el Dial.com DC528*; "El delito."* (ob. cit. p. 109).

85 IRIARTE Ignacio (ob. cit. ADLA 2004 - E - 6554).

Según el Diccionario de la Real Academia "transportar" (del lat. *Transportare*) significa llevar o trasladar una cosa de un lado a otro.-

Laje Anaya - Laje Ros estiman que el animal no es transportado cuando es llevado de un lugar a otro arreándolo ([87]) o cuando es tirado por otro animal ([88]). Asimismo, no interesa que todos los animales que se debían cargar se hubiesen efectivamente cargado, puede ser que el hurto recaiga en lo que se ha cargado, es decir, cuando la carga es parcial. También, señalan que los animales que no se hayan cargado aún, toda vez que se encuentren dispuestos en el lugar donde se cargará en el medio que los ha de transportar, empece el delito deberá ser considerado igualmente como abigeato, si ese lugar se encuentra dentro de un establecimiento rural. "Si, por ejemplo, se llegara a encontrar en una feria ganadera, ya el delito será hurto, porque la feria no es, conforme lo establece el art. 77, un establecimiento rural, aunque se halle situado en el campo. Lo que se ha de sustraer es el animal o los animales, lo cual no indica siempre, que los ladrones hubiesen de descargar necesariamente lo que ya se había cargado. Si se hurta la carga, y además se hurta el medio de transporte, hay que distinguirlo. Si el hecho se comete en el establecimiento mientras la carga tiene lugar, se habrá cometido abigeato, y el concurso no será real en razón de que el hurto no se multiplica por la cantidad de objetos hurtados, sino por las esferas de custodia violadas. Ahora, si el hecho tiene lugar cuando el trayecto ha comenzado, habrá que tener en cuenta si el vehículo ha sido dejado en la vía pública o en la escala, sin custodia alguna. Si esto ocurre, el episodio debe tenerse como un único hurto que cae en dos circunstancias de calificación: esto es, en el abigeato, y en el hurto de vehículos dejados en la vía pública… En lo que hace al lugar de la carga, puede ser que él sea, en efecto, un establecimiento rural, pero no es condición *sine qua non.* Es suficiente pensar que una vez efectuada la carga, los animales deben ser descargados por cualquier circunstancia, mientras el transporte sea iniciado y proceder a cargarlos nuevamente en otro medio de transporte. Por otra parte, la disposición

86 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 83 nota 186).

87 En igual sentido GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 84); AROCENA. Gustavo (ob. cit. p. 266); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 24); FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 239); FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 141) y "*El hurto campestre..."* en el Dial.com DC528; *"El delito…"* (ob. cit. p. 110)

88 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. p. 30).

no limita el lugar al establecimiento rural, porque no dice “desde el momento de la carga en el establecimiento”, sino que se refiere al transporte ya en curso, lo cual permite inferir que el lugar de la carga puede ser otro distinto al lugar donde se encuentra situado aquel establecimiento” ([89]).-

Pero existen opiniones que divergen parcialmente de lo antes dicho. En efecto, Buompadre considera – y en esto se sigue el anterior lineamiento – que de acuerdo al texto legal, la sustracción del ganado debe realizarse “en ocasión de su transporte”, lo que se concreta desde el momento de su carga y hasta el lugar de destino o entrega, es decir, desde el preciso momento en que los animales son cargados en algo que los recibe – que los carga – y los conduce de un lugar a otro, de modo que, si se llevan en tropilla, se arrean, pero no son “cargados” al medio de transporte, la sustracción sólo quedará en los límites de la figura básica, siempre que la acción haya sido desplegada dentro del establecimiento rural [aquí se produce la disidencia con la posición anterior]. “Si la sustracción se produce mientras los animales son conducidos caminando, en tropilla, hasta el lugar donde van a ser cargados al transporte, pero aún no se ha producido el proceso de carga, el hecho queda fijado como hurto o robo, según las circunstancias. La expresión de la ley “desde el momento de su carga” no admite otra interpretación, pues fija el *dies a quo* del momento consumativo. De aquí que el “arreo” (tradicional abigeato) del animal no necesariamente queda siempre fuera del alcance del tipo penal, como piensa alguna doctrina, sino que deberá apreciarse en el marco de un contexto normativo expreso. Si se conduce el animal en tropilla (arreo), desde dentro de un establecimiento rural hacia fuera de él para cargarlo al camión jaula que transportará el ganado a otro lugar, no pueden caber dudas de que el hecho encuadra en el tipo de abigeato. El arreo del animal no tiene mayor importancia típica, lo que tiene relevancia (mediante arreo o no) es que el animal, al momento del apoderamiento se encuentre dentro del establecimiento rural o en viaje… Ahora bien, si el arreo es de una tropilla de animales que han sido dejados en el campo, entonces la sustracción típica es un hurto simple del art. 162” ([90]). Yo creo que la intención del autor correntino ha sido, mediante esta casuística, precisar con mayor nitidez el ámbito de aplicación del tipo penal, no dejando de lado que el arreo en si mismo quede fuera de aquél, sino que el arreo que se realiza en el ámbito externo del establecimiento rural, constituye hurto simple.-

---

89 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *“Notas…”* (ob. cit. ps. 241/242).

90 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 113/114); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 482).

En cambio, Estrella - Godoy Lemos al considerar indiferente el medio de transporte utilizado, incluye el arreo, poniendo énfasis en que la ley no hace ninguna distinción sobre el particular y alegan que según el Diccionario de la Lengua española "transportar" significa llevar cosas o personas de un lugar a otro lo que no excluye el transporte por el propio y natural esfuerzo del ganado. "La ley no requiere un medio distinto al mismo animal para su transporte, a diferencia del inc. 5º del art. 163, que por la distinta naturaleza del objeto del delito – mercaderías o cosas muebles –, se refiere a su transporte "por cualquier medio"; o al agravante del segundo apartado del artículo que comentamos, que exige "un medio motorizado"" ([91]).-

Entiendo que lo que debe quedar en claro es que, de acuerdo a la nueva formulación, el abigeato se comete apoderándose en forma ilegítima de una o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajenas, en dos circunstancias: cuando se encuentre en un establecimiento rural – con los alcances que se le ha dado a este término y en la forma de perpetración que se ha expuesto *ut - supra* – o, en ocasión de su transporte. Y para sanear cualquier duda sobre este último punto, también se debe recurrir a la redacción de la norma, pues habla del aspecto temporal, pero también del medio, ya que al decir "desde el momento de su carga" se está indicando que el ganado debe llevarse en algún medio de locomoción, pues es en el único en que se puede "cargar", cosa que no ocurre con el arreo – de arrear que significa estimular a las bestias con la voz, con las espuelas etc., para que caminen o vayan más de prisa – ([92]).-

§5.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo, pues el agente debe actuar con el conocimiento de que se apodera del ganado total o parcialmente ajeno, sin derecho a ello y con la intención de someter a su propio poder material o a su propia esfera de custodia ([93]).-

---

91 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 484). En igual sentido PIÑA Alejandro *"Abigeato y delitos conexos. La reforma de la ley 25.890"* en *"Revista de derecho penal y procesal penal"* nº 4, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 705.

92 FIGARI Rubén *"El delito …"* (ob. cit. p. 113)

93 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 237) parecen admitir el dolo eventual.

§6.- Consumación y tentativa.

El hecho queda consumado cuando el animal o animales con vida, han pasado del poder de quien los tenía a poder del sujeto activo, es decir cuando se viola la esfera de custodia por apoderamiento. Mientras los animales no hubieran salido del establecimiento rural o no hubieran sido cargados al medio de transporte, se está en el terreno de la tentativa.-

§7.- Agravantes.

§7.1.- Por el número de cabezas de ganado mayor o menor y la utilización de un medio motorizado.

La primer circunstancia agravante del tipo básico que se vio en el capítulo anterior surge del párrafo segundo del art. 167 ter que dispone: *"La pena será de tres a ocho años de prisión si el abigeato fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte"*.-

Este texto ya se encontraba en el último párrafo del art. 163 inc. 1º según la ley 23.588 (27/07/1988 B.O. 24/08/1988 - ADLA 1988 - C- 2803) con la diferencia que ahora la pena mínima es de tres años de prisión, cuando antes era de dos años.-

Por lo tanto, sobre este particular valen las consideraciones que se han hecho con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.890.-

Se ha considerado como el fundamento de una mayor punibilidad en este caso, el hecho de que el ataque al bien jurídico protegido es más amplio o se traduce en un mayor daño material a la propiedad ajena – cabezas de ganado mayor o menor – y conjuntamente, el mayor reproche se ajusta al hecho de la especial facilidad de comisión al utilizar un medio motorizado que le da la ventaja al agente de que en un lapso más o menos corto, alejar y poner a resguardo el bien, fuera de la esfera de custodia del sujeto pasivo ([94]). Pero Laje Anaya - Laje Ros plantean sus inquietudes sobre tal fundamentación en tales términos: "Sin embargo, la circunstancia de que deba tratarse de un medio motorizado puede determinar que cuando se utiliza un medio tirado por caballos, el delito vuelva a su forma simple, no obstante el número de cabezas hurtadas y el mayor perjuicio causado. Si se quiso proteger la propiedad con más énfasis, en razón del mayor perjuicio para ella, ¿en virtud de qué se exigió que el medio fuera a motor? ¿No hubiera sido suficiente el empleo de cualquier medio

94 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 268/269).

como lo indica el inc. 5 del art. 163?. El medio debe ser un medio de transporte terrestre, porque, a diferencia del inc. 5 del art. 163, la infracción no se califica cuando el medio es cualquiera. Aquí, en el abigeato, el medio debe ser motorizado y transportar animales por tierra, aunque no sea uno destinado específicamente a ello” ([95]).-

Aquí, como se observará, se requieren dos condiciones para que funcione la agravante: que se trate de un apoderamiento de cinco o más cabezas de ganado y que en tal circunstancia se utilice un medio motorizado.-

Se ha puntualizado que también surge la duda respecto a que la norma no requiere en forma indispensable que la calificante se produzca en el momento en que se da el apoderamiento. Aunque como señalan Creus - Buompadre, dicha conducta quedará *a fortiori* comprendida en el tipo: p. ej. cargar los animales en el transporte en el mismo establecimiento donde se encuentran para sacarlos de allí; será suficiente que el medio se emplee para perfeccionar el apoderamiento, p. ej. también quedaría comprendido en el tipo agravado la acción de sacar los animales del campo donde se encuentran, por arreo, conduciéndolos a un brete donde son cargados en un camión-jaula, para trasladarlos al lugar previsto por el autor como destino de los mismos ([96]). Agregan que alguna doctrina entiende que el medio motorizado debe emplearse para lograr el apoderamiento del ganado, es decir, para consumar el delito. Pero entienden que esto no es lo que se ajusta al texto legal. “Si bien se observa, se podrá apreciar que el párrafo 2º del art. 167 ter exige la concurrencia del abigeato (apoderamiento de ganado) “y” la utilización de un medio motorizado para su transporte, para perfeccionar el tipo. La ley no dice “en” la consumación del abigeato se emplee un medio de tales características, sino que *“el abigeato”* esto es, el apoderamiento de los animales sea de un determinado número (cinco o más cabezas) “y” se utilice, *“para su transporte”,* un medio motorizado. Vale decir que, como puede apreciarse el tipo penal admite dos modalidades comisivas por el medio motorizado: una, que éste se emplee en los actos consumativos del apoderamiento y, la otra, que sea utilizado para el transporte de los animales que ya han sido extraídos del

95 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 247). Debe entenderse cualquier vehículo propulsado a motor, que por sus características y dimensiones permita el traslado en forma simultánea o sucesiva, de por lo menos cinco animales, sea cargándoles en él o arrastrándolos en un acoplado. (Cfme. LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique ob. cit. t. I. ps. 298/299)

96 CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 478); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 115).

establecimiento rural, sin solución de continuidad. Tanto en uno como en otro supuesto estaremos ante el tipo agravado de abigeato. Interpretar lo contrario significaría que, en todos los casos, los actos de apoderamiento del ganado y su carga en el medio motorizado para su transporte deberían concretarse dentro de un establecimiento rural. Al ladrón, entonces, para evitar la aplicación de la figura agravada, le convendría mantener el medio de transporte fuera del establecimiento rural y allí proceder a la carga de la hacienda para su traslado, conclusión que no parece consultar con corrección el texto de la ley. El medio motorizado no es el *medio* para consumar el apoderamiento sino, simplemente, el medio de transporte" ([97]). De todas formas se consideraba que la aplicación de esta calificante dependía en gran manera de los hechos objetivos y de la prudente interpretación judicial sobre el momento en que se consuma el apoderamiento y el transporte motorizado de los animales, para la cual juegan un rol importante el lugar, el tiempo de conducción del ganado y el existente entre la sustracción y la carga, la distancia, etc. ([98]).-

Otras opiniones se han vertido en contraposición a la anterior, por ejemplo:

Donna interpreta que la ley habla de que el hurto fuere de… y se utilizare un medio motorizado para su transporte, de modo que en alguna etapa de la ejecución del delito y antes de su consumación debe utilizarse un medio motorizado, de lo contrario ya se estaría dentro del delito de encubrimiento, que nada tiene que ver con la agravante ([99]).-

---

97 Idem (ob. cit. p. 479); Idem (ob. cit. ps. 115/116); "La figura no requiere que el transporte motorizado se utilice para el desapoderamiento. Basta que se utilice para perfeccionar el apoderamiento y consumar el hurto…" (Cfme. ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto ob. cit. p. 485). "Entiéndase que el medio motorizado debe utilizarse con la finalidad de perfeccionar el desapoderamiento". (Cfme. ALVAREZ, Carlos *"Delitos rurales. Las incorporaciones que realiza la ley 25.890"* ADLA 2004 - C - 4113); FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 142); "*El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528; *"El delito …"*(ob. cit. p.119). "… el citado párrafo requiere que las cabezas de ganado sean más de cinco, y la utilización de un medio motorizado para su transporte en el apoderamiento, lo que puede ser en cualquier etapa de este último, ya sea en la consumación o en circunstancias posteriores" (Cfme. BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar, *"Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado"*, 6º edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 192).

98 BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal…"* (ob. cit. t. II. p. 50)

99 DONNA Edgardo *"Derecho Penal. Parte Especial"*, t. II-B, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 55.

Laje Anaya entiende que lo que cuenta es el medio de transporte y que éste se haga en un medio motorizado, de allí que si se hurtan cinco o más animales fuera de lo que establece la agravante, el abigeato no se califica porque el delito no consiste en hurtar muchos animales sino de hacerlo mediante el empleo de un medio motorizado. "Entendemos que no es tan sólo el empleo del medio motorizado; en este sentido, no será suficiente con que el autor sustraiga los animales y después los cargue en el medio a motor. Es que el hurto, es decir, la *sustracción misma,* se debe hacer mediante el empleo del medio a motor. El hurto debe consumarse mediante ese medio, y en ese medio las cabezas deben ser sacadas, como carga, de la esfera de custodia en que se encontraban. Si el delito se *consumó antes* ([100]), y después los animales fueron cargados en el medio que los transportará, la calificante no ocurre ([101]). Cuando los animales son cargados después de la consumación, entran ya en el período de *agotamiento* del delito. En una palabra, el animal debe encontrarse en un establecimiento rural, y no fuera de él. Desde luego, que el apoderamiento no se perfecciona cuando el medio de transporte se hubiese cargado y se encontrase aún dentro del establecimiento rural. Si en esas circunstancias llegara por ejemplo, la autoridad o el medio de transporte no pudiera ser puesto en marcha, el hecho quedará en tentativa porque el abigeato consiste en apoderarse de la cosa cuando el animal se encuentra en el establecimiento rural y, por sustracción, sale de ese lugar. Se consuma pues no dentro del establecimiento, sino cuando es sacado de él" ([102]).-

Para Arocena no es suficiente que el sujeto activo utilice el medio motorizado para perfeccionar el apoderamiento, sino, por el contrario, dicho medio debe emplearse para lograr el apoderamiento, para consumarlo. En definitiva, el agente debe realizar la sustracción misma valiéndose del medio aludido ([103]).-

100 El hecho no consiste en transportar animales hurtados, sino en cometer el hurto mediante el empleo del medio de transporte (Cfme. LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* ob. cit. p. 32 nota 38).

101 Como si primero los animales fueran sacados del campo por arreo y luego en el camino, fueran cargados en el medio de transporte (Cfme. Idem ob. cit. p. 32 nota 39).

102 Idem (ob. cit. ps. 31/32).

103 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 269); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396).

En lo concerniente al medio utilizado para el traslado, se expresa que el transporte puede ser de cualquier naturaleza, aéreo, acuático o terrestre, sólo basta que se desplace por medio de un motor aunque no sea específicamente destinado para el transporte de animales. Tampoco es menester que el ganado sea conducido en un único medio de transporte, ya que pueden intervenir varios vehículos, siempre que el hecho sea realizado en un único contexto de acción. Ahora bien, si se transporta uno o más animales sin llegar a la cifra de cinco y luego se retorna al lugar para cargar más y de esa forma se completa el mínimo requerido por la agravante en cuestión, no se configuraría la misma, sino más bien que son hechos aislados en la manera básica que concurrirán en forma material ([104]).-

Tozzini con respecto a la agravante misma, señala que ella se configurará con sólo que el medio especial de transporte haya sido utilizado para cubrir algún tramo parcial de la ejecución del delito o para lograr su consumación ([105]).-

§7.2.- Figuras agravadas del tipo básico.

La ley de reformas introduce el art. 167 quáter determinando seis circunstancias agravantes y estipulando una escala penal que va de cuatro a diez años de reclusión o prisión. Estas penas resultan sumamente severas con relación a otros bienes jurídicos protegidos más importantes e incluso, con los determinados en otros tipos penales del mismo Título. Pero si se toman en consideración los argumentos esgrimidos en la discusión parlamentaria se aprecia – como en otros casos – que el denominador común era procurar con ese monto punitivo la "inexcarcelabilidad" del presunto sujeto activo. En efecto: "… En este caso no estamos incrementando la punibilidad por un delito cualquiera, sino para el caso del abigeato. Se trata de que los delincuentes que cometan este tipo de delitos **no sean excarcelados**. No estamos pidiendo otra cosa que justicia para un sector que ha sufrido mucho daño" ([106]). "En el sector agropecuario hay una gran expectativa acerca de lo que hoy vayamos a resolver, y no porque con este proyecto se arreglen todos los problemas sino porque es

104 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 485).

105 TOZZINI Carlos *"Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia"* 2º edición actualizada, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, ps. 72/73 y 194/195.

106 Diputada María del Carmen Alarcón. Lo resaltado con negrita me pertenece.

una señal de que estamos a favor de contener la situación y agravar las penas para que el delito de abigeato **no sea excarcelable**" ([107]).-

§7.3.- Circunstancias del art. 164.

El art. 167 quáter dispone: *"Se aplicará reclusión o prisión de cuatro a diez años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1º El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el art. 164..."*.-

Es decir que el apoderamiento del ganado mayor o menor que describe el art. 167 ter se califica cuando se den los requisitos de utilización de fuerza en las cosas o violencia física en las personas, teniendo lugar ésta antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad. O sea, que la sustracción tenga lugar con las modalidades del robo, comprendiendo la acaecida en establecimientos rurales o en ocasión de su transporte y la contemplada en el último párrafo del art. 167 ter. Obsérvese que la pena prevista para el robo es de un mes a seis años y en el caso de que el apoderamiento se realice con dicha modalidad se incrementa a la de cuatro a diez años de prisión ([108]).-

En cuanto a las características propias del robo, hay fuerza en las cosas cuando el agente despliega una energía física, humana o artificial, sobre el ganado, para lograr su apoderamiento, sea que aquélla resulte necesaria para vencer la resistencia de la cosa – en este caso ganado – que opone por si misma o a través de los resguardos o defensa predispuesta por su dueño, como sería el caso de romper el candado que asegura la abertura del lugar donde se encuentra el ganado, sea que la fuerza aparezca indispensable a tal fin. Realmente la fuerza relevante que interesa a los fines penales va más allá del esfuerzo necesario para transportar o simplemente remover del lugar la cosa, ya que el esfuerzo necesario que se realiza debido al peso de la misma o su volumen, es sabido que no constituye fuerza típica ([109]).-

Incursionando en los aspectos genéricos que se tienen en cuenta en el robo, en alusión al término *"fuerza en las cosas"*, el mismo se centra en la idea de que fundamentalmente haya una

107 Diputado Guillermo Eduardo Alchourón. Lo resaltado con negrita me pertenece.

108 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. ps. 145/146); "*El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528; *"El delito …"* (ob. cit. p. 123)

109 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 270).

oposición de resistencia de la cosa, más allá que la utilización de la fuerza sea normal o anormal, ya que la fuerza que determina que un hecho ilícito, tal como el hurto se trastoque en robo, es la que se necesita para vencer justamente esa resistencia. Ahora bien, esa fuerza propia del robo exige una cuantía apreciable ya que de lo contrario no podría vencerse esa resistencia y es la que se emplea para vulnerar ésta, que el propietario o tenedor utiliza para evitar que se apoderen en contra de su voluntad, sus cosas. La resistencia consiste en encerrarlas, resguardarlas o rodearlas de obstáculos materiales que las defiendan y que se erigen, a la vez, en una expresión manifiesta de la voluntad constante y contraria en cuanto tiene por fin sacarlas de su dominio y posesión o removerlas del lugar en que se encuentran. De allí que el empleo de la mentada fuerza debe ser concomitante con un factor psicológico emanado del propietario o tenedor, ello es, la creación de un medio de seguridad contra el cual va encaminada aquella fuerza. Determinar esto es una cuestión fáctica que debe analizarse en cada caso en particular, de allí la diversidad existente en la jurisprudencia, y es menester – agregaría de relevancia – la constatación ocular, como medida probatoria que normalmente se efectúa en las primeras etapas de la investigación, más propiamente en la prevención, para deducir cuán relevante ha sido la fuerza utilizada en el evento ([110]).-

Otro tema de análisis lo constituye la vinculación entre la fuerza y el acto de apoderamiento que debe tener un contenido objetivo y subjetivo. En cuanto al primero, se requiere que la fuerza sea el procedimiento o la forma empleada para perpetrar o consolidar el apoderamiento, aunque no es indispensable que haya sido un procedimiento necesario. Creus - Buompadre ponen el ejemplo de aquél que para apoderarse de la lana de la oveja, en vez de enlazarla, prefiere matarla y después esquilarla, allí se comete el robo ([111]).-

Desde el punto de vista subjetivo es evidente que la fuerza tiene que haber sido querida por el sujeto activo como una forma de actuar que tenga relación con el apoderamiento, ya sea por una especie de dolo directo o eventual, no así el culposo. Queda descartada la fuerza que tenga una motivación diferente al apoderamiento y que sólo sea producto de una animadversión o espíritu de ocasionar un daño. “En este último caso el daño cooperará en concurso con el hurto o, en su caso, con el robo, si tal constituye el apoderamiento de que se trate, no así cuando el daño sea resultado de

110 FIGARI Rubén *“Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial”*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 51.

111 CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 453).

la fuerza desplegada voluntariamente en orden al apoderamiento, en cuyo caso, cualquiera que sea en el momento en que se realice, quedará consumido por el robo, que desplazará a la figura del art. 183 del C.P." ([112]).-

Puntualiza Núñez que el apoderamiento debe realizarse con fuerza en las cosas, es decir, que aquélla debe practicarse en los actos ejecutivos del apoderamiento mismo, para vencer materialmente la resistencia que la cosa opone a su sustracción o a la del hurto. De este modo, no pueden tenerse en cuenta sólo los actos consumativos, tal como lo enuncia Soler, sino todos aquéllos que integran el proceso ejecutivo del apoderamiento aunque haya existido un intervalo entre aquéllos y la sustracción. "A diferencia de lo que sucede respecto de la violencia física en las personas, carecen de poder agravatorio todos los actos de fuerza en las cosas no comprendidos en el tramo de ejecución del hurto. Quedan excluidos, por consiguiente, los actos de fuerza en las cosas que sólo hayan tendido a preparar el proceso ejecutivo del apoderamiento ... Empero, la fuerza en las cosas hecha ya en el proceso ejecutivo de apoderamiento, califica la consumación de éste a pesar de que entre ambos actos medie un espacio de tiempo. Por lo tanto, comete robo el ladrón que rompe la cerradura y al día siguiente se apodera de la cosa" ([113]). Pero el hurto no se trastoca en robo si la fuerza en las cosas se produce en forma posterior a la consumación del apoderamiento, tal como la llevada a cabo por el ladrón sobre el continente, después de haberse apoderado de éste para sacar la cosa. En igual sentido Donna ([114]), Estrella - Godoy Lemos ([115]), Tozzini ([116]), Laje Anaya - Gavier ([117]). "Con arreglo al texto legal, la fuerza en las cosas sólo convierte el hurto en robo cuando se ejerce durante los actos de apoderamiento, quedando excluida aquélla que es desplegada después del apoderamiento para

112 Idem (ob. cit. ps. 452/453). En igual sentido LAJE ANAYA Justo *"El robo y la extorsión en la doctrina judicial argentina"*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2004, p. 35.

113 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 219).

114 DONNA Edgardo *"Derecho Penal…"* (ob. cit. p. 110).

115 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 391 y sgtes.).

116 TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 257).

117 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 308).

lograr la impunidad o para obtener la cosa... Sólo la violencia en las personas permite su aplicación posterior a los actos comprendidos durante la ejecución del hurto" ([118]).-

La *"violencia en las personas"* está referida a un despliegue de energía física, que tiene como objetivo el vencimiento de la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer en el desapoderamiento. Es la denominada *vis absoluta*. De allí que el mentado despliegue puede estar dirigido a vencer una resistencia actual o evitar que la persona sobre la cual se aplica pueda poner en ejecución cuando todavía no la ha hecho. Es lo que Creus - Buompadre denominan violencia ablativa. De manera que el robo se da aun cuando se ejerce violencia sobre quien está incapacitado para ejercer algún tipo de resistencia. De allí que ésta puede ser real, presunta o imaginaria y no requiere una determinada intensidad sino que debe estar en relación con el apoderamiento, de igual manera, no se hace menester en forma imprescindible un contacto físico del cuerpo del sujeto activo con el pasivo. Cabe adunar que la violencia es factible que recaiga sobre éste o sobre un tercero que se oponga o intente oponerse al apoderamiento. Señala Tozzini que la violencia consiste en el despliegue que hace el ladrón de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química – entre las cuales el art. 78 del C.P. ubica a los medios hipnóticos o narcóticos –, real o simulada, ante una víctima que la vivencia como real, y que se utiliza para vencer física o psíquicamente, la resistencia que ésta pudiera oponer al apoderamiento. "Esta definición concuerda con la llamada *vis compulsiva o relativa*, que afecta a la libertad de opción del sujeto pasivo y que lo hace actuar con voluntad coacta, entregando al ladrón o aceptando que éste se lleve la cosa que, *verbi gratia,* es de su propiedad. Pero también esta violencia puede actuar como *vis absoluta,* que, privando a la víctima del movimiento voluntario, la hace intervenir sin que medie de su parte acción humana alguna, como un instrumento inerme, tal y como ocurre sí, por ejemplo, alguien es empujado por otro contra el escaparate de una tienda, que éste, así, rompe, lo que aquél aprovecha para sustraer efectos que estaban allí expuestos, en cuyo caso concurrirá en el robo los medios comisivos típicos del robo: la fuerza en las cosas y la violencia física en las personas. De esto se deduce que la agravación se produce porque al ataque contra la propiedad se une, ora una violencia psíquica y un daño psicofísico que la intimidación ([119]) produce en la persona atacada (como cuando se emplea un arma de juguete descargada, que la víctima cree verdadera), ora una violencia física sobre ella, que la coacciona, al ponerla ante el riesgo objetivo de sufrir un daño vital y mediato (como por ejemplo, ocurre en el caso

118 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 81); FIGARI Rubén *"Robo…"* (ob. cit. ps. 51/53).

de la misma amenaza con un arma), o bien, finalmente, una violencia incontrastable, que transforma la víctima en un mero "instrumento" del robo cometido por otro" ([120]).-

Donde se producen algunas divergencias interpretativas es cuando se abordan las calificantes del robo y en especial el caso del robo con armas.-

Por ejemplo Donna, a partir de la premisa de que no obstante la autonomía que se le ha brindado al abigeato por la ley 25.890, lo sigue considerando como un hurto o un robo agravado por el objeto. Concluye, en que "no se alcanza a ver el porqué no se puede aplicar la agravante del art. 165 o 166, cuando el apoderamiento del ganado lleva a las lesiones o a la muerte de otra persona, y en cambio se aplican las reglas de esos tipos penales. En síntesis, se trata de un hurto y por ello todos los capítulos de este título referidos a él se le aplican" ([121]).-

Laje Anaya primeramente, se plantea la cuestión sobre qué es lo que ocurre cuando el ladrón perfora techos, puertas o ventanas y de ese lugar sustrae el animal (art. 167 inc. 3º) y esto resulta importante, según el autor, en cuanto a la pena, pues el robo calificado por efracción se reprime con pena de tres a diez años y el abigeato calificado o robo se reprime con entre cuatro a diez años. "Salta a la vista que el robo con efracción es menos grave que el robo simple [en el abigeato], de manera que sería mucho más conveniente robar aquel lechoncito con efracción, en vez de hacerlo tan sólo con fuerza en las cosas o violencia en las personas" ([122]).-

---

119 Sobre este punto SOLER estima que no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima, agregando que la amenaza con armas, acompañada de la exigencia de una cosa, constituye robo y no extorsión según lo corrobora el art. 166 inc. 2º del C.P., pues si no se admitiera esta conclusión, el resultado sería el de la casi total inaplicabilidad de la referida agravante, porque el puro hecho de amenazar con armas seguiría siendo extorsión o como decir que un revolver no es un arma hasta que con ella no se ha herido a alguien (Cfme. SOLER Sebastián *"Derecho Penal Argentino"* 4º Edición, t. IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 2000, ps. 273 y sgtes.). En el mismo sentido ZARINI Andrea - SIMAZ Alexis *"La intimidación en el delito de robo simple y el test de taxatividad"* LL 2009-A-1313. En sentido contrario y glosando los autores que se adscriben a la posición amplia y a la restrictiva SCHIAVO Nicolás *"La violencia física en el robo"* Ed. Fabián Di Placido, Buenos Aires, 2005, ps. 109/ 161.

120 TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 261); FIGARI Rubén *"Robo…"* (ob. cit. ps. 62/63).

121 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 73).

Luego se interroga qué ocurre cuando el abigeato es cometido con armas, y se responde, que como el art. 167 quáter se ha referido al art. 164, es decir, al robo simple, ya no se podrá aplicar la pena de cuatro a diez años, sino que se deberá aplicar la agravante del robo con armas; es decir, de cinco a quince años de prisión y si las armas fueran de utilería la pena deberá ser de tres a diez años de prisión, pero como el abigeato agravado por el robo se castiga con entre cuatro y diez años, de idéntica pena, habrá que aplicar ésta porque el fundamento de la calificante del actual abigeato es en razón del objeto y del hecho de hallarse eventualmente el animal en un establecimiento rural, de donde deviene que el robo con armas de utilería, que es más grave porque se ha eliminado toda posibilidad de reacción de la víctima, resulta, frente al abigeato agravado, menos severamente penado que éste ([123]).-

Villada realiza una enumeración de una serie de circunstancias que se omitieron incluir de las demás modalidades agravadas del robo, posibles de aplicar al abigeato: en despoblado y en banda, en despoblado solamente, en banda únicamente, por efracción de paredes o techos o cercos, como los de una cabaña o criadero, con uso de llave falsa o ganzúa para abrir el candado de una tranquera o el portón de ingreso al establecimiento, mediante escalamiento, aprovechando de un infortunio de la víctima, mediante el uso de armas comunes – no de fuego –, mediante el uso de armas de fuego, mediante el uso de armas de utilería, calificado por lesiones graves o gravísimas, seguido de muerte, agravado por homicidio, etc.. Entonces, resume las siguientes hipótesis con la consabida pena: 1º) Abigeato por robo simple de cinco o más cabezas de ganado, por medio motorizado y desde un establecimiento rural o transportado: la pena aplicable, será de 4 a 10 años de prisión; 2º) Abigeato o robo cometido con armas de fuego: pena de 5 años y 4 meses a 15 años – incremento de un tercio del mínimo y un porcentaje similar del máximo, conforme el art. 41 bis del C.P. –; 3º) Abigeato cometido con robo agravado por el empleo de menores: pena de 5 años y 4 meses a 15 años – art. 41

122 LAJE ANAYA *"Delitos…"* (ob. cit. p. 35).

123 Idem (ob. cit. ps. 36/37). Esta posición es refrendada en LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *"Notas…"* (ob. cit. p. 253). Aquí también desechan las calificantes del hurto contenidas en el art. 163 por aplicación del art. 167 quáter que sólo califica cuando concurren las circunstancias del art. 164. "En este sentido, toda vez que se corten los alambres del campo para ingresar al establecimiento rural, el abigeato será calificado, pero será simple cuando para ingresar a aquél se procediera a emplear una ganzúa o una llave falsa para abrir el candado que asegura la tranquera. No obstante, este *modus operandi* debe ser considerado como un agravante genérica de la pena cuando ella es individualizada". (Cfme. Idem ob. cit. p. 254).

quáter C.P. –; 4º) Abigeato por robo con homicidio: 10 a 25 años de prisión, porque el art. 165 protege bienes de mayor rango y conmina mayor pena, con lo que se produce un caso de desplazamiento de un tipo por otro; 5º) Abigeato mediante otras formas de robo agravado: pena de 4 a 8 años (?) del art. 167 quáter, por atipicidad de formas calificadas de abigeato en modo específico; 6º) Abigeato por hurto agravado: la pena es la de abigeato simple, primer párrafo del art. 167 ter, por ausencia de previsión legal ([124]).-

Sayago considera que si se sustrae una o más cabezas de ganado mayor o menor que se encuentren en un estableciendo rural o en ocasión de su transporte y el hecho se comete con violencia en las personas, consistente en el empleo de un arma, propia o impropia, de fuego o de utilería, éste encuadra en la figura de abigeato calificado del art. 167 quáter inc. 1º, sin que sean de aplicación al caso las disposiciones del art. 166 inc. 2º del C.P., pues éstas se encuentran en el Capítulo II del Título "Delitos contra la propiedad", es decir, en otro capítulo y constituyen circunstancias que califica otro "tipo básico": el robo simple (art. 164 C.P.). Ahora, si el arma empleada para cometer "abigeato" es de fuego – con aptitud o no para el disparo – y con ella se ha ejercido violencia o intimidación contra las personas, deberá tenerse en consideración lo dispuesto por el art. 41 bis del C.P., con lo cual la escala penal del art. 167 quáter se incrementará un tercio en el mínimo y en el máximo. Resumiendo, se plantean las siguientes hipótesis: a) Si se comete un abigeato con violencia física en las personas y ésta consiste en el empleo de un arma que no sea de fuego – propia o impropia – la conducta encuadra en el art. 167 quáter inc. 1º, sin que se produzca ninguna modificación en la escala penal correspondiente – 4 a 10 años de reclusión o prisión –; b) Si el arma empleada en dicho hecho es de fuego – apta o no para el disparo – esa escala, en virtud del art. 41 bis, se incrementa un tercio del mínimo y del máximo, con lo cual queda en cinco años y cuatro meses a trece años y cuatro meses de la misma pena. Contrariamente, si se empleó para consumar el abigeato un arma de utilería, ninguna influencia tendrá sobre la escala penal del art. 167 quáter el dispositivo del art. 41 bis, ya que el elemento intimidante utilizado es un artefacto que simula ser un arma de fuego, pero que por su naturaleza no lo es. En el caso de que dichas sustracciones con armas se lleven a cabo fuera de los ámbitos descriptos, como ya no se trata de un "abigeato calificado" rigen las disposiciones del art. 166 inc. 2º en sus diversos supuestos ([125]).-

124 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 28/30).

Buompadre reduce la cuestión al empleo de un arma de fuego y en tal sentido entiende que es de aplicación la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del C.P. y no la agravante específica del robo con armas del art. 166 inc. 2º ya que no son aplicables al abigeato las agravantes del hurto ni del robo ([126]).-

Estrella - Godoy Lemos estiman que al abigeato se agrava conforme expresa y exclusivamente, lo dispone el inc. 1º del art. 167 quáter por lo que no serán de aplicación las formas y penas agravadas del robo previstas en los arts. 165, 166, 167 o 167 bis ya que ello importaría una violación al principio de legalidad y si en el abigeato se utiliza un arma de fuego con aptitud para el disparo y cargada con sus correspondientes proyectiles, no será de aplicación el art. 166 inc. 2º ap. 2. "El hecho será típico al inciso que analizamos toda vez que la intimidación con un arma de fuego es la *vis compulsiva* comprensiva de la violencia requerida por el art. 164… Solamente en el ejemplo analizado, será de aplicación también la agravante genérica prevista por el art. 41 bis, habida cuenta que el uso de un arma de fuego no es elemento constitutivo de los tipos penales previstos por los arts. 164 o 167 ter. También será aplicable sólo el inciso que comentamos aún cuando concurrieran las otras circunstancias del art. 166 o las de los arts. 167 o 167 bis… Si con motivo u ocasión del abigeato resultare un homicidio, estaremos frente a dos hechos distintos o independientes, el abigeato y el homicidio, culposo, preterintencional o doloso según corresponda, que concurrirán materialmente" ([127]).-

Franceschetti ante la posibilidad de la colisión entre la agravante en cuestión y las del robo, se expide en el sentido que la especificidad de la figura del abigeato agravado – art. 167 quáter inc. 1º – desplaza el tipo penal del robo agravado que concurre sólo en apariencia, por lo que corresponde la pena de aquél, la cual resulta de menor cuantía en los supuestos del art. 166 y de mayor cuantía en los del art. 167, ambos del C.P. ([128]).-

---

125 SAYAGO Marcelo (ob. cit. p. 201).

126 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 117); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 483).

127 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 489).

128 FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 241).

Los demás autores que tratan el tema no se expiden sobre estas particularidades ([129]).-

Por mi parte, luego de analizar todas las opiniones que anteriormente se expusieron, estimo que en el caso de la utilización en el robo con un arma de fuego en el abigeato se debe aplicar la agravante contemplada en el art. 41 bis. Ello es así pues esta norma alcanza a las figuras básicas y calificadas que no exijan, para su comisión, el empleo de un arma de fuego, ya que éstas se construyen con la finalidad de agredir y afectar con más efectividad el bien jurídico vida o integridad física ([130]). Pero en el caso de la utilización de otro tipo de arma, o de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada o con un arma de utilería – circunstancias éstas contenidas en el nuevo art. 166 inc. 2º – se estaría ante un concurso aparente de leyes ([131]). En el caso del abigeato cometido con la participación en el hecho de menores de edad sería de aplicación el art. 41 quater del C.P.. El abigeato por robo con homicidio desplaza el tipo

129 IRIARTE Ignacio (ob. cit. ADLA 2004 - E- 6554); AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 270/271); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 195); D´ALESSIO Andrés (ob cit. p. 639); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); ALVAREZ, Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C - 4113); GUEREÑO, Indiana *"Análisis de la ley 25.890"* DJ 2004-3- 677; PIÑA Roxana (ob. cit. p. 162).

130REINALDI Víctor *"Delincuencia armada. Segunda edición ampliada y actualizada",* Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 230.

131 Esta circunstancia se da cuando, a pesar de que a primera vista son varios los tipos que concurren y bajo los cuales se subsume el hecho, en virtud de su respectivo contenido y de diversas relaciones existentes entre ellos sólo uno, que desplaza al otro u otros, resulta aplicable, por ser el que más particularizadamente contempla la totalidad de las modalidades del hecho, agotando su contenido de injusto y culpabilidad. Se trata de tipos que guardan entre sí una manifiesta compatibilidad, de tal modo que no pueden aplicarse conjuntamente al mismo hecho, pues ello violaría el *non bis in idem.* Es decir que, en definitiva, el hecho no cae efectivamente bajo más de una sanción penal – en cuyo caso debería regirse por el art. 55 y aplicarse al caso el tipo que fijare pena mayor – , sino sólo bajo una de ellas, la que resulta aplicable porque fijare pena menor que la del tipo desplazado. Es precisamente esta última posibilidad de aplicar el tipo de pena menor lo que torna necesaria la figura del concurso aparente de leyes, pues si se aplican a estos casos el art. 54, algunos tipos delictivos nunca resultarían aplicables, lo que contradiría su *ratio legis* por estar manifiestamente destinados a regular la especificas conductas por ellos descriptas como prohibidas bajo amenaza de pena. De modo que se puede definir el concurso aparente de leyes como el conjunto de relaciones entre ciertos tipos penales que determinan la aplicación al caso de uno de ellos y el desplazamiento del otro o de los otros (Cfme. CARAMUTI Carlos *"Concurso de delitos"* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 181/182).

trasladándolo al art. 165 del C.P.. Al abigeato mediante otras formas de robo agravado (despoblado y banda, despoblado, perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas, incs. 2º, 3º, 4º del art. 163) se le aplica la pena de las agravantes del art. 167 quáter por atipicidad de dichas formas calificadas ([132]). En todos estos casos, obviamente, se está hablando del abigeato agravado que se comete en el ámbito del "establecimiento rural" o "en ocasión de su transporte", caso contrario recobran vigencia las agravantes naturales del hurto o robo, según como se califique el hecho.-

§7.4.- Alteración, supresión o falsificación en marcas o señales.

En este punto el art. 167 quáter agrava la pena del abigeato cuando: *"…2º Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal…"*.-

El Mensaje del Poder Ejecutivo enviado al Congreso, en su parte pertinente, con atinencia a esta segunda agravante expresaba: "El segundo y tercer calificante (incs. 2º y 3º) contemplan casos en los que a la acción prevista en el tipo básico se le adicionan conductas que atentan contra la fe pública: alteración, supresión o falsificación de marcas o señales utilizadas para la identificación del animal; falsificación o utilización de certificados de adquisición, guías de tránsito o documentación equivalente falsa o falsificación de boletos de marca o señal".-

Piña justifica la existencia de esta normativa atendiendo a la circunstancia de que el legislador ha entendido que, al afectarse otro bien jurídico, el delito resulta ser más grave y, por lo tanto, el sujeto activo deberá soportar una pena superior. Resalta que estas agravantes – incs. 2º y 3º – resultan novedosas y tienen directa relación con la forma de identificar al ganado, con las formalidades requeridas para su transferencia y transporte y tales conductas se encuentran previstas como agravantes del tipo básico, con absoluta independencia de la posible comisión de algún o algunos de los delitos contra la fe pública previstos por el Código Penal. Finalmente acota, que el espíritu de la ley tiende a proteger a toda la cadena productiva de la actividad ganadera ([133]).-

Para hablar del tema de las marcas y señales hay que remitirse a la ley nacional que rige la cuestión, la cual en la oportunidad de sancionarse la ley 25.890, era la ley 22.939 (06/10/1983 B.O.

---

132 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. ps. 146/147) y *"El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528; *"El delito …."* (ob. cit. ps. 131/132)

133 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

11/10/1983 - ADLA 1983 - D- 3897), la cual ha sido modificada recientemente por la ley 26.478 (04/03/2009 B.O. 01/04/2009) la que amplía el espectro de las formas de las marcas y señales, pues se sustituye el Título I de la anterior ley por el siguiente: “De las marcas y señales del ganado en general y de los medios alternativos de identificación animal para la especie porcina”. Y así el art. 2º dispone: “Sustitúyase el art. 1º de la Ley 22.939 por el siguiente texto: Art. 1º: La marca es la impresión que se efectúa sobre el animal de un dibujo o diseño, por medio de hierro candente, de marcación en frío, o de cualquier otro procedimiento que asegure la permanencia en forma clara e indeleble que autorice la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos del Ministerio de Economía y Producción. La señal es un corte, o incisión, o perforación, o grabación hecha a fuego, en la oreja del animal. La caravana es un dispositivo que se coloca en la oreja del animal mediante la perforación de la membrana auricular. El tatuaje es la impresión en la piel del animal de números y/o letras mediante el uso de puntas aguzadas, con o sin tinta. El implante es un dispositivo electrónico de radiofrecuencia que se coloca en el interior del animal. La autoridad de aplicación podrá incorporar otros medios de identificación que por su tecnología y funcionalidad sean considerados apropiados para la identificación del ganado”. Otro artículo relevante lo constituye el Art. 9º que establece: “Sustitúyase el primer párrafo del art. 9º de la Ley 22.939 por el siguiente: Art. 9º: “Se presume, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de la presente ley, que el ganado mayor marcado y el ganado menor señalado, o en el caso exclusivamente del ganado porcino, señalado o identificado con alguno de los medios alternativos descritos en el artículo 1º de la presente ley pertenece a quien tiene registrado a su nombre el diseño de la marca o señal, o medio de identificación alternativo aplicado al animal”.-

De hecho, en las provincias en sus respectivas leyes sobre el tema, también definen lo que constituye una marca o señal ([134]), no obstante se toma como referencia la ley nacional a los efectos del análisis del presente inciso.-

Las acciones típicas consisten en: *"alterar",* tratándose esto de un cambio o modificación concretamente en las marcas o señales que se utilizan para la identificación del animal y que tiene la finalidad de cambiar la apariencia, esencia o forma para que no se vean como eran. "*Suprimir"* importa la desaparición del símbolo o signo identificador ([135]) y *"falsificar"* es imitar las marcas o señales que se aplican para aquellos menesteres, esto se compadece con lo prescripto por la ley 26.478 en su art. 6º: "Sustitúyase el artículo 5º de la Ley 22.939 por el siguiente texto: Artículo 5º: Es

134 Por ejemplo la ley 5542 de la provincia de Córdoba en el art. 13 define: "La marca consiste en un dibujo, letras, números o signos, los que deberán estamparse con hierros candentes o por cualquier otro procedimiento autorizado por la autoridad de aplicación y que produzca análogo efecto". El siguiente establece: "La marca deberá tener una dimensión máxima de diez centímetros y mínima de siete, en todos sus diámetros, salvo la que se aplique en la quijada, cuya dimensión máxima se reducirá a siete centímetros y la mínima a cinco" y el art. 15 define a las señales: "Las señales consisten en signos o cortes en las orejas, conforme a un catálogo de dibujos que dispondrá la Oficina de Marcas y Señales". Según el Código rural de la provincia de San Luis (Ley Nº VI-0158-2004 (5553)) en el Capítulo II "Propiedad de los ganados" el art. 30 establece que: "La posesión de buena fe de los ganados se prueba por las marcas o señales inscriptas legalmente en el registro respectivo". Por otra parte el art. 33 dispone: "La propiedad de las marcas y señales se obtiene por su inscripción en el registro de marcas y señales, con los requisitos establecidos por la ley respectiva". Código Rural de la Provincia de Buenos Aires, art. 148: "Es obligatorio marcar el ganado mayor antes de cumplir el año y señalar el ganado menor antes de cumplir los seis meses de edad. Está prohibido contramarcar. Podrá hacerse uso de una "marca de venta" sin perjuicio de la marca que acredita la propiedad del ganado. Autorízase a reducir la marca propia al ganado adquirido, previa intervención municipal"; art. 149: "El ganado vacuno deberá ser marcado en el cuarto posterior o en la quijada, siempre del lado izquierdo. Toda marca nueva será aplicada hacia la izquierda de la marca original, salvo que ésta hubiera sido aplicada en la quijada"; art. 150: "La marca se impondrá en la posición que figure en el boleto y coincidente con la línea vertical"; art. 151: "Los sitios únicos e invariables en que se señalará al ganado menor serán ambas orejas. Queda prohibido señalar trozando ambas orejas, como así también la horqueta, punta de lanza o bayoneta hecha a la raíz"; art. 154: "Toda marca o señal que se otorgue deberá ser registrada en la Municipalidad del partido en que se usare. A ese efecto cada Municipalidad llevará los registros encuadernados y foliados, uno para las marcas y otro para las señales. En ellos se irán asentando las marcas y señales a medida que se presenten para su inscripción, con su diseño, número inmutable y demás constancias del boleto respectivo".

135 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 271) pone como sinónimo de supresión a la "ocultación" lo que parece no ser lo mismo.

obligatorio para todo propietario de ganado mayor o menor tener registrado a su nombre el diseño que empleare para marcar o señalar, conforme a lo dispuesto en la presente ley. Queda prohibido marcar o señalar sin tener registrado el diseño que se emplee, con excepción de la señal que fuera usada como complemento de la marca en el ganado mayor…”.-

Las marcas son dibujos, caracteres gráficos o iniciales que comúnmente se aplican a los animales, preferentemente vacunos y caballares, utilizándose en el caso un hierro candente con el diseño del dueño del animal. Conjuntamente con ello se realiza una señal, que normalmente va ubicada en una de las orejas del semoviente que también identifica la pertenencia, agregándose, ante el avance tecnológico, el implante de un dispositivo electrónico de radiofrecuencia que se coloca en el interior del animal – ley 26.478 art. 1º –. Los conceptos sobre marcas y señales y demás formas de señalización instrumentados por la ley 26.478 constituyen elementos normativos del tipo a los cuales hay que remitirse a los fines de la aplicación de la norma en cuestión.-

En esta manda se advierte una similitud con lo dispuesto por el art. 289 inc. 1º del C.P. ([136]) referido a la falsificación de contraseñas y marcas – Título XII “Delitos contra la fe pública”, Capítulo II “Falsificación de sellos, timbres y marcas” – ya que dicho inciso hace alusión a la falsificación de marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas no sólo para contrastar pesas o medidas sino también para identificar cualquier objeto (en este caso el semoviente) o certificar su calidad, cantidad o contenido y el que las aplicare a objetos distintos de aquéllos a que debían ser aplicados. La figura al requerir que las marcas, contraseñas o firmas sean las “oficialmente usadas”, hace referencia a las que son utilizadas por cualquier administración pública nacional, provincial o municipal, que para los fines de control o identificación previstos coloca el funcionario público competente, pero también la referencia a que estos objetos sean legalmente requeridos contempla a los que, por ley, decreto, ordenanza o reglamento obligatoriamente deben utilizar los particulares para los mismos fines de seguridad que persigue la ley ([137]).-

Obsérvese que la pena contemplada para el art. 289 es la de prisión que va de seis meses a tres años, mientras que la falsificación a que hace alusión el presente inciso se conmina con la pena

136 Art. 289: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que los aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados…”.

de cuatro a diez años de prisión. ¿Cuál es la razón?. El hecho de que se trate de ganado mayor o menor (¡).-

Pero, además de advertirse la cuestión anterior, varios autores, siguiendo a Laje Anaya han puesto énfasis en una circunstancia que en cierta forma viene a desvirtuar el presente agravante – aunque después se deban hacer malabarismos interpretativos para poder "justificar" su inclusión –. En efecto, según destaca el autor cordobés es poco factible hurtar alterando, suprimiendo o falsificando marcas o señales, pues dichas conductas no consisten en sí mismas modos de apoderamiento. "Nadie puede hurtar valiéndose de una marca adulterada. Lo que sí es posible, y realmente posible, es que en el *momento* del hecho, o *luego* de hurtado o robado aquel lechoncito, el ladrón, a los fines de poner en tráfico a ese animal, proceda conforme lo describe el inc. 2º de este art. 167 quáter. En otras palabras; el ladrón, *además* de apoderarse del animal, hace lo otro; esto es, se vale de medios para *falsear la identificación del animal;* que aparente no pertenecer a su dueño, y que aparente pertenecer a quien no es su dueño" ([138]). Es decir, que si primero se hurta y luego se hace el resto, se advierten dos hechos, el atentado contra la propiedad y un atentado contra la fe pública y en este caso habría un concurso real. Sin embargo, la ley ha considerado el punto como un agravante del abigeato de modo que no se podrán concursar los hechos sino que, en definitiva, no se podrá hablar de concurso real ni ideal, sino tan sólo de un único delito ([139]).-

137 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 689); FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 148), *"El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528, *"El delito…"* (ob. cit. p. 136).

138 LAJE ANAYA Justo (ob. cit. p. 38).

139 (Idem ob. cit. ps. 38/39). Así también lo entiende VILLADA quien interpreta que no hay concurso de delitos – ni real ni ideal – (a pesar de existir dos figuras penales en juego) sino que el legislador resolvió que "al menos la materia pecuaria" la falsedad es una circunstancia agravante, preguntándose sobre la sistematización e integración del orden jurídico y respondiendo irónicamente: "bien gracias" (Cfme. VILLADA Jorge ob. cit. p. 31); NUÑEZ Ricardo *"Manual de Derecho Penal. Parte especial"* 4ª edición actualizada por REINALDI Víctor, Ed. Lerner, Córdoba, 2009, p. 299. "En este caso se da una relación de consunción donde el delito contra la fe pública queda englobado en el tipo más amplio del abigeato agravado" (Cfme. ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto ob. cit. p. 490). "Es difícil que la sustracción pueda tener lugar en las condiciones señaladas por el inciso, ya que ninguna de ellas implica un modo de apoderamiento. Lo que sí es posible es que, después de sustraídos los animales, el autor se valga de esos medios para falsificar la identificación del animal y aparentar que es el dueño, cuando efectivamente no lo es" (Cfme. GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides ob. cit. p. 397).

Buompadre también advierte este conflicto y al respecto sostiene que pareciera ser que estas conductas – las de falsificar, adulterar y suprimir las señales o marcas – deben aparecer antes de que se concrete la sustracción del ganado, por ej., sustituir la vieja marca por la nueva y luego extraer el animal del establecimiento rural, con lo que devendría discutible la aplicación del agravante, por cuanto la nueva marcación se estaría consumando antes de los actos de apoderamiento, o poco tiempo después del apoderamiento, aunque fuera un lapso de corta duración, para facilitar el tráfico ilícito del ganado, únicas hipótesis que se presentan como posibles formas de consumación de este tipo agravado ([140]).-

Donna por su parte, entiende que las acciones – descriptas en el inc. 2º – deben ser realizadas por el autor para conseguir el apoderamiento ilegítimo del ganado mayor o menor, pero quien se apodera del mismo consumando de esta manera el injusto y luego procede a alterar, suprimir o falsificar las marcas o señales que identifican a los animales desapoderados, obviamente con el fin de facilitar la comercialización de lo mal habido, evidentemente no tipifica la agravante y en todo caso, podría eventualmente presentarse un concurso material de delitos entre los arts. 167 ter y 289 inc. 1º del Código Penal ([141]).-

Recapitulando, se puede afirmar que es evidente que se advierte una incorrecta – por no utilizar un término más agresivo – redacción de la norma que no tiene ninguna explicación técnica ni científica, pues ambas conductas constituyen un tipo de imposible realización, ya que no se puede materialmente sustraer animales alterando las marcas o señales identificatorias o empleando guías falsas o documentos de la misma naturaleza. Estas conductas pueden darse después de haberse consumado el abigeato, pero nunca para llevarlo a cabo – imagínese el lector como se podría aplicar esta agravante en el caso del art. 1 ley 26.478 "…El implante es un dispositivo electrónico de radiofrecuencia que se coloca en el interior del animal" en momentos de llevarse a cabo la sustracción del o los animales del establecimiento rural? –. Si se sigue este natural razonamiento tampoco creo, que se produzca una subsunción del art. 289 inc. 1º al inciso en comento y que por

140 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 118); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 484); GALLINO Sebastián (ob. cit. p. 440)

141 DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 88/89); ÁLVAREZ Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C- 4113).

ende no se daría ni un concurso real ni ideal. Por el contrario, habría en todo caso un concurso real entre la figura básica del art. 167 ter y el art. 289 inc. 1º, ambos del Código Penal.-

Pero, en tren de plantear situaciones alocadas – ya que la normativa se presta a ello –, se podría hipotizar lo siguiente: la situación que se critica, la que sería de imposible realización en la sustracción del ganado que se encuentre en un "establecimiento rural", sí se podría dar, por ejemplo, en el segundo supuesto, esto es, en ocasión de su transporte, pues en tal circunstancia el ganado se halla en otra situación temporal, susceptible de poder realizar la actividad falsificatoria para procurar su tránsito. Pero, ¿Se pueden desdoblar dichas acciones típicas para agravarlas? No, ya que esta "lógica" fragmentaría las acciones típicas básicas con agravantes o concursos diferentes: en el caso del abigeato en un "establecimiento rural" bien podría darse el concurso entre el art. 167 ter con el 289 inc. 1º y el abigeato con motivo del transporte podría ser agravado por el inc. 2º, todo ello con las diferencias de penas consecuentes para cada caso. Hasta aquí, se está tratando de emplear un razonamiento lógico - sistemático de acuerdo con los parámetros utilizados, pero todo ello tropieza en forma inexorable con lo prescripto por la norma del art. 167 quáter inc. 2º. Quizás alguien cuestione judicialmente la constitucionalidad de semejante disposición legal. En mi caso lo hice desde el punto de vista de la irrazonabilidad de la pena ([142]).-

Cabe aclarar que no necesariamente el autor del apoderamiento debe ser el mismo que falsea, altera o suprime la marca o señal. En tal caso el sujeto que se apodera de la/s cabeza/s de ganado responderá por el art. 167 ter, en tanto que el falsificador lo hará por el art. 289 inc. 1º, ambos del C.P.. Aquí, la situación se presenta diáfana. En cambio, Villada sostiene que en el supuesto de que la marca haya sido falsificada sin conocerse o conectarse el autor de la falsedad con el autor del abigeato posterior, aquel sujeto responderá por un delito autónomo, en tanto que si fabricó la marca

---

142 Planteo efectuado en *"El hurto campestre, el abigeato sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)",* en el Dial.com DC528; www.terragnijurista.com.ar; *"El delito de abigeato y sus conexidades"* (ps. 181/215) seguido por los fallos "Stempelet Oscar Lucío y otros s/hurto de ganado agravado" C. Apel. Crim. Zapala, 12/04/06, L.N. Online, con nota de STORNINI Natalia "*La inconstitucionalidad del art. 167 quater del Código Penal"*, LL Patagonia 2006-275; "Gómez J. C. s/abigeato doblemente agravado" C. Apel. Crim. Gualeguay, 25/09/06, www.jusentrerios.gov.ar; "Albornoz Jorge L., abigeato agravado s/rec. de Casación, S.T. Entre Ríos, Sala I, 19/09/08, *inédito*

apócrifa, para un hecho de abigeato, será partícipe (en el grado que corresponda), por esta modalidad agravada del delito ([143]).-

§7.5.- Falsificación o utilización de certificados, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentos equivalentes falsos.

En este caso el art. 167 quáter agrava la pena: *"…3º Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falso…"*.-

Sostiene Piña, tal como en el caso anterior, que el legislador ha entendido que, al afectarse otro bien jurídico, el delito resulta ser más grave y, por lo tanto, el sujeto activo deberá soportar una pena superior. Asimismo, esta agravante – tal como la del inc. 2º – resulta novedosa y tiene directa relación con la forma de identificar al ganado con las formalidades requeridas para su transferencia y transporte. "Tales conductas se encuentran aquí previstas como agravantes del tipo básico del abigeato, con absoluta independencia de la posible comisión de algún o algunos de los delitos contra la fe pública previstos por el Código Penal". De allí que el espíritu de la ley 25.890 sea, según su entender, el de proteger a toda la cadena productiva de la actividad ganadera, por ello también se incorpora el art. 293 bis entre los delitos contra la fe pública en el Capítulo III Titulo XII ([144]).-

Donna también destaca que en este punto la reforma es importante, ya que se pune una parte relevante de las acciones necesarias para el traslado y venta del ganado, ya que sería ingenuo castigar el hurto y olvidarse de que éste se hace para llegar a la venta, mediante este tipo de documentación, por lo que estima, que a veces es más importante la producción de estas conductas que el simple hurto, de modo que ha sido inteligente la idea del legislador ([145]).-

Para referirse a la documentación a la que alude el presente inciso, por ser un elemento normativo del tipo, se debe recurrir a la ley 22.939 en lo que no ha sido modificado por la ley 26.478.-

En cuanto al *certificado de adquisición* el art. 12 de la ley 22.939 establece: "Todo acto jurídico mediante el cual se transfiera la propiedad de ganado mayor o menor, deberá instrumentarse

143 VILLADA Jorge (ob. cit. p. 31).

144 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

145 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 90).

con un certificado de adquisición que, otorgado por las partes, será autenticado por la autoridad local competente”. El art. 13 dice: “El certificado a que se refiere el artículo anterior, deberá contener: a) Lugar y fecha de emisión. b) Nombre y apellido de las partes y en su caso de sus representantes, sus domicilios y la mención de los documentos de identidad. c) Especificación del tipo de operación de que se trata, matrícula del título de la marca, señal o medio alternativo de identificación propuesto exclusivamente para el ganado porcino, y diseño de éstos o el tatuaje de la reseña correspondientes en los animales de raza. (modificado por la ley 26.478). ch) Especificación de la cantidad de animales comprendidos en la operación, con indicación de su sexo y especie. d) Firma del transmitente o de su representante, y si no pudiere o no supiere firmar, la firma a ruego de otra persona, junto con la impresión digital del que no pudiere o no supiere firmar. La firma del transmitente podrá ser suplida por la del consignatario. e) Firma y sello del oficial público competente que autenticare el certificado”. El art. 14 estipula: “La transmisión de dominio de los animales de pura raza, podrá perfeccionarse mediante acuerdo de partes por la inscripción del acto en los registros genealógicos y selectivos, a que se refiere el art. 11”.-

Asimismo, el Código Rural de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, en sintonía con la ley nacional regula esta actividad en el art. 168: “Todo acto sobre ganados marcados o señalados o primera adquisición de los cueros que significa transmisión de su propiedad, deberá documentarse a los fines administrativos, mediante el certificado de adquisición que, otorgado entre las partes, será visado por el organismo competente”. El artículo siguiente determina el contenido de dicho certificado: “El certificado a que se refiere el artículo anterior deberá contener: a) Lugar y fecha de emisión. b) Número de identificación. c) Nombre y apellido de las partes intervinientes, sus domicilios. d) Especificaciones del tipo de operación que se realiza, del número de boleto de marca o señal y del diseño de éstas en su caso, constancia de la autorización del titular de la marca o señal. e) Especificaciones del objeto de la operación, de la cantidad de animales vendidos, sexo y especie o cantidad de cueros de primera adquisición vendidos con indicación de especie. f) Firma del transmitente o de su representante, y si no pudiera o no supiere firmar, la firma a ruego de otra persona, junto con la impresión digital de la que no pudiere firmar. La firma del transmitente podrá ser suplida por la del consignatario. g) Firma y sello del funcionario competente que expide el certificado”.-

Con referencia a las *guías de tránsito* alude el art. 16: “Para la licitud del tránsito de ganado, es obligatorio el uso de guía, expedida en la forma que establezcan las disposiciones locales. La validez de la guía y su régimen, serán juzgados de acuerdo a las leyes de la provincia en que fuera emitida” y el art. 17 (modificado por la ley 26.478) consigna: “Cuando se trate de animales de pedigrí o puros registrados que no tuviesen marca o señal o medio alternativo de identificación propuesto exclusivamente para el ganado porcino, las guías que por ellos se extiendan deberán mencionar esa circunstancia y suministrar los datos que puedan contribuir a individualizar cada animal. En todos los casos deberá acreditarse la propiedad de dichos animales”.-

También el Código Rural de la provincia de Buenos Aires regula lo atinente a las guías de tránsito en el art. 170: “Sólo la guía de tránsito autorizará para transitar con ganado o con cueros de primera adquisición, de un partido a otro de la Provincia o de ésta a otra provincia”. El art. 171 refiere: “Las guías de tránsito serán expedidas por el organismo competente del lugar, contra la presentación del certificado de adquisición, archivo de guía o registro del boleto de marca o señal”. El art. 172 consigna el contenido de las mismas: “La guía de tránsito deberá contener: 1. Número de orden de emisión. 2. Fecha y lugar de expedición. 3. Nombre y apellido del remitente y su domicilio, con indicación de los documentos de identidad, como también el nombre, apellido y domicilio del destinatario. 4. Especificación de lo que se llevará en tránsito, del certificado de adquisición o el certificado de animales de raza, salvo que sean crías que sigan a la madre. 5. Diseño de la marca o señal. 6. Destino y causa del tránsito. 7. Nombre y apellido, domicilio del porteador y conductor y documento de identidad. Si el tránsito se realiza a nombre de un tercero se consignarán los mismos datos personales de éste. 8. Firma y sello del funcionario que expide la guía”. Particular importancia tienen los arts. 176 y 177, respectivamente, que disponen: “Los empresarios de transporte no podrán recibir carga de ganado o cueros de primera adquisición sin exigir la exhibición de la guía, de cuyo número de orden dejarán constancia en sus registros”. “Llegados a destino, los animales o cueros de primera adquisición, el conductor o transportador entregará la guía de tránsito al destinatario o a quien corresponda. En caso de tratarse de hacienda para faena o feria la entregará a la autoridad policial que la remitirá a la autoridad correspondiente”. Por otra parte, los artículos siguientes regulan ciertas prohibiciones: art. 178: “Queda absolutamente prohibido facilitar formularios de guías en blanco, para ser llenados fuera de la oficina”. Art. 179: “En caso de extravío o sustracción de formularios se comunicará el hecho a la policía y demás autoridades encargadas de estos

documentos". Art. 180: "Queda absolutamente prohibido otorgar certificados o guías por ganado orejano separado de las madres". Art. 181: "Exceptúase del cumplimiento de las prescripciones del artículo 180: a) Las crías de terneros apartados de las madres en explotaciones de tambo y con destino a faena y a crianza, menores de treinta días de vida, los que deberán transitar con una declaración jurada del productor, certificada por la Municipalidad del Partido en que opere. b) Los terneros que, formando parte de la hacienda con cría, sigan a la madre".-

El *boleto de marca o señal* es un documento que prueba la titularidad registral de la marca o señal por parte de la persona física o jurídica. El Código rural de la provincia de Buenos Aires al respecto señala en su art. 120°: "El derecho sobre la marca o señal se prueba con el boleto expedido por el organismo competente, o en su defecto, por las constancias de sus registros" y el art. 129 dispone: "Otorgado el diseño por el organismo competente y hecha efectiva la tasa que corresponda, se procederá a inscribir la marca o señal en el registro y a entregar el correspondiente boleto".-

Finalmente, la norma a fin de no dejar afuera documentación relacionada con el ganado habla de *documentación equivalente* con lo que queda en claro que la enumeración de la ley no es taxativa. Piña pone como ejemplos, el documento para tránsito de animales (DTA) que remplazó el permiso sanitario de tránsito de animales y se utiliza para el transporte interprovincial de acuerdo a la resolución 848/98 del SENASA ([146]). También quedarían incluidos la documentación de la AFIP, ONCCA, etc.. Iriarte incorpora, a título ejemplificativo, el acta, la escritura o la sentencia judicial a través de las cuales el titular de una marca transfiere tal derecho – arts. 133 a 138 del Código Rural de la provincia de Buenos Aires – o el duplicado del boleto que otorga el organismo competente, en caso de pérdida o extravío del original – art. 141 del Código Rural de la provincia de Buenos Aires – ([147]).-

Las acciones típicas son las de *falsificar* o *utilizar* la documentación especificada en la manda, lo cual remite a las acciones contenidas en el Título XII "De los delitos contra la fe pública", pero al Capítulo III "Falsificación de documentos en general".-

Como primera medida se debe puntualizar que de acuerdo a la nueva redacción del Art. 77 del C.P. (ley 26.388 (04/06/2008 B.O. 25/06/2008)) "el término "documento" comprende toda

146 PIÑA Alejandro (ob. cit. p. 709) citado por DONNA Edgardo (ob. cit. p. 93).

147 IRIARTE Ignacio (ob. cit. ADLA 2004 - E- 6554).

representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión". Esta definición alcanza al documento informático o electrónico que no responden al concepto tradicional o restringido de documento manuscrito en soporte de papel, sino a una noción mucho más amplia ya que hace alusión a casos en que el lenguaje magnético constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad – quizás ya expresada en las formas tradicionales – y donde la actividad de un computador – o de una red – únicamente comprueban y/o consignan un hecho, una relación jurídica o una regulación de intereses preexistentes en forma electrónica, digital o magnética. De modo que, por documento electrónico debe entenderse como toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos, con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica ([148]).-

No es mi intención hacer un estudio exhaustivo de los delitos de falsedad documental, pues la cuestión se reduce al análisis de los agravantes del abigeato, pero entre aquéllos se hace especial mención a la falsificación de instrumentos relacionados con el delito base, por lo que no se puede soslayar el tema neurálgico del ilícito de falsificación, concerniente a si se trata de un instrumento público o privado – diferente punición – y de allí se verá qué connotación trae aparejada con el uso y falsificación de los certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentación equivalente.-

El art. 292 del C.P. reza: *"El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda causar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado..."*.-

La norma menciona la acción típica que debe perpetrarse en un documento y la pena se regula en base a las características del instrumento – público o privado –. Se ha tratado de ver en esas palabras si existe alguna diferencia.-

En realidad la expresión "instrumento" hace una referencia a la forma como está "instrumentado" el documento o en su defecto, al modo de representar el hecho pasado, aunque en materia de falsedades documentales aparecen como sinónimos. "La ley penal, como hemos visto,

148 KOHEN Esteban - LUCERO Pablo *"¿Qué es un documento informático o electrónico?"* en www.eldial.com, acceso 16/12/08).

entiende aquí el documento como instrumentación de algo, como representación de ese algo; con esta idea es difícil plantearnos una distinción conceptual entre lo que es documento y lo que es instrumento que, superando la mera especificación verbal de la función documental, tenga influencia decisiva en el contenido de los tipos. Con la expresión documento se hace referencia a la materialidad jurídica del objeto; con la de instrumento, a la función jurídica de él, pero no a esencialidades diferentes o distinguibles ... ahora se insiste en que la ley, con la expresión "documento" se refiere al bien jurídico protegido; de ello se deduciría que la de "instrumento" queda reservada para designar el objeto material del delito: éste, para serlo tiene que reunir las características de "documento" que sólo sería el que está destinado a sustentar la confianza pública, como confianza general exigible a todos los componentes de la sociedad. No será típica, por tanto, la falsificación que recaiga sobre un instrumento que no sea documento en el sentido expuesto" ([149]).-

Carreras es más conciso al señalar las conductas tipificadas por el art. 292, especificando que la protección penal comprende a los instrumentos públicos y a los privados. "Por lo tanto documento e instrumento no son términos sinónimos: el instrumento no es más que la forma de documentar, la cual puede ser pública o privada" y cita el art. 973 del C.C. ([150]) ([151]).-

Con respecto a los instrumentos públicos se han vertido diversas opiniones en cuanto a qué documentación abarcaba dicho concepto. Parafraseando a Creus se pueden advertir tres alcances: a) restricción del concepto de documento público a los enunciados en el art. 979 del C.C. ([152]); b) ampliación del concepto a cualquier documento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en las forma que las leyes hubieren determinado, entendiéndose por ley "toda disposición jurídica dictada por autoridad competente" y c) dentro de esta última hipótesis que supera los límites

---

149 CREUS Carlos *"Falsificación de documento en general"* 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 27/32

150 Art. 973 C.C.: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso de juez del lugar".

151 CARRERAS Eduardo *"Los delitos de falsedades documentales"* Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires,1998, p. 64

del art. 979 mencionado *ut-supra*, invocando esa misma normatividad, restringe el concepto de la "ley" mencionado por el inc. 2º a la ley en sentido formal ([153]).-

Durante un lapso bastante prolongado la jurisprudencia se inclinó por la alternativa enunciada en el punto a), pero posteriormente se fue ampliando el concepto civilístico para incursionar en lo que se puntualiza en el apartado b), de esta manera esa amplitud conceptual es acogida por la jurisprudencia y los Tribunales comienzan a considerar documento público a "todo el que documenta una situación dotada de significación jurídica sustancial, en cuya formación interviene el Estado por intermedio de uno de sus órganos competentes" ([154]). Pero cierta jurisprudencia al advertir que la extensión antes señalada encontraba su razón de ser en el inc. 2º del art. 979 del C.C. ([155]), entiende que cualquier ley podía ampliar el abanico de los documentos públicos lo cual podría desvirtuar el concepto. Son partidarios de esta idea Baigún - Tozzini quienes estiman que si bien no es factible desconocer que la expresión "leyes" del inc. 2º del art. 979 del C.C. no conforma exactamente un ingrediente del tipo del art. 292 del C.P. y que su extensión a las disposiciones administrativas

152 Art. 979 C.C.: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1° Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2° Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado; 3° Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; 4° Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron; 5° Las letras aceptadas por el Gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el Tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas; 6° Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público; 7° Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales; 8° Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos; 9° Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones; 10° Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros".

153 CREUS Carlos (ob. cit. p. 34)

154 T.S. Córdoba, sala Crim. Correc., 19/9/69 LL 137 - 278 y ED. 42- 466

155 Art. 979 C.C: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: …2° Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado…".

(nacionales, provinciales o municipales) pertenecen a lo que se conoce comúnmente como una interpretación extensiva, advierten que ésta, por vía indirecta, incrementa la pretensión punitiva al disponer una pena mayor que la que correspondería a la falsificación de instrumento privado. "La valoración, si bien no se transforma en un caso de cruda analogía, vedado por el art. 18 de la C.N., alcanza idénticos efectos, o para decirlo en lenguaje hegeliano, el quantum de la interpretación extensiva se transforma cualitativamente en una categoría distinta", por ende, se adscriben a la posición limitativa, pues aducen, que en tanto se mantenga la redacción actual del art. 979 del C.C., el vocablo "leyes", para el ámbito penal, debería ser valorado conforme a la tesis restrictiva, esto es, como disposición emanada del Congreso Nacional y de las asambleas provinciales ([156]).-

No participa de esta opinión Creus quien entiende que la significación del vocablo "ley" del inc. 2º del art. 979 del C.C. normalmente ha sido ampliada hasta comprender la ley en sentido material y no vislumbra razones de peso para variar tal interpretación debido a que la protección del bien jurídico "fe pública" no impone la necesidad de restringirla, de modo que sustenta la tesis amplia ([157]).-

En esta última línea interpretativa enfáticamente Carreras sostiene que el concepto de instrumento público no se subordina exclusivamente a la idea civilista que suministra el art. 979 del C.C., de allí que instrumento público a la luz de la ley penal no es únicamente el que extienden los escribanos o funcionarios públicos "en las formas que las leyes hubieren determinado" pues ellos no agotan todo el material que la ley penal ampara en orden a la genuinidad y veracidad protegiendo la ley, la fe pública. Afirma, que el instrumento público que documenta una situación jurídica sustancial dotada de significación probatoria, en cuya formación interviene el Estado por intermedio de uno de sus órganos competentes, es público por la fe que le es comunicada a ese instrumento precisamente por tal intervención. "El instrumento público es aquél que emana de un funcionario público – o de persona equiparada al él – dentro de las formas legales y en el ejercicio de funciones determinadas por una ley material, sea cumpliendo un fin de derecho público, o bien certificar declaraciones privadas, de voluntad y verdad, atribuyéndoles pública fe a las mismas. Sintéticamente, debe

156 BAIGÚN David - TOZZINI Carlos *"La falsedad documental en la jurisprudencia"* 2ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 80.

157 CREUS Carlos (ob. cit. ps. 37/38)

entenderse por instrumento público todo aquél que ha sido otorgado por un funcionario público u otro órgano del Estado de conformidad a una ley en sentido material" ([158]), cita en apoyo las atestaciones de Bielsa ([159]). Como corolario de ello afirma que todo instrumento público de la ley civil será tal para la ley penal; pero no puede aceptarse el razonamiento inverso, en el sentido de que sólo serán tales para la ley penal los enumerados en el Código Civil. Creo que esta es la posición correcta que impera mayoritariamente en la doctrina y jurisprudencia.-

La norma del art. 292 pune con una pena inferior – seis meses a dos años de prisión – la falsificación o adulteración de los instrumentos privados. La doctrina tradicional ha considerado a éste en un sentido residual a todo aquél que no tenga la categoría de "público" ([160]).-

Más concisamente se ha conceptuado al instrumento privado como una declaración escrita de la voluntad que ha sido suscrita con el fin de hacer constar un acto o negocio que interesa al derecho pero que no tiene fuerza probatoria por sí mismo. "El instrumento privado está liberado de formalidades y rige sustancialmente el principio de libertad de las formas, sólo restringida en dos aspectos: la firma y el doble ejemplar. Por ello es que no se exige como en el instrumento público, que se redacte en idioma nacional; puede extendérselo en cualquier día, aunque sea feriado o domingo; se lo escribe manuscrito, a máquina o impreso; puede no dar constancia de fecha ni de lugar, y, hasta puede firmarse en blanco. En fin, las partes tienen la facultad de imponer ciertas formalidades en el instrumento privado, o al contrario, redactarlo sin ninguna solemnidad o requisito

---

158 CARRERAS Eduardo (ob. cit. ps. 74/75)

159 BIELSA Rafael "*Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado*" JA 1954 - II - 7 "El concepto de ley debe entenderse en cuanto es norma jurídica con los caracteres propia de ella: objetiva, obligatoria, impersonal, relativa a derechos e intereses legítimos. En consecuencia, se trata de ley en sentido material o sustancial".

160 SOLER Sebastián (ob. cit. t. V, p. 333), FONTÁN BALESTRA Carlos *"Tratado de Derecho Penal",* t. VII, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992. p. 556; BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal…"* (ob. cit. t. III, p. 590), CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 65), CREUS Carlos (ob. cit. p. 43), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 715); DONNA Edgardo *"Derecho penal…"* (ob. cit. t. IV, p. 145); NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. V, vol. II, p. 212) considerando que es un instrumento privado cuando sin necesidad de observar una forma especial y de estar redactado en idioma nacional, está firmado por las partes otorgantes, salvo que la ley disponga lo contrario.

especial” ([161]). También se ha dicho que: “Son todos aquéllos que contienen una declaración con eficacia jurídica, extendidos por los distintos sujetos de derecho (persona física, ideal o jurídica) sin sujeción a forma determinada que le confiera autenticidad” ([162]) o “Toda aseveración escrita... atribuible a alguien y que sirva de prueba de hechos o relaciones jurídicas” ([163]).-

Cabe apuntar que el instrumento privado carece de autenticidad mientras no sea reconocido por la parte contra quien se lo pretende hacer valer, a partir de ello adquiere las características de un instrumento público ([164]), no obstante, existe una tutela penal antes de tal reconocimiento, ello deviene de la consideración de dos aspectos diversos: la eficacia probatoria – reconocimiento judicial del documento privado – que está directamente relacionada con el proceso – la etapa de prueba – y la aptitud probatoria con el concepto “en sí” del documento ([165]). También, como lo indica el Código Civil a los fines de tal eficacia probatoria, es menester que exista un doble ejemplar (art. 1021 del C.C. ([166])) lo cual no es exigible en el supuesto que se deposita el único ejemplar en una escribanía encargada de conservarlo (art. 1025 del C.C. ([167])). Por otra parte, de acuerdo al art. 1034 del C.C.,

---

161 CIFUENTES Santos (ob. cit. t. I, ps. 732 /735).

162 CAFURE de BATISTELLI María *“La “imitatio” como requisito en la falsedad documental”* en *“Cuadernos del Instituto de Derecho Penal”* U.N.C., 1975, Nº 126, p. 215

163 MARCOPULOS Mario *“Delitos contra la fe pública”* en *“Manual de derecho penal. Parte especial”* LEVENE (h) Ricardo (Director), Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1976, ps. 609/10

164 Art. 1026 C.C: “El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores”

165 CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 65)

166 Art. 1021 C.C: “Los actos, sin embargo, que contengan convenciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto”.

167 Art. 1025 C.C: “ El depósito de un acto bilateral que sólo esté redactado en un ejemplar en poder de un escribano o de otra persona, encargada de conservarlo, efectuado de común acuerdo por ambas partes, purga el vicio del acto. Si el depósito no hubiese sido hecho sino por una parte, la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella”.

este tipo de instrumento aún después de reconocidos no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos ([168]).-

Finalmente, para redondear el concepto de falsificación documental, cabe consignar una exigencia típica de la falsedad, esto es, que de ella "pueda resultar perjuicio". Tal requisito del tipo objetivo se advierte en los delitos consignados en los arts. 292, 293, 293 bis y 294, es decir, en la falsedad material, ideológica e impropia, queda fuera de ese marco la extensión del certificado médico falso contenido en el art. 295 que requiere un perjuicio efectivo. De todo ello se deduce que para concretarse la comisión delictiva se requiere la posibilidad de perjuicio o sea, la afectación de otros bienes jurídicos que no atañan exclusivamente a la fe pública. De allí se puede establecer que no alcanza con la mera falsificación del instrumento sino que se hace imprescindible que a dicha conducta se le sume la posibilidad de conculcación a otros bienes jurídicos ([169]).-

Tal como lo afirma Buompadre, en la generalidad de los casos se está frente a infracciones de pura actividad y de peligro concreto que exige la posibilidad de afectación de un bien jurídico distinto de la fe pública, este perjuicio potencial ([170]) se constituye en el límite mínimo de la tipicidad. Por otra parte, dicho perjuicio potencial puede ser de cualquier naturaleza, patrimonial o extrapatrimonial, con indiferencia de quién sea el titular del bien jurídico puesto en peligro. De allí que lo realmente importante no estriba en el peligro que deviene de la falsificación en sí misma sino de los efectos ulteriores ([171]).-

Como el inc. 3º de las agravantes que se comentan hace alusión al uso de la documentación falsificada se impone una remisión obligada al art. 296 del C.P.: *"El que hiciera uso de un documento o certificado falso o adulterado será reprimido como si fuera autor de la falsedad"*.-

---

168 Art. 1034 C.C: "Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos".

169 BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal..."* (ob. cit. t. III, p. 593), SOLER Sebastián (ob. cit. t. V, p. 361); CREUS Carlos (ob. cit. ps. 64 y sgtes.); CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 118); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 706); DONNA Edgardo *"Derecho penal..."* (ob. cit. t. IV, ps. 150/154)

170 Para mayor abundamiento, sobre perjuicio potencial y efectivo ver BAIGÚN David - TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 261)

171 BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal..."* (ob. cit. t. III, ps. 593/94)

Brevemente, se puede decir que la acción típica consiste en hacer uso de un documento falso en el tráfico jurídico, trátese de que aquél sea público o privado, nacional o extranjero, de conformidad con el destino probatorio. No es punible la tenencia del documento falsificado, el uso falso del documento auténtico, el hecho de llevarlo encima, el uso de un documento verdadero con datos erróneos, etc. ([172]).-

Con respecto a la posibilidad del perjuicio que pueda derivar del uso de un documento o certificado falso o adulterado se deben tener en cuenta los principios generales expuestos *ut-supra* con atinencia a la posibilidad o efectividad del perjuicio, poniendo énfasis en la forma en que el documento falso es utilizado.-

El sujeto activo del tipo delictivo puede ser cualquier persona, en tanto y en cuanto no se trate del propio falsificador ya que el uso del documento falso es una figura autónoma, de modo que se castiga siempre que no haya coincidencia entre la persona del falsificador y de quién usa el documento en cuestión. La conducta de usar un documento que el mismo sujeto previamente había falsificado es absorbida por las respectivas figuras de las falsedades documentales, las que se excluyen mutuamente con esta figura, ya que castigar la falsificación y el uso en una misma persona es violatorio de la regla *"ne bis in idem"* ([173]). En el caso de documentos privados, el autor de la falsedad al usar el documento, en realidad consuma el delito que había iniciado con la falsificación, en tanto que si se trata de documentos públicos, que no requieren de su uso para que se perfeccione el delito, el autor de la falsedad que usa el documento continúa con la consumación de aquél ([174]). Requiere dolo directo esto es, el conocimiento positivo por parte del sujeto activo de la falsedad y la voluntad de usar el documento como tal, descartándose así el dolo eventual y obviamente las formas culposas. El delito se consuma con el uso del documento o certificado falso o adulterado de modo

172 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. V, vol. II, p. 219), CREUS Carlos (ob. cit. ps. 187 y sgtes.), SOLER Sebastián (ob. cit. t. V, p. 356), MARCOPULOS Mario (ob. cit. p. 625), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, ps. 782/784), BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal…"* (ob. cit. t. III, p. 616); DONNA Edgardo *"Derecho Penal…"* (ob. cit. t. IV. p. 261)

173 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 784)

174 ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. III, p. 784), CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 116), CREUS Carlos (ob. cit. p. 197). Es interesante la disquisición que realizan sobre el particular BAIGÚN David - TOZZINI Carlos (ob. cit. ps. 282 y sgtes.)

que pueda causar perjuicio. En el caso del certificado médico requiere la efectiva producción de ese perjuicio. En cuanto a la tentativa, en términos generales, es rechazada por la doctrina.-

Entiendo, a pesar de la extensión, que ha sido necesario acudir a estos conceptos generales sobre la falsificación de documento por el punto de contacto que tiene con el contenido del inc. 3º del art. 167 quáter, pues se tropieza con graves inconvenientes.-

En primer término, porque se parifican la punición de falsificación y utilización, tanto de instrumentos privados – certificados de adquisición de ganado – como de instrumentos públicos – guías de tránsito, boletos de marca o señal –, en el caso que se adopte tal criterio. Pero aún cuando no se lo comparta, pues se considera que toda esa documentación pueda constituir un instrumento privado, se le impone una pena extremadamente grave como es la de cuatro a diez años, cuando la falsificación del instrumento público es castigada con uno a seis años de reclusión o prisión y la de instrumento privado con seis meses a dos años – art. 292 del C.P. –. Es más, el documento falsificado o adulterado destinado a acreditar la identidad de las personas o la titularidad de dominio o habilitación para circular de vehículos automotores se agrava con una pena de hasta tres a ocho años – segundo párrafo del art. 292 del C.P. – .-

Es decir, que el legislador ha considerado, en todo caso, más grave la falsificación de documentación destinada a acreditar la posesión de los animales que los referidos a la acreditación de la identidad de las personas – cédulas de identidad, libreta cívica o de enrolamiento, pasaportes, certificados de parto y de nacimiento (ley 24.410; 30/11/1994 B.O 02/01/1995 - ADLA 1995 - A- 6) – o los vehículos automotores. Asimismo, se puede llegar al absurdo en que falsificar cualquier documentación descripta en el inc. 3º relacionada con el ganado es más grave, que falsificar por ejemplo, la escritura de dominio del “establecimiento rural” que contiene dicho ganado. Esto, lisa y llanamente me parece un despropósito – por no llamarlo disparate – jurídico producto de la carestía intelectual legislativa que campea en esta coyuntura.-

Comparto las críticas que efectúa Villada cuando expresa: “Parece que “el clamor ganadero” forzó esta apurada reforma y otra vez el legislador se llevó por delante la sistematización científica del Código Penal ... Si se sigue legislando (o reformando) en igual sentido en todos los delitos, puede que lleguemos a tener un Código Penal de 1000 artículos o más, con lo cual la gente (la población), lo conocerá menos de lo que ya bastante poco conoce, alejándonos así de las valiosas enseñanzas de Beccaría (las leyes deben ser simples y conocidas por todos) ... ¡Cuánto celo puesto en estos

pecuarios intereses! ¿Por qué no ocuparse mejor de amparar con mayores penas a la vida, la libertad, la integridad física, la integridad sexual o el medio ambiente? ¿Tan importante es el valor "hacienda" en esta degradada y consumista sociedad en la cual vivimos?" ([175]). Menos severo en su apreciación, aunque también resalta su disconformidad, es Álvarez al señalar: "No nos parece tan lógico el agravante sin embargo, para los incs. 2º y 3º, toda vez que podrían aplicarse las reglas del concurso para el caso de la falsificación de las marcas o señales animales, o la adulteración de las guías de tránsito" ([176]).-

Frente a la situación antes descripta es evidente que se está ante una colisión de normas que reprimen con distinta penalidad idénticos objetos protegidos por el bien jurídico que tutela, ya que la documentación a que hace alusión el inc. 3º del art. 167 quáter es la misma a la que se refiere el art. 292 del C.P., falsificación o adulteración de instrumentos públicos o privados, pero que sin especificar argumento valedero alguno, el legislador le ha conferido mayor punición a los primeros – inc. 3º –.-

Laje Anaya - Laje Ros señalan que a pesar de que en la primera parte del art. 167 quáter hace expresa referencia a "cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias", el sentido que tiene el inc. 3º se relaciona con el período de agotamiento; ya que supone, por lo tanto, que la infracción ya se consumó, y que ahora el producto del delito se halla en movimiento, porque es llevado de un lado a otro, sea por medio de un transporte, sea que la marcha fuere por arreo. Pero posteriormente, agregan que la falsificación del documento no concurre ni real ni idealmente, porque lo que en realidad ocurre es que la falsedad ya se halla contenida en la calificante ([177]).-

La misma reflexión es válida para lo previsto en el inc. 2º que *ut - supra* se analizó y que guarda idéntica relación con el art. 289 inc. 1º del C.P.. Por ende, lo razonable sería aplicar la normativa concursal a fin de sanear esta superposición de normas de idéntico contenido ([178]) porque

---

175 VILLADA Jorge *"Una reforma penal exclusivamente "Pecuaria". Ley 25.890"* LL 2004-D - 1257.

176 ALVAREZ Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C- 4113).

177 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. ps. 256/257).

178 Extractado de FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. ps. 156/166), *"El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528, *"El delito …"* (ob. cit. p. 157)

tampoco aquí se puede materialmente sustraer animales empleando o falsificando certificados, guías de tránsito, boletos de marca o señal o documentos equivalentes falsos, pues no son instrumentos que permitan realizar la conducta básica – robar, sustraer –, lo que sí es factible es lograr la entrega de animales con tales documentos, con lo que se consuma una defraudación, pero materialmente "sustraer" con ellos los animales, no. Esto constituiría el razonamiento lógico de la cuestión, tal como se hizo en el análisis del inciso anterior, pero igualmente existe la valla puesta por el legislador al incorporar un inciso de tamaño talante.-

Villada con respecto al inciso en cuestión, expresa que se deben hacer algunas disquisiciones porque hay dos delitos diversos que aparentemente deberían reprimirse de diversas maneras según las circunstancias siguientes: 1º Aunque puede discutirse seriamente, en principio no habría concurso de delitos, si quién falsifica es el mismo que emplea la guía, porque la confección de un instrumento falso para utilizarlo en el abigeato forma parte de un misma empresa o finalidad delictiva contemplada como única conducta típica – por consunción típica –. 2º Pero si quien falsificó es otro sujeto que llevó a cabo la falsedad sin conocer el fin con el que sería empleada la guía o certificación, debe responder a título independiente por la falsedad y 3º si quien falsificó lo hizo con el fin de ayudar a otro a cometer el delito de esta manera, es partícipe necesario de abigeato calificado por el uso de certificaciones falsas, ya que aportó un elemento indispensable para la consumación del delito principal ([179]). Contrariamente, Arocena interpreta que como la agravante no exige que quien cometa el abigeato sea también el autor de la falsificación del certificado de adquisición, la guía de tránsito, el boleto de marca o señal, o la documentación equivalente, la realización de ambas conductas por el mismo sujeto determina la existencia de un concurso real de delitos (art. 55 C.P.) ([180]).-

§7.6.- Calidades personales del sujeto activo.

La agravante prevista en el art. 167 quáter en este caso determina: *"4º "Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o productos o subproductos de origen animal"*.-

179 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 32/33).

180 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 275).

De acuerdo al mensaje del Poder Ejecutivo que envía el Proyecto al Congreso, sobre este particular se expone: “el cuarto y el quinto calificante son supuestos en los que el desvalor de la conducta se incrementa a partir de la condición personal que reúne algún partícipe en el hecho; esto es, la condición de dedicarse a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de producto o subproductos de origen animal o la calidad de funcionario público (incs. 4º y 5º). En la legislación uruguaya se siguen pautas de agravación similares a los cuatro (4) últimos supuestos que aquí se proponen”.-

En la apreciación de Piña, de acuerdo a la redacción de este inciso se deduce que los individuos mencionados colaboran en la cadena de producción ganadera y el dueño de los animales deposita en ellos la confianza necesaria para emprender la tarea asignada, de modo que, además de afectarse el patrimonio del titular del ganado, éste se ve defraudado en su confianza o buena fe, es evidente que el legislador ha considerado que la conducta de estos individuos es merecedor de un castigo más severo ([181]).-

En la misma inteligencia Arocena considera en este caso la razón política de la mayor sanción, se halla en la facilitación para la comisión del delito que surge de los especiales conocimientos de las particularidades de la actividad ganadera, propia de los sujetos aludidos en la norma ([182]).-

Buompadre entiende que el fundamento de la mayor sanción reside en la sola condición del sujeto activo, con prescindencia de que dicha cualificación haya facilitado la comisión del delito, porque si esto no se entendiera así, no se podría explicar por qué razón el legislador no condicionó la concurrencia del tipo agravado de la misma forma que lo hizo con la figura descripta en el inc. 5º, esto es, sólo en aquellos casos en los que la condición del autor “facilitare directa o indirectamente la comisión del hecho” ([183]).-

Laje Anaya se hace una serie de cuestionamientos respecto a cuál ha sido el fundamento de esta agravante ya que no se alcanza a ver porque razón la pena se debe agravar cuando, por ejemplo, el que participa en el delito sea un matarife, o un experto en el hecho de despostar a los animales.

181 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

182 AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 276); DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 94/95).

183 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 120).

También se pregunta si la calidad de comerciante puede determinar que el abigeato se agrave o el caso del camionero que se dedique a transporte de animales ([184]). Probablemente, como se ha manifestado, se ha querido proteger la cadena productiva ganadera, que va desde el abigeato hasta la comercialización definitiva, pasando por diferentes estadios intermedios.-

Villada habla del denominado "agente facilitador" – por la especificidad de sus tareas – y entre ellos designa a los "potrerizos" – encargados de los cuidados de la hacienda –, personal encargado de la crianza, cuidado del animal, su faenamiento, elaboración de productos o subproductos pecuarios, de su comercialización, transporte de animales o de productos o subproductos. De modo que, además del simple peón, del empleado del tambo, o del faenador, del alambrador o encargado de su cuidado o mantención, del elaborador de productos o subproductos, o del transportista, deben considerarse incluidos en la disposición calificada, a quienes están a cargo de labores de mayor rango o envergadura, como aquéllos que efectúan la supervisión de estos trabajos, porque la ley no discrimina. Llega a la conclusión que si la norma se hubiese referido a empleados o dependientes del establecimiento damnificado, la reforma hubiera tenido sentido, porque se trataría de sujetos a los que su posición laboral les otorga mayores facilidades para cometer el ilícito o ayudar a cometerlo por parte de otros – conocen los movimientos y horarios del establecimiento, seguridad con la que cuentan, situación de los animales, lugares más vulnerables, etc. –, pero en cambio, la ley no se refiere a ellos sino genéricamente a personas dedicadas a tal actividad, con lo que basta que uno o más partícipes trabajen en la actividad pecuaria, para que se agrave el hecho en perjuicio de todos los integrantes del delito ([185]).-

Franceschetti trata de morigerar la anterior interpretación en el sentido de que aunque el inciso no establece una vinculación directa entre la calidad personal y el modo de participar en el hecho, se requiere realizar una suerte de "encerramiento", pues escapa a la teleología de la norma el agravamiento de un abigeato por la sola circunstancia de ser faenador o transportista, por lo que entiende que tales calidades individuales deben ser puestas en relación con el hecho concreto y ver si tuvieron injerencia en la modalidad delictiva, ya que el sólo hecho de ser cuidador de ganado no

184 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. p. 39).

185 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 33/34); de esta misma idea participan ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 491).

habilita la aplicación de la agravante, la que sólo debería funcionar si el ganado sustraído es el que estaba a su cargo; el caso del transportista o de faenador, en tanto intervenga como tal, etc. ([186]). Si bien es destacable el esfuerzo interpretativo, no se puede ignorar que la ley no hace ninguna distinción sobre el particular, de allí las tantas críticas que recibe, especialmente de casi todos los autores que se han ocupado con profundidad de este tema.-

Por mi parte, he tomado posición al respecto – y no me rectifico de la misma –, en el sentido que la agravante abarca desde el simple peón, empleado de tambo o faenador hasta el elaborador de productos o subproductos, transportista, pues debe considerarse que son quienes están a cargo de la supervisión de estos trabajos porque la ley no discrimina ([187]). "Empece a ser reiterativo, dada la modalidad punitiva que se le ha impuesto a este artículo y no obstante la diversa participación que puede haber tomado el agente en el hecho entiendo que podría resultar desproporcionado castigar con idéntica pena, a partir de la mínima – cuatro años de reclusión o prisión – a un simple peón de campo que está al cuidado del ganado que pudo haber participado en la comisión del hecho, a la par de otro sujeto que se dedique y tenga una infraestructura montada para la faena, elaboración, comercialización o transporte del ganado, productos o subproductos derivados de éste de procedencia ilícita" ([188]). Pero, tal como se ha formulado la norma, reitero, no se hace distinción alguna, con lo cual se produce la inequidad aludida.-

La agravante diseñada en la norma alcanza a la participación en la comisión del hecho – abigeato – de una gama de sujetos activos que van desde el productor ganadero, pasando por los administradores, capataces, peones, etc. que normalmente se desempeñan en la actividad pecuaria, en los establecimientos rurales ([189]); siguiendo por todo aquél que participa en el faenamiento, elaboración y comercialización de productos y subproductos de origen animal de procedencia ilícita y también los que lo hacen en el transporte del ganado y sus productos y subproductos.-

En cuanto al verbo "participare" sobre el mismo los doctrinarios utilizan para él un criterio extensivo y otro restringido o específico, ya que con el primero se están refiriendo a cualquier

186 FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 242).

187 En igual sentido ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 491).

188 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. ps. 167/168); "*El hurto campestre…*" en el Dial.com DC528, "*El delito…*" (ob. cit. ps. 160/161).

interviniente "activo" en el delito, cualquiera fuere su grado de intervención – incluido el autor –; para el segundo criterio se hace alusión a dichos intervinientes en cuanto no pueden ser considerados autores, es decir, a los cómplices e instigadores. Según esta última postura, es autor el que reúne los caracteres típicos para serlo, siendo la complicidad y la instigación formas de extender la culpabilidad. La figura del coautor presenta algún tipo de problemas ya que algunos lo tratan como un autor más – autoría plural – ([190]) y otros lo limitan a la calidad de partícipe en sentido específico ([191]) y una tercera postura entiende que los coautores pueden ser una u otra cosa según el caso, pues dogmáticamente se trata de una figura "bifuncional", pudiendo distinguirse entre una "coautoría propiamente autoral" y una "coautoría participativa" ([192]). En sentido restringido sólo cabría hablar

189 "Corresponde confirmar la resolución que condenó a la esposa de quien realizaba tareas de cuidador en una hacienda, como coautora del delito de abigeato agravado en función del inc. 4 del art. 167 quater del Cód. Penal, si participó de la sustracción de animales bovinos que se encontraban en el campo en donde su cónyuge prestaba tareas, pues la ley no se refiere a empleados del establecimiento, sino genéricamente a personas dedicadas a tal actividad, con lo que basta que uno o más partícipes trabajen en actividad pecuaria, para que se agrave el hecho en perjuicio de todos los integrantes del delito, toda vez que se trata de una calidad personal, transmisible objetivamente". "Debe considerarse incluido en la agravante contenida en el inc. 4° del art. 167 quater del Cód. Penal, a quien era empleado permanente del establecimiento de donde se sustrajo el ganado, que se desempeñaba en variadas actividades de la explotación agropecuaria del establecimiento, incluyendo su cuidado, lo que generaba que el dueño depositara en él la confianza imprescindible para realizar tales tareas y que se vio defraudado en su buena fe al comprobar la sustracción". (T.S.J La Pampa, sala B, 17/08/2006, "Reale, Oscar Rodolfo y otros s/ recurso de casación", LL Patagonia 2006- 792).

190 FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. II p. 432); SOLER Sebastián (ob. cit. t. II ps. 251/252). "Cuando la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados autores, puede ser que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá mayor problema. Esta es la *autoría plural* que se conoce con el nombre de *autoría concomitante* (o paralela), cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular… No habrá de ser, pues, el caso de la autoría concomitante o paralela el que ofrezca dificultades, sino aquél en que la pluralidad de autores se presente en la forma de *co - autoría* caracterizada por el *dominio funcional del hecho,* esto es cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una *división de la tarea*, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica…" (Cfme. ZAFFARONI Eugenio *"Tratado de Derecho Penal. Parte General"* t. IV, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 329/330). Y esto debe juzgarse en cada caso concreto teniendo en cuenta el plan del mismo. En la co - autoría cada uno debe reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor, sino se dan, por más que haya una división de trabajo y un aporte necesario para la realización conforme con el plan concreto del hecho, no habrá co - autoría, esto se trata de una limitación legal al principio del dominio del hecho.

de participación respecto de quienes ayudan a otro a cometer un delito o lo inducen a cometerlo ([193]).-

De acuerdo a la redacción de la norma se puede decir que es suficiente con cualquier forma de participación criminal, en cualquiera de sus gradaciones ([194]), descartándose, por obvias razones al encubridor quien no participa del hecho. Donna agrega que además deberá acreditarse que el sujeto activo haga de alguno de esos oficios su actividad habitual ([195]).-

La norma utiliza en su redacción un verbo no habitual en la terminología jurídica, esto es, el hecho que una persona se "dedique" a las tareas especificadas. Ateniéndose al significado gramatical del verbo "dedicar" del latín *dedicare,* consiste en destinar una cosa al culto de Dios, de la Virgen o de los Santos, o también a un uso profano "Dirigir a una persona, en forma de obsequio, un objeto cualquiera y más especialmente una obra intelectual. Emplear, aplicar". Es obvio que esta última acepción es la que podría guardar coherencia con el término utilizado en la emergencia, esto es, que el sujeto esté empleado – persona destinada por el gobierno al servicio público, o por una corporación o un particular al despacho de los asuntos de su competencia o interés – o aplicado a un

191 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. II p. 284). Si bien se adhiere estrictamente el concepto formal objetivo en cuanto atañe a la autoría, cuando se refiere a la coautoría se aparta de esa rigurosa noción, entendiendo que en términos generales coautores son los que toman parte en la ejecución del hecho (art. 45 C.P.). De modo que dicho concepto sirve, para delimitar la coautoría de lo que, por ser auxilio, cooperación o ayuda para el hecho únicamente es complicidad (arts. 45 y 46 del C.P.). "… los coautores toman toda la parte del delito, que es precisamente lo que requiere el artículo 45: *"Los que tomasen parte en la ejecución del hecho"*" (Cfme. LAJE ROS Cristóbal *"Participación criminal"*, Ed. M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, p. 51).

192 CREUS Carlos *"Derecho Penal. Parte General"*, 5º Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 396 y sgtes.

193 *In Extenso* FIERRO Guillermo *"Teoría de la participación criminal"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

194 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 95); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 491); LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. p. 39); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 397). "La agravante comprende cualquier grado de participación en el abigeato (autoría, complicidad primaria o secundaria o instigadores), es decir, abarca tanto a quienes, en sentido general, han prestado una contribución, cooperación o ayuda a éste" (Cfme. BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 120).

195 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 95); LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 257).

determinado menester. En el caso concreto crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización, o transporte de ganado de productos o subproductos de origen animal ([196]).-

El sujeto activo requiere calidades específicas, por ello este tipo se concibe bajo la denominación de los *delicta propia* ([197]), pues se trata de los delitos de autor calificado, los cuales también suelen llamarse delitos especiales – por oposición a los delitos generales o *delicta comunia,* que pueden ser cometidos por cualquiera – y que se subdividen en delitos especiales propios – cuando la calidad es requerida en el tipo básico – e impropios – cuando es requerida por un tipo calificado – ([198]).-

§7.7.- Calidad de funcionario público.

El inc. 5º del art. 167 quáter agrava el abigeato cuando: *"Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión"*.-

Ya se virtió la opinión de Piña sobre estas condiciones personales que reúnen algunos de los partícipes del delito, en este caso particular la del funcionario público (art. 77 C.P.), quien defrauda la confianza del dueño de los animales, y en ello radica la mayor severidad punitiva ([199]).-

Según Donna la agravante se funda en la idea de que el funcionario público está para servir a la sociedad y no para aprovecharse del cargo para su beneficio o sea, utilizar los conocimientos, formación y el sueldo para cometer delitos ([200]).-

---

196 FIGARI Rubén *"Hurtos"* (ob. cit. p. 166); "*El hurto campestre…"* en el Dial.com DC528; *"El delito…"* (ob. cit. p. 163).

197 En contra D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 641).

198 ZAFFARONI Eugenio - ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro *"Manual de Derecho Penal. Parte General"*, 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 788.

199 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 163).

200 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 96). Se trata de una hipótesis de abuso de autoridad, porque el autor, valiéndose de ella, traiciona la confianza que se ha depositado en él y emplea aquella autoridad como un instrumento para violar la ley, en vez de observarla como su guardián celoso (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal ob. cit. ps. 257/258).

Bien apunta Buompadre al delinear esta agravante bajo la exigencia de la concurrencia de tres condiciones: 1º La participación de un sujeto que reúna la calidad de funcionario público – en los términos del art. 77 del C.P. – 2º que al momento de la realización del hecho delictivo se encuentre en el ejercicio de la actividad funcional, porque sólo puede violar los deberes de su cargo, abusar de sus funciones quien se encuentra en el ejercicio activo de la función pública, y 3º que con su participación, a diferencia del supuesto anterior, haya facilitado, de manera directa o indirecta, la comisión del hecho. Por consiguiente de no reunirse cualquiera de estos requisitos, el tipo se desplaza a la figura básica ([201]).-

Con respecto al punto tercero referido *ut - supra,* Laje Anaya subraya que en ese caso en realidad, el funcionario público actúa como un cómplice primario por ayuda o por auxilio, porque su aporte no consiste en tomar parte en la ejecución del delito, sino que se traduce en facilitar al autor o coautor la comisión del hecho; asimismo, es posible la participación secundaria porque la ayuda posterior puede significar un aporte que se presta en forma indirecta y tanto se puede facilitar haciendo algo como omitiendo un deber impuesto por el cargo ([202]); por ejemplo, "hacer la vista gorda" es una forma de facilitar o también lo hace en forma directa cuando provee a los autores de la documentación en blanco para su posterior llenado y uso.-

Finalmente, resulta adecuado señalar que esta agravante no concurre con la calidad de funcionario público, sin perjuicio de que tal condición sea tenida en cuenta para la evaluación de la pena conforme los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P.. En lo atinente a la actividad que pueda desplegar el funcionario público – violación de los deberes a su cargo o abuso de sus funciones – valen las consideraciones que se puedan efectuar con referencia al Título II "Delitos contra la Administración Pública", Capítulo IV "Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos" art. 248 y art. 248 bis.-

Cabe señalar que no cualquier funcionario público en ejercicio de sus funciones puede ser sujeto activo en esta agravante, pues la ley habla de aquel que facilitare directa o indirectamente la comisión del abigeato, lo cual está precisando que debe ser un funcionario relacionado a la actividad

201 BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 120).

202 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. p. 40); LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 258); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 397).

pecuaria, como podría ser un inspector de SENASA, los controladores que se hallan en puestos tales como rutas o lugares de destino, los inspectores u otros funcionarios que intervienen en el control de comercialización , acarreo, transporte, desembarco o embarco de ganado, etc. ([203]).-

Alvarez considera que el inc. 5°, es francamente redundante, a partir de la incorporación del art. 167 bis por ley 25.816 (12/11/2003, B.O. 09/12/2003 - ADLA 2004 - A- 36), que ya elevara las penas del capítulo para cuando los autores fueran integrantes de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario ([204]). Esto realmente, en principio no es tan así por la razón expuesta más arriba, en el sentido de que la presente manda alude a determinados funcionarios públicos – más precisamente los relacionados con la actividad pecuaria – y por otra parte, tanto el art. 163 bis como el 167 bis no hacen referencia al abuso de la función o cargo de los miembros integrantes de la fuerza de seguridad, policiales o del Servicio Penitenciario.-

Se trata de un delito especial propio por la calidad del sujeto activo ([205]).-

Por último, cabe referenciar que el funcionario público que facilita la comisión del delito de abigeato violando los deberes a su cargo, según Arocena, parecería que tal accionar es sólo compatible con un dolo directo, más al demandar que el agente se desenvuelva abusando de sus funciones, el legislador introduce un elemento subjetivo distinto del dolo, ya que toma en cuenta cierto modo de realización de la acción, que integra el sentido del acto y que no puede ser descripto como una relación entre dolo y objeto de bien jurídico. De modo que se advierte un componente subjetivo especial, un elemento del ánimo, que repara en la actitud que pone de manifiesto el agente en la realización del acto típico, quien debe participar en el hecho facilitando la comisión del abigeato abusando de sus funciones por lo que no basta la sola existencia, en el autor, de la calidad de funcionario público, ya que el sujeto activo tiene que haberse aprovechado de dicho carácter para perpetrar la acción típica y esta condición no concurrirá si el autor cometiera el hecho del mismo modo que podría haberlo realizado si no revistiera aquella calidad ([206]).-

§ 7.8.- Por el número de personas.

---

203 FIGARI Rubén *“Hurtos”* (ob. cit. ps. 168/169); “*El hurto campestre…”* en el Dial.com DC528.; *“El delito…”* (ob. cit. p. 166); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 34); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 97)

204 ALVAREZ, Carlos (ob. cit. ADLA 2004 - C - 4113).

205 En contra D´ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 642).

Finalmente, el inc. 6º del art. 167 quáter habla de la agravación cuando: *"6º participen en el hecho tres o más personas"*.-

Se trata de una circunstancia agravante objetiva que se focaliza en el número de sujetos intervinientes en el hecho por lo que salta a la vista que tal acontecimiento trae aparejado una mayor peligrosidad, por la especial facilidad de comisión del mismo ([207]).-

Esta forma de redacción no difiere sustancialmente de la empleada en otras figuras, tales son los casos del art. 119 inc. d – el hecho fuere cometido por dos o más personas –; art. 142 bis inc. 6º – cuando participaran en el hecho tres o más personas –; art. 170 inc. 6º – cuando participaran en el hecho tres o más personas –; art. 210 – tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas –; art. 216 – tomare parte en una conspiración de dos o más personas –; art. 238 inc. 2º – si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas –, etc..-

En este caso la ley no requiere un determinado grado de complicidad, sino solamente la intervención activa de tres o más personas, bastando con cualquier grado de participación ([208]). No se puede dejar de lado que tangencialmente este inciso tiene su punto de contacto con el tema de la banda – para quienes participamos de la hipótesis amplia – y de la asociación ilícita – para los enrolados en la tesis restrictiva –. Sin embargo, justamente al tratarse de dos cuestiones de interpretación conflictiva, tanto en la faz doctrinal como jurisprudencial, parece ser que el legislador, en un intervalo de lucidez, elude la cuestión álgida con la redacción adoptada. Pero se debe recalcar que en el caso en que sujetos comprendidos en este inciso, fueran integrantes de una asociación ilícita, habrá un concurso material.

Según Donna bastará con la participación de tres personas, con distintas tareas, aunque no siempre que sean de ejecución, límite que la ley no ha colocado, así por ejemplo, quien sabe cómo se

---

206 AROCENA Gustavo (ob. cit. ps. 277/278).

207 Idem (ob. cit. p. 278); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 98).

208 No parecen compartir dicha idea ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto "Para la aplicación del agravante es necesario que tres o más sujetos hayan acordado con antelación o inmediatamente antes de cometerlo, ejecutar o participar del abigeato. No es suficiente el encuentro ocasional, no acordado, de tres o más personas que cada uno por su cuenta se apodera de ganado de un mismo establecimiento rural" (Cfme. ob. cit. p. 492).

hará el acarreo y contribuye indicando lugares, días y horarios en los cuales el delito resulta menos peligroso, más fructífero y con mayores probabilidades de éxito ([209]).-

Finalmente, se ha entendido que la inimputabilidad de alguno de los participantes no excluye la agravante, en tanto y en cuanto que uno de ellos tenga capacidad de culpabilidad ([210]), mas si hay entre alguno de los participantes un inimputable por razón de su edad se aplicará la disposición del art. 41 quáter del C.P. aumentado la pena en un tercio del mínimo y del máximo para los mayores. Para Franceschetti los tres deben ser mayores de edad y debe mediar consenso previo, tácito o expreso, no admitiéndose en casos de participación accidental un conocimiento de la intervención de otro o de los otros y agrega: "En supuesto en que uno de los intervinientes sea menor de 18 años, corresponderá la aplicación del art. 41 quáter del C.P." ([211]).-

§ 8.- Inhabilitación y multa.

Incluyo como un agravante al art. 167 quinque, porque en realidad no hace otra cosa que imponer, además de la pena privativa de la libertad, una inhabilitación o multa para el funcionario público o las personas que reúnen las condiciones personales contenidas en el inc. 4º del art. 167 quáter. En efecto: *"En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quáter inciso 4, sufrirá, además inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena. En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos a diez veces del valor del ganado sustraído".*-

En el mensaje del Poder Ejecutivo enviado al Congreso se da como fundamento de esta norma que se sigue un temperamento formulado en otras legislaciones, previendo expresamente como penas conjuntas la de inhabilitación especial por el doble de la condena para aquellas personas

---

209 DONNA Edgardo (ob. cit. p. 98); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 397). En contra IRIARTE Ignacio para quien exige que los tres intervinientes tenga una presencia activa en el momento del hecho y cumpliendo tareas de ejecución (Cfme. ob. cit. ADLA 2004 - E- 6554); D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 642).

210 LAJE ANAYA Justo *"Delitos…"* (ob. cit. p. 41); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 278); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 121).

211 FRANCESCHETTI Gustavo (ob. cit. p. 242).

que reúnen las condiciones personales referidas en los incs. 4º y 5º del art. 167 quáter y además, la pena de multa determinada en un monto que guarda una relación que va de dos a diez veces el valor del ganado sustraído.-

Donna estima adecuada la normativa debido a que la persona que aprovecha una determinada posición en el sector pecuario y los conocimientos que ella le acarrea para delinquir, deben encontrar una respuesta por parte de los afectados de tomar ciertas medidas con respecto a dicha persona, ya que ésta deja de ser confiable para la función encomendada. "La reforma no merece objeciones, incluso todo lo contrario, en la aplicación de dicha sanción al caso del funcionario público. Y lo mismo ocurre en lo concerniente a las personas dedicadas a la crianza, faena, elaboración y comercialización del ganado, pues en torno a ellas o bien existe una reglamentación, o bien la actividad requiere de un registro del cual se ocupa la autoridad de aplicación" ([212]).-

La *inhabilitación*, ocupa el último lugar en el orden de gravedad concerniente a las penas previstas por el Código Penal y las Leyes Complementarias (arts. 5 ([213]) y 57 ([214])). Aquélla puede consistir en una pena única principal o conjunta, o puede ser una pena accesoria o complementaria

212 DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 99/100).

213 Art. 5 C.P.: "Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación".

214 Art. 57 C.P.: "A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5".

(art. 20 bis ([215])) y por su alcance, la inhabilitación es absoluta (art. 19 ([216])) o especial (art. 20 ([217])) y en razón de su duración puede ser perpetua o temporal.-

Tal como lo refiere el art. 5 la inhabilitación es una pena y no una medida de seguridad, de esta manera su finalidad consiste en el resguardo de instituciones o actividades tales como las regladas en los arts. 19 y 20 del C.P..-

En esta última norma se prevé una inhabilitación resguardadora de la actividad correlativa al delito cometido, al contrario de la que designa el art. 19 que tiene un efecto global y atiende a la naturaleza del delito. La primera – inhabilitación especial –, es siempre temporal y puede consistir en la privación del empleo, cargo, profesión o derecho en cuyo ejercicio se encontraba el sujeto inhabilitado, pero además puede consistir en la incapacidad de derecho para ejercer en el futuro una de aquellas actividades, habiendo, o no, estado en su ejercicio legítimo al cometer el delito ([218]). Con respecto a la privación de un cargo público – o una tutela o curatela – se alude al cese en el sentido

215 Art. 20 bis C.P.: "Podrá imponer inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; 3. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público".

216 Art. 19 C.P.: "La inhabilitación absoluta importa: 1. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2. La privación del derecho electoral; 3. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter existencial que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurran hasta la mitad de su importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas".

217 Art. 20 C.P.: "La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquéllos sobre que recayere".

218 NUÑEZ Ricardo *"Las Disposiciones generales del Código Penal"*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, ps. 59 y sgtes.

de perder el derecho y tanto es así que la rehabilitación no comportará la reposición (art. 20 ter, 3º párr. C.P.).-

No es necesario que del empleo o el cargo deriven el ejercicio de funciones públicas, pues lo que se pierde es la relación que vincula al penado con la administración pública, en su calidad de agente, sin que tenga relevancia, cualquier accidente. De esta forma, el cargo puede ser permanente o transitorio; remunerado o no, pero debe tratarse de un empleo o cargo público, y no de una actividad privada – en este caso se trata del ejercicio de una profesión o un derecho –, aunque tengan alguna vinculación con la actividad estatal. La actividad pública puede ser nacional, provincial o municipal.-

En cuanto a la profesión ([219]), está referida a la actividad en sentido de profesar que ejercía el inhabilitado a título de profesión, comprendiendo todo título, arte o ciencia – ocupación – y dada la naturaleza de esta pena, la actividad debe ser, en su modo, ejercida públicamente, aunque la misma no se halle sometida a regulación alguna ([220]). O público de la actividad, no está ligado o comprometido a la publicidad, sino que es público, cuando a terceros, cuya determinación no se encuentre circunscripta, les constare.-

En lo concerniente al derecho, se trata de aquél que encuentra su fuente en un acto de la administración pública, o emergente de la actividad privada cuyos efectos se traducen en una habilitación, licencia o autorización para el ejercicio para una determinada o múltiple actividad.-

No obstante, que la enumeración antecedente no incluye el ejercicio de un "arte" – entendido como práctica no continua que exige conocimientos especiales – en ciertos casos aquél necesita de habilitaciones o permisos estatales, de allí que se señala que las artes pueden ser objeto de inhabilitación especial ([221]). Se pone como ejemplo el caso del art. 207 del C.P..-

219 Se considera también que el vocablo "profesión" denota prácticas con un grado de preparación previa, continuidad y aceptación social, que dan satisfacción material o espiritual al individuo (Cfme. TERRAGNI Marco *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial"*, BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores), t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, ps. 238/239.

220 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique *"Notas…"* (ob. cit. t. I, ps. 84/85); SOLER Sebastián (ob. cit. t. II, p. 395); TERRAGNI Marco (ob. cit. p. 238); NUÑEZ Ricardo *"Tratado…"* (ob. cit. t. II. p. 438); ZAFFARONI Eugenio - ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro (ob. cit. p. 983). Esto se analizará *ut - retro.*

221 CREUS Carlos (ob. cit. p. 454); TERRAGNI Marco (ob. cit. p. 239); NUÑEZ Ricardo *"Tratado…"* (ob. cit. t. II p. 437).

La incapacidad hace alusión hacia el futuro y por todo el tiempo de la condena, importa inhabilidad para obtener otro empleo, cargo, profesión o derecho del mismo género. Finalmente, la inhabilitación para los derechos políticos abarca el derecho de votar y de ser elegido ([222]).-

Señalan Breglia Arias - Gauna que: "Cuando la acción o la omisión transgreden un deber de cuidado establecido en reglamentaciones muy específicas y distintas a las que comúnmente rigen una actividad dada o cuando para llevarla a cabo se requiere un nivel de especialización mayor que el necesario para desenvolverse de ordinario en una profesión o actividad, se discute si la inhabilitación debe alcanzar sólo este especifico y delimitado ámbito de especialización o extenderse a la actividad básica" ([223]). Nuñez entiende que la incapacidad para ejercer una actividad determinada lleva inherente la interdicción para desempeñar otra del mismo género, esto es, de la misma especie, de esta manera, por ejemplo, la inhabilitación para conducir motocicletas comprende la de conducir cualquier automotor ([224]).-

Lo que está en discusión es el hecho consistente en si para aplicar esta pena es requerible que la profesión, arte o industria esté reglamentada. No es partidario de esta última orientación Nuñez para quien la inhabilitación profesional para que proceda no ha menester que la profesión esté oficialmente reglamentada y que la persona esté autorizada por autoridad competente para ejercerla ya que la razón está dada porque la inhabilitación no se impone porque un autorizado haya violado el sistema regular del ejercicio de una profesión, sino en resguardo de la correcta práctica de una actividad de ejercicio público ([225]). Así también lo entiende Soler para quien basta que se trate de una esfera de actividad lícita, de cuyo ejercicio el delito provenga ([226]).-

---

222 LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique *"Notas…"* t. I, ps. 84/85.

223 BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. t. I, p. 155)

224 NUÑEZ Ricardo (ob. cit. *"Disposiciones ..."* p. 64)

225 Idem (ob. cit. p. 64); en igual sentido LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique *"Notas…"* (ob. cit. t. I. p. 84)

226 SOLER Sebastián (ob. cit. t. II, p. 395). En la nota 12 refiere que "Por eso no corresponde inhabilitar a un peón de estancia por el ejercicio de ese trabajo, conf. C. de Ap. de Azul J.A. XII p. 947; tampoco a un ciclista C.C.C., LL. T. 16, p. 558, fallo 8.300"

Existe otra tendencia que ha sostenido lo contrario, en el sentido de que la inhabilitación sólo puede recaer sobre profesiones o artes reglamentadas por el Estado o que, cuando menos, necesiten de una expresa habilitación estatal para ser ejercitadas. Creus participa de esta opinión, ya que según su entender, responde mejor al principio de legalidad de la pena y condice con el principio de reserva al observar que: "El Estado no puede prohibir una actividad cuando no ha considerado que su ejercicio tiene que permitirlo expresamente (se podrá inhabilitar al conductor de una motoniveladora que produjo con ella lesiones culposas, ya que su manejo necesita una habilitación especial para conducir esa maquinaria, pero no al jornalero que hirió con una horquilla al compañero mientras levantaba una parva, de modo tal que no puede volver a trabajar con horquillas durante el tiempo de la condena). Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente dogmático, esta es la doctrina que surge del art. 20 bis inc. 3º del C.P., en su actual redacción, la cual extiende la inhabilitación especial a los casos de "incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio depende de una autorización, licencia o habilitación del poder público"" ([227]).-

Hechas las anteriores atestaciones referidas a los cánones generales que rigen la inhabilitación, no se advierte mayor conflicto en la aplicación de dicha sanción al caso del funcionario público, ya que en las alternativas en que una figura penal alcanza, dada justamente su calidad funcional habitualmente trae aparejado juntamente con la sanción principal una accesoria, como lo es la inhabilitación para ejercer el cargo que ostenta. También, creo que no existe mayor problema en algunos casos en los que se indican a las personas del inc. 4º del art. 167 quater, como sería el agente que se dedique a la crianza, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal, pues para ello existe una reglamentación y también una inscripción o registro que es supervisado por la autoridad de aplicación. Pero no advierto, por ejemplo, cómo se podría imponer tal pena a quien cuida los animales, como sería el caso del peón de campo o "potrerizo" ([228]). Sobre este particular ya se ha hecho una observación al analizar el inc. 4º del art. 167 quater.-

No hay que olvidar lo dispuesto por el art. 12 del C.P. pues dada la pena mínima en consideración a las agravantes previstas en el art. 167 quater – cuatro años de prisión o reclusión – siempre será aplicable ya que en aquél se consigna que la reclusión y prisión por más de tres años

227 CREUS Carlos (ob. cit. Parte general, p. 455)

lleva como inherente el efecto penal de la inhabilitación absoluta y como civil, las privaciones dispuestas en la segunda parte de la mentada norma.-

Juntamente con la pena de inhabilitación la norma que se analiza prevé la aplicación de una multa equivalente que va de dos a diez veces el valor del ganado sustraído.-

La *multa* también es una pena que procura la prevención delictiva individual y general mediante el castigo pecuniario del condenado, sin restricción de su libertad o de su actividad, como respeto de esta última, lo hace la pena de inhabilitación. Tal como se ha visto, la multa penal es una pena prevista en el art. 5 que opera sobre el patrimonio del condenado, con límite constitucional de la prohibición de confiscación, pero que no reconoce el objetivo reparador que caracteriza a la multa administrativa. Como se sabe, la multa consiste en el pago por parte del condenado al Estado de una cantidad de dinero fijado por la sentencia condenatoria firme – art. 21 C.P.– que en este caso tiene su equivalencia al valor – que va de dos a diez veces – del ganado sustraído de acuerdo al precio cotizable en plaza ([229]). Destaca Piña que esta forma de multa tiene la ventaja de tener directa relación con el efecto económico producido por el delito – principio de proporcionalidad – y además no necesita de una permanente actualización frente a la eventual inestabilidad del valor de nuestra moneda ([230]).-

Si bien en términos generales la cantidad de dinero constitutiva de la multa deberá ser fijada por el Tribunal en cada caso con arreglo a los criterios objetivos y subjetivos del art. 41 y a la situación económica del penado, en el caso que se examina hay un mínimo y un máximo predeterminado por la misma normativa dentro de la cual se puede expedir el Tribunal. Al igual que la inhabilitación, de acuerdo al art. 5, la multa es una pena principal que puede ser impuesta como pena única, conjunta o alternativa y también complementaria – art. 22 bis –. Laje Anaya - Laje Ros interpretan que con respecto a la redacción de la última cláusula “en todos los casos antes previstos” puede entenderse que con ella se hace referencia a todos los casos previstos en el art. 167 quáter, porque estos son los casos antes previstos, no obstante, esta interpretación puede presentar el

228 FIGARI Rubén *“Hurtos”* (ob. cit. ps. 182/184) y *“El hurto campestre…”* en el Dial.com DC528; *“El delito…”* (ob. cit. p. 173); VILLADA Jorge (ob.cit. p. 37); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 494). En contra DONNA Edgardo quien entiende que puede verse claramente que la dificultad aludida no está en imponer la pena, sino en la imposibilidad de control de que ella se cumpla. “Aunque la idea de la ley no está pensada para este tipo de personas, sino para aquéllas cuya actividad esté inscripta y haga valer esos conocimientos” (ob. cit. p. 100)

inconveniente de excluir al art. 167 ter, pero si el art. 167 quinque se ha referido a un delito previsto en este Capítulo, es obvio que el art. 167 ter lo integra, de modo que la multa conjunta corresponde, toda vez que el abigeato sea regulado por el art. 167 ter o por el 167 quáter y en este caso, no es aplicable lo dispuesto por el art. 22 bis. Agregan que en caso de que el abigeato quedara en tentativa, la multa no corresponde porque el mentado art. 167 quinque se refiere al ganado sustraído, implicando con ello que el hecho se ha consumado ([231]).-

Apunta Villada que este caso de pena de multa conjunta y obligatoria, también parece adecuada como contrapartida de delitos contra el patrimonio en el que se persigue un fin de lucro, pero a su entender, ya estaba contemplada en el art. 22 bis del C.P. al establecer la imposición de multa, para todo delito realizado con ánimo de lucro, y éste lo es. Pero, en el supuesto de que en el

---

229 Sobre este particular LAJE ANAYA también se plantea varias dudas pues se interroga cuál es el valor del ganado sustraído, si es el que pagó el dueño por el animal, si es un valor relativo o absoluto, si es el valor que tenía al tiempo del hecho o al tiempo de dictar la sentencia lo cual podría introducir ciertas inequidades porque si al tiempo del hecho el ganado sustraído valía más que al tiempo de la sentencia el condenado se habrá empobrecido si tuviera que pagar aquel valor porque habrá pagado de multa una suma mayor y si sucede lo contrario, se habrá enriquecido porque pagará de multa una suma menor. Define la cuestión a su entender, que si el ladrón hurtó o robó una cosa que valía lo que valía al momento del hecho pareciera que deberá pagar la multa consistente en el valor a ese momento, aunque a posteriori la sentencia estimare que la cosa pudiera valer más o menos. Por último, destaca que la multa no es un pago del valor al propietario del animal a título de indemnización sino un pago de una suma de dinero al Estado (Cfme. LAJE ANAYA Justo ob. cit. ps. 41/42). En igual sentido DONNA Edgardo (ob. cit. p. 100); ESTRELLA Oscar- GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 494) aunque critican la técnica legislativa ya que el valor del ganado sustraído es una apreciación que puede variar según la opinión personal del juez que la determine o de los peritos, entendidos o mercados económicos a los que recurra para su determinación, además, debe adunársele la incertidumbre que proviene del hecho respecto a que no todo ganado de la misma especie tiene el mismo valor, concluyendo en que se debe aplicar el principio de la ley penal más benigna.

230 PIÑA Roxana (ob. cit. p. 164).

231 LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. ps. 260/261); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 122) aunque indica que el momento de la multa vinculado al valor del ganado sustraído se aplicará teniendo en cuenta el valor del animal al momento de producirse el hecho delictivo. En contra D`ALESSIO Andrés para quien el párrafo “en todos los casos antes previstos” sólo lleva a entender a los casos de abigeato agravado y nada obsta que a la condena por abigeato simple – como cualquier otro delito – se le pueda imponer la pena conjunta de multa si el hecho hubiera sido cometido con ánimo de lucro aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla – la de prisión –. (ob. cit. p. 644).

art. 167 ter, dos o más sujetos sustrajeren un animal para comerlo no se le aplicará el art. 22 bis que exige ánimo de lucro y no hambre, de modo que, con la presente disposición, el legislador se aseguró de agravar la pena cualquiera sea el ánimo o fin perseguido por el culpable de abigeato – aun cuando se trate de un caso famélico – ([232]).-

La falta de pago de la multa no implica entrar en mora con el consecuente pago de intereses sino que se transforma en prisión – que no excederá de un año y medio – condicionada ésta a que el penado pueda satisfacer la multa por otro medio. "La idea de la ley es que el condenado, sometiéndose a la sentencia, pague en ese término la cantidad de dinero determinada por ella. Pero si el condenado no paga, la ley no renuncia ya a ejecutar la pena pecuniaria. El tribunal está autorizado para facilitar, en ese caso, el pago en dinero antes de convertir la multa en prisión, pues ésta representa el último recurso legal para que el renitente o el carente de medios de pago o de capacidad laborativa, no se libre de pena. Por un lado, el tribunal debe impedir que quien desee pagar y pueda hacerlo, sea encerrado; y, por otro lado, debe evitar que se burle la condena, dejando a elección del reo el pago o la prisión. Al que *desee* pagar, pero no lo pueda hacer dentro del término fijado por la sentencia, el tribunal podrá autorizarlo para *amortizar mediante el trabajo libre* (art. 21, §3º, 2ª disp.) o *para pagar por cuotas* (art. 21, §4º, 1ª disp.)… La falta de pago de la multa en el término que fije la sentencia, el incumplimiento del pago de una cuota o la falta de prestación del trabajo a prestar, llevan a la conversión de la multa en prisión para el condenado. Pero esto no sucede de una manera directa y sin solución de continuidad. El primer objetivo de la ley es que el penado pague la multa, porque ésta es la pena individualizada para el caso por la ley y por el juez. Para alcanzar ese objetivo, el tribunal no sólo puede autorizar los modos de pago estudiados, sino que, en última instancia, vencido el término fijado por la sentencia y, en su caso, inobservados de esos modos especiales de pago, antes de transformar la multa en prisión, debe procurar la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado (art. 21, §3º, 1º disp.). En ningún caso el tribunal puede prescindir de ese procedimiento previo. Su omisión constituye una inobservancia de la ley sustantiva subsanable por vía de casación o apelación de la sentencia. La transformación de la multa en prisión se debe realizar de acuerdo con la proporción del artículo 24 del Código penal. Esta inteligencia surge de la regla del artículo 22, §2º, respecto del cómputo de la prisión sufrida en el supuesto de que el reo satisficiere la multa una vez impuesta a aquélla. La pena

232 VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 37/38).

de prisión sustitutiva de la multa no puede exceder de año y medio (art. 21, §2º), y para establecerle se debe descontar el monto de la multa ya abonada, por cuotas o trabajo" ([233]).-

9.- Acotación

El Anteproyecto de Reforma de Código Penal en cuanto a la inhabilitación para el caso de abigeato – el cual está comprendido en el inc. 2º apartado b) del art. 140 como un hurto agravado y en el art. 141 inc. 2º apartado f) – prevé en el inc. 5º la siguiente disposición: *"En el supuesto del apartado b) del inciso 2º del artículo 140, y en el correspondiente en función del apartado f) del inciso 2º de éste artículo, sufrirá, además, inhabilitación por el doble de tiempo de la condena, todo partícipe que desempeñare alguna actividad de crianza, comercialización, cuidado, faena o transporte de ganado"* ([234]).-

233 NUÑEZ Ricardo *"Tratado…"* (ob. cit. t. II. ps. 425, 429/430).

234 En la Exposición de Motivos sobre este particular se expresa: "El inciso 4º [en realidad se está refiriendo al inciso 5º] proyectado corresponde al vigente artículo 167 *quinquies.* Teniendo en cuenta la gravedad de las penas, la inhabilitación puede llegar hasta el máximo legal proyectado (veinte años), lo que se justifica plenamente, dado que es muy poco probable que el abigeato con lesión grave, es decir, de múltiples cabezas, se pueda cometer sin intervención o encubrimiento de los funcionarios de seguridad ni de la receptación de los encargados de mataderos".

Homicidio Agravado por odio racial o religioso

Por **Eduardo Luis Aguirre y Alejandro Javier Osio.**

Art. 80: ***"Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:***

(…) 4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión." (inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

La incorporación relativamente reciente de esta causal, en el inciso 4°) del artículo 80 del Código Penal,a partir de la puesta en vigencia de la Ley N° 23077, remite a dos antecedentes que respondieron a una realidad global sobreviniente a la segunda posguerra. Uno de ellos, sin ninguna duda, lo constituye la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (CONUG), sancionada el 9 de diciembre de 1948,que entrara en vigencia el 12 de enero de 1956, y a la cual nuestro país adhiriera el 9 de abril de 1956. Más allá de las críticas que la Convención recibiera y recibe por la limitación de la protección de las víctimas de delitos de masa perpetrados por razones políticas en que su articulado incurre, su influencia en un contexto histórico signado por los crímenes contra la humanidad es indudable. El segundo precedente, lo configura el Proyecto Soler, que recepta un tipo análogo. A esos dos antecedentes, debe sumarse la reforma constitucional del año 1994, que incorpora a la CONUG al derecho interno (CN, 75 inciso 22).

La agravante en cuestión introduce una especificidad al tipo subjetivo, que determina el móvil de este tipo de homicidios: la cuestión del odio racial o religioso. Está claro ese sentimiento antagónico debe responder a la pertenencia o adscripción de la víctima a un grupo racial o un sistema de creencias religioso determinado. Lo que no aparece tan claro, es el alcance y la significación que se atribuye a la

categoría del odio. Algunos autores, como Carlos Parma, entienden que por odio debe entenderse el aborrecimiento o la abominación de la condición racial o la filiación religiosa de la víctima. Coincidimos, en principio, con esa caracterización del sentimiento, pero creemos que, en este caso, como en el de genocidio, las definiciones jurídicas pueden - y deben- ser complementadas con determinados conceptos propios de otros saberes, por ejemplo, la sociología. El odio, asimilado etimológicamente al repudio, la aversión o el desagrado, en este caso respecto de ciertas personas, por su raza o sistemas de representación del mundo, debe necesariamente responder a ciertas lógicas previas, para evitar lo que, preclaramente, Hannah Arendt denominaba "la banalidad del mal". No cualquier aversión o rechazo puede ser asimilada al odio, si se trata de limitar el poder punitivo estatal en el supuesto de una figura particularmente gravosa en términos de la pena en expectativa que prevé. El odio debe responder a ciertas racionalidades y lógicas, abyectas ellas, por supuesto, pero que configuran un elemento definitorio de la cosmovisión del mundo del perpetrador del delito. Una racionalidad, un ejercicio del pensar. De lo contrario, el encuadre típico hecho con una ligereza ampliatoria del poder punitivo semejante, aparejaría dos consecuencias preocupantes. Una, que un delito que no reclama para su configuración la intención de aniquilamiento total o parcial de un grupo previamente construido por el agresor, puede deparar una pena mayor que la que la Corte Penal Internacional reserva para el delito de genocidio. La segunda, es asimilar el odio a un prejuicio de máxima irracionalidad e intensidad, pero desprovisto de una motivación o razón suficiente. Creemos que, para que proceda esta calificante, debe verificarse previamente una conceptuación del perpetrador, la construcción de una racionalidad que construye un otro negativo, basado en su pertenencia a cierta raza o creencia religiosa. Esa otredad negativa, construida por el propio agresor o heredada pero, en todo caso, capaz de contribuir decisivamente a la concepción del mundo que aquel se forma, es lo que debe entenderse en realidad por odio, tal como lo consigna el tipo, para evitar una simplificación de una motivación en la que intervienen la discriminación y la intolerancias frente a la diversidad. De modo tal que el odio no puede asimilarse a una pulsión irracional sino, por el contrario, a una racionalidad negativa construida con antelación a la perpetración del crimen. Parecería ésta la única forma de armonizar la conducta agravada con el delito de genocidio, del cual, además, es necesario distinguir este tipo de homicidios. La CONUG específicamente señala que las conductas genocidas deber perpetrarse contra determinados grupos nacionales, religiosos, étnicos o raciales, con la intención de destruirlos total o parcialmente. Este elemento subjetivo del tipo, previsto en el artículo II de la mencionada Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, es lo que permite diferenciar en cuanto a su naturaleza este crimen

contra la Humanidad del crimen agravado por odio racial o religioso, donde no es necesaria la intención de exterminio total o parcial, sino, simplemente, el odio, caracterizado en los términos que ya hemos señalado.

Como ya lo hemos visto, el genocidio está definido por la Convención, fue incorporada inicialmente al derecho argentino por vía del Decreto Ley N° 6286/56, y luego ratificado por la Ley 14467. El artículo 75, inciso 22) de la Constitución Nacional, dispuso la forma en que la Convención fue incorporada al derecho interno: en las condiciones de su vigencia y con jerarquía constitucional.

La definición que la CONUG hace de la figura de genocidio, establece claramente las diferencias del mismo con el homicidio agravado del artículo 80.4 del Código Penal argentino.

“Artículo II. - En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Como se observa, el genocidio contempla otras conductas diferentes a la matanza de personas. Es más, como ya dijimos, esta aparente amplitud diferencial, es severamente criticada, justamente porque entre los grupos protegidos se ha excluido a los colectivos políticos, cuando la realidad histórica indica que muchos genocidios han sido cometidos, paradójicamente (o no tanto), por razones políticas.

Estas razones sugieren, en definitiva, que la figura del artículo 80.4 no se identifica con el genocidio ni éste comprende al homicidio agravado en cuestión. La diferencia, como ya hemos señalado, radica en la intención de exterminio total o parcial de un grupo, que caracteriza al tipo penal de genocidio, y no tanto en la motivación subjetiva que determina a los autores, cuyo alcance, características y naturaleza ya hemos analizado.

Sedición

Por **Eduardo Luis Aguirre**

Art. 229*: "Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley."*

Art. 230: *"Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:*

1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);

2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código."

El código penal argentino trata el delito de sedición en un único capítulo que se ocupa de describir dos conductas típicas diferentes.

La primera de ellas, a la que podríamos caracterizar como sedición en su forma genérica, o propiamente dicha, la aborda en el artículo 229, describiendo conductas diferentes a la rebelión contra el gobierno nacional, claramente incompatibles con la vida democrática, circunscriptas en este caso a armar una provincia contra otra, alzarse en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

En el artículo 230, por su parte, el código contempla supuestos igualmente atentatorios contra el orden institucional, que algunos autores caracterizan como "motín". El inciso primero de dicho texto legal, penaliza a los miembros de una fuerza armada o reunión de personas que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste, conducta que también fulmina la Constitución Nacional en su artículo 22. El inciso segundo del mismo artículo, sanciona a los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o las resoluciones de los funcionarios nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya un delito más severamente penado. Con lo que, este último tipo penal, adquiere, al parecer, una función

"residual" que cedería frente a conductas más graves que atenten contra los poderes públicos y el orden constitucional.

En los dos artículos en los que el código analiza el delito de sedición, se observa una preocupación del legislador por adecuar las conductas típicas a expresos mandatos constitucionales.

En efecto, el artículo 6º de nuestra Carta Fundamental establece textualmente: " El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia". El ya mencionado artículo 22, por su parte, expresa: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición". Finalmente, el artículo 127 dice: "Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley". Como se observa, el tipo penal en cuestión importa una derivación de preceptos fundacionales de la forma representativa, republicana y federal establecida por el constituyente, ratificada por los nuevos derechos emergentes de la primera parte del artículo 36, según el texto que el mismo asumiera luego de la reforma de 1994: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo".

Algunos autores han destacado cierta incongruencia entre la redacción del artículo 229, que penaliza la conducta de "armar una provincia contra otra", y el texto constitucional que considera sedición únicamente a las hostilidades de hecho de un estado provincial contra otro, pero no a la conducta de "armarse", que podría considerarse un acto previo a las hostilidades que no debió haber integrado el tipo objetivo (Tazza, Alejandro: El delito de Traición, Sedición y Concesión de Poderes

Tiránicos,disponible en http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2010/11/el-delito-de-traicion-sedicion-y.html)

El delito de sedición, al igual que los que sancionan los atentados al orden constitucional y a la vida democrática (artículos 226 y 228), adquieren en el marco histórico actual una importancia trascendental en nuestro país y en la región, atendiendo a las nuevas formas destituyentes que, con diversa suerte, han proliferado respecto de gobiernos democráticamente elegidos.

En consecuencia, debe advertirse que, si bien estos tipos penales ya eran materia de preocupación en nuestro país en sendos proyectos que datan de más de un siglo (debe enumerarse en ese sentido los proyectos de Código Penal de 1891 y 1906), el bien jurídico protegido- la vigencia plena del Estado Constitucional de Derecho- y las nuevas formas de afectación del mismo, merecen una necesaria adecuación histórica.

Por eso, puede parecer en principio que la conducta de "armar una provincia contra otra" remite a una realidad compatible con los albores de nuestra organización constitucional y las luchas intestinas que devastaron el país hasta la sanción de la Constitución de 1853/60. Pero muy pocas dudas puede caber respecto de la dramática actualidad que conservan las tentativas frecuentes de "alzarse en armas para cambiar la Constitución local, y muy especialmente deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley". Tampoco nos sorprende, en el contexto actual de América Latina, el accionar de individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionar en nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional, ni tampoco el accionar de los que se alzan públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

Se trata en ambos casos, de delitos de actividad, que admiten únicamente la forma dolosa directa que consiste en el conocimiento del o los autores de que intervienen en alguna de las conductas anteriormente indicadas. En cuanto al sujeto activo, la doctrina tiende a expedirse respecto de su necesaria *pluralidad*, toda vez que, de lo contrario, la conducta podría quedar subsumida en ofensas que pueden admitir la comisión por parte de actores individuales, tales como la desobediencia, la resistencia, o el atentado a la autoridad.

Ambas normas, en consecuencia, deben interpretarse como sancionatoria de este tipo de prácticas antidemocráticas que han puesto en crisis la institucionalidad de los gobiernos legítimos de la región, y que en algunos casos han amenazado, en los últimos años y en lo que aquí importa, a los

de nuestro país. Los actores no necesariamente son las fuerzas militares, como antaño acontecía. Conspiran actualmente contra la democracia, según datos objetivos de la realidad contemporánea, desde grupos concentrados de poder económico y financiero, oligopolios mediáticos, hasta policías locales y otras fuerzas de seguridad. La doctrina de los golpes blandos de Gene Sharp ilustra explícitamente sobre estos accionares reiterados. En líneas generales, cabalgando sobre la base de reclamos reales y atendibles, se invoca la "voluntad del pueblo" para arrancarle a los gobiernos democráticos determinadas medidas o, lisa y llanamente, deponerlos.

Según Sharp, estos "golpes suaves" (también aludidos como "primaveras") reconocen en todos los casos cinco pasos sucesivos de debilitamiento sistemático de los gobiernos, que comienzan con acciones destinadas a generar y promocionar un clima de malestar e intrigas, continúan con acusaciones de “totalitarismo” o faltas de libertades, se mixturan con experiencias de calle y protestas violentas estimuladas e incitadas por grandes medios de comunicación aliados a intereses minoritarios, operaciones de “guerra psicológica y desestabilización que apuntan finalmente a forzar las dimisiones de las autoridades o debilitarlas al extremo.

Habida cuenta de la sensibilidad de los bienes jurídicos implicados, las causales de justificación o error deberían ser merituadas con máxima taxatividad republicana. Recurrentemente, las movilizaciones en determinados sitios urbanos, que adquieren una gran visibilidad a partir de la prédica sistemática e interesada de grandes empresas comunicacionales o propagandísticas, tienden a ser exhibidas como clamores ciudadanos mayoritarios, invistiéndose interesadamente a las mismas de una pretendida "legitimidad", hasta confundirlas de manera sesgada con institutos tales como el derecho de resistencia a la opresión, la protesta social o la protección de derechos y garantías constitucionales. Lo propio ocurre con el "error" de tipo, cuando los perpetradores invocan ignorar su participación en un hecho delictivo, e intentan acotar la misma a protestas producidas en el marco de demandas salariales, laborales o de sector. Las asonadas policiales vividas últimamente en la Argentina pueden resultar un buen ejemplo para discutir estos aspectos dogmáticos.

INFANTICIDIO

Por **Tomás Sebastián Soto**

Art. 81 inc. 2: ***"Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1 de este artículo".*** **(Derogado por ley 24.410*)*.**

Introducción

El infanticidio era una figura penal prevista en nuestro Código Penal, que preveía una pena atenuada para la madre que, a fin de ocultar su deshonra, daba muerte a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontraba bajo la influencia del estado puerperal. Dicha figura fue derogada en 1994 bajo la presión de la Iglesia, la influencia de los derechos humanos y de los niños. Desde entonces, la reforma fue diversamente cuestionada por gran parte de los juristas, porque no solo se eliminó el privilegio de la conducta, sino que además, quedó tipificada como un homicidio calificado, agravado por el vínculo. Por ello, este delito pasó de tener una pena máxima de tres años a cadena perpetua.

Pese a su derogación y a la actual presión social por su reincorporación, esta figura ha estado siempre presente en nuestro derecho y jurisprudencia argentina, y en determinadas ocasiones, los jueces han aplicado penas menores, teniendo en cuenta la particular situación anímica por la que atraviesa la madre con motivo del parto.

Es por ello, que el presente trabajo gira en relación a esta particular figura, su marco legal, ubicación sistemática y situación actual, para luego desarrollar y encarar la problemática objeto del mismo: ¿Es consistente la normativa legal vigente para proteger los supuestos que antes eran regulados por la figura del infanticidio, o los mismos requieren una regulación específica acorde a nuestros tiempos?

El objetivo de este trabajo es analizar la situación pasada y actual del infanticidio, y su posible reincorporación a nuestro Código Penal, en sus diversos supuestos y modalidades. Para ello se describirán las causas que motivaron la derogación de la figura y aquellas por las cuales se pretende

reincorporar la misma, y se analizará la doctrina y jurisprudencia existente en el tema, contemplando las diversas posturas al respecto, a fin de encontrar respuestas para la problemática.

Los objetivos específicos, que serán tratados previamente y los cuales nos llevarán a alcanzar el objetivo general, son los siguientes:

I) Determinar si es la vida humana un bien disponible por la persona.

II) Determinar si se encuentra protegido el derecho a la vida en nuestra legislación.

III) Analizar si se encuentran vigentes las causas que originariamente se tuvieron en cuenta al legislar la figurar del infanticidio.

IV) Determinar si el accionar de la madre opera como un estado de necesidad justificante al momento de matar.

V) Determinar si el accionar de la madre opera como un estado de emoción violenta al momento de matar.

VI) Analizar y determinar qué se entiende por Psicosis Puerperal.

VII) Análisis de la legislación nacional y comparada.

VIII) Análisis del supuesto de infanticidio como producto de una violación y viabilidad de dicho móvil como justificante de la atenuación de la pena.

IX) Análisis de la influencia del factor educacional en el infanticidio.

El trabajo ha sido dividido en tres capítulos:

En el capítulo I, MARCO REFERENCIAL; se desarrollarán los antecedentes legislativos del Infanticidio en nuestro país desde su inclusión originaria en el Código Penal hasta llegar a nuestros días; y se analizará y expondrá el tipo legal de la misma, su procedencia, supuestos comprendidos y el bien jurídico protegido.

En el capítulo II, PROBLEMÁTICA; se expondrá el problema base de esta investigación, y junto a ello se utilizarán interrogantes previos vinculados a la cuestión, muchos de los cuales son objeto de discusión en la doctrina nacional y nuestra sociedad, y respecto de los cuales existen posturas opuestas. Su análisis nos llevará directamente a fundamentar y dar respuesta al interrogante principal.

Por último, en el capítulo III, se señalarán las CONCLUSIONES obtenidas y la posición personal del autor.

Resumiendo, este trabajo procura brindar un análisis exhaustivo de la figura del infanticidio, y desarrollar con ello la situación actual de la misma, su realidad social en nuestros días, y su posible reincorporación a nuestro Derecho Argentino.

En relación a la bibliografía consultada se ha revisado básicamente a los juristas más sobresalientes de nuestra doctrina nacional y latinoamericana, entre otros; y ello teniendo en cuenta la escasez de material existente y disponible, atento la omisión de su tratamiento por muchos autores, debido a su actual derogación.

Cabe aclarar, que a fin de tratar este tema en relación a la mujer y sus derechos, se han tenido en cuenta no solo principios jurídicos, sino también éticos y religiosos, además de contemplar las diversas posiciones existentes sobre el tema, por lo cual el objeto de estudio del presente trabajo ha quedado limitado a dichos aspectos.

En cuanto a su metodología, se ha optado por un enfoque cualitativo, ya que se buscó comprender la situación actual del Infanticidio, teniendo en cuenta la legislación y posturas jurídicas. Por ello, el énfasis no estuvo puesto en medir las variables involucradas sino en entenderlas. [1]

Asimismo, fundamenta la utilización de este enfoque en la elección de técnicas de recolección de datos sin medición numérica, valiéndome del análisis documental.

El tipo de estudio utilizado es el descriptivo ya que se buscó caracterizar el fenómeno, cómo es y cómo se manifiesta, mediante una búsqueda precisa de los datos para su descripción. [2]

El diseño de investigación es no experimental ya que se evaluó la normativa y la opinión doctrinal sin intervenir en el fenómeno.

La técnica de recolección empleada fue el análisis documental del Código Penal originario, Código Penal actual, proyectos de ley y posturas jurídicas. Asimismo estos documentos fueron analizados en atención a los siguientes ejes de análisis:

- Análisis de la legislación pasada y legislación comparada del tema.
- Visión y posturas jurídicas en torno al tema en cuestión.

· Análisis del Infanticidio en concurrencia con determinados factores que puedan llegar a considerarse móvil o causa del mismo (factor educacional, estado de necesidad, estado de emoción violenta, entre otros).

· Distinción del Infanticidio de otras figuras similares(Parricidio, homicidio en estado de emoción violenta, supuestos de psicosis puerperal).

Antecedentes Históricos Y Evolución Legislativa

La incriminación del Infanticidio estaba prevista en el proyecto de 1891 en la siguiente forma: "a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o hasta tres días después, y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito". [3]

Pero antes de ello, este hecho "no se caracterizó ni se legisló como un delito más benigno, sino que se lo siguió considerando como un parricidio u homicidio agravado por la presunción de ser premeditado, cuando lo cometía la madre o un ascendiente, o como un homicidio , si el autor era un tercero" [4]

Se puede notar que el proyecto de 1891 hace residir la atenuante en la causa del honor, ya que la finalidad misma era la de ocultar la deshonra de la madre. Sin embargo, esto fue modificado por la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores le hizo al Proyecto de 1917. Tales modificaciones fueron las siguientes: En relación al infanticidio cometido por la madre, fue sustituida la fórmula "hasta tres días después" por la de "mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal"; y en relación al infanticidio cometido por los parientes, se agregó el requisito "que se encontraren en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable". [5]

Puede apreciarse que el Código Penal, adoptando estas modificaciones y siguiendo el Anteproyecto Suizo de 1916, abandona la tradición latina-local que atendía solo al criterio psicológico de la causa del honor y agregó el criterio fisio-psicológico de la influencia del estado puerperal y el psicológico de la alteración del ánimo de los parientes. Sin embargo, la admisión del criterio fisio-psicológico ha sido negada por parte de la doctrina, atribuyendo a la nueva fórmula un significado puramente cronológico. [6]

"Ya en 1995, en el medio de un debate sobre leyes de tráfico de menores, bajo la presión eclesial y la defensa de los derechos del niño, fueron derogados del Código Penal la figura de 'infanticidio'(que establecía una pena mínima de hasta tres años) y la posibilidad del otorgamiento de la 'pastilla del día

después' por parte del Estado en caso de violación. El proyecto para eliminar dicha denominación jurídica fue presentado por el entonces senador radical Ricardo Lafferriere".[7]

Con la eliminación de la figura, la acción de la madre durante el puerperio pasó a tipificarse como un homicidio calificado agravado por el vínculo, con una pena de cadena perpetua.

La eliminación de la figura dio lugar al cuestionamiento de gran parte de la doctrina nacional –Zaffaroni entre ellos-, y con el caso de Romina Tejerína comenzó el debate legislativo sobre la necesidad de atenuar las penas en los casos de madres que matan a sus hijos durante el nacimiento y bajo la influencia del estado puerperal.

"La diputada socialista María Elena Barbagelata primero –a partir de 2002–, y la kirchnerista Juliana Marino ahora, han presentado proyectos para reincorporar la figura al Código Penal. El de Barbagelata impone una pena máxima de tres años de prisión y el de Marino de cuatro años a la madre que matare a su hijo mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal".[8]

La Figura Legal

El Infanticidio.

El término Infanticidio proviene del latín "INFASCAEDERE", que significa "matar al niño". En tanto, Carrara sostiene que su origen es del italiano "INFANTARE", sinónimo de parir, o muerte del hombre recién nacido. Pero, puede haber tantas definiciones de la palabra infanticidio como ordenamientos jurídicos que lo tipifiquen, lo cual, esta definición etimológica, solo nos da una aproximación al fenómeno. [9]

Este delito tuvo autonomía propia, desde el momento en que existió la necesidad de diferenciarlo del homicidio y el parricidio, "...porque tenía caracteres propios y que como elementos esenciales de la figura podemos señalar: Que se trata de un delito especial, que el sujeto pasivo es un ser que está naciendo o recién nacido, y que la conducta se realiza durante un período especial". [10]

El antiguo artículo 81, inciso 2, del Código Penal disponía: "Se impondrá prisión de uno a seis años... 2º A la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal, y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable".[11]

La figura ha ido sufriendo diversas modificaciones durante el transcurso del tiempo, ya que originariamente el delito solo se refería a la madre y no hacía referencia a los padres, hermanos, maridos e hijos, y por lo tanto no eran abarcados por la excusa.-

Lo más importante aquí, y la característica principal que diferencia al infanticidio de otras figuras es el propósito de evitar la deshonra; por ello, sin contar con este elemento subjetivo específico y característico, la figura desaparece y es absorbida por la figura común o base que corresponde: el parricidio, como es hoy en día al haber sido derogada la figura por la ley 24.410, siendo la muerte de un recién nacido por su madre o las personas mencionadas en el antiguo Art. 81, un homicidio calificado por el vínculo.[12] Cabe aclarar que en relación a esos parientes, los hermanos de la madre (tíos de la víctima) o sus hijos (hermanos de la víctima) no quedarían abarcados por el agravante del homicidio calificado, toda vez que el mismo, conforme artículo 80 inciso 1 se refiere a dar muerte “a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”.

Como dice Carrara: “Todo radica, en definitiva, en apreciar o menospreciar como fuerza extraordinaria impulsora hacia el delito, a la causa del honor operante en una propicia situación física del autor, creada por las humanas y poderosas fuerzas del afecto y del sexo” [13]

Sistemas legislativos

En los distintos sistemas legislativos de los países, podemos distinguir dos criterios o posturas en relación al tratamiento del Infanticidio: Una de ellas es el sistema latino tradicional o de la motivación y el otro es el sistema helvético.

a) Sistema latino tradicional o de la motivación: Tiene su origen en la legislación penal española a partir del Código Penal de 1822 (Art. 612) y el Código Penal Alemán (Art.217). “El deshonor, la deshonra sería el elemento imprescindible y definidor que determina la reducción de la pena, alcanzando en la mayoría de las legislaciones, dicho beneficio, a los parientes cercanos a la madre, como sus padres, hermanos e hijos, preferentemente”. [14]

“Se entiende que con “Honor” se hace referencia a honestidad sexual de la madre. Así es que ocultar la deshonra es el ocultar la existencia de relaciones sexuales ilícitas por haber sido “ilegítimamente” concebido el recién nacido, siendo indiferente que la madre sea soltera, viuda o casada. El honor al que se alude es el de la madre y no el de la familia”. Se requiere además, que la mujer goce de una estimación pública susceptible de ser ocultada, no requiriéndose que realmente la

mujer sea honesta. La honra en este caso, se identifica con la ausencia de relaciones sexuales socialmente desvaloradas. [15]

Cabe señalar, que el concepto de honra es objetivo, en el sentido de que basta la relación carnal extramatrimonial, y referida solo en relación a la honra de la mujer, no de la familia, pero que aún siendo objetivo, debe ser relativizado y apreciado en relación con el medio social en el que se desenvuelve la madre, siempre en relación con las circunstancias personales de la madre.[16]

"En la antigüedad se consideraba que si el móvil de la muerte del recién nacido era ocultar el parto, esa conducta homicida era noble, ya que al tener que morir el principal testigo de la concepción inmoral, no cabía sino una caritativa tolerancia que daba razón al privilegio; así se pretendía justificar la tendencia humanitaria, a la vez que desde el punto de vista utilitario se razonaba en torno de la función de eficacia que la pena cumpliría sancionando dicha conducta".[17]

B) Sistema Helvético: Tiene como fuente histórica el Anteproyecto del Código Penal Suizo de 1916, y se caracterizó por incluir en los supuestos del tipo, que la conducta homicida de la madre para configurar infanticidio debería llevarse a cabo "durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal", diferenciándose de la postura latina tradicional que consideraba la causa honoris como elemento del tipo.[18]

Esta postura no ha sido interpretada en una sola dirección, existiendo diferentes consideraciones que se analizarán más adelante.-

En nuestro derecho, desde sus inicios, la atenuación se basaba principalmente en la causa del honor, porque atendían al propósito de ocultar la deshonra de la madre. Pero ese ha dejado de ser el único fundamento a partir de las modificaciones que la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores le hizo al proyecto de 1917. Esta Comisión sustituyó, respecto del infanticidio cometido por la madre, la formula "hasta tres días después" por la de "mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal"; y en relación al infanticidio cometido por parientes, agregó el requisito de que se encontraran en un estado de emoción violenta que las circunstancias lo hicieran excusable". De esta manera el Código Penal, abandonó la tradición latina y local que atendía al criterio psicológico de la causa del honor y agregó, siguiendo, por lo menos en parte, a través del Anteproyecto Suizo de 1916, precedentes germanos, el criterio fisio-psicológico de la influencia del estado puerperal en la madre, y el psicológico de la alteración del ánimo de los parientes.[19]

Sin embargo, "la realidad de las alteraciones fisiológicas con influencia psicológica, distinta de las alteraciones mentales que el parto y post partum pueden originar, es algo que los juristas, tribunales y la ciencia no niegan". [20]

Asimismo, señala Nuñez que, "... ese particular estado pone a la mujer en condiciones psicológicas propicias para que obren por causa la causa de honor y otras como la miseria, las dificultades de la vida, o las torturas morales", pero en este caso, solo es excusable la causa del honor (para la mujer).

En el caso del infanticidio cometido por terceros, claramente puede apreciarse que para el legislador, le resulta congruente la coexistencia excusante de un móvil y un estado psicológico, toda vez que exige la concurrencia de la causa de honor y el estado emocional para que se configure la figura.[21]

Resumiendo, y como dice Núñez, se puede decir que el propósito de ocultar la deshonra es el elemento alrededor del cual gira toda la serie de prescripciones contenidas en la ley respecto del infanticidio, pero solo con reservas se lo puede definir, según era en el código de 1886, como "la muerte por impulso de honra", pues ese impulso debe ser poseído por un autor en las condiciones fisiológicas propias del acto del alumbramiento o de la influencia del estado puerperal posterior al parto, o por un autor en estado de emoción violenta excusable.[22]

Proyectos posteriores al Código penal han intentado introducir diversas modificaciones, volviendo al criterio puramente cronológico, suprimiendo la formula relativa al estado puerperal y fijando términos para el ejecución del delito; otros, como el proyecto de 1951 y 1960 excluyen a los parientes como sujetos activos del infanticidio; el de Coll-Gómez y Peco mantienen el beneficio para los parientes aunque no requiere estado emocional.[23]

Naturaleza Jurídica

Aquí la cuestión es considerar si el infanticidio es un delito autónomo o una figura atenuada de otra principal. Existen algunos autores que consideran al infanticidio como una figura autónoma, como Marcelo Finzi, debido a la estructura y definición de la acción punible descripta en el antiguo artículo 82 inciso 2 del Código Penal. Asimismo, Soler y Fontán Balestra, afirman el carácter autónomo del infanticidio en razón de que la causa de honor no es una circunstancia personal del parricidio u homicidio, sino un elemento subjetivo del tipo del infanticidio. En contra de ello, Núñez dice que no cabe duda acerca de que el estado puerperal y la emoción violenta sí son circunstancias personales; sin embargo, lo que caracteriza la independencia de la figura en este caso es el elemento subjetivo específico que en nada cambia su naturaleza por el hecho de que se lo acompañe de otras exigencias que tengan el carácter de circunstancias personales. [24]

Por ello, Núñez señala que el infanticidio puede ser "un parricidio por causa de honor, circunstanciado personalmente por el estado fisiológico (madre) o psicológico (abuelos, marido); o un

homicidio por causa de honor, circunstanciado personalmente por el estado psicológico del autor (hermanos, hijos , marido)".[25] En todos los casos señalados, la figura del infanticidio quedaba subsumida por el parricidio cuando no concurren ni el honor, el estado puerperal o el estado emocional. Como sucede hoy en día, ya que dar muerte a un hijo es homicidio calificado, a menos que exista emoción violenta y ello derive en un homicidio atenuado.

Sostiene Mezger, que para el código alemán el infanticidio no es un delito "sui Generis" sino un caso atenuado de homicidio. [26]

Soler en cambio, señala que se trata "de una figura que contiene un elemento subjetivo específico y caracterizante del hecho, que sin él, va a parar a la figura común que corresponde: parricidio". [27]

A continuación, y conforme lo preveía el antiguo artículo 81, se desarrollará la figura tipo en sus dos modalidades: El infanticidio cometido por la madre, y cometido por terceros:

Infanticidio cometido por la madre

Como señala Núñez, es "la muerte del hijo por la madre para ocultar la deshonra, consumada durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal". [28]

Antiguo artículo 81, inciso 2º del Código Penal : "Se impondrá prisión de uno a seis años.... 2º a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal...".

Sujeto Activo:

Solo la madre puede ser autora de este delito (en este supuesto, siempre hablando de la primera parte del artículo 81 del Código Penal).-

La acción típica es la de dar muerte a una persona, y que en este caso es un hijo naciente o recién nacido. Por ello, para que se configure el delito la madre debe terminar con la vida del hijo y esa acción debe ser por obra dolosa de su parte. Asimismo, esa acción debe ser eficaz en sí misma para producir la muerte, y de no ser así, el delito no se configura. Por ello no resultará responsable la madre si debido a la intervención de un tercero o la propia contextura de la víctima tornan ineficaz la conducta de la madre. En otras palabras, si la acción eficaz de la madre se torna ineficaz debido a la intervención de un tercero o por la contextura física del hijo, el delito no se va a configurar. [29]

Fontán Balestra señala que al igual que el homicidio simple, “la ley no selecciona medios, siendo adecuados a la figura todos los que son capaces de causar la muerte. Puede cometerse por acción u omisión. Esto último ocurrirá, por ejemplo, si la criatura nace con el cordón umbilical envolviéndole el cuello y ahogándola, y la madre, pudiendo evitarlo, la deja morir”.[30]

El infanticidio es un delito DOLOSO, y se caracteriza por eso; por ello, la ley no castiga el infanticidio culposo. “Si existe violencia ejercida por negligencia de la madre sobre el naciente en el parto o conducta imprudente, el delito no se configurará”. La ley solo castiga la muerte del hijo en virtud del dolo específico, y ello es, “la muerte consumada por la madre para ocultar su deshonra (Causa de honor)”. [31]

Queda también fuera de la previsión legal la muerte preterintencional, ya que en ese caso el propósito no es causar la muerte, sino un daño en el cuerpo y la salud, y de ser así, salta a la vista que no se oculta con ello la deshonra.[32]

Sujeto Pasivo:

La victima. En primer lugar, debe tratarse de una persona, un ser humano que por lo menos haya comenzado a nacer en período oportuno. Señala Núñez, que por un proceso natural o artificialmente provocado, haya comenzado a salir normalmente del seno materno (parto natural y parto provocado). “En la etapa anterior, el ser humano es un feto y no una persona naciente, y sólo puede ser objeto de aborto, no de infanticidio”.[33]

Fontán Balestra afirma que “...la ley fija también el comienzo de la vida de las personas para el Derecho penal desde el momento en que comienza el nacimiento. Ese hecho tiene lugar, en el parto natural, y el provocado, cuando se manifiestan las primeras contracciones espontáneas del trabajo del parto, y en la cesárea cuando comienza a ser extraída la criatura”.[34]

“La ley no pone un límite temporal fijo o inmediato a partir de ese momento, para que se produzca el infanticidio, y si bien el estado puerperal tiene su término, éste es variable e inseguro. No es indispensable por ello, que se trate de un recién nacido.[35]

Asimismo, la ley tampoco exige que se trate de un ser viable, ni siquiera que haya sido separado del seno materno, más allá de sus posibilidades de prolongarse en el tiempo, y esto es así desde que el Proyecto Tejedor se apartó del modelo bárbaro, ya que lo que se tiene en cuenta es la relación de causalidad entre la conducta de la madre y la supresión de la vida que poseía el hijo.[36]

“Es indispensable que el ser tenga vida, pues de otro modo faltaría el bien jurídico que es objeto de la tutela penal con lo que el delito se tornaría imposible. Tampoco es preciso que haya tenido vida independiente, ya que el infanticidio puede cometerse desde que comienza el nacimiento y mientras éste dura, y en esos momentos el ser no tiene vida independiente”.[37]

El móvil del honor:

Como señala Soler, “lo que está dotado del poder de transformar el parricidio en el delito menor de infanticidio es el motivo del honor”. El hecho tiene que haber sido cometido para ocultar la deshonra; en consecuencia, el fundamento de la atenuante consiste en ese motivo de carácter psicológico.[38]

Tanto Soler como Núñez señalan que el único motivo que tiene el poder de atenuar la pena es el de ocultar su deshonra, de los tantos que pueden llevar a la madre a matar a su hijo, como pueden ser la necesidad económica, la miseria, el desamparo, la piedad y el vencimiento moral, muchos de ellos resultando poderosos y atendibles, pero la ley solo ha seleccionado al honor. Y Asimismo, señala Soler, que además de la influencia del estado puerperal se requiere el móvil del honor. Por ello, el estado puerperal no es tomado aquí por su sentido patológico, sino como expresión de una situación en el que el sujeto se encuentra “casi objetivamente” durante la cual el hecho se atenúa si además concurre el fin de ocultar la deshonra.[39]

Aquí Soler se pregunta, si excluida la aplicabilidad del inciso 2 del artículo 81 ¿Queda excluida la eventual aplicación de la totalidad del artículo 81? En otras palabras: De no configurarse el infanticidio, el hecho queda encuadrado en un parricidio? O es posible, de ser aplicable la emoción violenta prevista en el otro inciso del artículo 81, en el caso de configurarse la misma.[40]

Si no es posible la aplicación de la emoción violenta, estaríamos en presencia de un parricidio, al no configurarse el infanticidio, supuesto de nuestros días.-

Soler analiza la relación de ambos incisos, a fin de verificar si se trata de la misma figurar o dos figuras distintas previstas en forma alternativa, por lo cual la eventual aplicación de la atenuante de emoción violenta estaría excluida.

Sin embargo, afirma que no se trata de dos formas de una misma figura, pese a estar prevista en un mismo artículo; y del análisis sustancial del artículo, se trata de dos figuras diversas. Son dos figuras neutrales o indiferentes; puede concurrir una u otra, y de no existir la atenuante del inciso 2 no excluye la aplicación del inciso 1. Ej: La muerte del recién nacido cometido por la madre, impulsada por un estado de emoción violenta no excitado por el fin de ocultar su deshonra, sino por otro motivo que las

circunstancias hicieren excusable, no se tratará de infanticidio, pero corresponderá la aplicación de la atenuante de emoción, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 81. Esa es la situación creada por estados de extrema miseria, de abandono, o por la inminencia de la pérdida de una situación de la cual una pobre mujer muchas veces depende, etc.[41]

“La expresión Deshonra – honra sexual”

“Lo que constituye el objeto del móvil en este delito es la protección de la honra sexual comprometida por el nacimiento del hijo”. Se trata, mejor dicho, del crédito de que goza la mujer desde el punto de vista sexual, porque ante sí misma, aunque pueda tener que reprocharse, nada tiene que defender o proteger. La madre obra frente al temor de la vergüenza pública y para evitar la mancha que sobre ella caería a raíz de su falta sexual.[42]

Se trata de la situación sexual de la mujer y a la publicación, que el parto constituye, de las ilícitas relaciones sexuales preexistentes.-

“El móvil de honor sexual solo es admisible si la madre cree en su falta y en la posibilidad de enervar sus efectos frente a la opinión de los terceros mediante la supresión del hijo como medio para ocultarla. La madre que no piensa en esa posibilidad podrá invocar el motivo del honor sexual, pero no lo puede tener”.[43]

Por ello, el análisis de la situación debe ser objetiva; “para establecer cuál es el estado de animo de la autora se debe partir del examen de la situación objetiva. Si las conductas o las relaciones sexuales, la preñez, el parto o el nacimiento no han trascendido, será difícil que ante la invocación de la madre o la sola ocultación de la mala vida sexual o de toda la trama del suceso, se le puede negar la atenuante. Al revés, llevará a su negación la trascendencia o publicidad de sus episodios o , por lo menos, de sus partes significativas”. “Esta trascendencia o publicidad debe referirse al medio de su actuación, donde la mujer tenga un razonable interés en conservar su honra”. “Ninguna falta sexual, incluso en el más grave grado de la prostitución, es absoluta como causa excluyente de la causa del honor”. Solo lo es en la medida objetiva de su trascendencia o publicidad en el lugar donde se refiere el razonable interés de honor de la mujer.[44]

Pero hay que tener en cuenta, en relación a esto último, que el solo hecho de la trascendencia o publicidad de la falta, por más grave que sea, no es suficiente para negar la causa de honor, si de acuerdo a las circunstancias del hecho se demuestra que la mujer supone o creía que esa la falta no trascendió o se publicó.[45]

A esto último se refiere Fontán Balestra, quien manifiesta que “la ley tutela aquí el honor o la honra sexual, esencialmente en su aspecto objetivo, puesto que lo que cuida es la reserva de un hecho ilegítimo anterior, del que el nacimiento sólo es una consecuencia tangible que ha de hacerlo conocido. Para la madre, ya su honra se ha vuelto mansillada; lo que a ella le mueve a dar muerte al hijo es que tal situación no trascienda. Pero el análisis de la figura del infanticidio nos lleva a aceptar que también resulta protegida, en cierto modo, la honra sexual subjetiva, puesto que lo que la ley reclama es que se obre para ocultar la deshonra, sin que sea preciso que se esté en lo cierto, si la madre creyó con ello conseguirlo”. Cita como ejemplo, un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital, en la cual declaró que “para acordar el privilegio del artículo 81 inciso 2º del Código Penal, es preciso que la mujer haya obrado, durante el puerperio, con la exclusiva finalidad de mantener la honra en ese aspecto externo, y que la notoriedad del embarazo no obsta a la calificación de infanticidio si la acusada tuvo razones para creer que había logrado mantener oculta su deshonra”.[46]

Lo que la ley pide es que se obre para ocultar la deshonra, no que se logra ocultarla. Es suficiente pensar que descubierto el hecho, lo que es necesario para que la ley actúe, la honra no queda muy bien parada.[47]

Sostiene Soler, que lo que la ley excusa es el impulso de ocultar, de evitar la confirmación rotunda. Los rumores que pueda dar lugar la sospecha de embarazo y aun la exhibición –muchas veces ingenua- no son un obstáculo para la excusa. Lo pueden ser, en cambio, los actos de publicidad ulterior al parto, cuando ya el hecho ha trascendido del pequeño núcleo, de manera natural y conocida por la madre.-

“En esto, nada tiene que ver que la mujer sea reprochable en otros aspectos, ya que puede merecer la atenuación una mujer condenada por hurto o algún otro hecho, pero no la mujer que fue castigada como proxeneta o prostituta, porque ya habría destruido con anterioridad y públicamente la honra”.[48]

En el caso de la prostituta, Fontán Balestra sostiene que el privilegio de la figura también puede alcanzar a la misma, y ello será así “cuando la madre es tenida por honesta en un lugar distinto de aquel en que ejerce la prostitución y en el cual mantiene sus relaciones de trato social”.[49]

Asimismo, la Cámara del Crimen de la Capital declaró que “el factor que debe privar en la apreciación de la causa de honor es que la mujer fuera tenida por honrada en el medio de actuación y que en él conservara sin menoscabo el atributo de su honor sexual, fundamento del privilegio”.[50]

La falta que fundamenta la causa del honor debe ser tal objetivamente. No basta el juicio personal de la madre. Debe ser una conducta sexual ilegítima, pero no en el sentido de la ilicitud del hecho, sino de su extramatrimonialidad reprochable.[51]

"Esto no excluye a la mujer casada del atenuante, toda vez que la misma ley al referirse al delito de los parientes, supone el infanticidio del hijo de una mujer casada, y además, la mujer casada también puede tener falta sexual, y en ese caso, su fuente no reside únicamente en el juicio social, sino también en la violación de la fidelidad conyugal. Lo primero, señala Núñez, puede ser un prejuicio, pero lo segundo tiene el apoyo más firme de la confianza, buena fe, y generalmente, del afecto ofendidos".[52]

"Tanto la soltera como la viuda como la casada pueden concebir en una forma reprochable para el juicio social del tiempo y lugar donde la mujer tiene interés en conservar el crédito sexual". [53]

El Código alemán requiere, en el artículo 217, que el hijo sea ilegítimo. Ello ha dado lugar a que los autores que lo comentan, en su mayoría, hagan referencia al error en relación a la condición de la víctima. La doctrina ha entendido que es abarcado por el infanticidio el supuesto en que se mata a un hijo legítimo suponiéndolo ilegítimo, pero no a la inversa.[54]

"La legimitidad de la defensa de la honra tampoco se excluye de manera absoluta por los precedentes sexuales de la madre. La deshonra anterior no es aquí indeleble, la mujer que la tuvo puede haber rehecho su vida y tener interés en no recaer en la deshonra sexual, sea en el nuevo ambiente donde vive, sea en razón de su nuevo estado o, simplemente, por una leal rectificación de su conducta. En este punto, el arrepentimiento también puede ser útil". [55]

"La fuerza de la excusa está determinada en razón directa del grado de intolerancia social. Y no es que con ello la ley quiera sancionar la legitimidad de esa intolerancia, sino que reconoce el poder con que ella puede gravitar sobre la conciencia de una mujer atribulada, en cuyas manos no está el remediar esa situación afrontándola con heroísmo. Una vez más en el derecho penal se admite como excusa el hecho de no haberse comportado heroicamente cuando ello era necesario para no delinquir".[56]

El tiempo del hecho

La muerte del hijo puede consumarse "durante el nacimiento o mientras la madre se encuentre bajo la influencia del estado puerperal".[57]

Esto quiere decir que desde el momento en que comienza el nacimiento hasta aquel en que se tiene por concluido el puerperio, el hecho puede constituir un infanticidio.[58]

En cuanto a la duración del estado puerperal, “no se trata de una fórmula de significado puramente cronológico, sino de significado temporal subsidiario, en cuanto señala que el delito debe consumarse en un lapso durante el cual la madre esté sometida a los efectos que sobre ella produce su estado puerperal”.[59]

Asimismo, “el nacimiento comienza con el proceso de expulsión de la criatura del seno materno. Por ello, la ley, al admitirse que la muerte se consume “durante el nacimiento” resuelve la vieja cuestión doctrinaria de si el infanticidio puede cometerse mientras el niño nace y antes de estar completamente separado del seno materno”.

Antes de su derogación, el infanticidio podía cometerse mientras duraba la influencia del estado puerperal, porque se había abandonado la forma tradicional prevista en nuestro código desde 1886, que era de “hasta tres días después del nacimiento”. [60]

Sin embargo, de acuerdo a la opinión de médicos expertos, la duración del estado puerperal no es determinable con exactitud. “Unos consideran que el estado puerperal dura el tiempo de la involución histológica de ese órgano, vale decir, hasta unos dos meses; pero están, también, quienes lo identifican con la duración de los loquios o lo extienden hasta la reaparición de la menstruación”. “Se trata, en realidad, de un lapso determinable en cada caso por peritos.[61]

Concluyendo, lo que la ley exige es que la madre mate mientras se encuentre bajo la influencia del estado puerperal. Con esto no exige necesariamente que la muerte de la criatura suceda en ese término, sino que la conducta homicida se desenvuelva bajo esa influencia. Por ej. Si la madre, sometida a la acción de ese efecto, le causara al hijo una lesión mortal de lenta evolución y el deceso sucediese una vez recobrada ella.[62]

Influencia del estado puerperal

“Jurídicamente se puede definir la influencia del estado puerperal como el estado fisio-psicológico en que se encuentra la mujer a raíz del parto y que, a excepción por lo general de las glándulas mamarias, tiende a desaparecer en sus causas en un lapso relativamente corto. El influjo de esos trastornos sobre el espíritu, depresión, exaltación, sufrimiento, angustia, inestabilidad, etc. de la madre y el tiempo de la restituie ad-integrum son variables y dependen de cada naturaleza en particular y del ambiente del caso”.[63]

Para Fontán Balestra, el estado puerperal o puerperio es “el período durante el cual van desapareciendo las modificaciones producidas en el organismo materno por el embarazo -excepción

hecha de las glándulas mamarias, las que, por el contrario, entran en actividad - hasta llegar a un estado semejante al anterior al embarazo”.[64]

La Cámara del Crimen de la Capital sostuvo que por estado puerperal debe entenderse al “conjunto de condiciones en que se encuentra la mujer hasta la vuelta a su estado anterior al embarazo”. No debe confundirse este estado especial de "restitutio ad integrum", de una duración variable, según cada caso particular, con la psicosis de origen puerperal, verdaderas enfermedades de carácter psíquico, cuya existencia caso de probarse no traería como consecuencia una distinta calificación del delito, sino una verdadera exención de pena en los casos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal.[65]

Soler, por otro lado, afirma que el artículo 81 inciso 2 no se refiere a una alteración morbosa de las facultades, porque ello daría lugar a la aplicación del artículo 34 inciso 1, como excluyente de responsabilidad, y comprobada la alteración, es indiferente si la misma tuvo lugar durante el puerperio o por causa de él o en cualquier otra circunstancia.[66]

La Sala 5º de la Cámara del Crimen de la Capital declaró que, negada por los médicos la realidad de una psicosis puerperal que haya determinado a la madre a matar su hijo inmediatamente de nacer, para ocultar su deshonra, la influencia del simple puerperio fisiológico no puede determinar la inimputabilidad del hecho, sino tan sólo constituir un atenuante del homicidio -artículo 81 inciso 2º del Código Penal.[67]

Sostiene Fontán Balestra, que “la ley no exige que se hayan producido los efectos psicológicos que el estado puerperal es capaz de producir, ya que sólo le importa que el hecho haya sido cometido mientras tal estado fisiológico perdura, con prescindencia de los efectos psicológicos que pueda haber ocasionado. Por lo que, en definitiva, de hecho, se traduce en un elemento temporal. Sin embargo, esos efectos psicológicos pueden ser tenidos en cuenta para apreciar si existió un estado de emoción violenta, cuando la madre haya obrado impulsada por móviles distintos del de ocultar la deshonra”.[68]

Infanticidio cometido por terceros

Como bien señala Nuñez, nuestra legislación no ha sido uniforme respecto de este tema. A partir del Proyecto de 1891 (art.112 inc. 2) hasta el código del 22, se recibe este sistema, y por ende se ven beneficiados con la atenuación del infanticidio los abuelos maternos, los hermanos, el marido y los hijos. Proyectos como Coll-Gómez y Peco mantienen este sistema, y otros como el Proyecto de 1951 y de 1960 lo han abandonado, restringiendo el infanticidio a la madre.[69]

Se sostiene que si el infanticidio se funda en el motivo del honor, es por ello que ese motivo degrada el dolo de los parientes cercanos a la madre, más allá de quedar sujeto a una cuestión de apreciación.-

Requisitos:

"Sólo pueden ser infanticidas fuera de la madre, matándole el hijo, sus padres, sus hermanos, su esposo y sus hijos (varones y mujeres)".-

En este caso, "la ley sustituyó –en su oportunidad- en relación a esas personas, el estado de influencia puerperal que debe experimentar la madre en el momento del hecho, por un estado de emoción violenta que las circunstancias hagan excusable; pero además de esta situación de alteración psíquica, la ley exige además al causa del honor, o sea, que el matador lo haga para ocultar la deshonra de la hija, hermana, esposa o madre". [70]

En relación al término, Nuñez, siguiendo a Moreno, señala que "el infanticidio cometido por terceros no está sujeto a término, y el mayor o menor lapso que medie entre el nacimiento y la muerte es importante para decidir sobre la procedencia de la causa del honor", y "...los parientes o el cónyuge se benefician en los términos de la ley, independientemente de la voluntad de la madre de conservar el hijo a costa de su honra.". [71]

Participación:

Aquí el tema es ver cómo se califica la conducta de los partícipes del infanticidio. La mayoría de la doctrina se inclina a favor de la solución que aplica al partícipe la pena del homicidio simple (entre ellos, Gómez, Oderigo y Núñez), pero la cuestión se vincula directamente con la autonomía o dependencia de la figura del infanticidio. En el primer caso, la figura se trasmite íntegramente; en el segundo, se aplica la regla general que dispone la comunicación de las relaciones, circunstancias o calidades personales que tienen por efecto aumentar la penalidad y la no comunicación de las que tienen por efecto disminuirla.[72]

Soler y Fontán Balestra sostienen la autonomía de la figura en razón de la existencia del elemento subjetivo típico del móvil del honor.

Según la postura que se adopte, se comunicará la figura la figura privilegiada, o de lo contrario, se calificará la acción del partícipe de homicidio simple.

La pena

La pena era de prisión de uno a seis años. La reforma de 1976, igual que la de 1968, suprimió la pena de reclusión, que no condice con el aspecto subjetivo de este tipo de acciones. La escala amplia permite la adecuación a las distintas circunstancias que pueda ofrecer cada caso concreto. [73]

A la pena de reclusión ya se oponía Núñez, quien planteaba lo siguiente: “Si el infanticidio tiene su esencia en la causa de honor que actúa en un ánimo predispuesto por el particular estado del autor, no se advierte porqué se lo castiga con la pena de reclusión que debe reservarse para los delincuentes impulsados principalmente por móviles egoístas o reprochables”.[74]

Problemática

Expuesto el marco teórico, nos encontramos en condiciones de afrontar la problemática objeto del presente trabajo: ¿Encuentra suficiente y debida motivación en nuestros días el infanticidio para formar parte de nuestra legislación? Mi respuesta es negativa, y para respaldarla trataré previamente de responder los siguientes interrogantes:

¿Es la vida humana un bien disponible por la persona?

NO, porque sobre la disposición de ella sólo tiene derecho su titular, y ese respeto a la vida humana que conocemos es la garantía que marca el límite por el cual nadie puede disponer de la vida ajena. Si aceptamos la vida humana y lo que ello conlleva, que es el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, nos encontramos que esa manifestación del derecho a la vida encuentra su límite en la vida ajena.

Incluso, en el Catecismo de la Iglesia Católica (nn. 2.270-2.275) hay una clara y unánime afirmación de que la vida es inviolable desde el momento de la concepción: “la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción. Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre ellos, el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida”.-

No hay posturas extremas cuando hablamos de salvar la vida de un niño que tiene los mismos derechos que tiene el que escribe o el lector. O acaso no es un derecho humano primario el derecho a la vida? Muchos pueden sostener que no hay atenuantes cuando se habla de asesinato, pero el derecho a la

vida tiene que ser respetado, aun en las peores situaciones. Claro que debe ser difícil vivir con el hijo de alguien que no se quiere, pero más difícil debe ser estar en el lugar del niño, nadie viene al mundo para ser asesinado.

¿Se encuentra protegido el derecho a la vida en nuestra legislación?

SI. La Corte Suprema, en diversos fallos, ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional [75]. Por otro lado, Nathanson [76]dice que "las circunstancias que un niño ha sido concebido, por más dolorosas que sean para la madre, no deben condenarlo a la muerte". Cualquier otra posición que se adopte es incompatible con la Constitución Nacional y la función protectora de intereses que le compete al derecho penal. Asimismo existen diversos instrumentos internacionales que adoptan igual posición. A modo de ejemplo podemos citar:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4 inciso. 1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

La Convención de Derechos del Niño en su artículo 6: "Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". En el artículo 1 dice que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

El Art. 75 del inc. 22 de la Constitución Nacional incorpora los Pactos Internacionales de Derechos Humanos al derecho argentino.

Asimismo, en varias sentencias la Corte Suprema ha considerado que "el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.[77]

¿Se encuentran vigentes las causas que originariamente se tuvieron en cuenta al legislar la figura?

NO. Las causas, las circunstancias sociales y culturales que se tuvieron en cuenta cuando se legisló la figura han cambiado; la gente cambia, la sociedad también y los valores ya no son los mismos

que los de hace un siglo atrás. La Argentina actual no protege la estimación social de la honra sexual como lo hizo en su momento.

El enfoque que nuestra legislación tuvo en cuenta para dispensar este delito no es suficiente en la actualidad para justificarlo. El infanticidio ha desaparecido en nuestros días "por ser una institución obsoleta que no corresponde a los valores morales vigentes en la sociedad contemporánea". [78]

Podemos citar a Ruggiero [79], quien afirma que en Buenos Aires, a finales del siglo XIX, "Las mujeres, aunque temían la pérdida del honor por los efectos que esto implicaba en sus vidas y en sus trabajos, tenían interés en convertirse en madres completas. En estos casos parecían saber que la maternidad biológica no era suficiente. La maternidad era 'incompleta', sin honor, matrimonio o status social. El infanticidio no hacía peligrar la posibilidad de convertirse en una buena madre en el futuro, pero sí un niño ilegítimo". "...honor, vergüenza y maternidad eran serios principios cotidianos, e iban más allá de las necesidades de la ley, la defensa y la acusación, revelando la ambivalencia de la sociedad sobre las importantes cuestiones de la ilegitimidad, moralidad y maternidad. Para una mujer acusada, entonces, el primer objetivo era establecer que era una persona honorable, demostrando que había sentido vergüenza. La vergüenza de ser una madre ilegítima era vista como un buen sentimiento, aunque hubiera llevado al asesinato".

En la actualidad, la sumisión a un único hombre, la virginidad hacia el matrimonio han quedado en el pasado. Lo que importa es la vida, y en nuestro caso, la influencia que pueda tener el estado puerperal para amenazarla.

Pacheco [80] expresa lo siguiente: "A esa idea de honra, que no contuvo para evitar el nacimiento del hijo, no se puede dar moralmente el valor ni la fuerza que el artículo le da, para excusar la muerte de un hijo de tres días. No basta adorar la honra; es menester llevar un corazón de fiera para hacer eso." Creo que muchos estamos de acuerdo con su pensamiento.

Asimismo, la tendencia en la doctrina y legislación comparada es por la desaparición del infanticidio, y ello porque inicialmente encontraron su fuente en la legislación española, basando el privilegio de la conducta en el honor, valor que no tiene la importancia que tenía en sus días.

¿Puede sostenerse que el accionar de la madre opera como un estado de necesidad justificante?

"El estado de necesidad está previsto como causal de justificación, y que corresponde a una situación de peligro para un bien jurídico que sólo se puede evitar mediante la lesión de otro bien

jurídico. Para que ese estado pueda configurarse es necesario que el mal que se quiere evitar sea actual e inmediato, y no sea evitable por otros medios”.[81]

El estado de necesidad justificante puede presentarse como una colisión de bienes o intereses o de deberes.

En el primer caso el conflicto se genera entre bienes o intereses de distinta jerarquía, sacrificándose el de menor valor para preservar el de mayor significancia.

Los supuestos de colisión de deberes están dados cuando a un mismo tiempo se imponen al sujeto dos comportamientos contradictorios y excluyentes de modo tal que, que el cumplimiento de uno importa el desconocimiento del otro.

El estado de necesidad justificante exige que la persona sea extraña a la generación del conflicto. Es extraño quien no provocó la situación de conflicto. [82]

Refutando la postura que sostiene que el ánimo de ocultar la deshonra opera como si fuese un estado de necesidad justificante, y por ello, la madre al obrar, lo hace presionada por el reproche del medio social, no contando en ese momento con la capacidad de actuación que exige la ley para delinquir; hay que agregar, que dicho estado no puede configurarse por la inmensa diferencia de valor entre los bienes jurídicos que lo formaría: vida y honor; a la vez que la supuesta situación de necesidad habría sido provocada por la misma mujer que consintió libremente la muerte. Rodríguez Ramos [83] sostiene que la mujer da muerte intentando salvar otro bien jurídico: el honor, cuando el mismo ya está perdido, en la medida que la finalidad del hecho es ocultar dicha pérdida. Por lo tanto, al no comprobarse un menor disvalor del resultado, solo cabe considerar el fundamento de la atenuación dentro del marco de la culpabilidad.

De ninguna manera puede justificarse una disminución tan considerable de la vida para salvar la honra, algo que no es acorde en los tiempos en que vivimos, y creo que la mujer si debería optar por salvar un bien, debería ser la vida de su hijo.

¿Puede sostenerse que el accionar de la madre opera como un estado de emoción violenta?

La figura está prevista en el artículo 81 inciso 1 a), que dice: “Será reprimido con reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años al que matare a otro, encon-trándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hi-cieren excusable. Se trata de una modalidad atenuada del homicidio.

Para hacer una aproximación al tema, seguiremos a Fontán Balestra [84], quien afirma los siguientes conceptos:

“La emoción es un estado en el que la personalidad experimenta una modificación por obra de un estímulo que incide en los sentimientos. una transformación transitoria de la personalidad del individuo. Loque importa de ese estado, porque es la razón de la atenuante, es que haya hecho perder al sujeto el pleno dominio de su capacidad re-flexiva, y que en él sus frenos inhibitorios estén disminuidos en su función”.

“Ciertamente, este estado no debe llegar a producir una profunda alteración de la conciencia, que conduciría a la inimputa-bilidad”.

“Violento es lo impetuoso, lo arrebatado, que irrumpe en el ánimo humano. Sólo un estado emocional de este tipo mantiene inertes los frenos inhibitorios con pér-dida del dominio de la capacidad reflexiva”.

“La causa provocadora del estado emocional debe reunir dos características: ser externa al autor y tener capacidad para producir el estado emocional”.

a) El estado de emoción violenta debe responder a un estímulo ex-terno; de otro modo, la ley estaría dando tratamiento preferente a con-ductas que responden únicamente a condiciones del autor, a su tempe-ramento o a su falta de dominio de los impulsos. La ira, la venganza, y aun el miedo, son sentimientos, impulsos o estados de ánimo, que pue-den estar comprendidos en la reacción emotiva.

El estímu-lo puede haber partido tanto de la víctima como de un tercero.

b) La causa debe ser eficiente para provocar el estado emocional. Ella debe ser apreciada en relación con las modalidades y costumbres del autor, sumándola a otras situaciones y circunstancias de cuyo con-junto puede resultar la eficiencia causal del estímulo.

“La previsión le-gal valora las circunstancias, al requerir que el autor haya obrado en-contrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable. Lo que requiere ser excusado es el estado emocio-nal, no el homicidio”.

Ramos sentó una premisa: “la causa debe responder a motivos éti-cos para que las circunstancias del hecho sean excusables. No basta que haya emoción violenta si no existe un motivo ético inspirador, el honor herido en un hombre de honor, la afrenta inmerecida, la ofensa injusti-ficada”.[85]

De lo expuesto creo que no habría inconvenientes que, de configurarse el estado de emoción violenta durante el estado de puerperal, sea de aplicación la figura prevista en el artículo 81 inciso 1 A). Teniendo en cuenta que la mujer se encuentra en un estado de semi alineación mental transitorio, pero pudiendo comprender plenamente el carácter ilícito de su conducta, no puede afirmarse que la misma se encuentre en un estado de inimputabilidad total, y a ello se refiere Creus [86], quien señala que, "ciertas hipótesis de las `especializadas´ por la norma derogada, podrán quedar cubiertas por la causal de atenuación prevista por el artículo 82 del Código Penal (Circunstancias extraordinarias de atenuación), si es que no caben, por supuesto, en el cuadro del artículo 81 inciso 1º A del Código Penal -Emoción Violenta-".

En relación a las circunstancias extraordinarias de atenuación, Creus [87] señala que "En nuestro sistema son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho, que por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, han impulsado su acción con una pujanza tal, que le ha dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió."

Asimismo, señala que para aplicarse la atenuante, no basta con que exista esa circunstancia, sino que la acción de matar debe haber sido una respuesta, una reacción que haya tenido en cuenta esas circunstancias. Dicha atenuante no se identifica con el estado de emoción violenta, porque en ese caso se aplicaría el artículo 81 inciso 1. [88]

Por último, se refiere a que la atenuante solo es aplicable a los casos de parricidio (Inciso 1 del artículo 80) y que es facultativo para el juez optar entre la escala prevista para el homicidio simple o la prevista para el parricidio.[89]

Matías Bailone [90], sostiene que las circunstancias extraordinarias de atenuación,"si bien consisten en circunstancias diferentes de la emoción violenta, tiene como ella naturaleza subjetiva. Esta atenuación de la pena sólo alcanza al inciso primero del artículo 80, es decir a quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge. El autor es impulsado hacia el delito por una causa determinante, pero esa causa no debe ser la emoción violenta."

No cabe duda que de concurrir estas circunstancias durante el puerperio, las mismas pueden ser tenidas en cuenta al momento de aplicar la pena.

¿Qué es la psicosis puerperal?

En muchos casos, luego del parto, se dan diferentes casos de psicosis puerperal (estrés post traumático), que de acuerdo a su nivel de alteración puede ser causa de inimputabilidad. La Diputada Socialista Barbagelata sostiene que el stress post-traumático es "un estado crepuscular de la conciencia,

un cuadro mental con resabios de atención, de memoria, de conciencia y que puede ser superpuesto a la emoción violenta en cuanto a la estructura psicopatológica”. [91]

Es el caso de una madre que no tiene real conciencia de su accionar, porque está viviendo enseguida del parto un cambio hormonal, que en general a todas y sobre todo primerizas las deprimen o sienten tristeza.

Emilio Bonnet[92], aclara la necesidad de diferenciar el “estado puerperal” de la “psicosis puerperal”, siendo esta última “una forma de alienación mental, y en razón de la cual la paciente puede llevar a cabo delitos diversos o bien atentar psicóticamente contra su persona. A diferencia de la psicosis -más difícil de probar- en el estado puerperal la mujer conserva sus facultades psíquicas pero limitadas y restringidas”.

A fin de establecer una clara diferencia entre ambos conceptos, podemos citar a Soler, quien afirma que en los casos de psicosis puerperal “...lo que estará en cuestión será la aplicabilidad del inc. 1° del art. 34, en razón de inimputabilidad; en cuyo caso, jurídicamente no interesa que se trate de una verdadera psicosis del puerperio o de que el puerperio haya obrado como mera causa desencadenante de una psicosis maníacodepresiva o de una esquizofrenia. El estado puerperal es, pues, considerado solamente como un conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan por un tiempo después del parto.” Asimismo, Molinario entiende que "el legislador no ha querido referirse a esas alteraciones de carácter psicopático, que estarían contempladas en el artículo 34, inciso 1°, debiendo interpretarse, por lo tanto aquella expresión, no en un sentido causativo, sino en un sentido meramente cronológico". [93]

Podemos concluir diciendo que en el estado puerperal la mujer se encuentra con una disminución temporal y transitoria de sus facultades mentales, pero comprende plenamente el carácter ilícito de su conducta, a diferencia de los casos de psicosis puerperal, que es un estado de alineación mental, y de probarse el mismo, podrá aplicarse el artículo 34 inciso 1, como causa de inimputabilidad.

¿Cuál es el tratamiento y en su caso, la pena prevista para el infanticidio en nuestra legislación y en los demás países?

Es diverso el tratamiento y la pena que se le da al infanticidio en la legislación comparada. Podemos señalar que países como España, Francia y Nicaragua no privilegian la conducta infanticida, y en el caso de Francia se prevé una pena de quince años. Asimismo, Nicaragua, al igual que Argentina, prevén la pena parricidio u homicidio calificado por el vínculo.

Entre los países que legislan el infanticidio y lo consideran un homicidio atenuado se encuentran:[94]

Venezuela: Se prevé que para el supuesto de que se configure el infanticidio, la pena prevista para el homicidio simple –artículo 407- se rebajará de un cuarto a la mitad.

Costa Rica: Se prevé la pena de uno a seis años de prisión.

Ecuador: La pena es la de reclusión menor de tres a seis años.

Portugal: Prisión de uno a cinco años.

Brasil: Detención de dos a seis años.

Paraguay: El Art. 214 castiga el infanticidio con dos años de prisión.

Uruguay: La figura es castigada con seis meses de prisión o cuatro años de penitenciaría.

Cuba: Privación de libertad de dos a diez años.

Bolivia: Privación de libertad de uno a tres años.

A continuación, haremos referencia a dos países que tratan el infanticidio con ciertas particularidades: Italia y Colombia.

Italia: El artículo 578 contemplaba el "Infanticidio por causa de honor”: El que ocasione la muerte de un recién nacido inmediatamente después del parto, o de un feto durante el parto, para salvar el honor propio o de un próximo pariente, será castigado con la pena de reclusión de tres a diez años". Por Ley 442 de 1981 se sustituyó el móvil del honor y se prevé que el responsable debe actuar determinado por las “condiciones de abandono material y moral vinculadas al parto". Ello implica que la mujer se vea desamparada por la falta de ayuda y solidaridad ambiental, no sólo en el orden familiar.[95]

Colombia: El artículo 616 imponía la pena de uno a tres años de prisión a la madre que para ocultar su deshonra mataba al niño que no haya cumplido tres días. Los abuelos maternos eran castigados cuando lo hacían, con tres a seis años de prisión. El actual artículo328, dice: "La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.[96]

De la simple lectura del artículo podemos apreciar que más allá de la pena prevista y el límite de tiempo establecido en ocho días siguientes al nacimiento, la figura es similar a la que preveía el derogado artículo 81 inciso 2 para el infanticidio, siendo sujeto activo la madre y sujeto pasivo su hijo, y diferente el móvil del mismo en relación a otros sistemas: Cuando el hijo es fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida. Por ello, el artículo tiene en cuenta para considerar la atenuante, las circunstancias específicas en las cuales fue concebido el niño. Asimismo, puede apreciarse que la figura está prevista específicamente en un artículo y no dentro de un inciso de la figura de homicidio, no considerándolo como un tipo específico de homicidio.-

Es importante señalar qué entiende el Código Penal Colombiano por acceso carnal violento, y a ello se refiere el jurista colombiano explicando que es el acto sexual con violencia sobre una mujer que no presta su consentimiento (Artículo 298). Asimismo se refiere al acceso carnal abusivo, que se da en los casos en que la víctima es menor de 14 años (Artículo 303), o se encuentra en estado de inconsciencia, padece trastorno mental, o es incapaz de resistir (Artículo 304.). La inseminación artificial no consentida podría darse en una mujer soltera o casada. [97]

Ahora bien, veamos nuestra legislación: Si hacemos una comparación con la pena prevista para el aborto, vemos que el artículo 86 del Código Penal prevé una pena de uno a cuatro años para la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare, no siendo punible la tentativa. Teniendo en cuenta esto, y que para el parricidio –figura que hoy en día absorbe al infanticidio- se prevé una pena de prisión perpetua o reclusión perpetua, podemos observar que para una mujer que quiere deshacerse de su hijo, le “conviene” hacerlo durante el embarazo, porque si lo hace durante el nacimiento o con posterioridad, recibirá una pena mucho mayor. Entonces, porqué tanta diferencia entre las penas previstas para ambas figuras? Si en definitiva se trata de la misma vida, y del aborto al infanticidio nos separan tan solo unos días, o unos meses en su caso; máxime si tenemos en cuenta que conforme lo establecen diversos instrumentos internacionales y la Corte Suprema así lo sostuvo en el caso Portal de Belén[98], la vida se encuentra protegida desde la concepción.

¿Qué sucede en los casos en que el infanticidio es producto de una violación? Puede ser éste el móvil que justifique la atenuación?

Hay una diferencia muy grande cuando un embarazo es producido por una violación y cuando no lo es. Nadie más que la víctima puede entender qué significa para una mujer ser violada y cuánto de ese horror se magnifica si, además de violarla, el violador embaraza a esa mujer. Si la violación representa una situación traumática, cuánto más conflictivo deber ser el camino a ser condenada para siempre a ser

madre de un hijo que no solamente no eligió tener sino que además es producto de una invasión abusiva y violenta en su cuerpo y en su alma.

Es razonable aceptar que con posterioridad a una violación la mujer atraviese por un estado muy particular y traumático, y que como consecuencia de ello, le será difícil aceptar y afrontar el nacimiento y crianza de un hijo. Y ello teniendo en cuenta los sentimientos que pueden llegar a tener lugar durante el estado puerperal, como pueden ser la ira, la culpa, frustración, entre otros.-

Ahora bien, la autonomía personal significa que la mujer pueda elegir su plan de vida, pueda decidir en el caso concreto si llevar adelante el embarazo producto de la violación. Entonces la mujer no solo que por voluntad totalmente ajena a la de ella se encuentra embarazada sino que también, sin su voluntad tiene que llevar adelante dicho embarazo. La mujer no solo sufre la violación a su derecho a la integridad física y a la intimidad, sino también sufre la violación a su derecho a la autonomía personal.[99]

“El fin es no revictimizar y castigar con un embarazo forzado a una mujer victima de una violación. Se pretende que desde el estado se garantice el respeto, la protección y ejercicio de los derechos humanos, e implementar acciones destinadas a asistencia y rehabilitación de las personas que fueron víctimas de violación”. [100]

El Estado en estos casos no puede decidir sobre la libertad individual de poder elegir sobre su propio cuerpo, así se ha manifestado en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo y Plataforma de la Acción Mundial de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer.[101]

El derecho internacional de los Derechos Humanos reconoce que la violencia contra la mujer incluida la violencia sexual, constituye una forma de discriminación y representa una violación a los derechos humanos en sí mismo.

Ejemplos de estos instrumentos internacionales de derechos humanos son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Declaración sobre la violencia contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Ellos forman parte de nuestra Constitución Nacional, y garantizan el derecho de toda a mujer a la vida, a la salud, a la integridad física y a la autonomía personal.

La frecuente cantidad de casos de infanticidio en nuestro país, es producto de un problema de educación?

Muchos opinan que todo esto es resultado de una mala educación, una falla del mismo Estado que acusa y responsabiliza al ser humano por la ignorancia que el mismo Estado propicia al situar a la

educación como simple factor del neoliberalismo. Se puede destacar que primero hay que atender a la educación, inculcando valores al pueblo del mundo y luego imponer castigos y hacer justicia, a sabiendas que el pueblo ya está educado. Pero cuidado, esa educación también debe venir de parte de la familia.-

Si el sistema educativo funcionara como debería hacerlo, probablemente muchas personas tendrían más oportunidades de hacer las cosas bien en caso de sufrir una violación; tendrían un entorno social y familiar más acorde, y si el sistema judicial y policial funcionara como debería hacerlo, se podrían proteger a las víctimas de violaciones. Desde ya en este sistema, jamás pasará eso.

Me pregunto si el estado y su política social, educativa, de salud, etc. tiene algún grado de responsabilidad. El culpable, en última instancia, seríamos nosotros al permitir que este Estado siga funcionando así.

Como señala Zaffaroni: “El infanticidio es un delito muy raro en los centros urbanos, que por regla general ocurre en el interior del país. Quienes lo cometen son mujeres de muy escasa instrucción (...), en otros casos de condicionamiento cultural de aislamiento, muy escasa capacidad de expresarse, de comunicarse y que tienen partos en soledad, en baños y los restos van a dar a pozos ciegos...”. Teniendo en cuenta esto, vemos porqué debe insistirse en la educación, y no solo de parte nuestra, sino también de la familia y el Estado mismo. [102]

El problema es muy profundo y de raíces difíciles de sanar: familias desmembradas, paternidad irresponsable, la situación económica, falta de conocimiento de la sexualidad responsable y del uso de métodos anticonceptivos (por ignorancia o por falta de educación), etc. La educación puede contribuir al desarrollo personal, el amor familiar, la comunicación; las familias son responsables en gran medida de los embarazos adolescentes por la falta de educación y comunicación con sus hijos, pero el Estado también tiene su cuota de culpa por sus inoperantes políticas para la prevención de todo esto.

Conclusiones:

Creo que los derechos de la mujer nunca pueden prevalecer respecto del derecho a la vida, porque éste último tiene mayor entidad jurídica, pero en virtud de haberse violentado los mismos, la entidad y las consecuencias que ello conlleva, debe considerarse como atenuante, y no como eximente de responsabilidad. De esa manera, se estaría penando el homicidio cometido por la madre; pero teniendo en cuenta los efectos y consecuencias que la violación acarrea, y que los mismos pueden tener lugar durante el estado puerperal, ello operaría como atenuante de la pena.

Me parece injusto obligar a una mujer no solo a soportar un embarazo por una violación y humillar su vida ante un crimen que vulneró su dignidad, sino también obligarla a tener un hijo de un criminal y enemigo, contra el cual sentiría una terrible repugnancia. La atenuante se fundaría en que la madre es víctima de una terrible angustia y deterioro de su salud psíquica como consecuencia de la violación.

Si bien nuestro Código preveía el móvil del honor como el único capaz de adecuar la acción a la figura del infanticidio, ello no obsta a que durante el puerperio intervengan otros móviles distintos, y por lo tanto, no habría inconveniente en reemplazar el mismo. Máxime si seguimos el criterio fisiopsíquico del Código Penal Suizo, por el cual pueden excusar también otros móviles distintos que el fin de ocultar la deshonra, porque lo que importa es que la madre se halle bajo la influencia del estado puerperal, con prescindencia del móvil.

Considero que el modelo a seguir por nuestra legislación, y con algunas modificaciones o adaptaciones, es el que prevé el Código Colombiano. Ciertos supuestos como el de inseminación artificial no consentida deberían ser analizados en particular, lo cual escapa al objeto de este trabajo.

Por lo cual, y de acuerdo a mi pensamiento, el artículo podría quedar redactado de la siguiente manera:

"Será reprimido con prisión de uno a seis años a la madre que durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal, matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo"

El móvil del honor quedaría sustituido, teniendo en cuenta las circunstancias específicas en las cuales fue concebido el niño, y que dicho móvil operaría o tendría lugar bajo la influencia del estado puerperal. Asimismo, y al dejar de lado la causa honoris por una causa propiamente de la madre, quedarían excluidos los demás parientes como sujetos activos del delito.

Se requiere además, que se configure el delito previsto en el artículo 119 del Código Penal , al hacer referencia a "acceso carnal violento o abusivo", para lo cual deberá probarse el mismo.

Respecto de la pena aplicable y si la misma guarda correlación con la acción realizada, teniendo en cuenta posturas que consideran "leve" una escala de uno a tres años, ello es discutible, pero a mi modo de ver, me inclino a favor de prever una escala de uno a seis años.-

Para los supuestos de infanticidio en que se configure un estado de emoción violenta, no habría inconvenientes en aplicarse el artículo que prevé dicha figura, y de configurarse un estado de psicosis puerperal –más allá de su difícil prueba- ello será causal de inimputabilidad, por lo cual no habría delito.

En relación a los casos en que concurran circunstancias extraordinarias de atenuación, será facultativo para el juez aplicar la escala prevista para el homicidio simple o la del parricidio, y para la aplicación de la pena debe tenerse en cuenta el móvil y lo prescripto por los artículos 40 y 41 del Código Penal [103]. De no concurrir un móvil que justifique la reducción de la pena, la escala a aplicarse es la del homicidio calificado.

Difícil sería que se pretenda alegar un estado de necesidad para justificar la conducta, y a ello me remito a lo analizado previamente.

Me opongo a considerar que sea razonable que la mujer sea eximida de prisión y obligada a una atención psiquiátrica, por la sencilla razón del bien jurídico vulnerado: No hay que olvidar que se ha dado muerte a una persona, y ese accionar debe ser castigado.

Debido a la dificultad probatoria del estado puerperal, y teniendo en cuenta que éste se manifiesta durante un período que es indeterminado y variable, no es un elemento que por si solo sirva para privilegiar un delito. Considero que la sola influencia del mismo no sería suficiente para justificar el atenuante, debe operar un móvil de suficiente entidad, y por ello sostengo que el ya mencionado es el único que merece su regulación y tratamiento específico. No obstante ello, y teniendo en cuenta que el mismo implica una disminución transitoria de las facultades mentales, de probarse ello, sería posible aplicar el artículo 34 inciso 1 [104].-

En relación a lo expuesto sobre el Estado y la educación, solo se puede decir que debe trabajarse más en prevenir que reprimir. Justificar el infanticidio en todos sus casos, es justificar aquello que no se trabajó previamente, la educación. Otro tipo de alternativas podrían ser las políticas anticonceptivas y la educación sexual por parte de personas capacitadas para ello, pero respecto de su viabilidad y eficacia, ese es un tema aparte.-

Existen muchas soluciones o alternativas posibles para la madre antes de llegar a la muerte de su hijo, y creo que en última instancia, si no lo desea debe ser entregado a una institución, darlo en adopción o entregarlo a otros parientes, entre otras. El deber de la madre es proteger a su hijo, no terminar con su vida. Por ello, cualquier móvil que intente privilegiar dicha conducta no es suficiente para que la madre renuncie a ese rol. Ahora bien, en los casos de violación, el bebe es no querido, y la maternidad no deseada.

La causa o móvil de la conducta homicida de la madre fundamenta la culpabilidad, no el injusto. Sea cual fuere el móvil que quiera justificar o atenuar la responsabilidad de la madre homicida, siempre será la vida humana el bien jurídico vulnerado, sacrificio que no se acepta hoy en día en nuestra sociedad ni en nuestra legislación, por el valor que representa. Creo que una vez nacido un ser humano,

nadie tiene derecho a matarlo. Pero ojo, si no se es nadie para quitarle la vida, ¿Qué derecho tiene un violador a dar una vida a una persona que no lo desea? ¿Qué derecho tiene el estado o la sociedad para imponer a una persona que debe aceptar la maternidad del producto de su propia violación? ¿Obligarlas a ser madre de un hijo que nunca quiso tener, a formar una familia con un padre "ejemplar"? ¿De qué familia estamos hablando? No existe tal familia. Ninguna familia puede formarse como consecuencia de una violación. Ni hablemos del trastorno psicológico que quedará en la madre y en su hijo, que llegará un momento en su vida que se preguntará de donde viene y quien es su padre.

Ahora bien, veamos el siguiente ejemplo: Una mujer es violada, es obligada a aceptar la maternidad de un hijo que no quiere y que es producto de su propia violación; mata a su hijo durante el puerperio, y a todo ello, el Estado la castiga con cadena perpetua. ¿No les parece injusto el castigo?

Con todo esto no afirmo que la solución única o correcta sea el asesinato, sino que es comprensible no estar en sus cabales y cometer graves equivocaciones. No hay que crucificar a la madre, ya que ninguno de nosotros es capaz de saber lo que se piensa a la hora de matar.

Por todo lo analizado hasta aquí, considero que la figura del infanticidio no encuentra motivos o argumentos para ser reincorporada a nuestra legislación, a excepción del supuesto en particular en que el hijo es fruto de una violación, que a mi parecer es el único móvil que justificaría el atenuante –no el eximente de responsabilidad-, teniendo en cuenta los derechos de la mujer que han sido vulnerados, la situación particular atravesada, la colisión de derechos generada, y además, que la violación es un delito que nuestra sociedad repudia, y para ello no hay que explicar demasiado si vemos la gran cantidad de casos con impacto en nuestra sociedad y a las consecuentes marchas y reclamos que dieron lugar.

La violencia ejercida contra la mujer constituye una violación, no solo de los derechos humanos, sino también del goce y ejercicios de los derechos constitucionales.

Por ello, creo que la normativa vigente no es suficiente para proteger este tipo de situaciones, y al regularlas específicamente, se protegerían todos los supuestos de violación.

Bibliografía

Creus, Carlos, Derecho Penal , Parte Especial, Tomo I, Pags. 11, 12, 17 y 18, Astrea, Buenos Aires

· Fontán Balestra,Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Ed Abeledo Perrot, 1995, Buenos Aires. Pags 48 a 53.

· Malagarriga, Carlos, Código Penal Argentino, Tomo II, Bs. As. 1927, p. 64

· Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Vol. I, Pags. 117 a 138Ed. Lerner, Buenos Aires, 1978

· Ossorio y Florit, Código Penal Comentado, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997

· Sampieri, Roberto Hernández, Fernández Collado, Carlos, y Pilar Baptista, Lucio, Metodología de la investigación, Mc Graw Hill Interamericana Editora SA de CV, 2003, México

· Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, Pags. 79 a 88Ed. TEA.1983

Otras Publicaciones:

Bailone, Matías, Las circunstancias Extraordinarias De Atenuación (Art. 80 in fine) en: http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/CIRCUNSTANCIAS%20EXT%20ATENUACION.htm

· Carvajal, Mariana, Impulsan la inclusión de la figura de infanticidio en el Código Penal, en: http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-52246-2005-06-11.html

· Código Penal Colombiano, en: http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/penal/trcrpnal.htm

· Dilema Legal Por el Infanticidio, en:http://www.parlamentario.com.ar/informes.php3

· Fellini, Zulita y Sansone, Virginia, La mujer en el Derecho Penal Argentino, en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/fellini_sansone.pdf.

· Fontán Balestra,Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Edición Digital de “Lexis Nexis”).

· Ghione, Melina Mabel, Di Forte, Cecilia, Locatelli, Carolina, Millao, Javier y Russo, Juan, “Principios éticos y filosóficos de derecho que legitiman la necesidad de proteger los derechos humanos de las mujeres y su autonomía como seres individuales en el caso del aborto por violación“, en: http://www.ilustrados.com/publicaciones/EEVuFyVuuEkiocbGsA.php

· Jurisprudencia Argentina, Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina sobre la píldora del día después, en: http://www.aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/Varios/2002_03_05_Sentencia_pildora.htm

· Legislación comparada. Texto de los Códigos Penales Internacionales en: http://sabus.usal.es/recursosderecho.htm

· Proyecto de ley 3342-D-05, Infanticidio, presentado por la Diputada Nacional Juliana Marino, en: http://www.rimaweb.com.ar/biblio_legal/index.html

· Ruggiero, Kristin, Honor, maternidad y el disciplinamiento de las mujeres: Infanticidio en el Buenos Aires de finales del siglo XlX, en: http://www.elseminario.com.ar/comprimidos/Ruggiero_Honor_maternidad_disciplinamiento.rtf

· Sassón, Isidoro, El Estado de Necesidad Justificante en el Código Penal Argentino, Versión Digtal en: http://www1.unne.edu.ar/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-017.pdf.

[1] Sampieri, Roberto Hernández, Fernández Collado, Carlos, y Pilar Baptista, Lucio, “Metodología de la investigación”, Mc Graw Hill Interamericana Editora SA de CV, 2003, México, pag. 8.

[2] Sampieri, Roberto Hernández, Fernández Collado, Carlos, y Pilar Baptista, Lucio, ob.cit. pags. 117/118.

[3] Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo III, Argentina, Editorial TEA, 1983, p. 80

[4] Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Argentina, Ed. Lerner, 1978, p. 117

[5] Ibid

[6] Malagarriga, Carlos, "Código Penal Argentino", Tomo II, Bs. As. 1927, p. 64

[7] Carvajal, Mariana, "Impulsan la inclusión de la figura de infanticidio en el Código Penal", en: http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-52246-2005-06-11.html

[8] Ibid

[9] Núñez, Ricardo, ob.cit., Pag. 117

[10] Ibid

[11] Ibid

[12] Soler, Sebastián, ob.cit. pag. 79

[13] Núñez, Ricardo, ob.cit., Pag. 118

[14] Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Edición Digital en: http://www.lexisnexis.com.ar

[15] Ibid

[16] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 129

[17] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[18] Ibid

[19] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 119

[20] Ibid

[21] Ibid

[22] Ibid

[23] Ibid

[24] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[25] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 123

[26] Ibid

[27] Soler, Carlos, ob. cit. pag. 79

[28] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 124

[29] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 126

[30] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[31] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 127

[32] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[33] Núñez, Ricardo, ob.cit. pág. 124

[34] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[35] Núñez, Ricardo, ob.cit. pags. 124 y 125

[36] Ibid

[37] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[38] Soler, Sebastián, ob.cit. pags. 84 y 85

[39] Ibid

[40] Ibid

[41] Ibid

[42] Núñez, Ricardo, ob.cit. pags. 128 y 129

[43] Ibid

[44] Ibid

[45] Ibid

[46] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N), y Fallos, T. V, p. 342.

[47] Ibid

[48] Soler, Sebastián, ob.cit. pag. 86

[49] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N). Asimismo, véase Núñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Tomo III, pag. 129).

[50] Fallos, T. V, p. 343.

[51] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 130

[52] Ibid

[53] Ibid

[54] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[55] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 131

[56] Soler, Sebastián, ob.cit. pags 86 y 87

[57] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 131

[58] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[59] Nuñez, Ricardo, ob.cit. pag. 132

[60] Ibid

[61] Nuñez, Ricardo, ob.cit. pag. 132 y 133

[62] Ibid

[63] Núñez, Ricardo, ob.cit. pags 133 y 134

[64] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[65] Jurisprudencia Argentina, T. 13, p. 581

[66] Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Tomo III, pag. 82.

[67] Cámara del Crimen de Capital Federal, Sala 5º(Causa Nº 6.488, CH. H., 14/07/59).

[68] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[69] Núñez, Ricardo, ob.cit. pags. 135 y 136

[70] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 136.

[71] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 137

[72] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[73] Ibid

[74] Núñez, Ricardo, ob.cit. pag. 136

[75] Fallos, 302:1284; 310:112

[76] Melina Mabel Ghione, Cecilia Di Forte, Carolina Locatelli, Javier Millao y Juan Russo, “Principios éticos y filosóficos de derecho que legitiman la necesidad de proteger los derechos humanos de las mujeres y su autonomía como seres individuales en el caso del aborto por violación“, en: http://www.ilustrados.com/publicaciones/EEVuFyVuuEkiocbGsA.php

[77] Fallos, 302:1284; 310:112

[78] Creus, Carlos, ob.cit. Pag. 25

[79] Kristin Ruggiero, “Honor, maternidad y el disciplinamiento de las mujeres: infanticidio en el Buenos Aires de finales del siglo XlX”, en: http://www.elseminario.com.ar/comprimidos/Ruggiero_Honor_maternidad_disciplinamiento.rtf

[80] Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. (Versión Digital S/N)

[81] Ossorio y Florit, “Código Penal Comentado”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997 Pag. 91

[82] Sassón, Isidoro, “El Estado de Necesidad Justificante en el Código Penal Argentino”, Versión Digtal en: http://www1.unne.edu.ar/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-017.pdf.

[83] Fellini, Zulita y Sansone, Virginia, “La mujer en el Derecho Penal Argentino”, en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/fellini_sansone.pdf.

[84] Fontán Balestra, Carlos, “Derecho Penal Parte Especial”, Ed Abeledo Perrot, 1995, Buenos Aires. Pags 48 a 53.

[85] Ibid

[86] Creus, Carlos, ob.cit. Pag. 18

[87] Ibid

[88] Creus, Carlos, ob.cit, pags. 16 y 17

[89] Ibid

[90] Bailone, Matías, “Las circunstancias Extraordinarias De Atenuación (Art. 80 in fine)” en:http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/CIRCUNSTANCIAS%20EXT%20ATENUACION.htm

[91] Barbagelata, María Elena, en “Impulsan la Inclusión de la figura del Infanticidio en el Código Penal": http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-52246-2005-06-11.html

[92] Bonnet, Emilio, Especialista en Medicina Legal, en “Dilema Legal Por El Infanticidio”: http://www.parlamentario.com.ar/informes.php3

[93] Soler, Carlos, ob.cit. pags. 76 y 78

[94] Texto de los Códigos Penales disponibles en: http://sabus.usal.es/recursosderecho.htm

[95] Fellini, Zulita y Sansone, Virginia, ob.cit. Versión Digital S/N

[96] Código Penal Colombiano, en: http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/penal/trcrpnal.htm

[97] Ibid. Asimismo, véase: http://www.eurosur.org/FLACSO/mujeres/colombia/legi-3.htm

[98] Fallos: (302:1284; 310:112; 323: 1339) Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina sobre la píldora del día después, en: http://www.aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/Varios/2002_03_05_Sentencia_pildora.htm

[99] Melina Mabel Ghione, Cecilia Di Forte, Carolina Locatelli, Javier Millao y Juan Russo, en: “Principios éticos y filosóficos de derecho que legitiman la necesidad de proteger los derechos humanos de las mujeres y su autonomía como seres individuales en el caso del aborto por violación”en: http://www.ilustrados.com/publicaciones/EEVuFyVuuEkiocbGsA.php

[100] Ibid

[101] Ibid

[102] Zaffaroni, Eugenio, Conferencia que dictó en el Congreso Internacional para Apoyar la Armonización de las Legislaciones Locales con los Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos de las Mujeres, México, extraído del Proyecto de ley 3342-D-05, Infanticidio, disponible en: http://www.rimaweb.com.ar/biblio_legal/index.html

[103] Artículo 40 del Código Penal: “En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.

Artículo 41 del Código Penal: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

[104] Artículo 34 Inciso 1 Del Código Penal: “No son punibles: 1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

El principio de responsabilidad por el acto y la portación de antecedentes del artículo 189 bis, inciso 2º, párrafo 8º del Código Penal.

Por Patricio Blas Esteban

Art. 189 bis. Inc. 2do. párrafo 8: "…*El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.*"

Introducción.

En su investigación titulada "Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad"[1] Massimo Pavarini se pregunta, en relación a los trabajos que desde los años sesenta hasta nuestros días continúan desenmascarando el discurso positivista, si tiene aún sentido forzar esta puerta ya abierta y seguir desmintiendo la falacia naturalista del delito. Dos años antes, al tratarse el proyecto de reforma al régimen de armas, municiones y explosivos del Código Penal, y casi como queriendo responder por anticipado a las inquietudes del destacado criminólogo, uno de los miembros de la Cámara Alta sostenía en su exposición: "En consecuencia, si bien al que comete ciertos tipos de delitos, como los que están hoy en boga, no lo vamos a disuadir de que no los cometa -si ya tiene en sus genes el hecho de ser delincuente, como decía Lombroso-, se aplicará aquí el sentido retributivo, ya que lo vamos a sacar de circulación para que no siga cometiendo delitos"[2].

El 14 de abril del año 2004 el Congreso de la Nación sancionó la ley nro. 25.886 que introdujo la actual redacción del artículo 189 bis, inciso 2°, párrafo 8° del Código Penal, a saber: "el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de

[1] Ed. Ad-Hoc, Colección Criminologías, IV, directores Beloff, Mary - Sozzo, Máximo, traducción Sozzo, Máximo - Candioti, Magdalena, 1era edición, Buenos Aires, Septiembre 2006, pgs. 267/68.
[2] Intervención del Senador Dr. Eduardo Menem, sesión del 14 de abril de 2004 del Honorable Senado de la Nación.

armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años".

Es conocido y sobran las referencias al contexto social en el que se sancionó la reforma (el denominado "efecto Blumberg"). Interesa resaltar sin embargo, más allá de la sorpresa que causaría al propio Lombroso el ser catalogado como "retribucionista", que la norma representa una cruza entre los aspectos menos felices de la *scuola* y el moderno populismo penal. Pone eje en la constitución moral del delincuente, pero a su vez, lo que en tiempos del positivismo se presentaba como un sólido armado de razonamientos científicos, meticulosamente elaborados tras años de observación empírica, ha sido reemplazado con legislaciones de emergencia punitiva pasadas al calor de la presión electoral, y adecuadamente descriptas en un voto de los camaristas Bruzzone y Lucini como "asistemática, signada por criterios espasmódicos, ocasionales, contradictorios y simbólicos"[3].

Como era de esperarse el debate sobre la validez de la agravante se instaló casi de inmediato en la jurisprudencia y la literatura especializada. Ahora, en abril de este año se ha cumplido una década desde la incorporación de esta norma al ordenamiento jurídico argentino y nos pareció que esto brinda una interesante oportunidad para detenernos en el cúmulo de opiniones que ha ido dejando la figura en su recorrido por el sistema. Conforme al material que hemos logrado reunir, el párrafo 8vo es sospechado de conculcar, alternativamente y según la fuente que se consulte, hasta once garantías y principios de la Ley Fundamental (legalidad, culpabilidad, principio de acto, lesividad, *ne bis in idem*, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, proporcionalidad de la pena, división republicana de poderes, dignidad y razonabilidad).

Más que arrojar dudas sobre los alcances de algún derecho específico el dispositivo parece irritar cierto sentimiento general de justicia, devolviendo múltiples hipótesis en torno a las razones de su disconformidad con el plexo de garantías. En definitiva, se trata de un verdadero caso testigo, inmejorable para ponernos al corriente sobre el estado de los estudios constitucionales.

Otro motivo que suma atractivo a la propuesta radica en que el año pasado el asunto recibió tratamiento ante la Corte Suprema en los casos "Maciel" y "Taboada Ortiz". Si bien la mayoría del Tribunal declaró inadmisibles los recursos y omitió pronunciarse sobre el fondo, las

[3] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, "Gil, Omar A.", rta. el 25 de abril de 2007.

posturas encontradas de los ministros Argibay y Zaffaroni dejaron un interesante contraste de opiniones que de seguro contribuirá a mejorar nuestra comprensión sobre los principios en juego.

El tipo penal.

El artículo 189 bis, inciso 2º, párrafos 3º y 4º reza: *La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 1 año a 4 años.*

Si las armas fueren de guerra, la pena será de 3 años y 6 meses a 8 años y 6 meses de reclusión o prisión.

Como adelantamos, el párrafo octavo prescribe: *el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años*.

Sin ánimo de extendernos en el análisis del tipo básico, recordemos que "portar", como ha sido entendido pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, implica llevar sobre sí el artefacto en un lugar público y en condiciones de uso inmediato. Asimismo, la figura contiene dos elementos normativos que remiten para su definición a la ley nº 20.429 y a los reglamentos que sancione la autoridad administrativa: "debida autorización legal" y "arma". Con respecto a las armas de fuego, el artículo 3.1 del reglamento aprobado por el decreto nº 395/75, entiende por tales aquellas que utilizan la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.

Para que se configure el delito el arma debe resultar idónea para sus fines, conclusión a la que puede arribarse por tres vías: a) porque el concepto mismo de "arma" implica su aptitud para causar daño de un modo que exceda la mera condición de objeto contundente, b) porque una interpretación de los denominados delitos formales mínimamente respetuosa del principio de lesividad impone exigir cuanto menos una chance de afectación al bien jurídico, o c) porque si el verbo "portar" denota la capacidad de uso inmediato, esto llevará naturalmente a exigir el regular funcionamiento del mecanismo.

En cuanto al aspecto subjetivo se requiere dolo directo y, en especial, ánimo de portación.

Es atípico el contacto fugaz de quien toma la cosa para inspeccionarla, desarmarla o cederla rápidamente a otro. El agente debe ingresarla a su ámbito inmediato de dominio concibiéndola como un recurso ofensivo/defensivo a su disposición.

A partir de su encuadre tradicional como delito de "propia mano", se discute si es admisible una portación compartida (ej. dos personas llevan el arma en la guantera del auto mediando acuerdo de que, llegado el caso, cualquiera puede utilizarla). En general, el mérito de esta noción -*delicta propia*-, depende de la relevancia que se asigne a la situación física de las personas y los objetos para delimitar el concepto de autoría, cosa que en nuestro caso nos permite aceptar la posibilidad de una capacidad de disposición plural y una co-titularidad del riesgo para la seguridad pública.

Pasemos ahora a la figura calificada. Sobre el carácter del arma a los efectos del 189 bis, inc. 2, párr. 8vo, el legislador ha colocado bajo un mismo manto de disvalor las catalogadas como de guerra y de uso civil. Evidentemente se ha entendido que la temibilidad del individuo que registra condenas o causas pendientes eclipsa de tal modo la naturaleza peligrosa del objeto que resulta superflua toda discriminación según calibre.

Por otro lado, hablamos de un delito especial impropio pues se requiere, para ser sujeto activo de la modalidad agravada, registrar antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o encontrarse gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior. Respecto al primer supuesto, podrían plantearse dudas sobre si corresponde circunscribir su aplicación a sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada (téngase en cuenta que no cualquier caso de condena no firme quedará automáticamente comprendido en la variante de excarcelación o eximición). La solución afirmativa no resulta para nada evidente si se tiene en cuenta que el precepto llega incluso a incriminar estadios previos al auto procesamiento, evidenciando el interés por captar todas las instancias en el curso del expediente paralelo. Sin embargo, la denominación "antecedentes" ha de entenderse referida a actos procesales susceptibles de anotación registral, y el artículo 2 de la ley 22.117, que menciona la sentencia de condena en el punto i), establece que la resolución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia dentro de los cinco días de *adquirir firmeza*.

Asimismo, debiera contemplase la aplicación por analogía *in bonam partem* de las limitaciones previstas en los párrafos tres y cuatro del artículo 50 CP para la reincidencia tradicional, verificando que la condena no haya sido impuesta por delitos políticos, amnistiados, cometidos por menores de dieciocho años de edad, o que desde su dictado no hubiese transcurrido

igual tiempo al de la pena, no pudiendo en ningún caso exceder de los diez años[4]. Estas reglas traducen un principio de derecho penal material que reclama cierta actualidad en el disvalor del antecedente y a falta de aclaración rige también para las normas de parte especial[5].

Es dudoso que pueda decirse lo mismo respecto a la necesidad de que la condena haya sido total o parcialmente cumplida. Siendo una cuestión de primer orden no cabe suponer imprevisiones y el silencio en la redacción se presenta más claramente como el producto de una decisión legislativa en contrario; frente a escenarios de pena de ejecución condicional o evadida sólo quedará recurrir, como se ha hecho en algunos casos, a la declaración de inconstitucionalidad[6].

La ley tampoco aclara si la excarcelación o eximición de prisión deben haber sido dictadas, al igual que la condena, en un proceso seguido por delito doloso contra las personas o con portación de armas o en cambio puede tratarse de cualquier ilícito, aunque, esta vez por obvias razones de coherencia sistemática, no podría admitirse que el episodio de menor certeza procesal resulte el más abarcativo.

En otro orden de cosas, se ha señalado que: "“no puede incluirse en el concepto de delito que se comete con el “uso de un arma” a la simple tenencia o portación, donde la acción no consiste en “utilizar” sino simplemente en “tener” o “portar” el arma. La ley quiere incluir en la figura analizada aquellos casos en que se utiliza un arma para ejercer violencia o intimidación sobre la víctima..”"[7].

Al igual que el tipo básico la hipótesis agravada se enrola entre los delitos denominados de peligro abstracto. En rigor, correspondería hablar de un peligro abstracto graduado, ya que el subsistema de represión al contacto con materiales restringidos que instrumenta el art. 189 bis establece sanciones diferenciales para la portación simple (párrafos 3º y 4º), la portación ilegítima con permiso de tenencia (párrafo 5to), aquella donde por la circunstancias del hecho y las condiciones personales del agente pueda inferirse la ausencia de voluntad de utilizar el arma con fines delictivos (párrafo 6to) y la portación agravada por registrar antecedentes o causas en

---

[4] Omitimos la mención de los delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar dada su derogación por ley 26.394.

[5] La jurisprudencia no se ha mostrado receptiva a esta posibilidad y el planteo fue expresamente rechazado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en “Rodríguez, Marcelo José s/ inf. art. 189 *bis* CP”, rta. el 04/07/08.

[6] Ver el voto del Dr. Julio Maier en TSJCABA, “Taboada Ortiz”, rta. el 29 de julio de 2009.

[7] De la Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana “Régimen Penal de las Armas y Explosivos”, en Reformas Penales, coordinador Edgardo Alberto Donna, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2004, pg. 231.

trámite (párrafo 8vo). No obstante, también advertimos que la atenuante del párrafo 6to encarga al juez la verificación de la eventual disminución del peligro *concreto* por ausencia de fines ilícitos, por lo que, en tren de precisiones, tras la reforma introducida por la ley 25.886 se ha perfilado un régimen mixto de riesgos que combina presunciones *et de iure* y *iuris tantum*.

De las desprolijidades que exhibe la ley, sin duda la más burda tiene que ver con la posibilidad de que una persona resulte condenada a tenor del artículo 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo por haberse encontrado gozando de una excarcelación o eximición, y luego se dicte su absolución o sobreseimiento en el expediente donde había accedido al beneficio. En estas situaciones no encontramos otro remedio que hacer lugar a un eventual recurso de revisión y declarar la inconstitucionalidad del tipo calificado por acreditarse un hecho nuevo que lo torna manifiestamente irrazonable en el caso concreto (arts. 1, 28 y 33 CN). El problema es que entonces se estaría consintiendo una diferencia entre individuos efectivamente absueltos o sobreseídos, para quienes se juzga inaplicable la agravante, y personas todavía no condenadas, que pasarían a gozar de un estado de inocencia precario.

Como puede verse estamos frente a una disposición compleja y que insumirá, por parte de quienes la consideren válida, no pocos esfuerzos de interpretación para reducir sus márgenes de irracionalidad.

Los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad de la pena.

Entre los varios defectos constitucionales que se atribuyen al 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo, se cuenta una posible transgresión al principio de igualdad. Sostiene Alejandro Tazza: "Tampoco resulta un trato igualitario agravar la penalidad de la **portación** de **armas** para quien ha sido condenado, por ejemplo, por un delito de lesiones leves doloso… y no hacerlo para quien fue condenado por falsificar moneda de curso legal o por incendio doloso, por no tratarse éstos de un delito contra las personas o con el uso de **armas**."[8]. Destaca la posibilidad de que una persona condenada por el delito de omisión de auxilio (art. 104 CP) o instigación al duelo (art. 99 CP), ambos reprimidos con pena de multa, porte luego un arma de uso civil y quede expuesto a semejante escala.

[8] Tazza, Alejandro O. "Circunstancias agravantes del delito de portación de armas de fuego. Objeciones constitucionales", La Ley 2007-C, 936, la negrita es del original.

En los mismos términos, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba[9], ha entendido que la norma violenta el art. 16 CN al efectuar una irrazonable diferenciación entre individuos que registran condenas por comisión de delitos aún más graves pero sin el empleo de armas (ej. abuso sexual en perjuicio de menores) a quienes sólo se computaría la conducta previa dentro del marco penal ordinario, y los reincidentes por delitos cometidos mediante armas para los que se establece una escala diferencial.

Similares consideraciones se desprenden del voto del juez Yacobucci en la causa "Rivas, Osvaldo A.": "Así, se dará el absurdo sistemático, ya advertido por algunos, de que un condenado por aborto o alguien que lo fue por lesiones leves, vea agravada su situación por la portación ilegal de arma de fuego, mientras que el miembro de una asociación ilícita o un grupo que concreta robos en poblado y en banda, roba mercadería en tránsito, etc., no aparecerá alcanzado por la calificante"[10].

La diferenciación en orden a la clase de antecedentes también ha servido para fundar valoraciones positivas sobre la razonabilidad del tipo. Uno de los motivos que llevaron al juez Zaffaroni a proponer la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia en "Álvarez Ordóñez", decía: "Es obvio que el autor de unas lesiones no demuestra mayor perversidad porque haya sido condenado anteriormente por libramiento de cheques sin provisión de fondos"[11]. Probablemente haciéndose eco de este argumento, que descalifica los sistemas de reincidencia genérica, la jueza Argibay *in re* "Maciel" (resuelto en la misma fecha), tras considerar que los fundamentos tenidos en cuenta por la Corte para legitimar el artículo 50 CP resultan trasladables a la portación agravada del 189 bis, agrega que esto es "…con una distinción que redunda aún en mayor beneficio para afirmar la razonabilidad de la figura en estudio. En efecto, como ya se anticipara en el considerando precedente, se trata aquí de una agravante específica que está integrada solo por las agresiones criminales previas que hubieren sido cometidas dentro de un ámbito de ilicitud que, de un modo u otro, está ligado con la figura básica de portación de arma"[12].

Se hace bien en no hablar puntualmente de "reincidencia específica", pues el 189 bis no exige identidad de tipos penales, ni "cuasi específica", ya que tampoco es necesario que coincida

[9] Sala Penal, "Cuello, Juan Antonio s/ ejecución de pena privativa de libertad - Recurso de Revisión" (Expte. "C", 66/2009, S. n° 39), rta. el 10/03/2010.
[10] CFCP, Sala II, "Rivas, Osvaldo A. y otros" rta. el 22 abril de 2009.
[11] CSJN "Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/causa 10.154", rta. 05/02/2013.
[12] CSJN "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", rta. 05/02/2013.

el bien jurídico afectado. El párrafo octavo inaugura un esquema al que cabría denominar de “ilicitud conexa”.

Es verdad que la categorización de ilícitos que darán pie al tipo calificado no parece descansar en la gravedad objetiva del hecho previo sino en su afinidad con la supuesta tendencia a un empleo indebido del arma. Claro que esta explicación no pone a salvo la figura de otros reparos constitucionales, pero ciñéndonos de momento al artículo 16 CN, y exceptuando casos donde el paralelo se torna indefendible, como el aborto consentido o causado por la mujer (art. 88 CP); a modo general no puede juzgarse arbitrario, en la lógica de la ley, que el comportamiento más leve (ej. lesiones o abuso de armas) sea valorado por sobre otras infracciones de mayor entidad al catálogo penal (ej. envenenamiento de aguas potables, asociación ilícita, contrabando, comprometer la paz y dignidad de la Nación), que suelen presentarse bajo modalidades comisivas y motivacionales distintas, o socavan otros bienes jurídicos. A lo sumo las críticas a tenor del principio de igualdad serán las que corresponden a cualquier sistema de reincidencia específica (o en este caso *pseudo* específica).

Otro señalamiento relacionado con la validez de la agravante hace al principio de proporcionalidad de la pena. Si tenemos en cuenta que autores como Soler, Núñez, Carrera, y Lavayen y De Martini[13] concebían los delitos de tenencia como infracciones de naturaleza contravencional o de policía administrativa, elevadas artificialmente por el legislador al rango de ilícitos penales[14], no puede extrañar que una escala de cuatro a diez años cause preocupación.

Los primeros en llamar la atención sobre este punto fueron De La Fuente y Salduna: “No hace falta un profundo análisis dogmático para advertir que la pena es absolutamente desproporcionada pues, a pesar de que estamos ante un delito de peligro abstracto que no exige ningún resultado material ni de peligro sobre el bien jurídico protegido, se ha estipulado una pena

[13] Conf. Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1era edición, Santa Fe 2000, T II-C, pg. 103.

[14] Se debe originalmente a Feuerbach la distinción, hoy superada, entre delitos e infracciones de policía, entendidos los primeros como portadores de un real injusto material consistente en la lesión a derechos subjetivos o bienes jurídicos clásicos, y las segundas como prohibición de comportamientos contrarios a la seguridad pública u otras metas de interés colectivo. Esta teoría bipartita del injusto se expresó en dicotomías como antijuridicidad / antiadministratividad o injusto criminal / injusto administrativo y fue profundizada por Goldshmidt, quien definía como un pseudo derecho a estas pautas ordenatorias de un determinado ámbito de convivencia sin afectación inmediata de intereses individuales. Ver Righi, Esteban “Los Delitos Económicos”, Ed. Ad-Hoc, 1era edición, Buenos Aires, mayo 2000, pgs. 114 y 116.

mayor que la prevista con respecto a ciertos delitos que destruyen de manera directa bienes jurídicos fundamentales"[15].

Ejemplifican que la simple portación de un arma de fuego de uso civil, calificada en función del párrafo 8vo, merecerá un castigo más severo que ciertos atentados contra la vida o la integridad física, como el aborto (art. 85 CP), las lesiones leves, graves y gravísimas (arts. 89, 90 y 91), el homicidio y lesiones en riña (art. 95), e incluso el abuso de arma (art. 104). Destacan los autores lo llamativo de esta situación, ya que la portación de un arma de fuego se sanciona con una pena notoriamente superior al efectivo disparo contra una persona determinada.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba, al declarar la inconstitucionalidad de la norma en el precedente "Cuello"[16], agregó que la pena también supera la prevista para otras acciones de puesta en peligro más intensas de la misma seguridad pública, como el acopio de armas y municiones (art. 189 bis, inc. 3), y que el legislador desconoce elementos razonables de diferenciación previstos en el propio artículo al nivelar la penalidad para la portación de armas de uso civil y las de guerra.

De esto último se ocupa en detalle el juez Yacobucci en "Rivas": la portación ilegítima de arma de uso civil se encuentra reprimida con pena de 1 a 4 años, en tanto, si se tratase de un arma de guerra, la escala prevista es de 3 años y seis meses a 8 años y seis meses. De aquí se deduce que la medida de disvalor asignada al riesgo objetivo que el legislador presume en la naturaleza del instrumento es significativa. Sin embargo, el párrafo 8vo establece que cualquiera sea el calibre, la escala penal será de 4 a 10 años de prisión. Esto supone para la portación de arma de uso civil elevar el mínimo de 1 a 4 años -3 años más-, mientras que para la portación de arma de guerra el aumento es de 3 años y 6 meses a 4 años -solo 6 meses-. "Se trata pues de una igualación absolutamente irrazonable, con la notoria desproporción en el agravamiento del mínimo."[17].

Otros autores canalizan sus preocupaciones aludiendo al principio de lesividad: "Asimismo, entendemos que a través de esta norma ha sido soslayado el principio de lesividad conforme al cual, para que una conducta sea punible, tiene que necesariamente afectar a terceros;

---

[15] De la Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana, ob cit., pg. 229. En sentido coincidente, Rodeiro, Oscar A. "¿Es constitucional la agravante del delito de portación de armas de fuego prevista por el octavo párrafo del artículo 189 bis del Código Penal?", LLPatagonia 2008 (agosto), 309 y Cepede, Analía de los Ángeles "Portación de arma de fuego de uso civil agravada por los antecedentes penales del autor. Inconstitucionalidad", LLC 2011 (febrero), 1.

[16] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, "Cuello, Juan Antonio s/ ejecución de pena privativa de libertad –Recurso de Revisión- (Expte. "C", 66/2009, S. n° 39), rta. el 10/03/2010.

[17] CFCP, Sala II, "Rivas, Osvaldo A. y otros" rta. 22 abril de 2009.

y tratándose de una agravante, la misma debería basarse en una mayor lesividad. Ahora bien, ¿En qué aspecto sería mayor la lesividad si el agente que porta ilegalmente un arma registra antecedentes penales o no?"[18].

En contra de estas observaciones puede citarse la postura del Tribunal Superior de Buenos Aires en "Lemes"[19]. Por un lado se apunta que el planteo sobre la proporcionalidad no puede corresponder a la escala prevista en abstracto sino a la sanción efectivamente impuesta, que es la que fija la medida del interés del recurrente. De acuerdo a este estándar, se tuvo por no demostrado que la imposición del mínimo en el caso concreto resultase irracional, lesiva de la dignidad humana, desproporcionada o cruel.

Como segundo argumento el TSJCABA reproduce una fórmula empleada por la Corte Suprema de Justicia en "Pupelis, María Cristina" al desestimar el planteo de inconstitucionalidad deducido con relación al artículo 38 del decreto - ley 6582/58 (ratificado por ley 14.467) que reprimía con pena de nueve a veinte años de prisión el robo de automotores cometido con armas. Al castigar un atentado contra la propiedad fijando un mínimo superior al previsto para el homicidio simple, la disposición había sido calificada por autores como Ricardo Juan Cavallero[20] como una verdadera "subversión axiológica". No obstante, a estas inquietudes la mayoría de la Corte respondió: "…el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto".

Párrafo seguido se establece: "..la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan… En este sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquella que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el

[18] Marini, Lucía L. - Borzi Cirilli, Federico A. "Y un día... la Constitución estuvo primero. Comentario al fallo", en www.infojus.gov.ar, 2 de Septiembre de 2009.
[19] "Lemes, Mauro I", rta. 19 de julio del 2006.
[20] "Irrazonabilidad de la protección penal de automotores" en Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Director Ricardo Núñez, Año 10, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1987, pg. 739.

bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional" [21].

Bien. Sobre la necesidad de limitar el planteo a la sanción efectivamente impuesta según postula el TSJCABA, entendemos, por el contrario, que ya en relación a la conminación en abstracto el imputado tiene derecho a argumentar que la justa medida de pena que crea poder encontrar el juzgador sólo será atinada en relación a una escala injusta. Y es que, bien visto, no existe ningún delito por el que corresponda imponer cuatro años de prisión, sino delitos por los que corresponde imponer cuatro años de prisión *en el marco de la escala X*. Si la determinación del castigo consistiese en un juicio de correspondencia absoluta entre la gravedad ontológica del hecho y una cantidad fija de sanción de entre todas las imaginables, entonces efectivamente podría ocurrir que el monto surgido de una escala exorbitante fuese ajustado al caso concreto. Pero como la individualización de la pena supone un juicio aproximativo condicionado por otro juicio aproximativo de carácter general (escala); un cálculo dentro de un estimado previo donde el monto se construye tomando por referencia los extremos, entonces el vicio en el marco de apreciación se transporta necesariamente a la sentencia. En otras palabras: si la cuantificación judicial es un equilibrio dentro de la escala, y la escala a su vez no está calibrada en relación al delito, es imposible que sí lo esté la condena.

Mayores son las dificultades que presenta el razonamiento de la Corte en "Pupelis". El fallo descalifica el método de valoración cruzada de escalas como técnica para el examen de proporcionalidad y sienta que la norma sólo puede confrontarse con la propia garantía constitucional. Ahora, el problema con prescindir de toda referencia comparativa es que el principio de proporcionalidad no contiene en sí mismo las precisiones requeridas para su aplicación. En este punto la sentencia ofrece, como parámetro sustituto, la pregunta de si la pena redunda en mortificaciones ajenas a su naturaleza, consiste de un tratamiento cruel o se encuentra en tal medida desligada del bien jurídico tutelado que resulte lesiva de la dignidad humana. Pero veremos que estas nociones, además ser igual o todavía menos precisas que la correspondencia entre sanción y delito, no empalman del todo bien con la regla de proporcionalidad.

---

[21] fallos 314:424, cons. 7º y 8º, voto de la mayoría.

La imposición de rigores extraños a la pena denota extralimitaciones de sustancia, no de grado, por lo que carece virtualmente de aplicación a los márgenes penales. Asimismo es bueno aclarar que la prohibición de administrar tratos inhumanos o crueles, por un lado, y la de imponer sanciones desproporcionadas por el otro, tampoco suponen un mismo estándar de tutela constitucional. Por ejemplo, puede considerarse que la pena capital o de prisión perpetua sin posibilidad de acceso a la libertad condicional son respuestas proporcionadas a la gravedad de ciertos delitos, pero resultando de todos modos inhumanas, la garantía de trato digno fija un límite a la equivalencia entre la falta y la severidad del castigo. Referido a la extensión de la respuesta punitiva, el principio de humanidad es el techo por encima del cual la sociedad renuncia a graduar el reproche según la gravedad del hecho, o lo que es igual, renuncia a que la proporcionalidad siga actuando en perjuicio del infractor allí donde obligue a desconocer el carácter inviolable de la persona[22]. A la inversa, que la intensidad de la consecuencia penal no alcance niveles tales de sufrimiento que implique la cosificación lisa y llana del sujeto tampoco significa que su medida resulte proporcionada, pues en este caso la sanción no se contrasta sólo con el respeto debido a la condición humana, sino específicamente con la magnitud del acto.

Los dos requisitos obligan a sopesar los beneficios de política criminal con el costo social de la pena desde ángulos distintos. Uno referido a la cuantía de bienes individuales de los que puede apropiarse el Estado independientemente de cuál sea la trasgresión, el otro mandando además que la reacción jurídica se halle en sincronía con la medida real de injusto.

Dicho esto, la mejor forma de prevenir que los jueces subordinen el criterio legislativo a sus convicciones es relacionando la norma con la escala de valores expresada en otros pasajes del digesto penal. Por esta vía se reduce el riesgo de injerencia en los asuntos de gobierno ya que la hipótesis de control se agota en imponerle al legislador un deber de coherencia con sus propias valoraciones, parámetro más que aceptable para la división de poderes.

Adherimos entonces al ejercicio crítico propuesto por la doctrina de trazar paralelos con otras escalas del ordenamiento. Sin embargo, queda aún por abordar el impedimento señalado en el fallo, esto es, que frente a la verificación de que existe un desigual tratamiento en la represión de distintas conductas el intérprete carece de herramientas para decidir si es que en un caso se ha errado por exceso o en el otro por insuficiencia. Ahora, si se tratase de un dilema irresoluble

[22] Obviamente el principio de trato digno reconoce otras aplicaciones no relacionadas con el sufrimiento que irroga la pena. Ej. una extracción compulsiva de sangre no conlleva más que una dolencia nimia y aún así presta bases para invocar la garantía.

nótese que también resultarían en extremo difíciles otras muchas actividades, como por ejemplo, si se me permite la analogía, la tarea de afinar un instrumento. Pulsando dos teclas en forma aislada será más trabajoso saber cuál desentona que si escuchamos cada nota en el recorrido continuo de la escala musical. No es distinto con las escalas penales; cuando se ofrecen a comparación varias figuras en aparente armonía y el marco sancionatorio individual de la norma cuestionada, la diferencia de valor entre el sistema y la unidad debe resolverse adjudicando racionalidad al primero y desechando la segunda. Procede igual el investigador cuando, aplicando el test de coherencia sistémica del método científico, confronta una hipótesis aislada con los principios de su teoría, o una teoría con los postulados generales de su ciencia.

Es verdad que el Código Penal Argentino se prestaba mejor a esta clase de averiguaciones en los años siguientes a la codificación del 21 (paradójicamente, previo al cúmulo de reformas *ad-hoc* que obligan a profundizar en los estudios sobre proporcionalidad de la pena), pero como metodología, la valoración cruzada de escalas constituye una técnica viable a condición de que todavía pueda rescatarse cierta unidad de sentido en las definiciones de la ley. De su parte, el intérprete debe comprometer un esfuerzo serio en el relevamiento de las variables que puedan justificar la mayor penalidad para ofensas a primera vista inferiores, y no abusar de incluir al otro extremo de la comparación delitos como el duelo, que si bien afectan valores superiores del ordenamiento reconocen obvias razones para la no actualización del marco penal.

Sí en cambio, nos parece incontestable el argumento de Salduna y De La Fuente relativo a que la pena de la portación agravada supera holgadamente la del efectivo disparo contra una persona (art. 104 CP). Nivelados los factores que hacen a la entidad del bien jurídico, la peligrosidad del instrumento, el carácter doloso de la conducta y demás consideraciones ético - sociales, tenemos que un acto preparatorio de eventuales delitos de lesión cuadriplica el mínimo asignado para una estructura de tentativa acabada. A esto se suma, como destaca el Superior Tribunal de Córdoba, que la portación recibe el mismo tratamiento que el acopio (art. 189 bis, inc. 3) y se sitúa apenas a un año del mínimo previsto para la fabricación, suministro, sustracción o detentación de bombas, aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radioactivos o biológicamente peligrosos, etc., con el fin de contribuir a la comisión de atentados contra la seguridad común (art. 189 bis, inc. 1), o hacer de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual (art. 189 bis, inc. 3, párr. 2).

Llegamos a la misma conclusión si se compara el 189 bis, inc. 2, 8vo con el tratamiento menos severo de ofensas, desde todo punto de vista más graves, como la trata de personas (art. 145 bis) o la corrupción de menores (art. 125, párr. 1º).

Derecho a la presunción de inocencia.

Continuando con el resumen de las objeciones que se han levantado en torno a la reforma, y para el supuesto de encontrarse gozando de una excarcelación o eximición de prisión, la Sala II del Tribunal de Casación Bonaerense ha entendido que desconoce los principios, nuevamente de igualdad, y particularmente de inocencia: "…la sentencia no explica motivos válidos por los cuales la situación de L.A.T. difiera -en su perjuicio- de la situación de cualquier otra persona al tiempo de compararlos en el ámbito penal en su condición de legalmente inocentes de todo delito anterior. Entiendo que la aplicación legal decidida por el sentenciante conlleva a la vulneración de los principios de igualdad ante la ley e inocencia pues, la situación de quien no cuenta con una condena firme, más allá de encontrarse excarcelado, resulta idéntica a la de quien tampoco cuenta con una condena firme y a su vez no se encuentra excarcelado, puesto que en uno y otro caso, desde la óptica jurídica, se trata de dos personas inocentes -art. 18 de la CN-"[23].

En otro fallo leemos: "Dicho antecedente, hasta el momento constituye solo la existencia de una imputación jurídico delictiva de la comisión de un hecho cuya producción y responsabilidad no están dotadas de la certeza necesaria constituyéndose solo en un indicio de peligrosidad cuya presencia en el tipo agravante vulnera flagrantemente los precitados principios de nuestro derecho penal…"[24]. Y también: "…nunca el ejercicio de un derecho o garantía constitucional -estar en libertad durante el proceso- puede ser motivo razonable de agravamiento punitivo, pues no traduce una mayor entidad de injusto, ni brinda un mayor indicador de culpabilidad en virtud del principio de inocencia"[25].

Lo anterior nos remite al debate sobre la constitucionalidad de los delitos de sospecha.

Entendemos por delito de sospecha aquél donde se apela al diseño sustantivo de las prohibiciones para alivianar la carga probatoria criminalizando los rasgos socialmente visibles del acto, el cual, aun cuando no aparezca en la redacción formal, viene a constituir el verbo tácito del

[23] Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, "L.A.T", rta. 19/10/2010, voto del juez Mancini al que adhiere el Dr. Mahiques.
[24] Juzgado de Control, Menores y Faltas de Alta Gracia, "Cuello, Diego O. y otros s. Resistencia a la autoridad", rta. 12 de abril de 2006.
[25] CFCP, Sala II, "Rivas, Osvaldo A. y otros", rta. 22 abril de 2009, voto del Dr. Guillermo Yacobucci.

tipo. Podemos tomar como ejemplos de esta clase de figuras el enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público (art. 268 -2- CP); la conducta de quien, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentare a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere explicación satisfactoria de su desaparición (art. 147 CP); y el supuesto del homicidio y lesiones en riña (art. 95 CP).

El intercambio a propósito de esta clase de normas suele devolver tres posiciones. Quienes le acuerdan validez argumentan, ateniéndose a la descripción del comportamiento como viene formulado en las palabras de la ley, que no se registra una violación al principio de inocencia porque los extremos fácticos de la imputación deberán ser acreditados en juicio mediando todas las garantías que hacen al derecho de defensa y el principio de la duda. Podemos denominar a esta interpretación como formal o puramente procesalista.

Quienes abogan por la solución opuesta promueven una suerte de "corrimiento del velo" y llaman a relacionar la garantía con la verdadera *ratio legis* de la punición, es decir, con el injusto no descripto pero que constituye la fuente real de disvalor. Esta línea de razonamiento cuenta con respaldo en la consiga fijada en el voto de los Dres. Petracchi y Highton de Nolasco en "Antiñir, Omar": "Que el *in dubio pro reo* prohíbe toda interpretación de una norma a partir de la cual se derive la existencia de una presunción directa o indirecta de culpabilidad (…). En consecuencia, la distinción entre cuestiones de derecho material y de derecho procesal, además de no ser siempre sencilla, tampoco resulta necesariamente fructífera. Así, en el caso de la presunción constitucional de inocencia, se prohíbe la inversión de la carga de la prueba en forma general, sea que ella se concrete por la vía del derecho procesal o del derecho de fondo"[26].

Finalmente un tercer género de opiniones endosa al indicio de criminalidad tipificado un reproche autónomo que justificaría la sanción, y que en el caso del enriquecimiento ilícito se traduce en lesionar la confianza de la ciudadanía en las instituciones de gobierno, violando el deber de austeridad patrimonial que pesa sobre los funcionarios[27]; en la hipótesis del artículo 147 CP dar causa a un estado de alarma sobre la situación y el paradero del menor; y para el supuesto de homicidio y lesiones en riña, ejercer violencia en forma tumultosa, generando un riesgo previsible y de consecuencias no dominables para la integridad física de la víctima.

---

[26] CSJN, "Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Nestor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real" A. 2450. XXXXVIII, cons. 9no.

[27] Conf. Magariños, Mario "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, junio 2008.

Sin embargo, para que esta alternativa cuente con algún asidero, el dato de sospecha devenido en infracción penal ha de poder fundar mínimamente una valoración social negativa, mientras que, al hecho de encontrarse gozando de una excarcelación o eximición de prisión le cabe la gráfica reflexión del juez Bunge Campos cuando dice: "..daría igual que la norma agravara la pena si el arma fuera portada con alguien cuyo apellido comienza con la letra C, o durante los meses de verano o cualquier otra referencia que resulte ajena a los principios consagrados por nuestro derecho"[28].

Visto más de cerca, no es que por el artículo 189 bis se quiera habilitar prematuramente el estatus de reincidente sorteando los plazos del expediente conexo. Como la portación habrá sido siempre anterior a que recaiga sentencia firme por el supuesto primer delito (de otro modo no puede hablarse de excarcelación o eximición), cualquiera fuese el resultado en la causa que sirve de antecedente sería inviable una declaración de reincidencia según los parámetros convencionales. Lo que en rigor se legisla es la sustitución de la reincidencia jurídica por una sospecha de reincidencia material.

Por eso, si bien señalábamos antes que la norma vincula ámbitos conexos de ilicitud, en el balance general no se trata de una reincidencia "más razonable", sino de un formato *sui generis* y marcadamente regresivo de ese instituto. Nótese que en "Gómez Dávalos" el Alto Tribunal sentaba que: "…la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce…"[29].

Estas pautas se refieren a la reincidencia real, tal como la conocemos en el derecho argentino. Ahora, para la portación calificada no solo no se requiere haber pasado un solo día de encierro, sea en calidad de penado o de inocente, sino que, en puridad, tampoco se precisa una condena y ni siquiera es condición el dictado de un auto de procesamiento. Por eso, a menos que se sostenga que la mera formación de actuaciones en el juzgado también debió inculcarle al agente un renovado respeto por el orden jurídico, lo cierto es que el argumento tradicional de la "pena hecha carne" no contribuye en mucho a la validez del 189 bis.

[28] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, "Gil, Omar A.", rta. 25 de abril del 2007.
[29] fallos 308:1938.

En realidad si nos mantenemos en la analogía con el artículo 50 CP, debiéramos concluir que asistimos a una modalidad de reincidencia *ficta*, pseudo específica, prevista en la parte especial del Código, y con un recorte brutal en términos de lo que corresponde computar como "antecedente".

Non bis in idem.

Se encuentra relativamente extendida la opinión según la cual: "la convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo hecho. Es que, la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado"[30]. En el mismo sentido De La Fuente y Salduna refieren: "El delito previsto en el artículo 189 bis, inciso 2º, octavo párrafo, viola de manera clara la prohibición de doble juzgamiento puesto que funda la agravación de la condena en otros hechos por los que el imputado ya fue castigado (antecedentes condenatorios) o en otros hechos por los que está siendo juzgado (causas en trámite)"[31].

No extraña que la discusión sobre este punto vuelva sobre las consideraciones a propósito de la reincidencia, sólo que, como un mismo antecedente condenatorio activará en simultáneo la agravante del artículo 189 bis y la valoración dentro de la escala a tenor de los artículos 40 y 41 en función del 50 CP, quienes advierten una violación a la garantía contra el doble juzgamiento debieran agraviarse aquí de un novedoso *ne ter in ídem*. En esta línea corría el planteo de la Defensa Oficial en "Rivas" al sostener que: ""...los antecedentes no solo se tuvieron en cuenta al momento de graduar la pena, sino que también ellos sirvieron para imponer el tipo penal **agravado**, y finalmente fueron utilizados para imponer a mi asistido la condición de reincidente"[32]. La jueza Ledesma, al fallar en "M., M. F.", apela al mismo razonamiento: "De esta manera, a fin de cuentas el tribunal ha incurrido en la violación al non bis in idem no sólo porque valoró dos veces los mismos antecedentes (como agravante y para mensurar la pena) sino que además incursionó en una tercera reiteración de dichos elementos por considerarlo a su vez, reincidente, sin que esto último haya motivado una mínima fundamentación al respecto"[33].

---

[30] Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 28 de la Capital Federal, en "Cajal Marcelo A", 10 abril de 2006.
[31] De la Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana, ob cit, pg. 230/31.
[32] CFCP, Sala II, "Rivas Osvaldo A. y otros", rta. 22 de abril de 2009, exposición de la Señora Defensora Oficial, Dra. Eleonora Devoto, en la oportunidad prevista en el art. 466 CPPN, la negrita es del original.
[33] CFCP, Sala III, "M., M. F.", 22 de marzo del 2006, voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

De nuestra parte entendemos que el problema debe resolverse apelando la regla de no redundancia o prohibición de doble valoración sustantiva, al igual que en los demás casos en que el legislador reasume la gradación de pautas genéricas de reproche mediante su inclusión en el tipo objetivo.

Ahora, en relación al *ne bis in idem* también son numerosas las voces que descartan una lesión de la garantía. Para Gervasio Caviglione Fraga: ""Tampoco con la aplicación de este agravante se persigue más de una vez por el mismo hecho a la persona sometida a proceso…no se trata de un caso de ilegítima selectividad o persecución penal contra quien cometió en el pasado una infracción penal, purgó su castigo y adecuó en lo sucesivo su conducta a los dictados del derecho. Es una circunstancia objetiva y real que pone a las personas en una situación especial frente a la ley; siendo justamente la nueva desobediencia a ese mandato legal el motivo por el que ahora se juzga y no por la anterior""[34].

Marini y Borzi Cirili[35] se enrolan en la misma postura, considerando que agravar la pena por la situación de reincidente implica atribuirle consecuencias más gravosas al hecho nuevo, pero no perseguir o juzgar nuevamente el anterior.

Se suma a lo apuntado una decisión de la Sala III de la Cámara de Casación: "De la misma forma, debe descartarse que, tal como pretende la empeñosa defensa, medie en el supuesto en estudio un caso de vulneración a la garantía del ne bis in idem, pues los hechos por los que se juzgara a M. se refieren exclusivamente -en lo que aquí interesa- a la circunstancia de portar un arma de fuego mediando una particular condición objetiva descripta en la norma penal y sin encontrarse autorizado para ello. Los hechos materia de juicio y castigo en el proceso anterior no son juzgados en este caso, pues -en última instancia- lo que se ha juzgado en estas actuaciones es otra conducta criminal por parte de quien -habiendo ya sido condenado con anterioridad- comete un nuevo delito, sin imponérsele pena por ese delito anterior, sino por la gravedad que define el legislador -atendiendo a las particulares circunstancias calificantes y objetivas que racionaliza- en el delito por el que ahora se lo juzga"[36].

---

[34] "Artículo 189 bis 2, último párrafo: algunas reflexiones sobre su validez constitucional", www.infojus.gov.ar, 16 de diciembre de 2009.
[35] Ob. cit.
[36] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, "M., M. F.", 22 de marzo del 2006, voto del Dr. Riggi al que adhiere el Dr. Tragant.

Por último, el Dr. Julio Maier en los precedentes "Rodríguez, Marcelo"[37] y "Taboada Ortiz, Víctor"[38] del TSJCABA, mantiene en referencia al 189 bis la postura asumida como doctrinario sobre la reincidencia del artículo 50 CP: "La anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del ne bis in idem, suena un tanto a una exageración, conforme al sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que aquella agravante genérica incida sobre esta agravante penal no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho de la condena o de la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar ni se pena nuevamente".

La prohibición de doble juzgamiento nace para desterrar institutos mediante los cuales el poder penal amenaza con renovar instancia. Lo que ocurre con el artículo 189 bis es que el Estado reintroduce en el circuito punitivo el título de certeza sobre la comisión previa de un ilícito (condena) y pretende para éste una nueva asignación de valor, no ya como acción prohibida sino como síndrome tazado de peligrosidad individual. Y si bien no es descabellado que esto implique construir nueva punibilidad sobre el *objeto decidendi* de un proceso anterior, hay que acordar con Maier en que solucionar estos casos por la vía del *ne bis in idem* parece desplazar el problema de su ámbito específico. Esto nos introduce al tema del capítulo siguiente.

Derecho penal de acto y culpabilidad

De todos los cuestionamientos dirigidos a la agravante introducida por la ley 25.886 el que probablemente cuenta con mayor número de adhesiones es el que señala que el dispositivo reproduce viejas prácticas vinculadas al derecho penal de autor.

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en voto de los Dres. Lucini y Bruzzone, y con remisión a la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar[39], sostuvo: "que el derecho penal estructura al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, la que es provocada por un acto humano, como decisión autónoma de un ente responsable -persona- al que se le reprocha, y por lo tanto retribuye el mal causado en la medida de la culpabilidad -por

---

[37] TSJCABA, expte. n° 6146/08, "Rodríguez, Marcelo José s/ inf. art. 189 *bis* CP, portación de arma de fuego de uso civil s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6148/08 "Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodríguez, Marcelo José s/ infr. art. 189 *bis* CP", rta. 17/12/2008.

[38] TSJCABA, "Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis", rta. el 29 de julio de 2009.

[39] Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho Penal. Parte general", Ed. Ediar, año 2000, p. 64.

la autonomía de la voluntad-, con exclusión de reacciones punitivas vinculadas a la conducción de vida del autor o a los peligros que se esperan de él en el futuro…un texto de tal naturaleza (el art. 189 bis, inc. 2, párr. 8vo) pretende introducir un tipo propio del derecho penal de autor, que viola el carácter de derecho penal de acto que rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 18 y 19 CN., art. 9 CADH. y art. 15 PIDCyP). La estructura de la norma muestra también una vulneración al principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 CN., art. 9 CADH. y art. 15 PIDCyP.)" [40].

En otra decisión, ahora de la Sala de Feria, se entendió que "la fórmula legal analizada se relaciona íntimamente con un derecho penal de autor, y no de acto (propio de nuestro sistema penal), en cuanto se aplica mayor sanción al imputado por una conducta o comportamiento anterior al caso concreto, es decir, por la personalidad del autor (por tener antecedentes penales) y no por una acción típica, antijurídica y culpable"[41]. Y específicamente en relación al principio de culpabilidad considera: "Este principio se ha visto afectado ya que se agrava la pena al autor del injusto por sus condiciones personales; es decir, haciendo del criterio de la peligrosidad el fundamento de la aplicación de mayor castigo superando, de esta manera, el límite de la culpabilidad".

En sentido coincidente, leemos en otras resoluciones: "…la norma penal abstracta debe castigar o sancionar, acciones u omisiones, es decir conductas que alteran de manera real o potencial el mundo externo…"[42]. ""La figura penal agravada que aquí se trata…nos remite a la época felizmente superada de la determinación del perfil criminal a través del análisis biológico propuesto por Lombroso, Garófalo y Ferri, aunque en este nuevo texto penal no se analiza un perfil "anatómico", sino "social" basado en la peligrosidad del sujeto, cuya situación se agrava por haber cometido anteriormente delitos"" [43] .

Resulta interesante analizar la postura de Mario Magariños, plasmada en sus trabajos de doctrina[44] y reiterada desde su rol de magistrado al expedirse en la causa "Ortiz, Federico A. R." del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 23 de la Capital Federal[45]. En el fallo se abordan los

[40] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, abril 25 de 2007, "Gil, Omar A.", voto de los Dres. Lucini y Bruzzone.
[41] "E., A. A. s/ Procesamiento", rta. el 24 de julio del 2009, voto del Dr. Barbarosch.
[42] Juzgado de Control, Menores y Faltas de Alta Gracia, "Cuello, Diego O. y otros v. Resistencia a la autoridad", 12 de abril de 2006.
[43] Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "Rosas, Pablo M. y otro", noviembre 3 de 2006.
[44] Magariños, Mario, ob cit.
[45] rta. el 21 de junio del año 2006.

argumentos dados por la Cámara Nacional de Apelaciones en "Ramírez, Luciano"[46], al que remitieron el Ministerio Público Fiscal y la defensa, y donde se había considerado que la prohibición de sancionar rasgos de carácter o estados peligrosos deriva de la palabra "hecho" contenida en el artículo 18 CN.

Frente a esto, el voto razona que si bien puede coincidirse con la solución de fondo, no es correcto asociar la prohibición de criminalizar rasgos de ánimo con el principio de legalidad: "En efecto, esa exigencia fundamental establece, por un lado, cuál es el único instrumento a través del cual el legislador se encuentra habilitado a consagrar prohibiciones y mandatos de orden penal (nullum crimen sine lege) y, en segundo lugar, define cuáles son las cualidades que la ley penal debe reunir"…"Sin embargo, en punto al contenido de las prohibiciones o mandatos ningún límite fija ese axioma, pues la expresión hecho utilizada en la formulación constitucional de la exigencia de ley previa no permite definir por sí la materia de la ley".

Tampoco sería el principio de culpabilidad el que resulta afectado en el caso, ya que: "El principio de culpabilidad, al exigir el carácter previo de la advertencia legal, sólo reclama la pertenencia del ilícito al autor y, de este modo, excluye la pura responsabilidad por resultados (versare in re ilícita), fija pues un principio de imputación, pero de ningún modo determina, define o limita el contenido ni el objeto del reproche".

El ámbito normativo al que corresponde referir el problema, dice la sentencia, viene establecido en la primera parte del artículo 19 CN en virtud de la cual, sólo decisiones de acción exteriores y públicas pueden constituir materia de una prohibición o mandato penal. El denominado principio de reserva contiene así dos límites que no han de superponerse ni confundirse. Uno es el requisito de exteriorización de las decisiones de voluntad, deducible del término "acciones", que otorga valor político y consistencia lógica y jurídica al conjunto de garantías penales definido por la Constitución Nacional. El segundo exige que esa acción además tenga carácter público (acciones *privadas*), es decir, que aun tratándose de una conducta no debe estar comprendida en la esfera de asuntos que quedan reservados al ámbito de decisión individual de la persona.

Concluye el voto que el artículo 189 bis, inc. 2 párrafo 8vo selecciona como disvalioso el sentimiento de desprecio o insensibilidad del autor frente a la condena previa y por lo tanto se halla en infracción a la primera de estas garantías.

---

[46] Sala V, "Ramírez, Luciano N. s/procesamiento" (causa 10/130), rta. el 16/3/2006.

Argumentos en favor de la constitucionalidad de la agravante.

El cinco de febrero del año 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió las causas "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad" y "Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis". Los casos arribaron a la Corte vía recurso extraordinario federal y queja por extraordinario federal denegado luego de que la Sala III de la Cámara de Casación Penal y el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en resoluciones que ya hemos citado a lo largo del presente, desestimaran los planteos de inconstitucionalidad en relación al tipo calificado de portación ilegítima.

La mayoría del Tribunal, integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda, declaró inadmisibles los remedios en virtud de lo previsto en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial, que habilita a la Corte, conforme a su sana discreción, a rechazarlos por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia.

Sólo los jueces Argibay y Zaffaroni consideraron admisibles los recursos y se pronunciaron sobre el fondo. Habiendo recibido tratamiento en la misma fecha, cada cual expuso fundamentos en uno de los expedientes con remisión al restante. El juez Zaffaroni al emitir su voto en "Taboada Ortiz", y recogiendo en lo sustancial la línea que venía abriéndose paso en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, sostuvo que la figura tropieza con el principio de culpabilidad por el hecho, aplica pautas vinculadas al derecho penal de autor y contraviene la prohibición de doble juzgamiento.

Los argumentos de la ministra Argibay en "Maciel" pueden sintetizarse en lo siguiente: las circunstancias individuales que computa la agravante no se relacionan con la raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas o condición social del agente ni reposan en un dato antojadizo, inconexo o en una característica inherente a la personalidad, sino que constituyen un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito de portar un arma sin autorización. Además, y como adelantamos, se resalta la estrecha vinculación con el instituto de la reincidencia, cuya validez ya había sido confirmada por la Corte.

Al igual que con la exposición del Dr. Zaffaroni, aunque en sentido inverso, el desarrollo toca los puntos más representativos del pensamiento favorable a la constitucionalidad. Caviglione Fraga, que como vimos rechaza las objeciones a tenor del *non bis in idem*, dice sobre la crítica a

tenor del principio de acto: "…se considera que el agravante en este punto en nada se vincula con las teorías relativas al derecho penal de autor, pues de lo que en definitiva se trata no es de castigar la peligrosidad intrínseca del agente, sino la exteriorizada a través de la calificada y determinada conducta punible que se le reprocha que al igual que en muchos otros delitos se encuentra expresamente prevista en el propio tipo penal, ya que no es éste el único caso en que el legislador consideró que las particulares condiciones personales del autor de un determinado suceso ilícito le añaden un plus objetivo disvalioso adicional"[47].

El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha entendido, exclusivamente para el caso de registrar condenas firmes, que: "El individuo que comete nuevamente un delito en tales condiciones merece, por el nuevo hecho, un mayor grado de reproche, porque sobre él pesa, además de la norma de deber y la amenaza abstracta de pena, la concreta imposición de un castigo anterior por un delito que reprime una conducta de la misma naturaleza. Esta circunstancia lo coloca en mejores condiciones para motivarse en el derecho en comparación con quien no ha sido condenado anteriormente por la específica utilización de armas de fuego y, a su respecto, mantiene con la norma abstracta de deber su relación originaria"[48]. En cuanto a la valoración de las condiciones personales del sujeto, se hace notar la semejanza con el artículo 80 inc. 1º CP, que agrava la pena por resultar el autor ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima.

Nuevamente toca revisar la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires. Del ya citado "Lemes, Mauro I.", destacan principalmente los votos de los jueces Lozano y Conde. El primero remite a la opinión, derivada de lo que en derecho alemán se conoce como teoría de la advertencia, de que el agravamiento del castigo se fundamenta en el mayor desprecio que exhibe por la amenaza quien, estando ya impuesto de su contenido por haberla sufrido antes, persiste en violaciones a la norma. A esto sigue: "En mi opinión, un derecho penal orientado a atribuir responsabilidad por hechos no requiere excluir la valoración de todo dato de la historia del autor para considerar la graduación de la pena -ni tampoco hay razones para creer que ésta sea la voluntad expresada en el art. 19 CN.". Al igual que en el fallo anterior, cita a modo de analogía el artículo 80 CP para el supuesto de quien mata por odio racial o religioso (inc. 4to).

47 Ob. cit.
48 Sala 2, "C.A.B", cn° 28.057, rta. 22/05/2007, voto del Dr. Jorge Hugo Celesia al que adhiere el Dr. Carlos Alberto Mahiques.

En otro orden de cosas se apunta que valorar datos de la historia del autor, especialmente sus condenas previas, también es ineludible para perseguir objetivos de prevención especial que vienen consagrados en nuestro ordenamiento por el artículo 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 1ero de la ley 24.660.

Por su parte, la Dra. Ana María Conde, destaca que no es potestad de los magistrados evaluar las razones de oportunidad, mérito y conveniencia o política criminal del legislador. "“Por el contrario, a ellos sólo les corresponde efectuar un test de razonabilidad para ponderar el grado de adecuación entre los medios previstos por la legislación y la finalidad perseguida por ella. Desde esa perspectiva, al menos a simple vista, no parece irrazonable que se establezcan ciertas distinciones en la entidad de la pena que le cabe a los delincuentes primarios y a los renuentes en esta clase de delitos -“dolosos contra las personas o con el uso de armas”-, pues ellas responden a una finalidad admisible en el esquema constitucional de valores y son aplicadas con igual criterio a todas las personas comprendidas en el ámbito de la prohibición general; esto es, se pondera válidamente la diferente situación objetiva y real del sujeto frente al delito, para adosarle consecuencias punitivas más gravosas a quienes manifiestan su “insensibilidad” por el orden jurídico””.

La discusión volverá a plantearse en el tantas veces aludido “Taboada Ortiz”, sentencia contra la cual se articula luego el extraordinario que motiva la disidencia del ministro Zaffaroni. Los jueces Alicia Ruiz y Julio Maier, que en “Lemes” no habían emitido opinión sobre el punto avocándose a problemas de derecho procesal, integraron esta vez la disidencia y auspiciaron la declaración de inconstitucionalidad. La Dra. Ruiz, consideró que la agravante instaura un status diferenciado de personas y consagra una política criminal selectiva, violatoria de la garantía de trato igualitario. Explica que la norma reconoce carácter ontológico a circunstancias que obligan al juzgador a discriminar entre clases de personas y carga el fracaso de la intervención punitiva anterior a la responsabilidad del procesado, al que se constituye como un sujeto fallido, definido no por el acto que se juzga sino por su historia registrada.

En el caso del juez Maier, si bien votó por hacer lugar al recurso por entender que la conjunción de los principios de culpabilidad y proporcionalidad exigen que el antecedente consista de una pena efectivamente cumplida, introdujo las siguientes consideraciones: “Debe reconocerse que un Derecho penal de acto o de culpabilidad, de extrema pureza, esto es, sin referencia alguna a los autores, resulta casi imposible de ser legislado: él tornaría inaceptable,

incluso, la agravación -y quizá también la atenuación- de algunos delitos por el vínculo matrimonial, parental o por otro tipo de vínculo entre el autor y su víctima; y los mismos delitos especiales soportarían en ese caso la crítica y la impugnación. Considero imposible, entonces, a un Derecho penal que, al menos en cierta medida, no se ocupe del autor, sobre todo cuando se trata de medir la pena. Y por ello no me parece intolerable, para un derecho penal orientado hacia el principio de culpabilidad, el hecho de que algunas figuras agraven la pena por una actitud interna del autor, reflejada en su historia de vida, y menos aun cuando ella se ve definida seriamente y por hecho externos".

La mayoría quedó integrada con los votos de los Dres. Lozano, Casás y Conde. Particularmente el Dr. Lozano analiza la ley desde dos puntos de vista. El primero hace énfasis en que el legislador ha considerado que la disponibilidad inmediata de un arma de fuego por parte de un sujeto a cuyo respecto se acreditan ciertos datos objetivos relativos a su pasado, encarna un peligro mayor para la seguridad pública: "el tipo penal busca conjurar la configuración de situaciones en las que un individuo asuma la capacidad de someter la voluntad de sus semejantes, simples particulares o agentes del orden, o de dañarlos físicamente, determinada por tener un arma ilegítimamente". Desde esta inteligencia el haber sido condenado por hechos de agresión dolosa o utilización de armas son valorados como un dato del que puede inferirse la aptitud y falta de inhibiciones, y con ello la mayor potencialidad ofensiva del agente.

Bajo el segundo punto de vista entiende que el legislador ha querido reforzar el efecto disuasorio para quienes han mostrado mayor resistencia a la sanción y no se advierte porqué se encontraría impedido al determinar la reacción estatal de establecer criterios de prevención especial para evitar la reiteración de delitos.

Para concluir vienen al caso las observaciones formuladas por el Dr. Riggi en una resolución de la Sala III de la Cámara Federal de Casación: "…resulta racionalmente innegable la mayor potencialidad lesiva para la seguridad común que deriva y cabe suponer, de que quien ha dado ya muestras de encontrarse plenamente dispuesto a atacar a otra persona o utilizar un arma en forma criminosa, transite por la vía pública llevando consigo un arma en condiciones de uso; frente a igual conducta realizada por quien nunca ha tenido cuestionamiento de ninguna naturaleza frente a la ley" [49]. A su entender, no se castigan formas de ser, estados peligrosos u

[49] CFCP, Sala III, "M., M. F", 22 de marzo del 2006, voto del Dr. Riggi al que adhiere el Dr. Tragant.

otras características que atiendan al fuero interno del autor sino la exteriorización de una determinada y diferenciable peligrosidad.

También en este caso, se listan otras hipótesis normativas en que determinada condición personal agrega al suceso un plus de disvalor: el caso de quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge (art. 80, inc. 1, CPen.); el funcionario público que privare ilegítimamente a otro de su libertad personal (art. 142 bis, inc. 5, párr. 2º); el alzamiento en armas contra los poderes constituidos por quien registra estado, empleo o asimilación militar (art. 226, párr. 3º), el encubridor habitual (art. 277, inc. 3, apart. c), etc.

Algunas observaciones.

Hasta aquí hemos presentado los diversos reparos que suscita el artículo 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo, aunque sin atender a una secuencia definida. No obstante, cuando practicamos el examen de adecuación constitucional viene al caso preguntarse si el orden en que confrontaremos la norma en crisis con los distintos principios de la Carta Magna ha de ser aleatorio o en cambio existe, como en toda operación intelectual compleja, un itinerario lógico que convenga respetar. Atenernos a un cronograma de actuación progresiva de filtros, bajo la idea de un esquema interconectado de garantías penales donde sólo tiene objeto activar determinados límites una vez que se han superado ciertos otros, puede simplificar mucho el análisis en supuestos de "inconstitucionalidad múltiple" como la portación agravada del 189 bis CP. Por ejemplo, no parece que tenga sentido preguntarnos si la pena es desproporcionada antes de averiguar si aquello que se reprime efectivamente podía estar sujeto a pena; o si se castiga dos veces la misma conducta cuando todavía no establecimos si lo reprimido en la segunda oportunidad representa *stricto sensu* una conducta.

Ahora. Si fuésemos a intentar una historiografía de los modelos de derecho penal autoritario conocidos y en rechazo a los cuales se han diseñado los actuales sistemas de atribución de responsabilidad, estimo que para esbozar una clasificación habríamos de manejarnos con dos categorías principales. Así, convendría agrupar por un lado las experiencias que se han destacado por dirigir el aparato estatal contra las vivencias interiores de las personas, tempranamente denunciadas en la conocida máxima de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*.

La conciencia jurídica moderna opone a este fenómeno el principio de exteriorización de la voluntad, responsabilidad por el acto o materialidad de la acción (emplearemos estas designaciones indistintamente). El penalismo ilustrado de los siglos 17 y 18, reaccionando contra las criminalizaciones aberrantes de la Inquisición, esbozó en su programa de garantías el principio de que el Estado únicamente puede exigir del ciudadano obediencia externa; el individuo solo puede ser llamado a responder de aquello que pone sobre el mundo, y toda regulación penal debe estar inexorablemente referida a una comunicación objetiva interpretable en términos de comportamiento.

En la jurisprudencia de nuestro país la fórmula de acto se desarrolló a partir de una categoría especial de normas, que integraban un campo particularmente receptivo a estatutos de moralidad: los edictos policiales.

Uno de los antecedentes más destacados sobre el tema lo encontramos en la resolución de la Sala 7ma de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en autos "Donoso, Alberto P."[50]. En aquella oportunidad se declaró inconstitucional el art. 1°, inc. c., del Edicto de Vagancia y Mendicidad (decreto - ley nº 333/58 ratificado por la ley 14.467) que preveía pena de arresto de 15 a 30 días para los sujetos conocidos como "profesionales del delito" que se encontraran merodeando por los muelles, estaciones ferroviarias o de tranvía, bancos, paradas de ómnibus, hoteles, teatros, cinematógrafos o cualquier lugar de reunión o asamblea pública, sin causa justificada.

La resolución establece que: "“…la referencia al sujeto activo de la infracción con la expresión "profesionales del delito", denuncia el inocultable estilo totalitario del inconstitucional derecho penal de autor”", afirmando luego "…si bien el legislador tiene la más amplia gama de posibilidades incriminatorias de las distintas conductas humanas, no puede alterar las estructuras antológicas de la realidad y pretender incriminar lo que está fuera de las posibilidades del derecho". "“Precisamente, si el "ser algo" que no derive concreta y directamente de una conducta, es ajeno a toda incriminación constitucional, va de suyo que menos puede serlo la característica subjetiva aludida por el edicto examinado… Si finalmente lo único que cabe interpretar es que la aludida expresión del edicto, significa que una persona por haber cometido delitos en el pasado los cometerá en el futuro se incurre en un injustificado sistema de previsibilidad policial que no parece compatible con los objetivos constitucionales de la pena, la que no puede prolongarse fuera

[50] rta. el 26/04/86

de su duración legal, ni tampoco puede mudarse a la personalidad del condenado como una especie de falta que deba acompañarle fuera de toda redención y enmienda. Ni el postulado evangélico del arrepentimiento, ni los propósitos de la ley penitenciaria nacional autorizan la formulación de tal juicio de peligrosidad"".

En el caso "Antúnez García"[51] de la Sala VI, la persona en cuyo beneficio se interpuso la acción de habeas corpus había sido condenada por el Superintendente de Asuntos Judiciales de la Policía Federal a 28 días de arresto por infracción a los edictos contra ebriedad, desórdenes y escándalo, que sancionaban, respectivamente, a quien se encontrare en un estado de embriaguez total, de cualquier manera turbase la tranquilidad, o profiriese palabras torpes, obscenas o indecentes, ofendiendo al pudor o corrompiendo las buenas costumbres. Además de ahondar en consideraciones sobre la vaguedad semántica de los textos y la delegación de funciones judiciales en el Jefe de Policía, el fallo dice: ""En segundo lugar, muchos edictos, instituyendo figuras como la de quien "merodea" y es "profesional del delito" -categoría no definida por el Código Penal-, o es "vago habitual", etc., están estableciendo verdaderas características de autor sobre la base de su modo de vida anterior, de cómo son y no de lo que han hecho, propios de un derecho penal de autor, totalmente antidemocrático y, por lo tanto vulnerador del principio de culpabilidad"".

Llevado el asunto a conocimiento de la Corte Suprema, ésta revocó lo decidido en la instancia anterior. El Tribunal circunscribió el debate a la legitimidad de la delegación de facultades jurisdiccionales en el órgano administrativo y ratificó su doctrina en el sentido de que resultaba válida siempre que estuviese garantizada la posibilidad de un control judicial suficiente. Sin embargo, lanzó una contundente interpelación al poder político: "Que esta Corte no puede dejar de advertir que los edictos policiales en vigencia contienen fórmulas extremadamente vagas, y prohibiciones que se refieren a formas de vida o al carácter de las personas, con olvido de la obligación de sancionar conductas (art. 19 de la Constitución Nacional)"[52].

En la otra categoría registramos un conjunto de prácticas punitivas caracterizadas por excesos de signo contrario, es decir, por la imputación de significado jurídico a una causalidad que se presenta sin acompañamiento subjetivo del agente. Hablamos de la denominada responsabilidad objetiva o por el mero resultado, tributaria de racionalizaciones karmico - panteístas del mundo e identificada con el adagio *versanti in re illicita imputantur omnia quae*

[51] rta. 20/04/1986.
[52] CSJN "Salort, María Cristina s/recurso de hábeas corpus en favor de Antúnez, García Ricardo", rta. 25/11/1986.

sequntur ex delicto. Si en supuestos de violación al principio de acto se castigan elementos de ánimo o configuraciones internas sin *corpus* fáctico, aquí se atribuye una materialidad sin dominio psíquico: quien acomete lo prohibido soporta de ahí en más lo que la causalidad decida.

El repudio a esta segunda modalidad de abusos se expresa en el principio de culpabilidad, que redunda en la exigencia de un nexo subjetivo, de pertenencia individual o, si se quiere, en una relación de evitabilidad con el objeto de reproche.

También aquí podemos identificar un ámbito que presentó condiciones especialmente favorables a la sanción de figuras de responsabilidad objetiva y que sirvió de base para el desarrollo de la garantía. Hasta la década del ochenta, la caracterización del derecho penal económico como un derecho de policía administrativa, conforme a la teoría bilateral del injusto, llevó a dudar de si resultaban trasladables a esta rama los principios generales del Código Penal.

La Corte Suprema reconoció al principio jerarquía constitucional ya en "Parafina del Plata S.A" del año 1968, donde se discutía la validez del artículo 45, 2da parte de la ley 11.683, que reprimía a "los agentes de retención que mantengan en su poder impuesto retenidos, después de haber vencido los plazos en que debieron hacerlos ingresar". El fallo resuelve que la disposición no violaba el "criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente"[53].

Este criterio será reiterado en "Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L"[54] remarcando que "no basta la mera comprobación de la situación objetiva en que se encuentra el agente de retención, sino que es menester la concurrencia del elemento subjetivo". Ya para este momento, la doctrina sentada en "Parafina" había inspirado la sanción de la ley 21.344 del año 74, que agregó el término "fraudulentamente" al tipo penal de retención.

El problema volvió a ocupar la agenda del Tribunal en "Cosecha Cooperativa de Seguros Ltda."[55], ahora con relación al artículo 37, inc. b, del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Al desestimar los agravios la Corte tomó en cuenta que el Código Fiscal permitía expresamente al agente de recaudación liberarse de responsabilidad en caso de fuerza mayor o de disposición legal, judicial o administrativa que le impidiera entregar los fondos, quedando salvado

[53] fallos 271:297, rta. 02/09/1968.
[54] fallos 303:1548, rta 15/10/81.
[55] Fallos 312:149, rta. 14/02/89

el principio de culpabilidad "el cual exige que sean castigados únicamente aquéllos que tengan la posibilidad real de ajustar sus conductas a los mandatos de la ley".

En una segunda acepción, suele invocarse la garantía para excluir modelos de imputación que prescinden, no ya del componente volitivo, sino de toda conexión personal con el resultado. Pensemos en formatos arcaicos de responsabilidad penal solidaria, como la represión *inter* familias y clanes, o también, según un criterio que no compartimos pero que ha logrado cierta popularidad, en la sanción de las personas jurídicas, en tanto irrogaría consecuencias perjudiciales a los socios y accionistas ajenos al hecho. Pueden citarse asimismo figuras de causalidad ficta como el homicidio y lesiones en riña (art. 95 CP) o de autoría supuesta como la presunción contenida en el art. 39 de la ley 22.362 en relación al tenedor de artículos en infracción al derecho marcario que no justificare su origen legítimo.

Se trata, en verdad, de situaciones cubiertas por el carácter personal o no transferible de la responsabilidad penal. Por ejemplo, en "Comi"[56], se debatía si al tercero adquiriente de buena fe de un objeto introducido de contrabando al país le era factible resistir a la sanción de comiso prevista en la ley aduanera. La Corte mandó restituir el bien al peticionante aludiendo al principio de "identidad del delincuente y del condenado"[57], al que corresponde entender como un primer esbozo de la máxima de no transcendencia de las consecuencias penales.

En "Bigio"[58] y "Linch"[59], habiéndose acreditado el fallecimiento del infractor, se trataba de determinar si las multas aduaneras son más próximas a las sanciones fiscales, y entonces imputables al acerbo hereditario (responsabilidad penal *sui generis* con función resarcitoria, según una antigua jurisprudencia del Tribunal sobre las Ordenanzas de Aduana), o de neto carácter criminal, en cuyo caso se imponía declarar extinta la pena en aplicación del artículo 59 inc. 1 CP. Inclinándose por la segunda interpretación, la Corte entendió que se violaría el principio de culpabilidad en caso de extender la responsabilidad a terceros, y reiteró que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir "aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente".

[56] fallos 282:193, rta. el 20 de marzo de 1972.
[57] En el texto del fallo se lee "*entidad* del delincuente y del condenado" (cons 4to), tratándose de un evidente error material, no sólo por lo que se deduce del contexto sino también porque la reproducción de la frase en otros fallos del Tribunal con remisión a la doctrina de "Comi" se utiliza efectivamente la palabra identidad, conf. "Rozenmbau e Hijos S.A" (fallos 284:42).
[58] fallos 289:336, rta. 29/08/74.
[59] fallos 290:202, rta. 12/11/74.

El precedente "Rozenmbau e Hijos S.A"[60], versa sobre el tenedor de objetos en infracción a la ley aduanera, a quien el Régimen Especial de Tenencia de Mercaderías de Origen Extranjero en Plaza aprobado por decreto 4531/65 imponía acreditar la legitimidad de su ingreso al país a través los medios de prueba taxativamente indicados en la norma, obligando a rechazar sin más trámite el ofrecimiento de cualquier otros "aunque pudieran demostrar la legitimidad de la tenencia, introducción o cumplimiento de las obligaciones tributarias" (art. 8); a su vez prescribía que "la falsedad de los datos consignados respecto a la documentación aduanera no constituirá causa eximente de responsabilidad para aquél. Asimismo jugará en su contra toda omisión o redacción defectuosa que impida la debida obtención de la finalidad perseguida por la ley" (art. 10).

Esta regulación daba lugar a dos situaciones. Primero la posible atribución como espuria, por carecer de remitos, de una posesión material y reglamentariamente lícita, es decir, una ficción legal donde toda la construcción típica descansaba en una presunción (principio de responsabilidad personal o de culpabilidad en sentido amplio). Segundo, la criminalización de una tenencia irregular en el plano objetivo pero asumida como lícita por el receptor de la documentación falsa (culpabilidad en sentido estricto). El Máximo Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad del decreto, nuevamente invocó la exigencia de identidad entre el delincuente y el condenado, aunque esta vez relacionándola claramente con el "principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable".

La evolución del principio registró un salto cualitativo con la asignación de relevancia al error sobre la normativa extrapenal que condiciona los tipos abiertos. Así, en autos "S.A.D.E, Sociedad Anónima de Electrificación S.A"[61], se reconoció efecto disculpante a la ignorancia sobre la regulación de aduanas a la que correspondía ajustar la clasificación arancelaria de los artículos despachados, por considerar que si un órgano técnico de la propia administración como la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería había expedido un certificado que coincidía con la declaración jurada motivo del sumario, mal podía exigírsele un mejor encuadramiento al particular.

Basta con lo reseñado hasta aquí para hacernos una idea sobre los *nulla injuria sine actione y sine culpa*. La criminalización de perfiles subjetivos y la adjudicación de relevancia

[60] fallos 284:42, rta. 06/10/1972.
[61] fallos 292:195, rta. 03/07/75

penal a fenómenos causales sin presencia de voluntad representan tentaciones totalitarias que desde antiguo conviven en todos los ordenamientos jurídicos y, en mayor o menor grado, son inherentes a cualquier sistema de represión organizada de conductas. Las sociedades que se han propuesto no ceder ante ninguno de estos paradigmas requieren de instrumentos que mantengan compensados los factores materiales y de consciencia al interior de la imputación, evitando que cada uno se independice del contrapeso que supone la verificación del restante.

Exteriorización y voluntad son definiciones sobre la materia punible -aquello que legítimamente puede ser objeto de interés para el poder- y en la combinación de estos axiomas están contenidas las propiedades básicas de la técnica de atribución de responsabilidad que estimamos propia de un estado de derecho. La primera, actúa frente a un defecto de materialidad en la imputación; la segunda, inhibe racionalizaciones punitivas sobrecondicionadas desde lo fáctico. De esta simetría, de su permanente equilibrio, depende la tutela del individuo frente a las dos grandes corrientes de penalismo autoritario.

En cuanto a su filiación concreta en el articulado de los instrumentos federales, hemos podido ver que las propuestas varían. La opinión mayoritaria vincula la exigencia de acto y culpabilidad con la voz "hecho" contenida en el art. 18 de la Carta Magna[62] y con ello al principio de legalidad[63]; al revés, también éste se reputa en ocasiones derivado de la regla de culpabilidad[64]; igualmente suelen citarse de manera alternativa la cláusula del 19 CN ("acciones privadas"), junto a los términos "acciones / actos" y "omisiones" contenidos en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[65].

Comencemos por decir que los requisitos de culpabilidad y acción constituyen pilares autónomos, surgidos para mitigar arbitrariedades de signo opuesto, y más que derivarse de otros derechos, ofician como verdaderos ordenadores ideológicos para todo el esquema de garantías.

En cuanto a la exteriorización y su relación con los arts. 18, 19 CN, 9 CADH y 15 PIDCyP se advierte que las palabras postuladas como fuentes ("hechos", "acciones", "actos", "omisiones") aparecen incluidas en proposiciones cuyo sentido final radica en la consagración de una garantía

---

[62] Ver, además de los anteriores, Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, "Balmaceda, José M.", cnº 27.035, rta. 24 de octubre de 2008.
[63] Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional de la Segunda Nominación de Río Cuarto, Sala III, "Rojo, Claudio Germán y Otro" Sent. nº 88, rta. 23/08/05.
[64] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala de Feria, "E., A. A. s/ Procesamiento", rta. el 24 de julio del 2009, voto del juez Alfredo Barbarosch.
[65] Oscar A. Rodeiro "¿Es constitucional la agravante del delito de portación de armas de fuego prevista por el octavo párrafo del artículo 189 bis del Código Penal?", LLPatagonia 2008 (agosto), 309. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, "Chanampa, Osvaldo N.", 26 de octubre de 2005.

distinta a la de responsabilidad por el acto (legalidad y reserva), y es dudoso que el Constituyente se propusiese establecer un principio diferente al enunciado en el tenor general del artículo apelando a un término aislado. Más convincente es suponer que la necesidad de emplear sustantivos como "hechos" o "acciones" al declarar la existencia de otros derechos, obedece a una cierta comunicación funcional que media entre éstos y el principio de acto.

Veamos. Podemos acordar con Magariños en que la regla del 18 CN se limita a imponer condiciones de publicidad al mandato legislativo para asegurar la máxima previsibilidad del Estado en materia penal, y que nada dice en principio sobre el contenido de las prohibiciones. Sin embargo, nótese que la locución "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior a la *peligrosidad / ideas innobles / formas de ser* del proceso" no estaba disponible ya desde un punto de vista lógico, pues a ningún legislador se le ocurre advertir a los ciudadanos que se abstengan de albergar sentimientos reprobables o cargar estigmas de peligrosidad. A la idea de legalidad como límite al poder le antecede forzosamente el postulado de que solo se incriminarán acciones.

Se contestará que desde siempre han existido leyes, ordenanzas y toda clase de mandatos que penalizaban rasgos de carácter verificados con posterioridad a su sanción. Pero esa preexistencia consistía de un simple fenómeno ordenatorio, no un principio de valor político - garantista. Respondía más a parámetros de organización que a la regla axiológica de "no sorpresas" en beneficio del sujeto. Es difícil imaginar, por ejemplo, a un sistema que castigue la herejía autolimitándose por ser su manifestación anterior a la sanción de la norma. Es que, si la ley previa es regulatoria de comportamientos, entonces podemos hablar de una garantía, pero si es constitutiva *per se* de una condición punible, su carácter previo no pasa de ser un simple dato.

No es distinto si en vez de focalizarnos en la condición de "previa", atendemos al mandato "cierta y estricta". En la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones en "Donoso", además de las ya citadas referencias sobre derecho penal de autor y el imperativo de acto, se dice que ""La expresión "profesional del delito" es vagamente alusiva y más cercana a los enunciados metafóricos, que a los símbolos precisos que requiere la tipicidad. Tal vaguedad semántica deja en las sombras el significado, y éste debe ser encontrado, a tientas, por ignorados caminos de interpretación"". Consideraciones similares se desprenden del fallo "Antúnez García", al entender que las expresiones "alterar de cualquier manera" o "emitir palabras torpes o que ofendan o corrompan" que figuraban en los edictos contra desórdenes y escándalo ""...son idénticas a las

empleadas por los estados totalitarios para afectar arbitrariamente la libertad de los ciudadanos mediante fórmulas sin confines garantizadores, como la ofensa a los "sanos sentimientos del pueblo", de la legislación penal hitleriana, o "la sana moral socialista", del Código Cubano de 1979'"'.

Pero si bien estas sentencias suelen citarse para ilustrar sobre el principio de máxima taxatividad, la indeterminación semántica en los tipos es consecuencia directa de la pretensión de captar algo distinto de un hecho. Salvo construcciones de autor extremadamente rudimentarias (ej. edad, género o algún atributo físico), una sociedad donde no se contemple la garantía de acto deberá renunciar también a formulaciones precisas en sus leyes penales, o mejor dicho, al objetivo de contener la vaguedad dentro de las falencias irreductibles de los lenguajes naturales.

De esto se colige que si bien el principio de legalidad no regula el contenido concreto de las normas, su inclusión en una carta de derechos únicamente se explica si las definiciones de fondo sobre el objeto de intervención penal ya vienen dadas por el requisito de acción, que no deriva de aquél, sino que subyace a su valor político como garantía[66].

Y de la misma forma en que "ley anterior a la *peligrosidad* del proceso" no estaba disponible para el Constituyente desde un punto de vista lógico, sería cuanto menos redundante reservar sólo a Dios y declarar exentas de la autoridad de los magistrados *las personalidades / pensamientos / intensiones privadas* de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Si el sistema penal se dispusiera a criminalizar atributos internos de los gobernados se tornaría impracticable cualquier distinción entre acciones privadas y públicas, entre el carácter inocuo y lesivo de un comportamiento, porque no garantizado lo menos (inmunidad del pensamiento) carece de sentido avanzar sobre lo más (acción privada). Nuevamente, no es tanto que el vocablo "acción" represente la consagración literal de un principio distinto al de reserva, sino que trasluce el hilo de representaciones necesarias que preceden a una conceptualización mínimamente racional de la garantía. El principio de reserva esboza un umbral de tutela que presupone la responsabilidad por acciones, pues de ninguna otra cosa tiene sentido practicar la discriminación entre perjudicial a terceros o concerniente únicamente al individuo.

---

[66] Sobre esto último sí estamos plenamente de acuerdo con lo expresado por el juez Magariños en el ya comentado "Ortiz, Federico A. R."

Finalmente, también se hace difícil compartir que la fórmula de culpabilidad se deduzca del requisito de legalidad como sostiene la opinión mayoritaria. Para que el autor pueda disponer libremente de una configuración fáctica se requiere el conocimiento previo de su reprobación jurídica, pero ese conocimiento no es suficiente por sí mismo para excluir la *versare in re*, como lo demuestran la tipificación del homicidio y lesiones en riña o los delitos preterintencionales. No hay evitabilidad sin ley previa, pero la ley previa puede reprimir circunstancias no evitables, de manera que la culpabilidad expresa un valor más amplio y por ende no comprendido íntegramente en el 18 CN. Antes bien, diremos que la legalidad es una condición de posibilidad y a la vez una reglamentación parcial y elevada por el Constituyente al estatus de derecho fundamental, de un aspecto específico de la culpabilidad.

A nuestro juicio, la fuente de las máximas de exteriorización y culpabilidad en nuestra legislación ha de buscarse en el artículo 33 CN. No simplemente como "implícitos" por su condición de no escritos pero derivados de la forma republicana de gobierno (ej. *ne bis in idem*), o de no negados por la recepción expresa de otros derechos; sino "implícitos" como punto de partida para todo el armado constitucional penal, como aquello que no estando decidido de antemano tornaba inútil la obra. Palabras como "acciones" y "hechos" antes que fuentes, son testimonios de una directriz que acompañó a los redactores de la Carta Magna desde las primeras tintas (aun cuando la cláusula de las libertades implícitas fuese positivizada recién por la Convención del 60).

Obviamente no hablamos de una dependencia axiomática, que supondría incorporar una estructura piramidal dentro de la Constitución misma, pero es notorio que el rendimiento de otros derechos mengua sensiblemente cuando se resienten nuestras definiciones de fondo sobre el fenómeno punible. Amén de lo dicho sobre los valores de legalidad y reserva, nótese que entrometiéndonos en los pensamientos queda automáticamente desbaratada la regla de mínima intervención o *última ratio*.

Desde que no hay dos personalidades iguales, tampoco tendría sentido incorporar la garantía de igualdad a un sistema preocupado por la forma de ser del delincuente. A punto tal, que cuando examinamos al inicio la clasificación de antecedentes del 189 bis CP en función del artículo 16 CN, y nos preguntamos si resulta arbitrario diferenciar entre delitos contra las personas o ejecutados con armas y otras infracciones al Código incluso más graves, debimos concluir que bajo la lógica de la ley, que apunta a neutralizar un tipo específico de peligrosidad predelictual, la

distinción lucía fundada. Ocurre que la prohibición de trato desigual aplicada a un sistema donde el imputado responde por sus características individuales deviene en una proclama vacía, que se tendrá siempre por respetada a condición de no proporcionar ningún beneficio.

Si ahora volvemos sobre nuestras conclusiones en relación al principio de proporcionalidad y, comparando la sanción de la portación ilegítima agravada con la pena establecida para otros delitos, quisiéramos indagar cuál es el justo valor que correspondería asignar a "poseer antecedentes", esto es, dar con la dosis de reproche que sí hubiere satisfecho la garantía, lógicamente encontraremos que el sistema jurídico no dispone de pautas para medir la gravedad de aquello que prohíbe imputar. No puede llegarse a una determinación coherente sobre la proporcionalidad de la pena si antes no se contestó afirmativamente sobre la lesividad de la acción, y únicamente tiene sentido formular este otro interrogante si antes convenimos que lo prohibido es en efecto una acción.

Es que, si antes postulamos la conveniencia de estar a una secuencia lógica en la activación de los filtros constitucionales, es porque ciertas garantías sólo están pensadas para operar sobre imputaciones que reúnan ciertas condiciones previas de validez y que no fracasen ya en las primeras etapas del examen. Imaginemos a una persona que habiendo sido condenada por el hecho A vio agravado el reproche en atención a sus condiciones personales (art. 41 CPPN). Resultando ahora condenada por el hecho B, y visto que esas condiciones no han variado, soporta un nuevo plus de castigo en razón de las mismas circunstancias. Si por hipótesis se le ocurriese plantear una violación al *ne bis in idem* alegando que esos aspectos de su personalidad le valieron una sanción más severa en el proceso anterior y por lo tanto ya fueron tenidos en cuenta, se le contestará, con toda lógica, que las circunstancias de autor suelen representar un continuo de cosas y es razonable que el Estado renueve el juicio desfavorable sobre su persona tantas veces como comparezca a proceso. Y se le respondería con lógica porque la prohibición de doble juzgamiento sólo cumple un papel útil en relación a la porción de objeto procesal integrada por un hecho circunscribible en tiempo, lugar y modo, pero si el orden jurídico fuese inclinándose paulatinamente a rellenar la imputación con datos extraídos de la biografía del sujeto, el valor protectivo del *ne bis in idem* disminuiría en forma inversamente proporcional hasta convertirse en una garantía de sustancia rebajada.

La inusual cantidad de derechos que se piensan conculcados por el tipo agravado de portación ilegítima de armas es consecuencia de la lesión primaria al dogma fundamental de acto.

Si la norma nos parece discriminatoria, desproporcionada, vaga en sus términos, irrazonable, comprensiva de circunstancias no perjudiciales a terceros y reiteratoria de hechos ya juzgados, es porque a falta de un comportamiento estos postulados han perdido la capacidad de aportar racionalidad al sistema. Antes que una violación específica, correspondería hablar de una desactivación de principios.

Si quisiéramos ahondar en el debido proceso, habría que convenir en que era noble pero ilusoria la preocupación de positivistas como Jiménez de Ansúa por rodear a los "estados peligrosos" de todas las garantías que hacen a la defensa técnica, derecho a ofrecer prueba, la judicialización del trámite y el acceso al recurso[67]. El rito inquisitivo nacido en tiempos del Imperio para delitos de *lesa majestatis* y vigente durante los juicios de fe de la Edad Media guardaba perfecta coherencia con la clase de faltas que se pretendía enjuiciar. Lo ilógico, desde ésta óptica, era someter a Sócrates a un procedimiento de carácter acusatorio cuando la imputación consistía en corromper a la juventud de Atenas y hacer apología de falsas deidades.

La portación de antecedentes y el principio de acto.

Sentado que el primer escalafón de análisis consiste en verificar la presencia de una voluntad exteriorizada, se impone revisar desde este ángulo los razonamientos que hablan en favor de la constitucionalidad del tipo.

Como primera reflexión advertimos una fuerte tendencia a dar por satisfecho el requisito de acción en virtud de que la norma deja indemnes otros principios, especialmente el de razonabilidad de la ley (art. 28 CN). Se afirma con insistencia que el dato de poseer una condena no es antojadizo o inconexo, o que no aparece como irracional el vínculo trazado por el legislador entre la comisión previa de delitos y la mayor potencialidad ofensiva del agente. Pero téngase en cuenta que la Constitución no ha querido protegernos únicamente de legisladores desquiciados o caprichosos. Incluso si concediéramos que la ausencia de fidelidad interior al derecho y el desprecio por la pena constituyen datos atinentes, conducentes y racionalmente vinculados a la

[67] Valgan sobre el punto las siguientes reflexiones que tomamos del voto de los Dres. Carlos Tozzini y Pablo Loumagne en "Antúnez García": ""Recordamos que Jiménez de Ansúa, aquel inalcanzable defensor de los derechos individuales, aunque admitía, como positivista, esta suerte de sanción anticipada a cualquier hecho delictuoso en virtud de una "personalidad" éticamente reprobable, como legislador, en la España de 1933, rodeo a la ley de vagos y maleantes de defensas y garantías contra el avasallamiento del individuo por parte del poder político, a saber: el estado peligroso sin delito, que era para él una situación de hecho, debía ser declarado por un juez, previa prueba de ello y tras un proceso, con intervención del Ministerio Público, que permitía al imputado aportar prueba, ser asistido por un abogado defensor, apelar ante la audiencia y, finalmente, reclamar ante el juez instructor contra todo exceso cometido durante la ejecución de la medida"" (CNACyC, Sala IV, rta. 20/04/1986).

puesta en riesgo de bienes jurídicos, siguen sin ser conductas. Cuando el Constituyente declaró impunes las vivencias subjetivas mandó que ninguna conclusión pueda extraerse sobre la hipotética razonabilidad de perseguir nada distinto de un comportamiento.

En el mismo sentido, el hecho de que registrar una condena o proceso en curso no sea susceptible de encuadrar a la persona en estereotipos definidos por agendas políticas, étnicas, religiosas o de género, y que la norma se aplique, como reza uno de los fallos, en paridad de condiciones a todos los individuos comprendidos en el ámbito general de prohibición, tampoco significa que el Estado quede autorizado a reprimir tendencias desviadas en tanto puedan verificarse de manera uniforme entre todos los habitantes. Argumentar que se sanciona bajo igualdad de condiciones a todas las personas que exhiban rasgos distintivos de peligrosidad hace a una forma cuanto menos peculiar de interpretar el artículo 16 CN.

Otro de los fundamentos que se deslizan en sostén de la agravante lleva la siguiente estructura: la norma debe cumplir con el principio de acto, pero claramente no es necesario (ni posible) que cada elemento del tipo suponga en sí mismo una acción. El legislador construye prohibiciones partiendo de un núcleo típico (verbo) condicionado por circunstancias objetivas y subjetivas a las que se asigna relevancia jurídico - penal. Estos elementos condicionantes distintos de la acción misma (en nuestro caso los antecedentes) pueden, por su propio peso, servir a la constitución de una figura calificada, quedando satisfecho el requisito de materialidad por la conducta ya prevista en la modalidad simple (portación).

Ahora, no existen dudas de que la portación ilegítima de armas supone una arrogación tangible de ámbitos de autodeterminación ajenos (un comportamiento lesivo). La pregunta es si ese grado de actividad material puede servir como excusa o derecho de paso para incursionar en la esfera íntima y, no sólo verificar la pertenencia subjetiva al autor de la acción concreta, sino también recabar elementos de ánimo adicionales que presten fundamento a la agravante.

La realización del tipo objetivo de la figura simple emplaza al Estado como deudor de una explicación subjetiva. Verificada una conducta externa *prima facie* contraria a la ley, debe indagarse si además esa acción/omisión junto con el resultado no desbordan el contexto interno de planificación del agente y si responden a un proceso deliberativo regular; esto en cumplimiento del mandato de culpabilidad. Pero ese derecho de paso a la consciencia, esa deuda subjetiva establecida en beneficio del autor, no puede indexarse (para integrar el marco calificado) con rasgos de espíritu ajenos a su obra. Y lo que justamente ocurre con el artículo 189 bis es que

partiendo de una acción en sí misma prohibida, el legislador se toma licencia para conducir una encuesta sin límites en la constitución moral del individuo en busca de posturas de vida contrarias al derecho; se opera bajo la idea de que quien ejecuta un acto antijurídico (portación) lo hace a su propio riesgo y debe tolerar intrusiones de cualquier naturaleza en sus voliciones o tendencias.

Pero repetimos que rendir cuentas sobre el pensamiento es una instancia normativa de defensa (ej. error de tipo / justificación / prohibición, inimputabilidad, margen reducido de autodeterminación, etc.) y las autorizaciones para trasponer la faz externa como límite al poder público tienen un marco estricto, ceñido a lo que la persona ha comunicado objetivamente en términos de acciones. Si accedemos al fuero íntimo es para verificar que el *factum* no sobrepase a la voluntad, que el resultado no desborde las riendas subjetivas del agente, pero si desde allí se significan penalmente elementos ajenos a esa percepción fáctica inicial, si se aprovecha para confeccionar una radiografía moral del sujeto fabricando punibilidad a partir de su contacto previo con el sistema carcelario o su falta de reverencia por la sanción estatal (el famoso "mayor desprecio por la pena"), entonces se rompe en sentido opuesto la correspondencia factico - subjetiva que pretendíamos nivelar, y bajo el pretexto de evitar la responsabilidad por el resultado pasamos a sancionar la responsabilidad por el carácter.

Entonces, completando la formulación del principio de materialidad que propusimos al inicio, diremos que así como las vivencias interiores son impunes, la realización de un acto tampoco confiere jurisdicción sobre la psiquis toda; cada parcela de esta no comprometida en el delito sigue estando bajo tutela constitucional.

A estas preocupaciones suele contestarse con el ejemplo de otros tipos penales que también asignan relevancia a circunstancias personales, como sería el caso de quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge, los delitos que contemplan la calidad de funcionario público o los atentados contra la integridad sexual y la libertad cometidos por un pariente, tutor o guardador del sujeto pasivo.

Parece importante discernir entre condiciones particulares del sujeto que comunican al injusto, vale decir, que aportan al disvalor de conducta propiamente dicho, y las condiciones particulares que solo revelan una personalidad defectuosa. El vínculo de parentesco, la existencia de especiales deberes de gratitud / protección, o el aprovechamiento de una relación previa de confianza con la víctima, a la vez que condiciones personales, son circunstancias de interacción que adjetivan la exteriorización de voluntad y moldean el comunicado antinormativo del acto

desde una perspectiva estandarizada, en consideración a roles anónimos que definen relaciones intersubjetivas, y sin necesidad de ir a buscar el sentido social del hecho en el grado de simpatía o aversión hacia la ley que pueda sentir el imputado.

Hay diferencia entre valorar rótulos sociales que caracterizan marcos específicos de actuación (padre, tutor, sacerdote, funcionario, médico, comerciante, militar, etc.), donde la circunstancia personal coloca al sujeto en una relación de especial cercanía con la pretensión de indemnidad del bien jurídico y el incremento de injusto se explica por la mayor intensidad de la expectativa normativa defraudada, y computar, por otro lado, una repugnancia al derecho relativamente objetivada por infracciones previas. Lo primero es perfectamente compatible con el punto de vista antropológico que manda adoptar la Constitución Nacional, pues no se rebaja en dignidad ni se cosifica a la persona. En cambio, el 189 inc. 2, 8vo opera sobre una supuesta minusvalía social, olvidando que el orden jurídico argentino ha renunciado a formular juicios sobre la "potencialidad ofensiva" de los seres humanos.

Por eso, sobre las reiteradas alusiones a que poseer antecedentes constituye un dato "objetivo y real", es bueno aclarar que existen datos objetivos y reales que condicionan la valoración de un hecho, y datos objetivos y reales que, con motivo o en oportunidad de un hecho, invitan a valorar personas.

Desde otro punto de vista, coincidimos con lo expresado en el precedente "Lemes" del Superior Tribunal en cuanto a que considerar datos de la historia del autor y "ajustar el tratamiento penitenciario" se torna ineludible para perseguir los objetivos de prevención especial que vienen consagrados por el artículo 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sólo que ningún pasaje de la Convención manda que ese ajuste del tratamiento deba consistir en su prolongación temporal. Si el legislador quisiera otorgar a los penados reincidentes acceso preferencial a cupos de trabajo y estudio, fijar un programa intensivo de entrevistas o establecer mecanismos diferenciales de seguimiento y asistencia post - liberación, todas éstas son maneras legítimas de perseguir los fines de reinserción social sin violar la garantía de acto.

Finalmente, cómo es que el principio de culpabilidad, cuya inteligencia radica en impedir que se imputen a cuenta del autor resultados no evitables, terminó asociado a que la insensibilidad frente al encierro amerita mayor castigo, es algo que insumiría una investigación aparte. Pero a los fines del estudio, pleguémonos a esta metafísica según la cual todo individuo que al día de hoy ha sido condenado por un delito transita por la vida cargando una especie de culpabilidad aumentada

por actos futuros que se encuentra latente y pronta a realizarse en caso de incurrir en un nuevo hecho. Aún si aceptamos el absurdo de una culpabilidad acumulativa, la presencia en exceso de condiciones de pertenencia subjetiva del resultado al agente (culpabilidad) nunca puede compensar un *minus* de exteriorización en la conducta (acción). Este es un razonamiento similar al del balsero que faltándole uno de los remos cree que haciendo más fuerza con el otro conseguirá mover la barca hacia adelante.

Por lo demás, y como bien dice la Dra. Alicia Ruíz en "Rodríguez, Marcelo": ""Nada más elocuente y contradictorio en este punto que utilizar expresiones como "insensibilidad demostrada" o "desprecio que manifiesta por la amenaza penal" y pretender simultáneamente que "la punibilidad y que el incremento de pena no se apoya en el autor mismo -forma de ser, personalidad o estado peligroso-""[68].

Comparación con el artículo 41 del Código Penal.

De los argumentos empleados por el Tribunal Superior de Buenos Aires en "Taboada Ortiz", el que a nuestro juicio resulta más convincente sostiene que si el artículo 41 CP puede encomendar al juez la valoración de las condiciones particulares del autor al individualizar la pena, entonces estos elementos también pueden dar pie ocasionalmente a una tabla legislativa. En efecto, teniendo en cuenta que esta norma obliga a valorar la conducta precedente del sujeto y las reincidencias en que hubiese incurrido, así como sus antecedentes, condiciones y vínculos personales, y que no ha soportado iguales críticas a las del tipo de portación agravada, es natural preguntarse bajo qué lógica puede resultar aceptable lo primero y considerarse ilegítimo lo segundo.

Parece existir un sólido consenso acerca de que aquello que llamamos derecho penal de autor cuando viene definido en los tipos legislativos e impacta sobre la escala en abstracto, adscribe a otra denominación y no merece reparos cuando integra la determinación judicial de la pena en concreto. ""…debe distinguirse entre el procedimiento de subsunción típica y el de individualización de la pena. Mientras que el tribunal considera válido constitucionalmente, en el

[68] TSJCABA, expte. n° 6146/08, "Rodríguez, Marcelo José s/ inf. art. 189 *bis* CP, portación de arma de fuego de uso civil s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6148/08 "Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodríguez, Marcelo José s/ infr. art. 189 *bis* CP", rta. 17/12/2008.

proceso de individualización de la pena, la valoración de las "condiciones personales del imputado", lo cual incluye, eventualmente, los antecedentes condenatorios que aquel poseyese al momento de la comisión del hecho (desde que ello posibilita considerar un juicio de reproche mayor, lo cual se hará en el caso concreto), la presunta acción que contiene el tipo penal en cuestión ("registrar antecedentes penales") implica una valoración estricta, constitutiva del ilícito penal per se...'"[69]

En otros fallos leemos: "La valoración de los antecedentes penales tendrá obviamente, lugar en el momento en que el tribunal de juicio individualice la pena que corresponde aplicar al imputado por la comisión del nuevo suceso que se le atribuye respecto del sistema de mínimos y máximos que se establecen en los tipos de la parte especial (arts. 40 y 41 CPen.), pero no es posible que tales extremos tengan por propósito concretar una subsunción típica".[70] "En cambio no podrán construirse sobre la base de circunstancias subjetivas vinculadas a los antecedentes penales del autor, cuya ponderación sólo queda reservada al juez de la causa, como pauta evaluativa para la fijación de la condena entre el mínimo y el máximo de la pena prevista legalmente. El legislador tiene vedado constitucionalmente construir delitos sobre la base total -e inclusive parcial- de los antecedentes del autor (…)"[71].

Langevin lo explica del siguiente modo: "En tercer lugar, también se acude a la distinción entre procedimiento de subsunción -tipicidad- e individualización de la pena, siendo en esta segunda etapa donde estaría permitido recurrir a las condiciones personales del imputado para realizar una correcta mensuración. En cambio, la norma del art. 189 bis C.P. lisa y llanamente lo menciona como la sustancia del precepto legal inmerso en el procedimiento de subsunción como cualquier conducta típica…"[72]. Y según Massaglia: "La facultad de valoración por parte del juez cuando ejerce el acto jurisdiccional de fallar no puede ser restringida. Los jueces deben contar con

---

[69] Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, "Chanampa, Osvaldo N.", 26 de octubre de 2005.
[70] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, rta. 25/04/2007, "Gil, Omar A.", voto de los Dres. Lucini y Bruzzone.
[71] Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Rosas, Pablo M. y otro s/ inf art. 189 bis del CP", rta. 03/11/2006. En sentido coincidente Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nro. 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Rojas Jorge E.", rta. 24/06/2008: "En este punto, cabe aclarar que si bien podría alegarse que los argumentos enunciados al declarar la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, apart. 2º, párr. 8º, CPen., también resultarían válidos para obtener un igual pronunciamiento con relación a la declaración de reincidencia, lo cierto es que los antecedentes en que se funda tal declaración "no son en la sentencia determinantes concretos de una porción específica de la pena", como sí ocurre, en el caso de la aplicación de la agravante ya mencionada."
[72] Langevin, Julián Horacio, "Art. 189 bis, inc. 2do. *in fine*, Código Penal. Portación de antecedentes penales: un agravante inconstitucional" en LL. DJ 2005-3, 363.

plena libertad para desarrollar la función que les es propia, consistente en determinar el alcance y aplicación de una norma en cada caso concreto. Precisamente, la conducta anterior al hecho constituye una de las pautas valorativas que por expresa disposición legal debe ser considerada para la individualización de la sanción"[73].

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba[74] también delimita los alcances del precepto en relación al instituto de la reincidencia, cuya constitucionalidad había avalado en otros pronunciamientos, sosteniendo que mientras el artículo 50 CP llama a valorar la mayor reprochabilidad del reiterante dentro de la escala y permite a los jueces asignar la medida justa de sanción en relación estrictamente proporcional a la mayor culpabilidad por el segundo hecho, el artículo 189 bis, distorsiona el marco punitivo al incrementar los mínimos y máximos y por circunstancias no vinculadas al injusto en sí mismo.

Por último, en un precedente de la Cámara Federal de Casación[75], la Dra. Ana María Figueroa, a cuyo voto adhieren los vocales Madueño y Cabral, también aclara que el haberse pronunciado anteriormente por la validez del artículo 50 no fuerza a adoptar el mismo criterio para la portación calificada. Expone que la sistemática del Código Penal prevé la posibilidad de valorar los antecedentes y condiciones personales del autor al momento de individualizar la sanción (art. 41 CP). Esta operación se vincula con el reproche concreto que se formula al sujeto en el nivel de culpabilidad, luego de constatado el injusto. En cambio, la norma del 189 bis asume estos elementos personales de reproche en el tipo objetivo, lo cual constituye una inconsecuencia dogmática. Se incurre de este modo en una violación al principio del derecho penal del acto, en tanto se tipifica algo más que una estricta conducta. La escala penal no puede agravarse en abstracto por circunstancias personales del autor, pues es al juez a quién corresponde, dentro de la sistemática históricamente prevista en el Código Penal, tener en cuenta los antecedentes personales al meritura la culpabilidad en base al juicio de reproche. Así, el principio republicano de división de poderes (art. 1 CN) reserva sólo a los magistrados la posibilidad de valorar los elementos del caso concreto, entre los cuales, repite, están las circunstancias individuales del autor.

[73] Massaglia, María Valeria, "La inconstitucionalidad de la agravante del párrafo sexto del artículo 189 bis del Código Penal según ley 25.886", Publicado en: LL. DJ 2004-3, 683.
[74] Sala Penal, "Cuello, Juan Antonio s/ ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Revisión- (Expte. "C", 66/2009, S. n° 39), rta el 10/03/2010.
[75] Sala I, "Amato, Diego Marcos s/ recurso de revisión" (cn° 15.949), rta. 12/06/2013.

Bien. Podemos coincidir en que la norma constituye una rareza dogmática al asumir como elementos del tipo circunstancias que históricamente se encargaban a la libre valoración de los tribunales mediante disposiciones abiertas de la parte general. Sin embargo debe reconocerse que la sistemática tradicional del Código no le es oponible al legislador más que para remarcar el apartamiento de los cánones sancionados por la comunidad científica o la mejor técnica legislativa que precedía a la reforma.

Por otro lado, no es correcto sostener que la composición dual del hecho punible (injusto-culpabilidad) guarda relación con el deslinde de competencias entre los distintos departamentos del Estado, según el cual incumbe al legislador diagramar las prohibiciones en abstracto mientras que a los jueces toca decidir sobre su aplicación al caso concreto. Cuando decimos que los magistrados judiciales deciden sobre los *elementos del caso en concreto*, esto significa que conducen el procedimiento inductivo de acreditación fáctica y la operación lógico - deductiva de subsunción jurídica en relación a *todos los institutos de la teoría del delito* (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y reprochabilidad). A la inversa, cuando la ley prescribe en *abstracto*, introduce mandatos de orden general no sólo sobre la descripción típica de la conducta prohibida sino respecto, nuevamente, de *todos los aspectos del ilícito culpable*.

El reparto republicano de competencias, en lo que aquí interesa, exige: 1) una regla que contemple como antecedente un universo indefinido de casos (norma legal general), 2) una decisión que resuelva sobre la correspondencia entre las propiedades de un conflicto particular y las condiciones de pertenencia al conjunto genéricamente definido en el primero (norma judicial individual) y 3) que ambos procedimientos se encuentren a cargo de órganos distintos. Ese mandato general que sienta las condiciones de pertenencia a un universo indefinido de casos puede además, y es aconsejable que lo haga, utilizar valores no exactos para la construcción del consecuente, delegando en el juzgador su integración definitiva. Pero la Constitución Nacional, en principio, no abre juicio sobre la necesidad de que la voluntad legal se exprese en consecuentes abiertos. Obviamente, que prescindir sistemáticamente de la técnica de máximos y mínimos asignando cantidades únicas de pena multiplicaría en la práctica los casos de inconstitucionalidad por desproporción, pero nada tiene que ver esto con la separación de poderes.

Más allá de lo anterior, lo que en realidad nos interesa destacar es que la prohibición de instrumentar un derecho penal de autor no está dirigida particularmente al legislador, sino al Estado. La contraposición no es entre el órgano legislativo y el judicial, sino entre el ciudadano y

el poder público. La personalidad del imputado no es lo "concreto del caso" reservado a la apreciación del sentenciante, sino lo que está fuera del caso y más allá de los límites del sistema penal. Por lo tanto, es errado sostener que el artículo 189 bis resulte inconstitucional porque reprimir condiciones personales sea privativo de los tribunales, y es de suyo muy grave que los jueces reclamen para sí los instrumentos que debieran censurar.

A los efectos de la manda constitucional resulta completamente irrelevante si el dispositivo que permite sujetar a pena a un individuo en base a su historial de vida responde al diseño de las normas de la parte especial (tipos legales de autor) o se activa al momento de la individualización en base a una disposición genérica (practicas judiciales de autor). Menos importa aún cómo se distribuyan estas valoraciones entre las categorías de análisis de la teoría del delito (injusto - reprochabilidad). El principio del acto es una filosofía garantista de ejercicio del poder que irradia a todos los eslabones de la actividad punitiva. Lo que interesa al Constituyente es que, al cabo del procedimiento que va desde la tipificación en abstracto del hecho punible hasta la solución concreta en sede judicial, ninguna persona se encuentre expuesta a sufrir castigo por nada distinto de una conducta.

Queda saber si, a diferencia del artículo 189 bis, y de acuerdo a la doctrina de la "interpretación conforme", el artículo 41 CP admite un sentido que deje a salvo su validez. Entendemos que de ser así, éste deberá coincidir con el propuesto por juez García en autos "De las Toscas, José L"[76]: "El art. 41, inc. b, puede ser interpretado por vía de una visión superadora de sus antecedentes históricos, de un modo compatible con el art. 18 CN, si se interpreta que en general el art. 41 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo…en el sentido de que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero sí, una menor cuando la falta de o mínima peligrosidad disminuye las necesidades preventivo especiales. Por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. b CPen. pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho". Y sienta párrafos después que: "…las condenas anteriores no podrían fundar un mayor

[76] CFCP, Sala II, "De las Toscas, José L. s/ recurso de casación", cnº 9.108, rta. 14/7/2008. Ver también el voto del juez García en "Rivas, Osvaldo A. y otros", rta. 22 abril de 2009.

reproche de culpabilidad sino, a lo sumo, dar razón de que no se justifica la imposición de una pena por debajo del reproche merecido por el injusto del que el imputado se hizo culpable…”.

Conclusión:

El artículo 189 bis, inc. 2, párrafo 8vo CP reflota un paradigma que entendíamos superado; uno donde el poder público sofoca desviaciones internas en vez de limitarse a comprobar defraudaciones objetivas a una norma de conducta. Felizmente, el legislador no ha sido tan original como para que precisemos activar todo el aparato de garantías a fin de brindar una respuesta satisfactoria. Si la regla de acto bastó para movilizar la consciencia jurídica universal contra las cazas de herejes de la Edad Media, repudiar la persecución en masa de enemigos del régimen en experiencias totalitarias modernas y sobreponernos a la época de oro de la criminología positiva, lógico es pensar que pueda por sí sola contra esta última ocurrencia del populismo penal argentino.

HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASIÓN DE ROBO

Por Alexis L. Simaz.

Art. 165: ***"Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio".***

1. INTRODUCCIÓN.

El art. 165 del Cód. Penal es una de las normas con más dificultades interpretativas en nuestra legislación penal, quizás la que más problemas ha ocasionado tanto en la doctrina y jurisprudencia argentina como así también en los países que la han regulado.

En nuestro derecho la situación es aún más complicada ya que dentro del art.80 inc.7º legislamos el latrocinio, lo cual provoca graves problemas en su distinción con el art.165.

También existen dificultades en lo que hace a la correcta interpretación histórica de sus antecedentes por su complejo origen legislativo tanto en nuestro país como en el extranjero, su naturaleza jurídica, el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos del delito, los tipos de homicidios que quedan comprendidos en el delito, la autoría y participación criminal, la posibilidad de tentativa, su constitucionalidad, la cuestionable posición de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y otros problemas más que iremos mencionando a lo largo del presente trabajo.

Pensamos que es de utilidad al menos plantear y tratar de dar alguna solución a las innumerables dudas que suscita esta disposición.

2- EL TERMINO LATROCINIO.

Carrara[1] expresa que en italiano se llama latrocinio al homicidio cometido con fin de lucro, definición que toma de Boehmer quien halla dos elementos en este delito, el lucro como fin y el homicidio como medio; la intención de dar muerte ocupa el primer puesto, porque la intención de despojar es casi secundaria en estos delitos. Es también necesario según el Maestro[2] que el homicidio esté preordenado al robo; sin embargo esto es discutido por Carpzovio y la casación de Florencia. Carrara contesta a ello que lo importante es tener en cuenta el fin: si el ladrón ha dado muerte para asegurar el fruto del robo, es reo de latrocinio; si dio muerte por haber sido amenazado, o por temor de su propia persona, es reo de robo con homicidio[3].

[1] Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá 1957, Vol.1.3. ps.233/34 (1186)
[2] Carrara, Ob. Cit. pag.235/36.(1189)
[3] Ob. Cit. p.236 nota 1 ver critica al fallo de la corte de casación de Turín.

Concluye que el título latrocinio pertenece al orden de los homicidios, porque el medio prevalece sobre el fin: y el robo lo califica, no en cuanto su materialidad, sino en cuanto intervino como fin determinante para el homicidio[4]

En el derecho antiguo se llamaba latrocinio a una de las modalidades del homicidio “criminis causa”, el que se cometía para robar y ésta es la expresión que la mayoría de la doctrina toma en nuestro derecho y que consideramos correcta[5] .

3. EL ART.165: TEXTO, TERMINOLOGIA CORRECTA: CONCEPTO

Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión de un robo resultare un homicidio.

El origen legislativo de este delito es bastante ambiguo.

Encontramos expresiones tales como “robo calificado por homicidio”[6]; o “robo seguido de homicidio”[7] que según Chiappini[8] puede inducir a equívoco ya que no necesariamente ese ha de ser el orden cronológico de los hechos; también se suele mencionar la expresión “homicidio con ocasión de robo”[9] o como lo llama Rodolfo Moreno[10] y Juan P. Ramos[11] (“homicidio cometido con motivo u ocasión de robo”). Alfredo Molinario[12] y Eusebio Gómez[13] lo denominan como “homicidio resultante con motivo u ocasión de robo”, el Dr. Millán lo denomina “robo con más resultado homicidio”[14].

La mayoría de la doctrina coinciden en denominarlo “robo con homicidio”[15]

---

[4] Ob. Cit. P.236 (1190)

[5]Cf. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 3ºedición, Edit. TEA, Bs.As.1970, Soler, t.III, p.41; Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Edit. Lerner, Córdoba, 1977, t.III, v.1, p.51; Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Edit. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1969, t.V, p.547. En sentido contrario Guillermo Pablo Desimone que llama latrocinio a la figura contenida en el art. 165, ¿Homicidio criminis causa o latrocinio? L.Ley t.1994-B.

[6] Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial 5ºedición, Edit. Astrea, Bs.As.1995, t.I. p.454.

[7] Vázquez Iruzubieta, Carlos, Código Penal Comentado, Edit. Plus Ultra, Bs. As. 1970, t.III, p.231.

[8] Chiappini, Julio O., El robo con homicidio, J.A. 1982-4, p.671.

[9] Mallo, Mario, Código Penal Argentino Comentado, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1951, t.III, p.57

[10] Moreno(h), Rodolfo. El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi editor, Bs.As. 1923, t.5 p.135.

[11]Ramos, Juan P., Curso de Derecho Penal, 3ºedición, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As. 1944, t.6 p.42.

[12] Molinario, Alfredo J., El libro II del Código Penal Argentino, La Plata 1943, p.58, Sin editorial.

[13] Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores S.R.L, Bs.As. 1941, t.IV p.136

[14] CCC, Capital, 18/9/959, “Amarillo, Carlos I. y otros” LL. T.98, p.324.

[15] En sentido coincidente Soler, Op. Cit., t. IV, p.,256; Núñez, Ricardo, Delitos contra la Propiedad, Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L, Bs. As. 1951, p.210; Tozzini, Carlos A. Los delitos de hurto y robo, Edit. Depalma, Bs. As. 1995, p. 282; Fontán Balestra, Op. Cit., t.V, P.545; Laje Anaya, Justo, Comentarios al Código Penal, Edit. Depalma, Bs.As. 1979, vol.II p.64; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, Homicidio criminis causa y robo con homicidio. Autoria, Participación y comunicabilidad de las circunstancias fácticas del delito, L.L. t.130 p.335 ; González, Juan F., El robo con homicidio, La Ley t.32, sección doctrina, p.1010; Ramos Mejía, Enrique, Estudios de Derecho Penal, Edit. Ideas, Bs. As. 1947, p.223; Levene (h), Ricardo, Manual de Derecho Penal Parte Especial, 2ºedición Edit. Zavalia, Bs. As. 1978, p.320; Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal conforme al texto de 1944, Edit. Bosch, Barcelona, t.II 1957, p.804, t.II vol. 2.2, 1964 p.797; Terán Lomas, Roberto A.M. Derecho Penal Parte General, Edit. Astrea, Bs. As. 1980, t.II, p.43; Puig Peña, Federico, Derecho Penal Parte Especial, 6ºedición, Edit. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1969, t.IV, p.189. Sin perjuicio de las objeciones de Julio Chiappini, Op. Cit. p.671, donde manifiesta que si bien esta de acuerdo con esta denominación

Sin embargo, creemos más ajustada la denominación "Homicidio con motivo u ocasión de robo" porque de lo contrario (robo con homicidio) pareciera ser que lo preponderante es el robo y no el homicidio, lo que como veremos más adelante da lugar a algunos autores a interpretarlo como que la única acción descripta en el tipo penal es la de apoderarse. Preferimos esta expresión por considerarla terminológicamente más correcta y acorde a la postura general que desarrollaremos en el resto de este artículo. Cabe aclarar que no pretendemos entrar en rigorismos terminológicos, por lo cual también se pueden llegar a admitir otras expresiones como por ejemplo la más generalizada que es la de "robo con homicidio".

4. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

En primer lugar debemos aclarar que el análisis sobre el bien jurídico lo abordaremos como una cuestión pretípica.

La finalidad del derecho penal en un estado democrático es la de brindar seguridad jurídica en sus dos aspectos: 1- el objetivo consistente en la preservación de ciertos bienes que posibilitan su realización, 2- el subjetivo que significa la posibilidad de disponer de esos bienes.[16]

Según Jescheck[17] el punto de partida y pensamiento rector de la formación del tipo es el bien jurídico. Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el derecho penal otorga su protección.

El objeto de la tutela jurídico-penal en este caso es básicamente doble: la propiedad y la vida.

Ahora bien ¿existe una prevalencia de alguno de los bienes protegidos por las figuras descriptas por el tipo penal del art. 165 ? Obviamente que sí: la vida!!!.

Pero ¿por qué se encuentra el art. 165 dentro del título de los delitos contra la propiedad?

Quizás sea por razones político-criminales, para establecer un lucha más eficaz contra la criminalidad patrimonial violenta o quizás sea porque en este complejo la idea generadora del delito es el robo y no el homicidio.

En este caso como dice el Vives Antón[18] adhiriendo a la opinión de Muñoz Conde -que compartimos plenamente-, en el ámbito de las representaciones subjetivas lo principal es el ataque al patrimonio, siendo secundario el atentado contra la vida, sin embargo el ordenamiento jurídico no se atiene en este caso a las configuraciones jurídicas del delincuente y otorga una protección jurídica directa a estos bienes por considerarlos desde esta perspectiva como principales, dada su relevancia por sobre la propiedad.

---

puede padecer de algunos defectos técnicos, verbigratia si esta comprendido o no el hurto, si se trata de un robo consumado o basta que sea tentado.

[16] Cf. Niño, Carlos, Conferencia dictada en Mar del Plata el día 30/9/94.

[17] Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4º edición, Edit. Comares, Granada 1993, p.231.

[18] Vives Antón, T.S. (coord.), Cobo del Rosal, M., Boix Reig, J., Orts Berenguer E., Carbonell Mateu, J.C., Derecho Penal Parte Especial, 3ºedición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p.823.

En nuestro derecho la mayoría de la doctrina y jurisprudencia[19] entiende que se trata de un delito contra la propiedad .

Nuñez[20] dice que del artículo se desprende una ofensa contra la propiedad como hecho principal y una ofensa contra las personas, no menos grave, como resultado y agrega que esta principalidad se desprende de que ha sido legislado dentro de los delitos contra la propiedad. La Cámara Nac. C. y C. sala de la Cámara , sostuvo que "... el núcleo de esta figura está constituido sobre la idea de la protección patrimonial..."[21]

Sin embargo Puig Peña[22] admite la mayor importancia del bien jurídico vida.

Soler[23] si bien lo trata en el capítulo de los robos agravados, admite que esta división de bienes jurídicos es de carácter objetivo y tiene la importancia de agrupar los hechos señalando la escala de valores sociales y sus jerarquías; basta comparar las escalas penales del bien jurídico vida con las del bien jurídico propiedad para establecer al primero como más importante.

Por lo tanto si observamos que la penalidad del art.165 C.P. (10 a 25 años) es mayor a la del propio homicidio simple (8 a 25 años), superable por muy pocas figuras, como los homicidios calificados del art.80 o el art.124 del C.P., nos damos cuenta del interés de la ley y del legislador de preservar el bien jurídico vida.

En la causa Pozzán, Sergio (voto de la minoría)[24] se dijo "... si bien el art. 165 CP. está ubicado dentro de los "delitos contra la propiedad" resulta indudable que el bien jurídico al que se otorga prevalencia es la vida sobre el patrimonio..."

Por lo tanto pensamos que si bien el art. 165 se halla ubicado dentro del título delitos contra la propiedad, lo que en realidad se intenta proteger es principalmente el bien jurídico vida.

5. NATURALEZA JURIDICA.

5.1. DELITO CALIFICADO POR EL RESULTADO.

[19] Ver repertorio de J.A 1994,ps.1216 (S.C.B.A, 30/3/93 - Pozzán, Sergio A. Voto de la mayoría); (S.C.B.A, 20/4/93, Villalba, Jorge L. 1994-I-335); también CNCrim. y correc., sala de la cámara, diciembre 18-967. L.Ley 131-72; ver Chiappini, Op. Cit. p.671; en igual sentido Ramos, Nuñez, Soler y F. Balestra.

[20] Nuñez, Delitos contra la propiedad, Op. Cit., p.217.

[21] L.Ley 131-72, 12/IX/67. En general es el criterio que sigue gran parte de la doctrina española, entre otros Jiménez de Azúa; Antón Oneca; Sánchez Tejerina, Cuello Calón; Rodríguez Muñoz; Rodríguez Ramos.

[22] Puig Peña, Op. Cit. p.189 reconoce si bien en el Código español esta ubicado entre los delitos contra la propiedad es mayor la importancia del bien jurídico de la vida. En igual sentido voto del Dr. Rodríguez Villar donde dice "... Aún cuando el art 165 C.P este ubicado dentro de los "Delitos contra la propiedad" resulta indudable que el bien Juridico al que se otorga prevalencia es la vida..."(S.C.B.A, 11/2/92- Sánchez, Juan R. J.A 1996-I).

[23] Op. Cit., t.3, p.3 y ss.

[24] S.C.B.A 30/3/93, J.A. Rep. 1994, nº3, p.1216.

Esta clase de delitos se caracteriza por un tipo básico que es doloso y un resultado o consecuencia que lo cualifica, sin que sea necesario que se requiera culpabilidad, pues en estos casos se incluye hasta la muerte ocurrida por caso fortuito.[25]

Es muy ilustrativo el comentario que hacía Antón Oneca[26] de las consecuencias que acarreaba considerar el delito de robo con homicidio como delito calificado por el resultado. El autor español entendía que a favor de esta opinión puede aducirse el verbo "resultare", con lo cual las consecuencias practicas serían: 1) que el precepto se aplicaría a aquellos casos en que el resultado muerte apareciese enlazado con el robo sólo por un nexo causal, abarcando de esta forma supuestos de caso fortuito, con la única limitación de la teoría de la causación adecuada; 2)los casos en que la producción de la muerte fuere dolosa o culposa se subdividían en dos opiniones a) Si seguimos a Löfler quien sostenía que los delitos calificados por el resultado por la muerte de un hombre (excepto el asesinato) eran figuras especiales respecto a los correspondientes delitos contra la vida (dolosos) habría que negar toda posibilidad de concurso entre el robo con homicidio y el delito de homicidio porque lex specialis derogat lege generali b) Si por el contrario sostenemos la tesis de Frank que niega la tesis anterior y sostiene que no son tipos especiales porque falta el dolo respecto al resultado muerte, entonces se llega a la conclusión de que en caso que se produzca un robo con homicidio doloso, éste concursara idealmente o realmente con el homicidio doloso.(este criterio es el que comparte Antón Oneca y Rodríguez Muñoz). c)En un tercer criterio se sostiene que en el caso de que se produzca un resultado doloso no puede haber un delito calificado por el resultado, por lo tanto con este argumento de exclusión no puede haber concurso de delitos.

Sin embargo como dice Antón Oneca el hecho de considerar a este delito como calificado por el resultado tiene dos inconvenientes: el primero es que el código español habla de homicidio y no como lo ha hecho en otros delitos cualificados por el resultado de muerte, ya que el caso del homicidio entraña culpabilidad sea dolosa o culposa, en cambio el caso de la muerte carece de toda valoración jurídica. Al incluir la palabra homicidio pareciera que el legislador solo considera incluidas las muertes dolosas y culposas.

El segundo inconveniente que recalcan Antón Oneca y Rodríguez Muñoz es que de admitir esta tesis, en caso de que se cometa un homicidio doloso habría que castigar por separado la pena del homicidio doloso y la del robo, teniendo de esta forma una pena inferior.

Zaffaroni[27] expresa que se pretende dividir a las figuras complejas en preterintencionales y calificadas por el resultado o hacer de las segundas el género de las primeras. Sin embargo esta expresión pareciera tener una reminiscencia de responsabilidad objetiva.

Por lo tanto es preferible distinguir entre figuras simples y complejas abarcando en estas últimas los casos de preterición, culpa compleja y doble resultado doloso.

---

[25] Cf. Martínez González, María Isabel, El delito de robo con homicidio, Edit. Bosch Barcelona, 1988, p.109; Antón Oneca, J., Rodríguez Muñoz, José A., Derecho Penal Parte Especial, Edit. Gráfica Administrativa, Madrid 1949, t.II. p.361.

[26] Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Op. Cit. t.II, p.361.

[27] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Edit. Ediar, Bs. As. 1981, t. III. ps. 427 y ss.

En Alemania el §56 del StGB (sancionado el 4/8/1953) estableció que el resultado que aumenta la pena sólo puede ser cargado, por lo menos, a título culposo, con lo cual dejó zanjada la cuestión sobre los delitos "calificados por el resultado", al menos estricto sensu, que constituyen un supuesto de responsabilidad objetiva.[28]

La pregunta que se hace Zaffaroni es si existen delitos calificados por el resultado estricto sensu en el Código Penal Argentino. Obviamente que no, pues de la interpretación del art.19 de la Constitución Nacional surge que las responsabilidades deben ser atribuibles al menos a título culposo.

Por lo tanto adoptamos la postura de Zaffaroni en cuanto consideramos que las figuras delictivas pueden ser simples y complejas y dentro de esta última se puede subdividir en las que exigen preterición, culpa compleja y las de doble resultado doloso; y asimismo desechamos la expresión de delito calificado por el resultado por considerarla atezada y con implicancias de responsabilidad objetiva.

Sin embargo al no haber un acuerdo doctrinario respecto de la clasificación de los delitos preterintencionales, complejos y calificados por el resultado, nos vemos obligados a distinguir entre delitos "calificados por el resultado" estricto sensu y lato sensu, descartando la existencia de los primeros por imperativo constitucional (art.19 C.N.).

5.2. DELITO COMPLEJO.

Dentro de las clasificaciones de los tipos penales encontramos diferentes posturas de lo que debe entenderse por un delito complejo.

Así, Jeschek[29] distingue entre delitos simples y compuestos en razón del número de bienes jurídicos que se protegen. En igual sentido se expresa Zaffaroni[30] aunque en vez de utilizar el término compuesto, como lo hace el jurista alemán, utiliza el término complejo.

Según Zaffaroni, esta clasificación carece de importancia práctica ya que por ejemplo el castigo del homicidio podría proteger no sólo la vida sino también el interés demográfico de un Estado.

En un criterio diferente al de Jescheck, Maurach[31] entiende por delito compuesto (o de varios actos) aquellos en los que concurren varias acciones en una determinada sucesión (así el robo se compone de coacción agravada y de un hurto)

Beling[32] entendía por delito complejo al constituido por dos o más acciones, sin importar que éstas aisladamente sean o no figuras delictivas.

---

[28] Mas extensamente en Jescheck, Tratado, Op. Cit. ps.235/36 Ello también esta contemplado expresamente en el Código Penal Español de 1995 (art.5) que sigue la línea de su anterior (art.1 y 6 bis b.). En nuestro derecho ello surge de una interpretación sistematica del Código Penal que en la parte especial siempre exige al menos una responsabilidad culposa y de la propia C.N. (art19).
[29] Op. Cit., p.239.
[30] Tratado, Op. Cit. t.III, p.257.
[31] Maurach, Reinhart, Tratado de derecho penal, traducción de Juan Córdoba Roda, 2ºedición, Edit. Ariel, Barcelona, 1962, t.I. p.278.
[32] Beling, Ernst von, Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo, Traducción de Sebastián Soler, Edit. Depalma, Bs. As. 1944, p.47.

En la doctrina nacional Creus[33] opina que en el caso del delito complejo lo que la ley hace es unir en un delito (disponiendo una pena) plurales conductas cuya ocurrencia separada constituyen delitos autónomos (cada uno con su pena).

Moreno Rodríguez[34] lo define como “el que está encuadrado en más de una norma penal y que fue cometido en miras de un solo objetivo”.

Sin embargo, creemos que sin entrar en rigorismos terminológicos es necesario distinguir como lo hicimos más arriba entre delitos complejos y delitos compuestos, ya que a veces - en especial en la doctrina española - ambos conceptos aparecen erróneamente considerados como sinónimos.

Delito compuesto es, como se dijo, aquél que protege más de un bien jurídico; en cambio el delito complejo es aquel en que de la unificación de dos infracciones que individualmente consideradas constituyen delitos autónomos, nace una nueva figura delictiva superior en gravedad que si se toman cada una aisladamente.[35]

Esto no se debe confundir con los delitos plurisubsistentes los cuales se integran con varios hechos, pero que tomado cada uno aisladamente no constituye una infracción, como por ejemplo el ejercicio ilegal de la medicina que requiere habitualidad, pues un solo hecho no tipifica esta conducta.

Por lo tanto creemos que debe entenderse por delito complejo al integrado por dos o más acciones que individualmente consideradas constituyen un tipo delictivo independiente.[36]

Ahora bien ¿Cual es la razón por la cual se crea esta figura compleja?

Por un lado se podría sostener que implica una criminalidad más grave de lo que se obtendría de la suma aritmética de las penas de las dos figuras en juego (homicidio y robo)

Por otra parte como dice Martínez González[37] si el único criterio para crear un delito complejo fuese la simple comisión de dos hechos por un mismo sujeto activo, entonces no se explicaría el por qué no tenemos un código plagado de tantos de ellos como combinación de tipos penales cupiesen; la razón de ello - como dice la autora española - estriba en que en estos casos se requiere una conexión especial entre ambos delitos, pues de lo contrario no se configura el complejo, resolviéndose la cuestión por un simple concurso de delitos.

Sin embargo si bien no dudamos que en este caso estamos en presencia de un delito complejo, concordantemente con lo dicho en el capítulo del fundamento de la agravación creemos que ello obedece puramente a razones de prevención general, ya que no advertimos una mayor criminalidad o un mayor grado de reproche de quien mata dolosamente con motivo u ocasión de robo de quien comete un robo un día y al día siguiente un homicidio simple. Obviamente que quienes incluyen el homicidio culposo y el preterintencional en el art.165 van a tener una incongruencia aún mayor en este tema.

---

[33] Creus, Carlos, Doctrina de la Suprema corte de Buenos Aires sobre el homicidio como agravante del robo, publicado en LA LEY 1993-E, pag.154

[34] Moreno Rodríguez, Rogelio Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales, Edit. Depalma, Bs. As. 1974.

[35] Cf, Soler, Op. Cit. t. II. p.200; Martínez González, Op. Cit. p.105. Es el criterio que predomina en la doctrina española.

[36] En igual sentido Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General, Temis, Bogotá, 1965, p.549.

[37] Op. cit. p.106.

También en la doctrina nacional se admite en general que se trata de un delito complejo.[38]

Al parecer de Soler[39] nos encontramos en presencia de un delito calificado por el resultado**.** En igual sentido parecería enrolarse parte de la jurisprudencia dentro de la cual encontramos la Suprema Corte de Buenos Aires.[40]

Terán Lomas[41] sostiene que "...se trata de un tipo complejo, y que no puede en verdad englobarse en los delitos calificados por el resultado...".

Compartimos la opinión de Bacigalupo[42] que sostiene que en realidad el delito complejo no es una categoría autónoma sino una figura técnicamente defectuosa de regular el concurso de delitos.

Más allá de las objeciones politicos-criminales y dogmáticas que se puedan hacer al legislador, lo cierto es que estableció este delito complejo defectuoso integrado por dos infracciones: el robo y el homicidio, y que integran un solo tipo penal.

Concluimos pues que el art.165 del Código Penal Argentino es un delito de estructura compleja formado por dos tipos delictivos: el homicidio y el robo; y que por razones politico-criminales el legislador ha aunado en un solo tipo penal, ya que más allá de que considero al igual que Bacigalupo que en el fondo los delitos complejos son formas técnicamente defectuosas de legislar un concurso de delitos, debemos interpretar de la forma más coherente posible la regulación del legislador.

Cabe acotar que de todos modos cada una de las figuras que lo integran conservan sus características especiales al igual que si se consideraran individualmente.

6. ANTECEDENTES NACIONALES Y EXTRANJEROS, DERECHO COMPARADO VIGENTE.

La fuente de nuestro art.165 es el Código español de 1870 (art.516 inc.1º) que copiaba al Código de 1848 (ref. 1850, art.425 inc.1º) cambiando únicamente la numeración. Por otro lado el art.80 inc.7º es de fuente italiana, más específicamente, proviene del art. 366 inc.5 y 6 del Código Penal Italiano de 1889. Lo curioso de esto es que ni en la legislación española se contemplaba una figura similar al la del homicidio "criminis causa" ni el derecho italiano una norma similar al robo homicida.

[38] Ver Nuñez, Delitos contra la propiedad, Op. Cit. p.217; Blasco Fernández de Moreda, Op.cit. p.339; Juan F. González, Op. Cit. p.1010; Ramos Mejía, Op. Cit., p224; Terán Lomas, Op. Cit. t.II p.43; C.C Cap., 21/12/62 LL, 111-874. , Mallo Mario, Op. Cit., t.III, p.59. En sentido contrario Uslenghi, cree que es un delito simple que solo contempla la conducta de para quien, con motivo u ocasión de robo, resulta un homicidio cometido por otro, el homicidio es solo el resultado preterintencional y es por eso que no se puede hablar de delito complejo. Uslenghi, Eduardo P., El delito de robo con resultado homicidio, J.A. 1997-I, p.867.

[39]Op. Cit., t.IV nº114-I. En opinión coincidente Federico Puig Peña Op. Cit. p.190, habla de una "responsabilidad por el resultado".

[40] S.C.B.A, p. 38329, 27/4/93, voto del Dr. Ghione, carátula: L., H. F. -., F. A. C., C. O. s/robo. Ver también votos de la mayoría en causas: Pozzán, Sergio y Villalba, Jorge.(J.A Repertorio 1994-II, síntesis ps.1216/17 y la C.Crim. y Correc. Quilmes, sala II, noviembre 25-993. - Ocaranza, Carlos D. L.Ley Buenos Aires 1994 p.100.

[41] Para un mayor estudio sobre el tema ver Terán Lomas, Op. Cit., t.II ps.2 a 44. En igual sentido votos de la minoría en causa Pozzán, Sergio y Villalba, Jorge en J.A Repertorio 1994-II síntesis, ps.1216/17 y voto de Rodríguez Villar en Sánchez, Juan J.A t.1996-I, síntesis p.200.

[42]Bacigalupo Z., Enrique, Manual de Derecho Penal parte general, 3ºreimpresión, Edit. Temis, Colombia, 1996, p.220.

La evolución en nuestro derecho es la siguiente:

ARTICULO 80 INC.7	ARTICULO 165
Proyecto de 1891, art.111 inc.4. Ley 4187, art. 17 inc.3º. Proyecto de 1906, art.84 inc.3. Proyecto de 1917, art.80 inc.3. Código de 1922, art. 80 inc.3. Proyecto de 1937, art.116 inc.3 Proyecto de 1941, art. 112. Proyecto de 1951, art.168. Proyecto de 1953, art.133 inc.6. Proyecto de 1960, art. 111 inc.8. Proyecto de 1979, art.117 inc.7.	Proyecto Tejedor, pte.II, libro I, tit. VIII, §1, art.1. Proyecto de 1881, art.313. Código de 1886 art.187 inc.1. Proyecto de 1891, art.200 inc.1. Proyecto de 1895, art.224 inc.1. Proyecto de 1906, art.180. Proyecto de 1917. art.165. Código de 1922. Art.165. Proyecto de 1937, art.218. Proyecto de 1951, art.235.

Podemos sintetizar como principales antecedentes de ambas figuras en el continente europeo los siguientes:

ANTECEDENTES DEL ART.165	ANTECEDENTES DEL ART. 80 INC.7
Cód. Alemán (1871) §251 Cód. Español (1870)art. 516 inc.1 Cód. Belga. (1867) art. 474. Cód. Húngaro (1878) art.349 inc.2	Cód. Francés (ley de 1832) art.304. Cód. Italiano (1889) art. 366 in.5 y 6. Cód. Alemán (1871) §214. Cód. Holandés.(1881) §288.

Dentro de las legislaciones americanas podemos citar como antecedentes o referencias del derecho comparado los siguientes:

SIMILAR AL ART.80 INC.7	SIMILAR AL ART.165	DOBLE VIA
Cód. Boliviano (1834)art.481 Cód. Brasileño (1830) art.271. (latrocinio) Cód. Brasileño (1890) art.359	Cód. Costarricense (1887) art.516 inc.1 Cód. Chileno (1874) art. 433 inc.1.	Cód. Brasileño (1940) arts.121 y 157. Cód. Costarricense (1941) arts.184 y 270 inc.1

(latrocinio) Cód. Colombiano (1887) art.586. Cód. Colombiano (1936) art.363 inc.3 Cód. Dominicano (1884 mod. en 1935). Art.304 Cód. Haitiano (1835) art.249. Cód. Nicaragüense (1891) art. 350 regla 6.(latrocinio) Cód. Panameño (1922) art.313 inc.e. Cód. Paraguayo (1922) art.338 inc.3 Cód. Peruano (1863) art.232 inc.4. (latrocinio) Cód. Peruano (1926) art.152. Cód. Portorriqueño (1902) §201.(latrocinio) Cód. Uruguayo (1889) art.320 inc.4. Cód. Uruguayo (1933) art.312 inc.4 y 5.	Cód. Guatemalteco (1889) art. 377 inc.1. Cód. Guatemalteco (1936) art. 388 inc.1 Cód. Hondureño (1906) art.499 1º Cód. Mexicano (1871 y mod. de 1943) art.404. Cód. Nicaragüense (1891) art.469 inc.1. Cód. Salvadoreño (1904) art.457 inc.1	Cód. Cubano (1936) arts.431 inc.7 y 517. Cód. Ecuatoriano (1938) arts.426 inc.8 y 528 inc.4º in fine. Se podría incluir al Código Nicaragüense que contiene el homicidio con motivo u ocasión de robo y el latrocinio.(arts. 469 inc.1º y 350 regla 6 respectivamente.

6.1. CODIGOS LATINOAMERICANOS ACTUALES.

El Código Boliviano mantiene con una redacción más moderna el homicidio “criminis causa” y sigue sin contemplar figura similar a nuestro art.165.

El Código Brasileño mantiene su misma redacción (art.121 inc.2º V y art.157 inc.3º)

El Código Colombiano introduce en al artículo 324 inc.2 una redacción diferente aunque similar a nuestro art.80 inc.7. No contempla figura similar al art.165.

El Código Penal Costarricense modifica aunque con una redacción similar el art.184 por el artículo 112 (figura similar al homicidio “criminis causa” de nuestro código). No contempla una figura similar al artículo 165 de nuestra legislación, figura que sí contemplaba el código penal de 1941.

El Código Penal Cubano de 1979 modifica la redacción de su anterior en lo referente al homicidio “criminis causa” y deroga el homicidio con motivo u ocasión de robo.

La nueva reforma de 1988 mantiene inalterable el contenido del código anterior aunque cambia la numeración(art.263 inc.f).

El Código Penal Chileno sigue manteniendo la misma redacción contemplando sólo el delito de homicidio con motivo u ocasión de robo.

El Código Penal Dominicano mantiene la misma redacción contemplando sólo el homicidio "criminis causa".

El Código Ecuatoriano actual sigue contemplando la doble vía, estableciendo en el art.450 inc.9 una figura similar al art.80 inc.7 de nuestro código y en el art.552 inc.4º in fine una figura similar a nuestro art.165.

Es curioso lo que sucede con el Código Guatemalteco pues las legislaciones anteriores no contemplaban el homicidio "criminis causa", cosa que ahora sucede; por otro parte los códigos de 1889 y 1936 contemplaban el homicidio con motivo u ocasión de robo en la actualidad derogado.

Los Códigos Penales Haitiano (similar al art.80 inc7) y Hondureño (similar al art.165) mantienen su redacción original.

El Código Mexicano derogo su artículo 404 que contenía una figura similar a nuestro art.165.

El Código Penal Peruano de 1991 mantiene la redacción de su anterior aunque modificando la numeración por el art.108 inc.2 (figura similar al art.80 inc.7).

El Código Penal Panameño de 1982 (art.132 inc.5 y 6) mantiene una redacción similar al código de 1922 (art.313 inc. e y f) (80 inc.7).

El Código Venezolano sigue sin legislar ninguna de las dos normas aún después de la reforma de 1978.

El resto de los códigos se mantienen sin modificaciones.

6.2. SISTEMA DE LA DOBLE VIA.[43]

El Código Alemán de 1871 con sus sucesivas reformas contemplaba la doble vía (§214 y §251), aunque a diferencia de nuestra legislación en la actualidad el §251 habla de muerte negligente.

Los Proyectos Argentinos de 1891 y 1906 también establecían este sistema.

El Código Penal Argentino de 1922 inicia por primera vez el sistema de la doble vía exigiendo dolo en ambos casos, aunque más remotamente podemos citar como antecedente el Código Nicaragüense de 1891 que contemplaba la doble vía legislando por un lado una de las variantes del homicidio "criminis causa" (el latrocinio) y por el otro el homicidio con motivo u ocasión de robo.

[43] Entendemos por sistema de la doble vía a aquellas legislaciones que contemplan simultáneamente el homicidio "criminis causa" o mas específicamente el latrocinio por un lado y el homicidio con motivo u ocasión de robo por el otro.

Es seguido por los Códigos Penales de Brasil (1940), Costa Rica (1941), Cuba (1936) y Ecuador (1938).

Los Códigos de Costa Rica y Cuba ya no contemplan el homicidio con motivo u ocasión de robo.

Más recientemente el Código Portugués (1982) se enrola en este sistema, pero siguiendo al derecho alemán, ya que habla en el art.306 inc.4 de muerte con grave negligencia.

Sintetizando, en la actualidad en el mundo, vemos que tienen prevista la doble vía: Alemania, Argentina, Brasil, Ecuador, Nicaragua (latrocinio y homicidio en ocasión de robo) y Portugal.

Chile, El Salvador, Filipinas y Honduras contemplan figuras similares a nuestro art.165.

Como se ha observado, al ser nuestro código el primero en legislar la doble vía, nos provoca graves problemas interpretativos, sobre todo en materia de distinción, ya que no existen antecedentes a los cuales recurrir.

7. TIPICIDAD.

7.1 TIPO OBJETIVO.

Creemos que en este caso se impone además de una interpretación sistemática, una interpretación restrictiva por tratarse de un tipo más gravoso que en cualquiera de los casos en que se dé un concurso real entre un robo y un homicidio, salvo claro está los homicidios agravados regulados por el artículo 80 en sus 7 incisos.

Si bien en este delito existen dos acciones - la de matar y la de apoderarse- la acción primigenia es la de robar. En este sentido coincidimos con Soler en que la acción, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo y no al homicidio, pero de ello no se desprende que sea la única acción y que la muerte se produzca como una consecuencia accidental del robo, es necesaria otra acción que es la de matar.

Ahora bien ¿en qué contexto se tiene que producir el homicidio con referencia al robo para que se dé el complejo?

Descartamos el caso de que la persona mate primero y luego se apodere de algo ya que en estos casos o bien quedan atrapados en el art.80 inc.7º o en todo caso se resuelven por un concurso real.

El homicidio doloso (art.79) tiene que resultar ya sea motivado por el robo o en ocasión del mismo, es decir debe haber un comienzo de ejecución del robo, no bastando meros actos preparatorios; debiendo producirse luego, la muerte dolosa.

Por otra parte no varía la interpretación el hecho de considerar como sinónimos a los términos motivo u ocasión, ya que lo importante es que se produzca el homicidio en el contexto del robo, lo cual en este aspecto está denotando una conexidad temporal. sin importar que este homicidio surja como una

coyuntura o no, ya que cuando hablamos de coyuntura nos referimos a ocasionalidad, lo cual es plenamente compatible con el dolo. Lo que no podemos hacer es interpretar la palabra motivo - como lo hace Bustos Ramírez- en el sentido de una relación de finalidad pues ello implicaría dar cabida a los supuestos de homicidio anteriores al robo.

Aquí lo que importa es que se den dos elementos respecto al homicidio, uno positivo, es decir que se cometa un homicidio doloso; y otro negativo, que es que no se trate de los regulados en el art.80 inc.7º, obviamente que todo ello se tiene que dar dentro de una conexidad temporal que nos indica el mismo artículo: "con motivo u ocasión de robo".

Es por ello que no estamos de acuerdo con la posición doctrinal de R. Devesa y Soler en que el verbo resultar hace referencia a una relación de causalidad, en el sentido de que el homicidio resulta del robo en el sentido de permitir cualquier resultado muerte.

Por lo tanto quedan comprendidos en la norma del art.165 todos los homicidios motivados u ocasionados desde el comienzo de ejecución de un robo ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas y como limite máximo hasta la consumación del robo. Pues una vez consumado el mismo el homicidio subsiguiente será para asegurar los resultado o procurar la impunidad (art.80 inc.7º) o en todo caso concurrirá realmente con el robo.

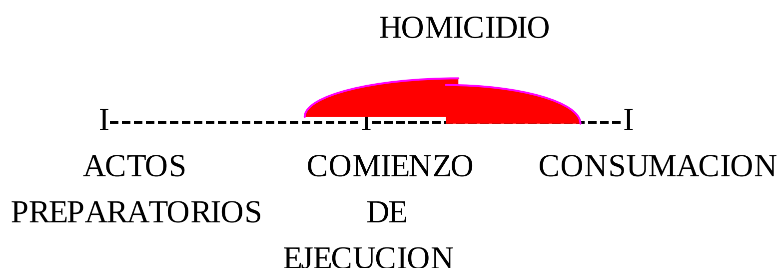
Esto no se contradice con nuestra postura en materia de "iter criminis" en el sentido de que se tienen que consumar ambas figuras para que el complejo se dé, pues si por ejemplo una persona se está apoderando de un automóvil bloqueándole a su dueño toda posibilidad de disposición, pero sin llegar a una disposición material de la misma y comete un homicidio, sólo habrá homicidio con motivo u ocasión de robo si el ladrón homicida logra la disposición material, real y efectiva de la cosa, pues en caso contrario se tendrá que resolver como concurso real.

Obviamente que nuestra posición no surge de una interpretación literal de la norma, pero si hacemos una interpretación sistemática nos damos cuenta de que la tentativa del complejo es inadmisible y que por otra parte entre exigir que el homicidio se consume y el robo se consume o quede en grado de tentativa para que se dé el complejo nos parece más justo exigir la consumación de ambos delitos. Más aún, cuando no existe ninguna disposición legal que establezca que si el robo queda en grado de tentativa y el homicidio se consuma, la figura se dé igual, como ocurría en el Código Penal Español.

También queremos acotar que el tipo penal del art.165 es mucho más amplio que el 166 inc.1º en donde se establece que se aplicará la pena de prisión o reclusión de 5 a 15 años si de las violencias ejercidas para realizar el robo se causare algunas de las lesiones de los arts.90 o 91 del C.P.; claro que de ello no podemos derivar que cualquier tipo de muerte permita la consumación del complejo, ya que como dijimos existen varios elementos que no permiten hacer este razonamiento como lo son el término homicidio, la correcta interpretación de los términos motivo, ocasión y resultare, la proporcionalidad en materia de penalidades, etc.

Es por eso que en estos casos no corresponde apresurarnos y conformarnos con una interpretación meramente gramatical que provoca confusiones e injusticias, sino que debemos interpretar la norma en forma restrictiva y sistemáticamente con el conjunto de las normas penales y el derecho vigente.

Sintetizando, para nosotros tanto el motivo como la ocasión implican una conexidad temporal dolosa, en donde el homicidio se tiene que haber cometido entre el comienzo de ejecución del robo y su consumación, exigiéndose además la consumación de ambas conductas para que se dé el complejo. Por lo que si el homicidio se comete en los actos preparatorios del robo o con posterioridad a la consumación del mismo, el hecho va a quedar atrapado, en la mayoría de los casos por el art.80 inc.7º o en todo caso se dará un concurso real.



7.1.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO (DELIMITACION).

El sujeto activo en este caso lo podríamos catalogar como calificado o mejor dicho mixto, pues sólo lo puede ser el autor del complejo quien los es del robo y del homicidio, es decir que primeramente tiene que haber un comienzo de ejecución en el robo y luego cometer el homicidio, si no hay comienzo de ejecución en el robo no se puede cometer un homicidio con motivo u ocasión de robo. Por lo tanto no serán autores del complejo quienes no hayan participado (como autores o participes primarios) en la comisión del robo aunque maten con motivo u ocasión de aquél. Esto no obsta a que sea autor de robo con homicidio aquel sujeto que intimida con un arma a la víctima -mientras otro se apodera de la cosa- y luego da muerte .

En este aspecto se asemeja a lo que Soler llama delitos mixtos, ya que tiene características de los delitos especiales y propios como por ejemplo el caso del art.243 del C.P. En el caso del art.165 cualquiera en principio puede cometerlo pero sólo será imputable el complejo a quién además de ser autor, coautor o partícipe primario del robo lo sea del homicidio, por lo que quizás sea más correcta la terminología de delitos mixtos.

El problema se presenta en relación al sujeto pasivo, ya que a menudo como se ve en la doctrina y jurisprudencia, es muy difícil establecer parámetros objetivos y razonables acerca de la adecuada delimitación de cuando se es o no sujeto pasivo de este delito complejo.

La lectura de la norma parece indicar que el tipo penal tiene una redacción (a diferencia del art.166 inc.1º) bastante amplia, pero ello no nos puede llevar a incluir cualquier tipo de muerte ocurrida con motivo u ocasión de robo. Una interpretación armoniosa ya nos limita muchos casos injustos mediante la exigencia del dolo en el homicidio y la correcta interpretación de los términos motivo, ocasión y resultare, pero el problema se presenta en general en el caso de muertes de terceros, es decir ¿Que pasa si entra un tercero ocasionalmente en un restaurante que está siendo asaltado y lo matan, que pasa si interviene un policía ante un pedido de socorro y también es muerto o ante la huida después de un asalto se atropella dolosamente a un transeúnte, para evitar ser atrapado?. O por otra parte ¿Hasta que momento se puede cometer el homicidio para que el hecho quede encuadrado en el art.165? ¿Que pasa en los casos que se comete un robo con fuerza en las cosas y cuando el ladrón sale del lugar del hecho es sorprendido por el dueño o un tercero a quien le da muerte? ¿Que sucede en el caso de que uno de los ladrones desiste de su acción y los otros ladrones para vencer su oposición le dan muerte?

Respecto del robado no existe problema, sin embargo tanto la jurisprudencia argentina como la española ha admitido que se trate de alguien de su círculo, incluso de personas que pasaban circunstancialmente por el lugar y que no eran sujetos pasivos del robo y hasta de casos en que la muerte era de policías o cómplices del robo. Este objetivismo extremo en la interpretación de la norma en especial hecho por la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. llevó y aún lleva a consecuencias absurdas y a la atribución de una verdadera responsabilidad objetiva.

Creemos que únicamente pueden ser sujetos pasivos de este delito el titular del bien jurídico tutelado y el que sufre la conducta delictuosa aunque no sea titular del bien jurídico (es decir los que son sujetos pasivos del robo). Se podría llegar a plantear la duda en el caso de los terceros ocasionales o que salen en defensa de la víctima, pero si consideramos que en este tipo de delitos tiene que existir una contrapartida entre el sujeto activo y pasivo, el tercero que no es paciente del robo es decir que no sufre la acción del robo no puede ser sujeto pasivo del complejo, pues sólo es del homicidio, por lo tanto el sujeto activo cometerá robo y homicidio en concurso real.

Extender mas allá de estos límites el concepto de sujeto pasivo implica en la mayoría de los casos la aplicación lisa y llana del versari in re illicita; con lo cual estaríamos ampliando la punibilidad a casos de muertes remotas.

Breglia Arias[44] manifiesta que se ha dicho que, el resultado muerte ubica la conducta del ladrón en el art.165, no importa que el mismo devenga directamente de su accionar (muerte de la víctima o de un tercero) o indirectamente (muerte de una persona que no sea él, ocurrida por la acción de la víctima o de un tercero al defenderse de su accionar, incluso el codelincuente). Chiappini[45] critica esto, con razón, diciendo que sólo se concibe que la víctima del homicidio sea el sujeto pasivo del robo, o sus allegados físicamente próximos o las personas que salen en defensa de la víctima.

---

[44] Breglia Arias, Omar; Gauna, Omar R., Código Penal y leyes complementarias 2ºedición, Astrea 1987, p. 557.
[45] Citado por Breglia Arias y Gauna, Ibídem. p.557.

Sintetizando creemos que el tema es muy vidrioso y que en estos casos debe priorizarse una interpretación restrictiva, coincidiendo con Chiappini que sólo quedarían incluidos en el complejo los casos en que la víctima del homicidio sea el sujeto pasivo del robo. sus allegados físicamente próximos o las personas que salen en defensa de la víctima (pero que son pacientes del robo). Claro que todo ello se tiene que quedar dentro de un determinado contexto, es decir que el homicidio se debe cometer sobre los sujetos pasivos mencionados, pero entre el comienzo de ejecución del robo y hasta que se consume. Esta interpretación aleja toda posibilidad de incluir casos como cuando un policía mata justificadamente a un "compinche" del robo o cuando la misma víctima del robo se defiende y mata a uno de los ladrones. Casos en los cuales parte de la jurisprudencia ha calificado conforme al art.165 lo cual es realmente irrazonable e implica retornar a los tiempos del versari.

Quizás sea entrar en algunos casos -como cuando el ladrón mata dolosamente a un tercero- sea entrar demasiadas sutilezas[46], pero preferimos dejar el tema planteado.

7.1.2. CONCLUSION DE TIPO OBJETIVO

Concluimos pues que, el tipo objetivo del art.165 se compone de una acción de robo (apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas) y otra acción u omisión -esta última poco probable- de homicidio (matar a otro ser humano) con la producción de sus respectivos resultados (apoderamiento y muerte), siempre que medie un nexo causal entre ambas conductas, y además una relación típica de conexión que debe existir entre el robo y el homicidio.

Este homicidio doloso tiene que resultar ya sea motivado por el robo o en ocasión del mismo, es decir que tiene que cometerse entre el comienzo de ejecución del robo y su consumación, pues si se comete antes o después no hay delito complejo. Lo importante es que se produzca el homicidio en el contexto del robo, sin importar que el mismo surja como una coyuntura o no, ya que dicho término no implica accidentalidad sino mas bien ocasionalidad..

Aquí lo que importa es que se den dos elementos respecto al homicidio, un positivo es decir que se cometa un homicidio simple y otro negativo es que no se trate de los homicidios agravados o atenuados que de ocurrir quiebran el complejo.

Por otra parte se debe respetar la estructura y características de ambos delitos como si los consideráramos independientemente a cada uno.

7.2. TIPO SUBJETIVO.

[46] Aunque dos años mas dentro del minino de la escala en la vida de una persona creemos que no lo es.

Como se ha venido delineando, de acuerdo a nuestra posición es necesario que exista dolo tanto en el momento de apoderarse como en el momento de matar, pues la dirección final de la acción está dirigida en un primer momento al apoderamiento y en un segundo a dar muerte a otra persona.

Entendemos por dolo el querer realizar el tipo objetivo guiado por el conocimiento, es la voluntad realizadora del tipo objetivo[47].

El dolo está comprendido por dos aspectos, uno cognoscitivo y otro conativo.

7.2.1. ASPECTO COGNOSCITIVO.

El dolo requiere el conocimiento efectivo y actual o actualizable de los elementos descriptivos, elementos normativos, previsión de la causalidad y del resultado.

Tanto el robo como el homicidio son elementos normativos pues ambos aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social[48]; en este caso se refiere a dos conceptos jurídicos propios que sólo puede se aprehendido mediante un proceso intelectivo, ya que el tipo legal no dice el que se apoderare o el que matare, sino que remite a conceptos estrictamente jurídicos como lo son el robo y el homicidio, conceptos que son definidos por la ley penal en los arts.164 y 79 respectivamente. Por lo tanto el sujeto debe conocer estos elementos normativos (robo y homicidio) con todos sus elementos (en el caso del robo debe saber que se apodera ilegítimamente de cosa mueble total o parcialmente ajena con fuerza en las cosas o violencia en las personas y en el caso del homicidio debe saber que mata a otra persona (ser humano)).

A esto le agregamos que el sujeto tiene que haber previsto la causalidad y el resultado en ambas acciones (la de apoderarse y la de matar).

Es curioso que a diferencia de la mayoría de los tipos penales en los cuales el verbo es el que denota la acción descripta, en este caso el mismo (RESULTARE) sólo brinda una determinación de una relación de conexión entre ambos delitos, pues las acciones descriptas son definidas por los elementos normativos que remiten a otros tipos legales (art.164 y 79)

7.2.2. ASPECTO CONATIVO.

Respecto del robo sólo es admisible el dolo directo, el sujeto quiere en este caso directamente el resultado.

Respecto del homicidio admitimos también el dolo directo, el dolo indirecto que se da cuando el resultado es consecuencia necesaria de los medios elegidos y el dolo eventual que se da cuando el sujeto

[47] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, 6ºedición, Edit. Ediar, Bs. As., 1994, p.404.
[48] Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, 3º edición, Edit. PPU, Barcelona, 1990, p.225, quien cita a Engisch.

se representa la posibilidad de resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta elegida.[49]

Un ejemplo de robo con homicidio con dolo directo puede ser el caso de que la víctima o un tercero saca un arma amenazando al ladrón o directamente le dispara al ladrón, el cual reacciona matándolo.

Como ejemplo de dolo indirecto podemos citar el caso de un sujeto que entra a robar a un restaurante y cuando se esta apoderando de las pertenencias de algunas personas, ve en el fondo del mismo que varias personas se mueven rápidamente, ante esto el mismo dispara una ráfaga de tiros que hiere a algunas de ellas y mata a otras.[50]

Por último podemos dar un ejemplo en el caso de que haya dolo eventual, supongamos que un sujeto asalta a otro y ante un insulto de la víctima lo golpea fuertemente en la nuca con su revólver causándole la muerte.[51]

7.2.2.1. LOS DIFERENTES CRITERIOS EN CUANTO A LOS TIPOS DE HOMICIDIOS QUE SE INCLUYEN EN EL ART.165

Sebastián Soler[52] dice que se trata de un delito de resultado preterintencional y agrega que la muerte debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales bajo la forma de responsabilidad culposa, ergo quedarían incluidos los homicidios culposos y preterintencionales.

Carlos Nuñez[53] opina que el art. 165 se refiere al caso de que el homicidio es un resultado accidental del robo, de acuerdo a esta posición quedan incluidos en la figura el homicidio culposo, preterintencional y el doloso pero no el preordenado.

Para C. Creus[54], Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna[55] quedan comprendidos todos los homicidios que no caen en la previsión del art.80 inc.7 y aceptan también que pueda derivar del ejercicio de la fuerza en las cosas y le agrega el cometido con la llamada culpa inconsciente.

---

[49] Ver Zaffaroni, Manual, Op. Cit., p.420.

[50] Consideramos que en este caso que el ladrón realizo una conducta que provoco u resultado que fue consecuencia necesaria de su accionar (Hacer varios disparos contra la muchedumbre). Por lo tanto no es un caso de dolo eventual en el cual el sujeto se representa la posibilidad de la muerte y no obstante obra; aquí el resultado fue consecuencia necesaria de su accionar.

[51] Creemos que este es un caso en que existe un homicidio con dolo eventual y no de un homicidio preterintencional, pues en este caso el sujeto se represento la posibilidad de que por el tremendo golpe efectuado en la nuca de la persona asaltada la misma falleciera.

[52]Op. Cit. t.IV p.256/57. En igual sentido: López Bolado, Jorge D., Los homicidios calificados, Edit. Plus Ultra, Bs. As. 1975, p.266; Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario 15/X/40 causa “Teves Lauro, Agapito” (J.A, t.73, ps.16 a 18).

[53] Delitos contra la propiedad, Op. Cit., p.212/213 (nº76) y Tratado Op. Cit., t.IV p.231. Cf. a Blasco Fernández de Moreda, Op. Cit., ps.344/45; fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario 17/III/53 causa “Roman, Elpidio” Juris, vol.4, ps.221 y ss. Ver también causa “Lara, Atilio y otros” 29/V/56, C. de la Cap. Federal, Sala de la Cámara, J.A 1958-II, ps 51 a 61. Y voto del Dr. Millán en causa “Amarillo, Carlos I. y otro” del 18/IX/50, L.L, t.98 p.325.

[54] Op. Cit., t.1 p.456.

[55] Op. Cit., p.258.

En opinión coincidente con la de Fontán Balestra[56] pensamos que haciendo una interpretación sistemática de la ley, y parangonando las escalas penales esta disposición se refiere al homicidio simple, de lo contrario caeríamos en el absurdo de poder aplicar en el caso de un concurso real de un robo simple (cuya escala es de 1 mes a 6 años) y un homicidio culposo (cuya escala es de 6 meses a 3 años) una pena mínima de 6 meses, y una pena máxima de 9 años; y en el caso de resolverlo como robo con homicidio la escala va de diez a veinticinco años. Finalmente F. Balestra[57] dice que se enrola en un criterio intermedio y distingue dos soluciones:

a)Si el homicidio es preordenado al robo y se comete como medio del elemento de lucro, con el mayor desprecio por la vida humana, corresponde aplicar el art.80 inc. 7.

b)Si la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes del autor del robo, debe aplicarse el art.165.

En el punto 8 al tratar la distinción con el homicidio "criminis causa" desarrollaremos extensamente este tema, sosteniendo en líneas generales la tesis que propugna Fontán Balestra, aunque con algunas variaciones en ciertos aspectos que más adelante puntualizaremos.

7.2.2.2. LIMITE MINIMO Y MAXIMO.

Como lo he expuesto retiradamente solo el homicidio doloso es atrapado por el complejo quedando fuera del mismo los homicidios culposos, preterintencionales y en riña. Pero por otra parte es posible que el homicidio sea doloso pero se halle agravado por alguno de los supuestos del art.80, en cuyo

---

[56] Op. Cit., t.V ps.548 y ss. En igual sentido Juan P. Ramos Op. Cit., t.VI, p.43, y Fernández, Alberto, Algunas consideraciones en torno a la muerte en ocasión del robo, E.D. t.134, p.946/47. Cf. a Ocampo, Oscar M. R., Análisis Comparativo de los artículos 80, inc.7. y 165 del C.P. Argentino. en Derecho penal Revista de doctrina y jurisprudencia, t.1 nº5, Bs.As. 1969. Tozzini, Op. Cit. p.388. Ver también causa "Tito, Antonio", 30/VII/91, Sala VII de la C.C. y C. de la Cap. Federal, votos de Dres.Navarro y Piombo en B. de J. año 1991, nº4, p.354. Es coincidente la posición de Vázquez Iruzubieta, Op. Cit., t.III. ps.232/33. Es interesante el voto de Rodríguez Villar donde dice "...la figura prevista en el art.165 del C.P. se refiere a un delito complejo de robo y homicidio simple, pues la gravedad de la escala penal contenida en esa disposición así lo indica; de allí que el "resultado" de homicidio que contempla el precepto en cuestión no puede aludir a un homicidio preterintencional ni a uno culposo en términos de los arts. 81 inc.1 letra "b" y 84 del Código de Fondo..." (C., V. H. s/robo-privación ilegitima de la libertad. L.Ley t.1990-B p.369; A y S t.1989-IV p.186; J.A t.1990-II p.459.

[57] Op. Cit. t.V, p.552. Dentro de esta misma postura aunque mas restrictiva encontramos a Donna, Edgardo y Goerner, Gustavo, Una nueva aportación para la interpretación del art.165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad, La Ley, 1992-A, Sección doctrina, ps.834/35, que sostienen que el dolo directo sería para el art. 80 inc.7 y el dolo directo, indirecto y eventual para el art.165, dejando de lado la culpa que de ocurre habría robo en concurso real con homicidio culposo. Es interesante e ilustrativo citar de este comentario el siguiente fragmento que en mi opinión respalda aún mas mi postura: "...Sostener entonces que el homicidio que agrava el robo puede ser el culposo, no aparece coherente, toda vez que el Código Penal, racionalmente, no puede establecer penas mas severas para un resultado culposo que un doloso, sin quebrar todo el sistema de sanciones que trae; lo mismo acontece si contemplamos el mínimo de la pena: por ejemplo, si en ocasión de un robo su autor produce por negligencia la muerte de una persona, el mínimo de la pena a aplicar serían 10 años (art.165); si en otra hipótesis el mismo sujeto primero roba y recién al día siguiente mata, conforme a las reglas del concurso real, el mínimo de pena es de 8 años(arts.55 y 79)...."

caso no rige el complejo sino que habrá un concurso real entre el robo y el homicidio agravado por algunas de las circunstancias que prevén cualquiera de los siete incisos.

Con lo cual solo queda atrapado por el complejo el homicidio simple (art.79 CP.).

7.2.3 RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El derecho penal primitivo se caracterizaba por responsabilizar a los individuos por la sola producción de un resultado y restarle importancia al aspecto subjetivo de la conducta. Esto producía y lamentablemente sigue produciendo en algunos casos (SCBA) una atribución de responsabilidad objetiva que viola el principio "nullum crimen sine culpa".

De este modo se estaría creando una tercera forma de tipicidad junta a la dolosa y culposa que podríamos denominar fortuita.

Queremos aclarar como bien lo dice Zaffaroni[58] que no sólo hay responsabilidad objetiva en el caso que se pena una conducta sólo porque se ha causado un resultado, sino también en los casos en que se agrava la pena por ese mismo motivo.

Esto se relaciona directamente con el viejo principio romano llamado "versari in re illicita" que implica que aquel sujeto que esté haciendo algo no permitido, y por puro infortunio o accidente causa un resultado antijurídico también debe responder por él. Este principio que se encuentra abandonado por la mayoría de los estados, tiene sin embargo algunos ecos en una minoritaria jurisprudencia de nuestro país y en especial últimamente en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Es interesante hacer breve referencia a la jurisprudencia de la SCBA que por ejemplo sostuvo en diversas causas lo siguiente "Resulta irrelevante el estudio del grado de participación que le cupo respecto del homicidio cometido a cada uno de los intervinientes en un asalto, ya que basta que la muerte se produzca con motivo u ocasión del robo para que queden incursos en la figura del art.165 del Cód. Penal, todos los partícipes del desapoderamiento violento ya que el grado de participación debe analizarse con relación al robo y no respecto a la muerte.[59]

Es interesante analizar el caso "Galván"[60], que se trataba de la muerte de uno de los partícipes del robo por parte del personal policial, en donde la Corte Provincial por primera vez, con el voto del Dr. Ghione sostuvo estos argumentos:

1 1-El texto en cuestión no distingue en tanto se refiere a "un homicidio".

[58] Manual, Op. Cit., p.442.

[59] (SC Buenos Aires, agosto 15-978. - ,Aliano, Jorge E. y otros) DJBA, 116-2 - (Idem. Mayo 3-988 - C. López, Jorge O. y otro;) DJBA, 139-4569 (Idem. Mayo 2-989 - Spinalli, Vicente A. y otros) DJBA, 138-3381 (Idem abril 20-993 - Villalba, Jorge L.) LA LEY, 1993-E, 158 con nota de Carlos Creus.

[60] SC Buenos Aires, agosto 15-978. - ,Galvan, Ines, JPBA, t.63, año XVIII, ps.224 y ss.

2-Si el homicidio se produce con "motivo u ocasión" de un robo, el mayor daño jurídico derivado de la perdida de una vida no disminuye porque en el contexto del robo se intercale una causa de justificación a favor del autor del homicidio.

3-Mediante la expresión "resultare un homicidio" el texto penal independiza el concepto de este homicidio de los sujetos activos y pasivos del robo. Y aquí la Corte hace un análisis de los tipos penales en que la ley restringe su poder calificante, los tipos en que la autonomía se presenta sólo respecto de los sujetos pasivos y el caso del art. 165 en que en cierta forma se amplía la calificante.

Esta posición de la Corte es mantenida en casos posteriores como por ejemplo en "Cufre" (LL. 1990-B-369), "Guiñez" (LL. 1991-B-185), "Domínguez" (DJBA, 14//8/991, p.3657), "Pozzán" (LL. 1993-E-154), "Villalba" (LL. 1993-E-157), entre otros. En sentido contrario se expreso en varías de estas causas el Dr. Rodríguez Villar

Esta postura lleva al absurdo -como bien lo dice el Dr. Silvestrini[61] en su voto de 2º instancia en la causa "Galvan"- de que se llegara a aplicar el art.59 inc.1º CP. (extinción de la acción penal por muerte) por la propia muerte del ladrón a quien se le imputa el art.165 por el hecho de su propia muerte.

Queremos destacar que en el caso "Galvan" el homicidio era atípico o en todo caso como dice Donna y Goerner[62] justificado, y lo que no se entiende que lo que es atípico y en todo caso justificado para algunos no lo sea para otro, esta interpretación de la Corte implica lisa y llanamente la aplicación del versari y consecuentemente el desconocimiento al principio de culpabilidad.

Por otra parte es incorrecta a nuestro juicio la postura de la Corte que entiende que la ley no distingue en tanto se refiere a un homicidio, el mismo como lo hemos dicho es un elemento normativo del tipo y como tal significa la muerte dolosa o para quienes tienen una mayor amplitud en la interpretación culposa, pero en ningún caso el intérprete puede darle una interpretación libre, pues le está vedado al ser un elemento normativo que en este caso requiere una valoración jurídica. La cuestión sería diferente si en vez de homicidio dijera muerte (elemento descriptivo), aunque a nuestro entender también sería necesario que la conducta sea dolosa o al menos culposa, ya que esto viene impuesto por la Constitución Nacional.

Pero también existe violación constitucional al principio de legalidad al sostenerse que el texto penal independiza el concepto de homicidio de los sujetos activos y pasivos del robo.[63]

Pese a ser reiterativos queremos recalcar que si bien hay que reconocer que la lectura gramatical de la figura nos permitiría una interpretación amplia - a diferencia del art.166 inc.1º, que la restringe las lesiones a las derivadas de las violencias ejercidas por el robo - como para dar cabida a diferentes tipos de situaciones. Ello está referido a que el homicidio puede resultar como consecuencia de un robo con violencia en las personas o fuerzas en las cosas, a eso se debe a la amplitud de la oración; pues de lo contrario, una rígida interpretación gramatical nos conduciría a un objetivismo extremo como ha ocurrido

[61] Citado por Tozzini, Op. Cit., p.290.
[62] Op. Cit. 836/7.
[63] Cf. Donna y Goerner, Op. Cit., p.837.

en España, el Reino Unido y también en nuestro país. Si sostenemos ello habría que penar al autor del robo como autor del delito del homicidio con motivo u ocasión de robo (art.165) si en el momento del robo, se cae una lámpara y mata a una persona o en la misma circunstancia una bala perdida mata a su compinche o si una de las víctimas del robo sale corriendo a buscar ayuda y se muere a consecuencia de caerse del ascensor.

En estos casos como bien lo dice Quintano Ripolles[64], la interpretación sistemática y la dogmática culpabilística deben prevalecer sobre cualquier tipo de interpretación gramatical y objetivista.

Por ultimo creemos -al igual que el Rodríguez Villar- que el art.165 describe una conducta delictiva destinada a un solo autor, y cuando intervine más de uno para determinar el grado de responsabilidad hay que recurrir a las normas generales sobre participación criminal (Libro primero, titulo 7º).

8. DISTINCION ENTRE EL ART.165 Y 80 INC.7º DEL CP.

-

Creemos que es atinada la postura del Dr. Alegre expresada en el caso "Ruiz y Ayala, Mario" fallado por la SCBA en el año 1940[65]; es aquí donde por primera vez se marca una diferencia tajante entre ambas figuras delictivas.

Su posición en líneas generales consistía en hacer una referencia histórica de los antecedentes del art.165, llegando a la conclusión de que interpretar esta norma conforme al Proyecto de 1891 es un error, ya que este proyecto corresponde a una orientación propia y peculiar que fue desechada por el legislador argentino. De esta forma -como expresa el Dr. Alegre- , con dicho Proyecto el legislador se aparta de su antecedente argentino (art.187 inc.1º, Cód.1886) y extranjero (art.425 inc.1º del Cód. Español de 1848, ref.1850).

Recordemos que el Proyecto de 1891 establecía una pena relativamente más benigna que el Código de 1886, ya que si bien mantenía la definición legal del delito, cambiaba el criterio en cuanto a la gravedad relativa de las penas, pues establecía una pena inferior al robo con homicidio (3 a 15 años) y una pena superior para el caso del homicidio simple (10 a 25 años). De lo cual se infería que el homicidio con motivo u ocasión de robo se trataba de un homicidio culposo o preterintencional., pues de los contrario se veía beneficiado en materia de penalidad quien cometía un homicidio simple con motivo u ocasión de robo del que cometía sólo un homicidio simple.

Por otra parte esta es la interpretación que se imponía de la propia exposición de motivos del Proyecto de 1891donde se decía: "El caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin duda alguna, el del número primero, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al

[64] Quintano Ripolles, Antonio., Tratado de la parte especial del derecho penal, dos volumenes, 2ºedición, puesta al día por Carlos García Valdés. Edit. Revista del derecho privado Madrid 1977, p.410/11.
[65] J.A. T.73, ps.65/70.

caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso de que el homicidio fuese un medio de consumar el robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse obtenido el resultado propuesto, pues, para estos casos, la disposición clara y terminante que introducimos en el número 4º del artículo 111, removiendo, así, toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a toda las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión . Si estas razones valen para el caso más grave, no hay porqué insistir en cuanto los otros dos"[66]

Pero en el año 1903 la ley de reformas N°4189 que seguía en líneas generales el proyecto de 1891, no sólo no legisló sobre este delito, sino que abrogó el art.187 del Código de 1886 que establecía dicho delito.

El Proyecto de 1906 estableció una penalidad idéntica (10 a 25 años) tanto para el homicidio simple (art.83) como para el homicidio con motivo u ocasión de robo (art.180).

Posteriormente el Proyecto de 1916 que se inspiró en el de 1906 repitió textualmente ambas disposiciones que mencionamos en el párrafo anterior, pero diminuyó en dos años el mínimo de la pena para el caso del homicidio simple.

Todo esto demuestra -como lo dice el Dr. Alegre- que el criterio de "accidentalidad" empleado por los proyectistas de 1891 fue desechado por nuestro legislador. Por lo menos como lo interpretan algunos autores en el sentido que lo entienden como sinónimo de un homicidio causal o involuntario. Ya que por otra parte como los sustentan otros autores (entre ellos Alegre) se debe interpretar el término "accidentalidad" simplemente como un hecho no previsto.

Sin embargo más allá de los diversos criterios que podemos encontrar en la doctrina en cuanto a la interpretación de este vocablo, lo cierto es que para que se dé el tipo legal del art.165 es necesario que el homicidio se produzca con motivo u ocasión de robo, pero además de este contexto es imperioso que el mismo sea doloso, pues ésto deviene impuesto de una interpretación sistemática de la ley y de la comparación de las escalas penales, pues de lo contrario como ya se vio conduciría a una desproporción total en materia de penalidades.

Esta línea interpretativa iniciada por Alegre es seguida por el Dr. Malbrán en la causa "Mitolo"[67] (de la CNCC de La Capital) donde sustentando una postura similar adhiere a un criterio intermedio en donde distingue dos soluciones: 1)si el homicidio es preordenado al robo y se comete como medio del evento de lucro corresponde aplicar el tipo del art.80 inc.7º. 2)si la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes del autor del robo, debe reprimirse conforme el art.165.

---

[66] Proyecto de Código Penal para la República Argentina de 1891, 2º edición, Bs. As. 1898, p.161.
[67] LL. t.50, ps.10 y ss.

Este criterio es compartido en la doctrina por Fontán Balestra quien al igual que nosotros desarrolla una interpretación sistemática.[68]

Esta postura parece ser apoyada por el Dr. Alberto Millán in re "Amarillo"[69] fallado por la CNCC de La Capital en el año 1959, sin embargo dos años mas tarde en el caso "Lavandaio"[70] el magistrado sostiene una postura abarcativa de todo tipo de homicidio en esta norma penal.

Resulta muy clarificadora la opinión del juez de 1º instancia, Dr. González Millán en el caso "Lara"[71], quien sigue una argumentación similar a la del Dr. Alegre agregando entre otras cosas que si hacemos un examen general del catálogo de penas que establece nuestro código, esto nos demuestra que en todos los casos en que el legislador ha creado figuras complejas ha tenido en cuenta las reglas del concurso material de delitos, véase como ejemplo el art.166 inc.1º con relación al monto resultante en caso de concurso real o el caso de violación con relación a la misma figura seguida de muerte que establece el art.124. Esto lo lleva a considerar al magistrado que en el caso del art.165 lo que el legislador ha querido es ampliar el mínimo de la pena con respecto al homicidio simple en dos años, ya que en lo que respecta al máximo la misma no puede superar los 25 años porque es divisible.

Por lo expuesto podemos concluir en este aspecto que el art.165 contempla el caso del homicidio doloso del art.79 únicamente, ya sea con dolo directo, indirecto o eventual; quedando el dolo directo solamente para el caso del art.80 inc.7º[72]. Por otra parte más allá del argumento de las escalas penales, en el caso de la inclusión del homicidio culposo tendríamos un obstáculo más, que es que la ley penal utiliza en todos los delitos culposos una terminología precisa, es decir algunos de estos términos: negligencia, imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo (arts. 84, 94, 177, 189, 196, 203, 223, 254, 255, 262 y 281 del C.P.).

Respecto del art.80 inc.7 no compartimos la opinión del Dr. Alegre como así también de gran parte de la doctrina de exigir que el homicidio tenga que ser cometido de forma reflexiva, premeditada, deliberada y resuelta de antemano; esto no es exigido por la ley, la misma sólo exige que se dé una relación subjetiva, es decir que el homicidio se cometa para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados, etc. En este aspecto es muy claro Nuñez[73] cuando expresa en su Tratado "No es necesaria, sin embargo, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano. La ley sólo exige que, en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o la malquerencia producida por el desengaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivo específicamente determinantes del homicidio. Esto no requiere, indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que puede producirse incluso de improviso en la ejecución del hecho mismo ... entre las tres formas hay una relación de más a menos: la preordenación ha sido premeditada si el designio de matar con el fin delictivo o

---

68 Tratado, Op. Cit. t.V, ps.548 y ss.
69 LL. t.98, ps.324 y ss.
70 LL. t.103-767.
71 JA. 1958 -II ps.51 y ss.
72 Cf. Donna y Goerner Op. Cit.,. p.834.
73 Tratado, Op. Cit., t.III ps.54/55.

de matar por despecho delictivo fue concebido de antemano fríamente y seriamente ejecutado. La preordenación ha sido reflexiva si antes o durante la ejecución del homicidio ha sido resuelta mediante una consideración detenida aunque no fría. La preordenación ha sido, finalmente, simplemente resuelta cuando el autor, sin deliberación alguna, se ha determinado a matar para o por uno de los motivos señalados en la ley".

Imaginemos el caso de que una persona va a asaltar un banco en el momento que está cerrado, pensando que no se encuentra nadie en el mismo, pero al llegar descubre que frente a la caja fuerte donde se halla el dinero está parado un custodio; frente a esta situación el sujeto decide matar a la persona para poder consumar el hecho, estamos en presencia de un homicidio "criminis causa"!!!, pese a no haber una acción reflexiva o resuelta de antemano[74]; por otra parte el disvalor de acción es el mismo si el hecho se hubiere resuelto un mes, un día o una hora antes o en el mismo momento del hecho, porque lo que importa en este caso es la relación subjetiva especifica que se produce.

Cabe agregar que en el caso del art.80 inc.7 se refiere a dos supuestos diferenciables, el primero al caso de conexión final que se da cuando se mata para preparar, facilitar o consumar otro delito, en este caso no es necesario que el otro delito tenga comienzo de ejecución. También el hecho puede estar consumado y cometerse el delito para asegurar los resultados o la impunidad. (aunque la hipótesis pueda darse en sentido inverso). En este caso el delito puede ser culposo, siendo imposible en caso contrario.

El caso de que el homicidio sea causalmente o impulsivamente conexo se da cuando se mata por no haber logrado el fin propuesto al intentar el otro delito. Este caso a diferencia del anterior requiere que se haya intentado otro hecho.

Recordemos que en el caso que el otro delito se consume o se intente va a concurrir realmente con el homicidio; pues en esta situación, a diferencia del art.165 no estamos en presencia de un delito complejo, sino de dos delitos independientes, el de robo y el de homicidio.[75]

Por lo tanto si bien adherimos a la postura sustentada por los Dres. Alegre, Malbran y F. Balestra entre otros, no compartimos el criterio de considerar como el eje de la distinción de ambos delitos a la premeditación, primero porque creemos que no siempre es necesaria para que se dé el tipo del art.80 y segundo porque si bien pensamos que en ambos delitos los homicidios son dolosos, en el caso del art.80 además del dolo directo se exige una especial relación subjetiva que es que el homicidio se cometa para o por alguno de los motivos que establece la norma; en cambio en el supuesto del art.165 lo que se exige es que la conducta homicida sea dolosa y que la misma se dé en el contexto del robo, es decir con motivo u ocasión de aquél, pero nunca en forma premeditada, sino en forma eventual, ocasional o simplemente no prevista, pero siempre dolosamente. De esta forma quedan atrapadas las demás conductas dolosas en el supuesto del art.165 con una penalidad menor.

---

[74] Obsérvese que incluso en el ejemplo que brindamos ha habido un comienzo de ejecución del robo, y no obstante es claro que existe homicidio "criminis causa", pues se mata para robar, pese ha no haberse resuelto de antemano al robo la acción homicida.

[75] Todo según la posición de Soler, Op. Cit, t.III, p.42 y ss.

Por ultimo deseamos aclarar ciertos argumentos que utiliza el Dr. Soler[76] y que a nuestro criterio son erróneos; el ilustre jurista entiende que el término "resultare" es característico de las figuras calificadas por el resultado y preterintencionales, esto lo deduce de figuras que él considera que son similares como por ejemplo los arts. 85 inc.2º (si el hecho fuere seguido de muerte), art.100 inc.3º (si se produjere la muerte), art.106 in fine (si ocurriese la muerte), art.186 inc.5º (si el hecho fuese causa inmediata de la muerte), art.191 (si resultare la muerte). Obsérvese que de todos los ejemplos dados por Soler sólo en el último se menciona el término "resultare"; lo que sí aparece mencionado en todos los casos es la palabra muerte, pero paradójicamente el art.165 es el único en que no encontramos esta palabra, sino la de homicidio; de lo cual se deduce que se está refiriendo a un homicidio doloso, pues cuando la ley se ha querido referir a un homicidio culposo o preterintencional ha utilizado diversos verbos con el término muerte o los términos negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia.[77].

En lo que estamos de acuerdo con Soler es en considerar que en la figura del art.165 la acción tanto objetiva como subjetivamente tiende al robo y no al homicidio, contrariamente a lo que ocurre en el caso del art.80, inc.7º. Pero de ello no se puede derivar como lo hace el insigne penalista que la única acción es la de robo, pues sino transformaría al delito complejo en un delito calificado por el resultado stricto sensu que sólo castigaría la ocurrencia de una muerte, lo cual como vimos en el punto 6 es violatorio al art.18 de la C.N., ya que no se respeta el principio de culpabilidad.

Por otro lado, del hecho de que la acción primigenia tienda al robo no se puede inferir que estemos en presencia de un robo agravado, pues aquí hay dos conductas y la que tiene un bien jurídico de mayor importancia es la de matar.

Como dijimos más arriba el hecho que este delito esté ubicado en el capítulo de los delitos contra la propiedad se puede deber a que se otorgó preeminencia para su clasificación a la acción primigenia o a razones de política criminal, pero de ninguna manera al bien jurídico primordial.

En el año 1993 la SCBA, dijo en el caso "Flores"[78] que en cuanto a la escala penal prevista en el art.165 la misma es razonable aún si la muerte es culposa, pues si por ejemplo se comete un robo con armas o en despoblado y en banda la escala es de 5 a 15 años y si es de automotor va de 9 a 20 años. Recordemos que el delito de robo de automotor fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación dado su irrazonablidad en materia punitiva y que actualmente se encuentra derogado. Por otra parte, y a pesar de que la Corte Provincial no explica que pasa con la desproporcionalidad que ocurre con otros tipos de robos como los del arts.164 o 167 en sus cuatro incisos (los cuales tienen un pena menor), es de notar que aún en el ejemplo que da el máximo tribunal es también desproporcionada la pena ya que de concursarse realmente estos delitos daría una escala de 5 a 21 años.

Por otra parte queremos aclarar que en el caso del art.165 el término resultare está denotando un amplitud mucho mayor que en el caso del art.166 inc.1º el cual habla de las violencias ejercidas para

---

[76] "In re" Agapito, JA., t.73 ps.17/18.

[78] Flores, Antonio, JA, III-1994, p.49.

cometer el robo, si se causare algunas de las lesiones previstas en los arts. 90 o 91 del C.P.; con lo cual en principio cualquier homicidio doloso cometido con motivo u ocasión de robo, ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas quedaría atrapado por el art.165 del C.P.(obviamente menos los del art.80 inc.7º). Sin embargo como lo hemos visto en el capítulo referente a los sujetos activos y pasivos (punto 8.1.4) ello no es tan así, ya que de su correcta interpretación junto a la de la autoría y participación criminal que trataremos en el punto 12 surge que existen casos en que no obstante haber un robo y en el mismo contexto temporal un homicidio el hecho no cabe encuadrarse conforme el art.165.

HOMICIDIO "CRIMINIS CAUSA" (ART.80 INC.7): PREORDENACION PREMEDITADA, REFLEXIVA O SIMPLEMENTE RESUELTA; DOLO DIRECTO.

HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASIÓN DE ROBO (ART.165): DOLO DIRECTO, INDIRECTO O EVENTUAL, HOMICIDIO EVENTUAL O NO PREVISTO, NUNCA PREMEDITADO.

9. AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL.

De acuerdo a las posibilidades que se pueden dar en este delito complejo podríamos dividirla en cuatro.[79]

Cabe aclarar que cuando nos referimos a los partícipes lo hacemos en el sentido estricto, es decir referido a los instigadores, cómplices primarios y secundarios.

La dificultad del análisis se nos presenta cuando por ejemplo una persona es autor o coautor del robo y luego partícipe del homicidio o viceversa; pues a título de que debe responder. Mas aún si su complicidad ya sea en el robo o en el homicidio es secundaria, la situación se complica por la graduación de la pena.

El problema surge porque a nuestro criterio no podemos definir la autoría o participación del complejo por la acción de apoderarse o la de matar sino que tenemos que considerar ambas, pues como venimos diciendo no es autor del complejo quien sólo lo es del robo.

Creemos que este delito se puede dar en los casos en que el autor o coautor del robo lo es a la vez del homicidio o en los casos en que existe una complicidad primaria o secundaria pero en ambos delitos y de igual grado. Todos los demás casos se deben resolver por las reglas del concurso real.

Supongamos que alguien que presta una ayuda necesaria para cometer un delito pero que no toma parte en la ejecución y luego mata dolosamente donde sus compinches están consumando el robo. O por ejemplo el caso de una persona que es cómplice secundario de un robo pues vigila la puerta de entrada

[79] Obviamente de acuerdo a nuestra postura no incluimos la posibilidad de que el autor o partícipe del robo no lo sea en el homicidio como lo hace parte de la jurisprudencia que pese a ello imputa el complejo.

y ante la llegada de la fuerza policial dispara por un instinto de conservación, pero dolosamente da muerte a uno de los policías. Otro caso similar a éste puede ser el del cómplice secundario que lo único que tiene que realizar es la huída con los ladrones en forma más rápida y que ante la orden de un policía para que se detenga lo pisa dándole muerte en forma dolosa. Este ejemplo se puede invertir y pensar que una persona es autor de un robo y luego en ese contexto participa como cómplice secundario del homicidio.

Respecto de la instigación es muy difícil sino imposible que se pueda brindar un ejemplo de alguien que instigue a ambos delitos en relación de motivo u ocasión, sin embargo se podría dar el caso de que alguien que es autor del robo luego se determine a matar a otro que comete un injusto o un delito.

Los ejemplos que estamos dando - algunos por cierto no muy frecuentes en la práctica - nos llevan a concluir de no es posible que se den en el complejo casos en que una persona es autor del robo y partícipe del homicidio o viceversa, o supuestos en que una persona sea cómplice primaria de una de las acciones del complejo y secundaria de la otra. Una razón de elemental lógica nos dice que no sabemos a título de qué responsabilizar al agente en estos casos.

Creemos que en estos supuestos habrá que concursar realmente ambos delitos y se responderá por ejemplo, por autor de robo y partícipe del homicidio en concurso real o viceversa, o como partícipe del robo y partícipe del homicidio en concurso real, caso este último menos frecuente[80].

Pensar de otra manera conduciría a cosas sin sentido pues en los ejemplos mencionados ¿sería autor o partícipe del complejo? ¿Qué es lo que lo determinaría? ¿El robo o el homicidio?. No debe confundirse con el hecho de que en este delito la acción primigenia conduce a robar porque ella no es la única acción que existe en el complejo, simplemente es la primera que pasa por la mente del reo. Es por ello que no podemos circunscribir todo el problema de autoría y participación al robo, pues aún cuando el Código Penal así lo estableciera expresamente - cosa que no lo hace - ello implicaría considerar al art.165 como un delito calificado por el resultado en sentido estricto pues bastaría que se realiza el robo como para imputar la muerte (salvo que se estableciera expresamente que la muerte debiera causarse dolosamente), cosa que no sólo malinterpreta el Código Penal sino también viola el principio de culpabilidad.

Por lo que venimos exponiendo pensamos que la llamada teoría del dominio del hecho nos brinda una adecuada solución en los supuestos de autoría, con lo cual en los casos que un sujeto sea autor directo del robo y del homicidio responderá por el complejo, en los casos de coautoría paralela en el robo y luego del cual se mata sin plan previo cada uno responderá por lo que hizo. En el caso del autor mediato difícilmente se le podrá imputar el complejo por lo que sólo responderá por el robo ya que el homicidio deviene ocasional, salvo que se pueda comprobar que la muerte sea consecuencia de la negligencia del autor mediato en mandar a un sujeto con una potencialidad suficiente como para poder matar[81]; en cuyo caso responderá por ambos delitos en concurso real (ya que el homicidio es culposo).

---

[80] Dentro de este grupo encontramos los casos de los cómplices primarios y secundarios que lo resolvemos de la siguiente manera; si se es cómplice primario o secundario de ambas conductas se responde por el complejo pero con la disminución del art.46 en caso de complicidad secundaria; pero si la complicidad se da en una acción como primaria y en la otra como secundaria rige en este caso el concurso real de delitos.

[81] Cf. Fernández, Algunas consideraciones... Op. Cit., p.948

Cabe agregar que en los casos de coautoría funcional cada uno responde por su intervención en el plan y si los mismos planearon el robo sólo responderán por el mismo, único hecho que dominaban funcionalmente, sin perjuicio de que si algunos de los coautores funcionales luego mata dolosamente responda por el complejo.

Queremos aclarar que el caso del partícipe y del coautor funcional hay que verlo en el caso concreto, pues el "campana en algunos casos puede ser coautor y en otros partícipe secundario; con lo cual si la labor del "campana" en la ejecución del hecho fue primordial, y luego realizó un homicidio doloso responderá por el complejo pero si sólo facilitó la consumación del hecho y luego mata responderá por el delito de robo en grado de partícipe secundario y por el delito de homicidio en concurso real. Lógicamente que si el "campana" no mata ni tiene ninguna participación tenga o no el dominio del hecho nunca podrá responder por la muerte.

Creemos que no es un problema de comunicabilidad o no de las circunstancias agravantes, porque en este caso lo que se trata de imputar es un conducta que no se hizo. pues como dice Bettiol "...en el delito complejo las **acciones** son tantas cuantas son las tipicidades que se funden en la tipicidad legal que prevé el nuevo delito o califica una agravante..."[82]

Queremos agregar que el caso del que comete robo y no toma parte en la ejecución de la muerte no se le puede imputar el complejo a título de culpa ya que además de la crítica que le hicimos a la inclusión dentro del complejo de los homicidios culposos, no puede haber participación culposa en delito doloso pues sólo es posible la dolosa en delito doloso.

Pero en el caso de que una banda que en un banco mata a cuatro personas y luego la misma huye en un automóvil que maneja un chofer que lo está esperando para la huída, éste no puede responder por el delito complejo, aunque sea partícipe primario o coautor del robo, pues no aportó nada para que se produzca la muerte. Rige en este caso el art.47.

Opinamos que estamos ante un tema muy vidrioso y poco tratado por la doctrina argentina o al menos de manera superficial. Por otra parte la misma no se pone de acuerdo, ni siquiera en puntos mínimos. Es así que por ejemplo Nuñez consideraba que la participación en general (comprendiendo tanto la autoría, coautoría, complicidad, etc.) se debía buscar en referencia al acto del apoderamiento. Esto creemos que es un error del maestro cordobés, puesto que de ello hace derivar que cualquier muerte ocurrida con motivo u ocasión de robo se pueda imputar al que sólo participó (en sentido amplio) en el robo, pensamos que esta referencia implica atribuir una responsabilidad netamente objetiva en nuestro derecho penal. El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo no es un robo agravado por el resultado muerte sino un delito complejo que se caracteriza porque el autor del mismo realiza las dos acciones típicas en forma tal que del robo ocurra un homicidio con motivo u ocasión. Por lo que del hecho de que esté ubicado en el capítulo de los delitos contra la propiedad o de que la acción primigenia sea la de robar no se puede inferir que la única

[82] Cito a través de Scime, Salvador Francisco, ¿Es factible la tentativa en el homicidio con motivo u ocasión de robo?, L. Ley 1994-A, p.352.

acción en este delito sea la de apoderarse pues ello implicaría interpretarlo como un delito calificado por el resultado en sentido estricto lo cual resulta repugnante a nuestra Constitución Nacional y Pactos Internacionales.

Autores como Fernández, Donna, Goerner, Tozzini y Creus han pregonado interpretaciones más garantistas que hemos expuesto más arriba entendiendo en general salvo éste último que la imputación del homicidio debía ser dolosa y que tanto los autores como los coautores y partícipes sólo responden en la medida de sus propios hechos en el atentado contra la vida.

Párrafo aparte merece el tratamiento del tema por parte de nuestra jurisprudencia donde se sostuvieron todo tipo de argumentos como por ejemplo que bastaba que objetivamente ocurra el homicidio con motivo u ocasión de robo (CSN, 1941, Gómez Primo ; SCT, 1942, Cisterna) o siguiendo el criterio de Nuñez que para aplicarse las reglas de participación debía estarse conforme al robo (CNCC, 1959, Amarillo), también se ha sostenido que el que emplea armas de fuego asiente a todas sus consecuencias (CNCC, 1971, Langoni) pues así lo indica la lógica y la experiencia (TSC, Torres, 1972) lo cual no resiste el menor análisis científico, ya que esta posición reduce todo a la simple experiencia de las percepción judicial al mejor estilo lombrosiano. También se ha llegado a decir que como el tema de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes sólo rige para el caso de los cómplices (CNCC, sala II, 1991, Ponce), si se comete un homicidio con motivo u ocasión de robo los cómplices del robo sólo responderán por el mismo y los autores y coautores responderán también por el homicidio cometido por un “compinche”; lo cual pese a compartir o no la interpretación del art.47 viola el principio de culpabilidad abiertamente, pues del hecho de que no se pueda aplicar dicha norma a los autores o coautores no se puede deducir que en el caso del delito complejo se aplique con el solo fundamento dogmático de que la comunicabilidad de las circunstancias agravantes sólo rige para el supuesto de complicidad, pues si el autor o coautor del robo no tuvo la menor responsabilidad en la muerte que se produce con motivo u ocasión del mismo, como le podemos imputar esa muerte ¿Mediante la aplicación del viejo principio romano del versari?

Posiciones más garantistas y respetuosas del principio de culpabilidad encontramos en jurisprudencia que ha sostenido que los coimputados tienen que haber tenido “in mente” el hecho o al menos previsto (SCT., 1980, Aguilera) o en el caso en que se resolvió que la participación en el robo no implica una prueba indubitable del asentimiento de cualquier violencia como para aplicar el art.165 (CFed. La Plata, 1990, Ríos).

Tampoco ha sido muy clarificadora la jurisprudencia de nuestra Corte Provincial, en especial en los últimos años y sobre todo a partir del caso “Galvan” (1987) en donde se condenó por el complejo al “compinche” del robo de quien fuera muerto por un agente policial, criterio que sostiene hoy en día la mayoría de la Corte con la sola disidencia del Dr. Rodríguez Villar[83] y que significa establecer sobre todo en estos casos una responsabilidad objetiva en el derecho penal argentino. Pareciera diferente la situación cuando la Corte castiga por el art.165 los resultados culposos en los cuales pensamos que lo que existe es una pena desproporcionada respecto de las escalas penales como lo hemos dicho más arriba; pero no deja

de ser un caso de responsabilidad objetiva también; aunque la Corte entienda que no existe desproporción en las escalas penales cuando se comete un robo con armas o realizarlo en despoblado y en banda o en el caso del robo automotor y un homicidio culposo.

No obstante la Corte omite en su análisis la inclusión del robo simple que concursado con el homicidio culposo daría una pena mínima de 6 meses y una máxima de 9 años, lo cual es absolutamente desproporcionado en relación a la escala del complejo.

Opinamos que también hay una desproporción manifiesta en los casos de robo con armas o en despoblado y en banda, pues de existir un concurso real entre éstos y el homicidio culposo la pena mínima sería de 5 años y la máxima de 18 años lo cual también es desproporcionado.

Por ultimo, el caso del robo automotor que cometido con armas llega a una escala de 9 a 20 años podría ser más razonable, pero la Corte Suprema de la Nación lo ha declarado inconstitucional justamente por su irrazonabilidad en materia punitiva[84]. Posteriormente fue derogado por la ley 24.721.

Más profundo y fecundo ha sido el análisis en la doctrina y jurisprudencia española donde Antón Oneca y Rodríguez Muñoz ya se preguntaban porque la jurisprudencia no aplicaba el complejo respecto a los cómplices pero si a los coautores del robo y más en la actualidad Vives resolvió correctamente la cuestión sosteniendo que el partícipe (en sentido amplio) sólo puede responder por su propia culpabilidad, imputarle un homicidio doloso a quien no ha querido matar importa caer en un "versarismo".[85]

Otro tema que queremos remarcar es que la muerte de los autores o partícipes del robo puede ser justificada o no.

En el caso de que la misma no esté justificada sólo responderá por el complejo el que ha matado dolosamente y obviamente sea autor del robo. En el caso de la muerte justificada ya sea por un tercero o el paciente del robo, los autores del apoderamiento no responderán por la misma.

Sólo de esta forma se puede respetar el principio de culpabilidad.

Finalmente queremos comentar que el Tribunal Supremo de Córdoba, en un caso que se trataba de la muerte de uno de los coautores del robo en manos de la víctima del mismo, en donde la Cámara se había hecho eco de la **teoría de la imputación objetiva** diciendo que la muerte fue producida como consecuencia de una situación de riesgo creada por el apoderamiento ilegitimo que realizó Moyano, resolvió -pensamos que correctamente- que en este caso no era viable aplicar dicha teoría ya que existía en esta situación una conducta permitida por el derecho realizada en su propia defensa, pues la víctima de la sustracción había matado justificadamente a uno de los coautores del robo.[86]

Como hemos visto el análisis de este capitulo ha sido muy denso y problemático, ello es debido a que para la adecuada interpretación de la norma convergen distintos temas como la delimitación correcta en cuanto a los sujetos activos y pasivos de este delito, la indivisibilidad del mismo, la naturaleza

[84] JA, 1989-IV, ps.164 y ss. In re "Martínez José" con nota de Francisco D'Albora.
[85] Mas datos se pueden obtener en Martínez González, Op. Cit., ps.203/10.
[86] T.S.J., Sala Penal, Sent. nº15, 15/6/93. Causa: "Moyano, Carlos Eduardo". L.L.C., t.1993, fallo Nº1418, ps. 814/16.

del delito, la interpretación de los arts.47 y 48, el reciente problema de la introducción de la teoría de la imputación objetiva, el problema de la atribución de una responsabilidad objetiva y el principio rector de culpabilidad.

De acuerdo a nuestra hermeneútica consideramos que el complejo se da en los siguientes casos:

1)Cuando se es autor/coautor del robo y autor/coautor del homicidio

2)Cuando se es partícipe del robo y partícipe del homicidio, pero con la exclusión de los casos de complicidad en los cuales se da que en el mismo complejo existe una complicidad primaria y otra secundaria, no así los casos en que son de igual grado que sí quedan incluidas en el complejo.

De la adecuada interpretación sistemática -que hemos intentado líneas atrás- de todos estos temas puede surgir una interpretación correcta que teniendo como base rectora el principio de culpabilidad y proporcionalidad y razonabilidad de las penas pueda dar una justa solución a un problema que pareciera no encontrarla nunca.

Claro que nuestra postura tiene puntos flacos pero ello quizás se deba a la redacción de la norma. Nos gusta más la idea de que únicamente se pueda configurar el complejo cuando se es autor o coautor de ambas acciones, pero en nuestro afán no podemos desobedecer el mandato de otras normas penales como lo son las contenidas en las reglas de participación criminal.

Una cosa que no debemos olvidar es que el dolo es de carácter personal, de forma tal que si alguien ha matado con motivo u ocasión de robo en forma dolosa no extiende la responsabilidad a los demás.

Esperemos que este intento halla sido al menos un aporte para una futura discusión en la doctrina y jurisprudencia argentina.

10.TENTATIVA

En este tema existen dos posturas en la doctrina y jurisprudencia argentina que pasaremos a detallar:

10.1. CRITERIO DE LA ADMISION DE LA TENTATIVA.

Ya en el año 1948 Mario Mallo[87] se expresaba a favor de la tentativa del complejo con una penalidad de 5 a 16 años y 8 meses. Pero no daba ningún tipo de fundamento.

Sin embargo, es en el año 1991 donde se retoma esta postura en la opinión de la SCBA[88], criterio que es mantenido en sucesivos fallos -al menos por la mayoría- hasta la actualidad.[89]

[87]Op. Cit. t.III, p.59.
[88] SCBA, causa nº 37.818, 15-10-91, "E., J. M. y otros."

Los argumentos que utiliza la Corte son los siguientes:

1-que estamos en presencia de un delito contra la propiedad, más específicamente un robo calificado.

2- la Corte tiene un criterio amplio en cuanto a la admisión de todo tipo de homicidio .

3-también entiende que no existe razón para no aplicar el art. 42 del código penal a la llamada parte especial, ya que los tipos de la parte especial sólo describen conductas consumadas.

4-al mismo tiempo hace excepción al término homicidio por considerarlo un elemento normativo del tipo y por lo cual el mismo debe consumarse para que se dé la figura, cosa que no ocurre con el robo que es la acción descripta por el tipo penal.

Todo esto le da pie a la mayoría de la Corte para sostener que es jurídicamente imposible declarar consumado un acto meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado un elemento normativo de la figura y no la acción descripta. Sin embargo se le presenta el problema que de acuerdo a este criterio cuando ocurre con motivo u ocasión de una tentativa de robo un homicidio simple (art.79), la penalidad resulta inferior a la del homicidio simple solamente. Este desconcierto en materia punitiva es solucionado por la Corte concursando idealmente el art. 79 con el art. 165; solución que como expresa Creus[90] es dogmáticamente incorrecta puesto que si la ocasión y el motivo para castigar el resultado ya se dan en el proceso ejecutivo del robo (sin que se requiera su consumación) es evidente que la ley no quiere punir en los términos de la tentativa dicha ocasión o motivo. Piénsese en el caso de que se pretendiera calificar al apoderamiento con armas de una cosa como robo con armas en concurso ideal con robo(arts. 164, 166 inc. 2 y 54 del CP). Aquí lo que existe es un concurso aparente.

Cabe acotar que dentro de la misma Corte el Dr. Rodríguez Villar no comparte este criterio porque entiende que el bien jurídico al que se otorga prevalencia en este tipo penal es la vida, por lo que si el homicidio se ha consumado es indiferente que el robo haya quedado en grado de tentativa a los efectos del perfeccionamiento de la figura.

10.2.CRITERIO DE LA INADMISIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

Este criterio -contrariamente al anterior- no admite la posibilidad de tentativa en el complejo y pregona que en caso de que el homicidio se consume, independientemente de lo que ocurra con el robo, el hecho queda consumado. Obviamente tiene que haber al menos un principio de ejecución en el robo.

---

[89] Pozzán, Sergio, La Ley 1993-E-154; Villalba, Carlos, La Ley 1993-E-158, ambos con nota de Carlos Creus; Bazan, Mario, La Ley 1994-A-347 con nota de Francisco Salvador Scime; Flores, Antonio, JA-III-49; Guardia, Hugo C., JA-1997-II-498.

[90] Creus, Carlos, Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires... Op. Cit., p.155.

Ya en el año 1940 la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso Ruiz y Ayala, en un voto del Dr. Alegre entendió que no era necesario la consumación del robo para que se produzca el complejo, posteriormente la Cámara Nacional Criminal y Correccional "in re" Amarillo del año 1959 se expidió en sentido coincidente; criterio que mantiene en la actualidad la sala I en autos "Campos, Néstor U." del año 1991. Tanto el Tribunal Superior de Córdoba como el de Chubut y más actualmente el de Río Negro han adoptado el mismo criterio. También en un fallo del año 1995 de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal "in re" Guardia siguió esta postura.

En doctrina comparten esta posición la mayoría de los autores.[91].

Creus[92] y Scime[93] quienes se ocuparon específicamente en sus trabajos sobre el tema, adhieren a esta posición pero por razones diferentes. El primero de ellos entiende que en el supuesto del art.165 la ley desconoce la posibilidad de tentativa en cuanto requiere la ocurrencia del resultado muerte como homicidio, por otra parte -dice el autor- no es el único caso en que la ley excepciona implícitamente la extensión modal de la tentativa. Por otro lado Scime (con cita de Jeschek) opina que el homicidio no es un elemento normativo del tipo y que la concreción o consumación del mismo no requiere que el robo se haya consumado, pues lo único que exige el tipo conforme a su estructura jurídica y gramatical es la consumación del homicidio.

Cabe agregar que en el derecho español -fuente directa de nuestro art.165- no existía problema alguno ya que el art.512 del C.P. (hasta su derogación en el año 1995) declaraba consumado este delito cuando se producía el resultado lesivo para la vida, aunque no se haya perfeccionado el robo[94]. Esto constituía - a decir de Rodríguez Devesa- una excepción a las normas generales sobre consumación de delitos complejos, ya que si no existiera la norma en cuestión, necesitaría para producirse el delito la consumación de cada uno de los elementos que lo integran.[95]

10.3. OPINION PERSONAL: ¿UNA TERCERA POSIBILIDAD?

No compartimos la postura de la SCBA por varias razones:

---

[91] Podemos citar entre otros a Nuñez, Delitos contra la propiedad, Op. Cit., p.218; Chiappini, Op. Cit., p.675; Ocampo, Op. Cit, p.404; Tozzini, Op. Cit., p.291; Breglia Arias y Gauna, Op. Cit., p.557; Estrella, Estrella, Oscar Alberto, Godoy Lemos, Roberto, Código Penal Parte Especial, Edit. Hammurabi, Bs. As.1996, t.II, p.389.

[92] Op.cit. ps. 153/57.

[93] Op.cit. ps. 347/54.

[94] Esta solución brindada por imperativo legal era aceptada por la generalidad de la doctrina española como por ejemplo T.S. Vives, Muñoz Conde y Cuello Calón. En contra Juan Bustos Ramírez opinaba que el precepto ampliaba notablemente la punibilidad mas halla de lo deseable en un Estado de derecho, por razones preventivo-generales, Manual de derecho penal parte especial, 1ºedición, Edit. Ariel, Barcelona 1986, p.211.

[95] Rodríguez Devesa, José María Derecho Penal Español Parte Especial, 9ºedición Inpresiones en Artes Graficas Carasa, Madrid, 1983, p.422. Es curiosa la opinión de Martínez González que sostiene que si ambos delitos quedan en grado de tentativa y existe una relación típica de conexión entre ambos, se da el complejo en grado de tentativa, Op. Cit. ps.212/13.

1º Porque el hecho que entienda que el homicidio es un elemento normativo del tipo[96], no puede derivar en que la acción descripta sea una sola (la de apoderarse), porque el robo es tan elemento normativo como éste ultimo, ya que en ambos casos no basta para su comprensión su simple acepción gramatical, pues ninguno de los dos expresan una realidad naturalística aprehensible a los sentidos, sino que aluden a una realidad determinada en este caso por una norma jurídica.[97] Por lo que en este supuesto la acción descripta es doble: por un lado la de apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena con fuerza en las cosas o violencia en las personas y por el otro la de matar ilegítimamente a otro ser humano. El hecho que la acción primigenia sea la de apoderarse no se puede derivar en que sea la única y que se describa -como pareciera creer la Corte Provincial- un delito calificado por el resultado, en el cual lo único que importa es la producción dolosa del robo. En este caso no estamos frente a una situación similar al robo por uso de armas o por que es en banda, ni tampoco frente a un robo que se agrava por la muerte de una persona con motivo u ocasión de él. No estamos frente a un robo agravado sino a un delito complejo en el cual el bien jurídico vida es prevalente sobre el bien jurídico propiedad.

2º Otra inconsecuencia de la Corte -como ya hemos hecho referencia- es el problema que se le origina en materia de penalidades, pues de acuerdo a esta postura quien comete un homicidio simple con motivo u ocasión de una tentativa de robo se ve beneficiado con una escala menor de quien comete un homicidio simple. Esto lo trata de solucionar -incorrectamente a nuestro entender- aplicando las reglas de concurso ideal a los arts.165 y 79.

3ºPor último, es una regla general que en los delitos complejos se tienen que consumar ambas conductas para que se produzca, salvo que una disposición legal disponga expresamente lo contrario (como ocurría en el derecho español).

Pensamos que es mucho más fundada la postura de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que conciben que en caso de que el homicidio se consume y el robo quede en grado de tentativa el complejo se da igual.

Sin embargo es posible delinear un tercera interpretación -a nuestro criterio más justa que las impuestas anteriormente-, que es la de exigir la consumación tanto del robo como del homicidio para que se pueda dar el delito complejo, aunque somos conscientes de no encontrar doctrina y jurisprudencia en que nos podamos apoyar al respecto.

Esto se debe a las siguientes razones:

1)Dentro de las interpretaciones posibles, ésta es la más favorable para el imputado.

2)Una interpretación teleológica nos indica que si la ley hubiese querido punir la tentativa del complejo, lo hubiese previsto

[96] Según Jescheck son premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de la norma, se incluyen aquí los conceptos jurídicos propios, lo conceptos referidos al valor y los conceptos referidos a sentido; Op. Cit., p. 244.
[97] Cf. Mir Puig, Op. Cit, ps.224/25.

expresamente, ya que en este caso no nos sirve la regla general del art.42, pues no sabemos si penar como tentativa del complejo al caso en que se tentó el robo y se consumó el homicidio, o al que se tentó el homicidio y se consumó el robo, o al que se tentaron ambos; hubiese sido necesario que la ley lo aclare -como sí lo hacía el Código Penal Español- ya que la tentativa descripta en la parte general no está prevista para un delito complejo, ya que como sabemos en el delito complejo son varios los tipos penales que se funden en uno solo, pero que individualmente conservan sus características propias; en el fondo, como bien dice Bacigalupo, el delito complejo no es otra cosa que una forma técnicamente defectuosa de regular un concurso de delitos, pero que por su particular estructura no admite la tentativa.[98]

3)Por otra parte interpretarlo en forma diferente implicaría adelantar el momento consumativo del delito, sin que exista una norma especifica que lo disponga (art.512 C.P.E.), sino simplemente una solución dogmática muy discutible, que pretende resolver una cuestión engorrosa, sin respetar las reglas generales en materia de tentativa.

4)Por último, en materia de penalidades existe una desproporcionalidad manifiesta en la postura que admite la tentativa del complejo (que algunas veces la jurisprudencia utiliza para paliar la desproporción punitiva que ocurre cuando al ladrón que se le imputa el complejo no tuvo ninguna participación en el homicidio o se le reprocha el mismo a titulo culposo), en especial cuando el homicidio es doloso[99], por lo que creemos que si exigimos la consumación tanto del robo como del homicidio le otorgamos mayor racionalidad y proporcionalidad al sistema punitivo, pues de acuerdo a nuestra posición la escala penal sería de 10 a 25 años en caso de que se consumen tanto el robo como el homicidio y de 8 a 25 años cuando se consume el homicidio y el robo quede en grado de tentativa[100] como consecuencia de la aplicación de las normas del concurso real; de esta forma le otorgamos mayor coherencia en lo que hace a la gravedad relativa de las penas, pues en este sentido le otorgamos la razón a la Corte Provincial al decir que de acuerdo a la posición contraria se estaría declarando consumado un hecho meramente tentado. Pero lo que no compartimos con la Corte es en aplicar la tentativa a todo el complejo, pues de esta forma se vería favorecido quien comete un homicidio simple con motivo u ocasión de una tentativa de robo de quien sólo comete un homicidio

[98] Bacigalupo, Op. Cit., p.220.

[99] Único homicidio que admitimos dentro del complejo; contrariamente a lo que opina gran parte de la doctrina y jurisprudencia que incluyen los culposos y preterintencionales

[100] No mencionamos el caso inverso, es decir cuando el robo se consuma y el homicidio queda en grado de tentativa pues en esta hipótesis no existe la menor duda -ni siquiera en la doctrina y jurisprudencia con una interpretación amplia- de que no hay complejo.

simple, y además porque desconoce la regla general de que en los delitos complejos no se puede admitir la tentativa.

Por todo lo expuesto creemos que nuestra postura es la más justa. En relación con la posición que admite la tentativa es evidente que más allá de todos los reproches dogmáticos, la desproporción en la pena la hace totalmente insostenible; y en relación a la segunda posición -que la consideramos mucho más coherente que la anterior-, que no explica cómo se puede entender que el complejo se consuma cuando una de sus acciones descriptas quedó en grado de tentativa, ofrecemos la ventaja de establecer una diferencia en materia punitiva según el robo se haya consumado o no..

Claro que somos conscientes de que se nos puede cuestionar que al exigir la consumación de ambas conductas perdería sentido la aplicación de la figura circunscribiéndola a un mero concurso de delitos. Ello no es así ya que la penalidad es más severa que la que resulta de un concurso real entre el robo y el homicidio, claro que ello sólo se debe a razones preventivo-generales. Por otra parte, en un tipo penal tan ambiguo e impreciso, es sensato tratar de buscar la interpretación más favorable para el imputado, mientras no exista una derogación del mismo.

11.PENALIDAD.

Salvo el período en que estuvo vigente la ley 21338 (1976/1984) en que se castigaba con reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 el complejo siempre mantuvo la penalidad de 10 a 25 años de prisión o reclusión lo cual visto desde las llamadas “teorías de la pena” y considerando la interpretación más garantista posible (es decir incluyendo en el complejo sólo el homicidio doloso) llegamos a la conclusión de que el mayor agravamiento de 2 años en el mínimo se debe exclusivamente a razones de prevención general negativa, lo cual no compartimos pues pregonamos que el derecho penal sólo debe intervenir en la forma menos dañosa posible, en forma subsidiaria y proporcional, es por eso que nos enrolamos en una prevención general positiva limitadora del ius puniendi estatal.

Si bien lo anterior es en cierto modo “tolerable”, no se concibe por ejemplo que en caso de un homicidio culposo (6 meses a 3 años) cometido con motivo u ocasión de un robo simple (1 mes a 6 años) sea castigado con la pena de 10 a 25 años cuando en un concurso real entre ambas figuras nos da un mínimo de 6 meses y un máximo de 9 años. Interpretar la norma de este modo implica una desproporcionalidad e irrazonabilidad inusitada en un sistema penal respetuoso de las garantías constitucionales.

Esta inflación punitiva quizás se deba a la ineficacia de los órganos estatales en la realidad cotidiana, lo cual es volcado por el legislador al Código Penal, como en el caso de la ley 21338 en donde se estableció para el complejo la pena de prisión o reclusión perpetua, pudiendo aplicarse incluso la reclusión por tiempo indeterminado, ésto era agravado por parte de cierta jurisprudencia que incluía en la norma el homicidio culposo y el preterintencional.

La pregunta que nos hacemos es si debemos resignar garantías y derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Pactos Internacionales como por ejemplo la razonabilidad en materia punitiva o el principio de culpabilidad, para la adecuada represión de estos delitos. ¿La represión mayor y desproporcionada nos asegura que este tipo de delitos disminuirá?

Obviamente que la experiencia nos demuestra lo contrario. Y por otra parte si la ineficacia en los órganos policiales, judiciales y legislativos la pagamos resignando garantías individuales quizás el día de mañana cualquiera de nosotros probablemente se encontrará imputado por la comisión de este delito.

Un solución que al menos aportaría algo, es explicitar en la ley que se refiere a un homicidio doloso, o como lo hizo la ley española que reformó el Cód. Penal en el año 1983, establecer penas diferentes cuando se trata de un homicidio doloso y uno culposo[101], aunque finalmente el legislador español con buen tino decidió derogar la centenaria figura compleja en el año 1995.

12.EL PLANTEAMIENTO DE SU INCOSTITUCIONALIDAD: .¿INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA O ARBIETRARIEDAD EN SU INTERPRETACION?

Hay quienes sostienen que el art.165 es inconstitucional como el Dr. Daniel Adler[102] quien manifiesta que esta norma es violatoria a los arts.14, 18, 28, 33 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional, en especial a los principios de legalidad, razonabilidad de las penas y culpabilidad.

El Dr. Adler entiende que el art.165 se ha convertido en un cajón de sastre donde van a parar cuantas muertes directa, indirecta o causalmente vinculadas con un robo se han producido, lo cual es gravado por los grandes esfuerzos dogmáticos para desentrañar los alcances de esta norma, que lleva a sanciones de la gravedad del art.165. Es hora de comenzar a sospechar sobre la legitimidad constitucional de la misma pues para casos en los cuales el homicidio es culposo o se le carga la muerte al compinche del homicida prevé una pena irrazonable y consagra un supuesto de responsabilidad objetiva.

Sigue diciendo el mencionado autor que el art.5 inc.6º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, lo cual es contradictorio con el art.165 que pena en forma excesiva a tal delito en especial cuando la tipicidad del homicidio es culposa, con lo cual es irrazonable la pena.

Pero lo central de esta postura - creemos - está en que el autor considera que la norma es también inconstitucional aún para los casos en que el homicidio sea doloso, pues la seguridad jurídica no puede depender sólo del criterio interpretativo de los jueces y la doctrina, máxime en normas con semejante pena. Con motivo u ocasión de robo han respondido penalmente los partícipes por la muerte de sus

[101] Aunque como lo explica Bacigalupo también originaba desproporciones en relación a la normativa del Código Español en referencia a las 4 incisos del art.501 entre si y el resto del Código. Op. Cit., p.251.

[102]Posición que sostiene en un trabajo inédito de investigación de la UNMDP.

compinches en manos de la policía o los partícipes como coautores o los ejecutores de hechos culposos con penas propias de tipos culposos, lo cual no es admisible y razonable a la luz del principio de legalidad, razonabilidad de las leyes y de culpabilidad.

Por lo que concluye el autor que la falta de precisión típica, la ambigüedad semántica y falta de certeza legal resultan violaciones concretas al principio de legalidad por lo que debe declararse la inconstitucionalidad del art.165 del C.P.

Cabe acotar que en lo referente a la tipicidad culposa, el autor también puntualiza la violación al principio de culpabilidad y la atribución de una responsabilidad objetiva.

Dentro de esta posición merece un comentario aparte la postura de la Corte Suprema de la Nación en especial en la causa "Martínez"[103] y "Gómez"[104] donde se declaró la inconstitucionalidad del art.38 del decreto-ley N°6582/58 de automotores.

Los fundamentos de la mayoría del Tribunal Supremo fueron en síntesis los siguientes:

1- Que según la exposición de motivos de este decreto el objetivo perseguido por la norma era otorgar una especial protección a los vehículos automotores, dado que poseían un valor económico de importancia.

2- Que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

3- Que si bien no parece objetable "prima facie" que el legislador contemple el mayor valor económico de los bienes a los fines de otorgarle una protección especial, sí lo es el de haber circunscripto ese trato preferencial al caso de los automóviles, excluyéndose irrazonable y arbitrariamente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que poseen igual y aun mayor valor económico que aquéllos.

4- Que por otra parte la garantía de igualdad no exige del legislador una "simetría abstracta" ni tampoco una perfección matemática.

5- Que la norma en cuestión ha tenido como resultado que el acusado se le haya aplicado una sanción penal que parte de una mínima que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre los demás objetos muebles, sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple, debiéndose tomar en cuenta la jerarquía del bien jurídico protegido en este último caso, ya que la vida humana constituye una condición necesaria para el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y las leyes.

6- Tales circunstancias ponen en relieve un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts.28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado.

[103] JA, 1989-IV, ps.164 y ss. con nota de Francisco D'Albora.
[104] JA, 1989-IV, ps.170 y ss. con nota de Francisco D'Albora.

La minoría de la Corte Suprema sostuvo:

1- Que según el mensaje de elevación del art.38 del decreto-ley 6582/58 para elevar la escala penal de la figuras previstas en el Código, se tuvieron en cuenta la movilidad propia de estos vehículos y el elevado valor económico que representaban buscándose revertir el incremento en las sustracciones que se efectuaban.

2- Que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una acto de suma gravedad institucional ya que las leyes gozan en principio de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Únicamente cuando la repugnancia de la norma sea manifiesta, clara e indudable será pasible de la declaración de inconstitucionalidad.

3- Resulta propio del poder legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, de tal suerte que el único juicio que le corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

4- Que no se observa que la norma en cuestión lesione el principio de legalidad, ya que en ella se ha dado cumplimiento a la exigencia de “ley anterior” del art.18, al estar precisados los hechos punibles y las penas a aplicar.

5- Debe desestimarse el planteo referente a la conculcación de los principios de humanidad y personalidad de la pena pues no se establece que el art.38 del mencionado decreto establezca pena de tormento, azotes u otros sufrimientos derivados de su aplicación (Pensamos que esta interpretación de los principio de la humanidad y personalidad de las penas es demasiado escueta).

6- La norma no viola la garantía de igualdad pues ella no puede reconocerse en una forma rígida y absoluta, sino la igualdad para casos idénticos que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en idénticas circunstancias, pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, que es lo que ocurre en el caso en cuestión pues la norma sólo establece una distinción objetiva referente a hechos y no a personas.

7- Que la mayor incriminación penal del robo de automotores reposa no sólo en el elevado valor económico de esos bienes y su movilidad sino en la mayor necesidad de prevención y en la especial circunstancia de desprotección en que se encuentran los automóviles.

8- El juicio de razonabilidad de las penas no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los delitos distintos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener como resultado de tal comparación la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes, pero de ningún modo cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad.

9- Que resulta claro que la única interpretación posible es la que el Tribunal ha buscado hacer derivando la razonabilidad de la ley penal de conformidad con las normas de mayor jerarquía constitucional que la fundan y limitan; la proporcionalidad de las penas no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige una mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho.

10- Que debe destacarse que el apelante intenta comparar una figura agravada con una figura simple, y no el robo de automotor con armas con el homicidio agravado, que prevé como única la superior sanción de reclusión o prisión perpetua (art.80 C.P.).

Dos años más tarde el mismo Tribunal con otra integración en la causa "Pupelis" se expidió por la constitucionalidad del art.38 del decreto-ley 6582/58 con fundamentos similares a los desarrollados anteriormente en el voto de la minoría.

No vamos a hacer un análisis específico del fallo, ya que ello se ha hecho seguramente en mejor forma por las notas publicadas por los Dres. D'Albora y Spolansky. Sin embargo hemos creído útil extractar los argumentos del más alto tribunal del país en materia de constitucionalidad, en un tema de cierta similitud que el que hemos venido desarrollando, y hacer notar que en primer lugar la minoría y luego la mayoría se preocupan por conservar la validez de las normas dictadas por el Congreso y que la declaración de inconstitucionalidad de las mismas debe hacerse como última ratio.

En resumen, la posición que plantea la inconstitucionalidad de la norma lo hace en base a los arts. 14, 16, 18, 19, 28, 31 y 33 de la C.N. teniendo en cuenta principalmente la violación al principio de legalidad.

Otra posibilidad que se presenta -a la cual adherimos- es la de declarar la inconstitucionalidad de la sentencia por considerarla arbitraria en el caso concreto, ya que la misma desvirtúa o distorsiona preceptos constitucionales mediante una incorrecta interpretación que de ella se hace. Lo que opinamos es, que frecuentemente en el caso concreto sucede que la errónea interpretación de los jueces y tribunales, considerando que hay responsabilidad por el delito complejo cuando el homicidio que se comete es a título culposo, o atribuyendo responsabilidades objetivas a los coautores o partícipes del robo; es lo que provoca que la sentencia sea arbitraria, y no la dificultad dogmática que presenta la norma o la falta de precisión típica. Pues de no pensar así habría que declarar la inconstitucionalidad de por lo menos un tercio del Código Penal, porque las normas son ambiguas o tienen dificultades semánticas o contradicciones entre sí u opiniones totalmente contrarias en la doctrina. Es cierto que este artículo ha dado enormes dificultades de interpretación pero también es cierto que en algunas sentencias se ha interpretado esta norma de una forma totalmente equivocada y desarmónicamente en torno al resto del Código Penal, a punto tal de que existen sentencias que consideran autor de robo con homicidio a quienes cometen un robo, y sin tener nada que ver en el homicidio se les imputa la muerte de un compinche en manos de la policía o de la propia víctima; ello escapa a todo criterio razonable y de todo plano de discusión medianamente coherente, pues ni el tipo penal

lo dice, ni surge del juego armónico del Código penal. ni surge tampoco de los principios constitucionales que imperan en el derecho penal.

Entonces, ¿la equivocada o errónea interpretación de los jueces debe solucionarse con la inconstitucionalidad de la norma?. Más allá de que la misma tenga dificultades en la interpretación y de que sea aconsejable su derogación por vía legislativa como lo pregonamos. Obviamente que no es necesaria la declaración de inconstitucionalidad porque entre varias interpretaciones posibles podemos elegir la que más resguarde los principios constitucionales y que a la vez conserve ciertas pautas de razonabilidad, cosa que hemos tratado de hacer en la exposición de este libro con numerosos errores seguramente pero tratando de que el art.165 sea lo más razonable posible al sostener por ejemplo que el único homicidio que se incluye es el doloso o que la tentativa del complejo no es posible.

En unas pocas palabras ¿será necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo 165 cuando por ejemplo se pena al coautor del robo como responsable del complejo por el homicidio culposo de la víctima en perjuicio de un compinche suyo? o ¿no será más acertado preguntarse si esa sentencia que ha dictado el juez o tribunal no viola principios constitucionales y principios reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art.75 inc.22) como el de razonabilidad de las penas, el de culpabilidad, el de igualdad ante la ley y tribunales de justicia, el de supremacía constitucional de los tratados por sobres las leyes, etc.?

Pues si cada vez de que existen varias interpretaciones totalmente disímiles de una normas vamos a declarar la inconstitucionalidad de la misma nos quedaríamos con cien o ciento cincuenta artículos en nuestro código de fondo. Nadie declararía la inconstitucionalidad del homicidio simple si mañana a un juez se le ocurriría penar con dicha norma al médico que negligentemente mata a quien está operando o al automovilista que circula prudentemente y no obstante embiste y mata a un peatón, pues tal sentencia es arbitraria en su concepción y de manera alguna podemos hablar de que el art.79 del C.P. sea inconstitucional.

Es por ello que creemos que una solución posible es declarar la inconstitucionalidad de la sentencia por considerarla arbitraria cuando por ejemplo su interpretación sea irrazonable, viole el principio de culpabilidad, haya una desproporción manifiesta en materia punitiva, se viole el principio de igualdad, etc.

Néstor Sagües[105] dice que algunas veces la Corte Suprema ha dicho que la inconstitucionalidad investigada puede derivar de dos razones: a) porque la norma infraconstitucional sea, en sí, opuesta a la Constitución Nacional (norma inconstitucional), b) porque la interpretación ("inteligencia" o "entendimiento") de esa norma, tal como consta la resolución impugnada por medio del recurso extraordinario, se halle en conflicto con la Ley Suprema (interpretación inconstitucional). Esta doble posibilidad de cuestionar la constitucionalidad ha sido objetada por Imaz y Rey y aceptada por Strohm dice el constitucionalista adhiriendo a éste último.

[105] Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, 2ºedición, Edit. Astrea, Bs. As. 1989, t..II, ps.136/37.

La tesitura de Imaz y Rey no ha tenido mayor éxito ante la aparición de la doctrina de las sentencias arbitrarias que generan una cuestión federal y que es una sentencia inconstitucional que vulnera los principios constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio. Podemos hablar en este caso de una cuestión federal constitucional directa (una sentencia colisiona con la constitución).[106]

Creemos que en el caso del art.165 la arbitrariedad puede aparecer generalmente por cuatros motivos: 1) Apartamiento inequívoco de la solución normativa para el caso. 2) Sentencias que exceden el limite propio de la razonabilidad (quizás el caso más frecuente) 3)Carencia de fundamentación. 4)Fallos que padecen omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que los invalidan como actos judiciales, o de groseros errores jurídicos.[107]

Para terminar recordemos que la propia Corte de la Nación ha dicho que la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda una vía para optar por una "interpretación constitucional" de la ley, si existen varias interpretaciones posibles como ocurre en el art.165 debe adoptarse la que preserva y no la que destruye.[108]

Es por ello que creemos que la interpretación que hemos desarrollado sobre el delito complejo resguarda plenamente los principios constitucionales sobre todo en materia de tipicidad, tentativa y participación criminal. Claro está que si una cuestión es opinable, por ese solo hecho no se puede generar la arbitrariedad, siempre y cuando no se aparte de los principios, derechos y garantías reconocidos en la C.N.

Por ejemplo podríamos discutir si el art. 165 admite o no el dolo eventual pero no se puede discutir que la inclusión del homicidio culposo o de las muertes fortuitas en el complejo implican una atribución de responsabilidad objetiva en nuestro derecho penal violatoria de la C.N.

Por lo tanto opinamos que en general las sentencias que atribuyen como integrante del complejo a las muertes fortuitas como la del compinche del robo en manos de la policía, o la atribución del complejo en el caso de que el homicidio sea culposo o preterintencional violan los principios de igualdad, legalidad, culpabilidad, razonabilidad y supremacía todos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. (arts. 16, 18, 19 , 28, 31, 33 y 75 inc.22º de la Constitución Nacional; art.11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 7, 10 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; arts. art. 5 inc.3º y 8 inc.2º, 7, 8, 9 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.)[109]

---

[106]Cf. Sagües, Op. Cit. p.157.

[107] Ver Sagües, en lo referente a las clases de interpretación arbitraria que se pueden presentar como por ejemplo la inexacta o la elusiva. Op. Cit. p.258 y ss.

[108] LL. 105-161.

[109] En un criterio similar se ha expresado recientemente Gustavo L. Vitale en las Jornadas del 75º Aniversario del Código Penal, quien sostuvo en su ponencia titulada "Estado Constitucional y Derecho Penal" que la pésima redacción acordada al tipo penal y la errónea interpretación meramente literal que muchos jueces han efectuado de su texto han dado lugar a criterios verdaderamente sorprendentes, por la magnitud de las afectaciones a los derechos humanos que se vienen produciendo. Por otra parte concluye Vitale que este tipo de interpretaciones prioriza el patrimonio sobre la vida distorsionando así la jerarquía constitucional de los valores en juego; en Teorías Actuales en el Derecho Penal, Edit. Ad-Hoc, Bs.As. 1998. Ps.97/98.

13 .A MODO DE SINTESIS.

Entendemos que el término latrocinio se está refiriendo a una de las modalidades del homicidio "criminis causa", es decir el que se comete para robar. En cambio el art.165 regula el homicidio con motivo u ocasión de robo, en el cual no existe una preordenación en el homicidio.

El bien jurídico prevalente en este delito es la vida, siendo su naturaleza jurídica la de un delito complejo.

El origen legislativo del art.165 es español (CPE. 1870, art. 516 inc.1º), mientras que la fuente del art.80 inc.7º es italiana (CPI.1889, art.366 inc.5º y 6º); sistematicas totalmente diferentes e incompatibles que se copiaron en nuestro Código Penal de 1922, que inicia el sistema de la doble vía.

El tipo objetivo se compone de una conducta de apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena, ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas (robo) y otra conducta que consiste en matar a otro ser humano (homicidio), siempre que en cada caso medie un nexo causal y además una relación típica de conexión entre el robo y el homicidio.

También hay que recalcar que es necesario que el homicidio se produzca en el contexto del robo, respetando siempre las características propias de cada uno como si se trataran de tipos penales independientes.

En lo referente al tipo subjetivo el agente debe conocer los elementos normativos (robo y homicidio) con todas sus características. En lo que concierne al dolo es menester que ambas conductas sean dolosas, admitiéndose tanto el dolo directo, indirecto como el eventual.

No quedan comprendidos en el delito complejo los homicidios culposos, preterintencionales o en riña, como así tampoco los agravados del art.80.

En materia de distinción quedan incluidas en el art.165 todas las conductas ocasionales, o como la llaman algunos incidentales (pero nunca preordenadas) en las cuales el actuar es siempre a título doloso; quedando en el art.80 inc.7º todos aquellos homicidios preordenados (ya sea en forma premeditada, reflexiva o simplemente resuelta) con dolo directo únicamente. En este último caso el autor mata para o por algunos de los motivos que establece la ley, acreditándose un elemento subjetivo específico -impensable en el art.165- que es incompatible con un dolo eventual. Todo esto pensamos que surge de una adecuada interpretación de los antecedentes históricos, de una correcta sistemática y del respeto a los derechos y garantías constitucionales.

En lo que hace a la autoría y participación criminal es criticable la posición de un sector de la jurisprudencia, en donde se encuentra la SCBA, que castiga conforme el art.165 conductas en las cuales el autor del robo no tuvo ningún tipo de participación ni responsabilidad en el homicidio, como por ejemplo los casos en que muere el "compinche" del robo en manos de las propia víctima o de un agente policial, y se le aplica la pena del complejo al otro coautor. Esta interpretación implica caer en un versarismo y se opone abiertamente a garantías constitucionales y principios elementales de un derecho penal moderno respetuoso del Estado de Derecho.

En materia de tentativa hemos adoptado una postura particular al considerar que no sólo no se puede admitir la tentativa en este delito, sino además que únicamente se puede originar cuando el robo y el homicidio se han consumado, pues en caso contrario y pese a haber dolo en ambas conductas se debe resolver por las reglas del concurso real.

Por último entendemos que la norma en cuestión no es inconstitucional, pues dentro de las diferentes interpretaciones posibles, podemos adoptar aquella que no lesione derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional. No obstante de lege ferenda propugnamos que se derogue esta disposición y punir todos los casos según las reglas del concurso, lo cual a los efectos de la graduación de la pena es mucho mas justo y conveniente.

"VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA CALIFICADA POR EL SUJETO ACTIVO"

Por Marcelo A. Riquert, Ricardo Gutiérrez y Laura C. Radesca

Art. 154: "*Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto*".

El tercero de los tipos previstos actualmente en el cap. 3 del Título correspondiente a los "Delitos contra la Libertad", también referido por Terragni como "abuso del empleo"[1] y por Creus y Buompadre como "abuso del cargo"[2], era presentado por Soler como *"La más grave de las infracciones de este capítulo…"*[3], lo que resulta ajustado a que constituye una versión calificada por el autor respecto de la figura del artículo que lo inicia, aún cuando no medie una exacta superposición de verbos típicos[4]. Su texto es el siguiente:

1. Antecedentes

a. Ley Federal Nro. 49: el 14/9/1863 el Poder Legislativo la sanciona, constituyendo una suerte de código de delitos federales. Así, y no obstante la inexistencia de una parte general, el aludido plexo legal se abocó –en su título VIII- al desarrollo de los ilícitos que identificó como *"De la interceptación y sustracción de la correspondencia pública"*. En cuanto atañe al precedente que enmarca al actual art. 154 del digesto penal, el art. 52 –como penúltimo articulado de la temática en ciernes- apuntaba que *"…Todo empleado de la Administración de Correos ó Capitanía del Puerto que detenga, oculte, destruya, ó abra una carta dirijida á la Administración para ser entregada ó conducida, perderá su empleo, será destinado á trabajos forzados de dos á seis meses ó pagará una multa de cien á trescientos pesos, ó sufrirá una y otra pena…"*[5].

b. Código Penal de la Provincia de Buenos Aires (Código Tejedor): tomando como base inspiradora el Código de Baviera de 1813, el autor elaboró el denominado "proyecto Tejedor", que se convirtió en código penal de la mayor parte del país, en razón de las sucesivas adhesiones

[1] Marco A. Terragni, *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2012, Tomo II "Parte Especial I", pág. 542.
[2] Carlos Creus y Jorge E. Buompadre, *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Astrea, Bs.As., 7° edición actualizada y ampliada, 2007, pág. 389.
[3] Sebastián Soler, *"Derecho Penal Argentino"*, TEA, Bs.As., 2° edición, 1963, Tomo IV, pág. 103.
[4] Soler, ob.cit., pág. 105. Esta falta de exacta correspondencia fue tomada por Carlos Fontán Balestra para decir que no puede sostenerse que la figura constituya una modalidad agravada del art. 153 (en *"Derecho Penal. Parte Especial"*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs.As. 16° edición actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, 2002, pág. 367).
[5] Cf. E. Raúl Zaffaroni y Miguel A. Arnedo, *"Digesto de Codificación Penal Argentina"*, A-Z editora, Madrid, España, 1996, Tomo I, pág. 147.

provinciales. Tal texto (aquí sí con una primera parte destinada a *"…contener las disposiciones generales que se aplican a todos los actos culpables…"*[6]), en su Libro Segundo "De los crímenes, delitos y sus penas"; Sección Segunda "De los crímenes y delitos públicos y sus penas", Título 2° "De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos", el capítulo VIII se adentra también en la "Revelación de secretos", tipificando allí el codificador las siguientes conductas: *"...Art. 409. La misma pena de un año de prisión tendrá el empleado público que abusa de su cargo para interceptar, sustraer, inspeccionar, ocultar ó publicar cartas ó documentos particulares. Si el abuso recae en documentos públicos la prisión será de dos años…"*[7].

c. Proyecto Villegas-Ugarriza-García: tras la presentación del aludido "Proyecto Tejedor" en el Congreso, éste instó al Poder Ejecutivo, a fin de que conformara una comisión integrada por tres abogados, que tuvieran como meta examinar el plexo confeccionado por Carlos Tejedor. Luego de diversos reemplazos, la comisión de mentas quedó compuesta por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García; quienes elaboraron un nuevo proyecto legislativo, que sometieron a consideración el 3 de enero de 1881. Los autores recopilaron la temática en desarrollo –en una primera parte- en cuatro artículos que componen el Capítulo VII, individualizado como **"Revelación de secretos"**; ambos del Título Segundo "Delitos peculiares a los empleados públicos", del Libro Segundo "Los delitos y sus penas".

En tal intelección, el art. 156 indicaba que "…*La misma pena de prisión menor tendrá el empleado público que abusa de su cargo para sustraer, inspeccionar, ocultar ó publicar cartas ó documentos particulares, Si el abuso recaer en documentos públicos, se aplicará la pena de prisión media…"*[8].

d. Código Penal de la Nación del año 1886[9]*:* incluyó en su Libro Segundo "De los delitos y sus penas", Sección Segunda "Delitos políticos y delitos peculiares a empleados públicos", Título II "Delitos peculiares a empleados públicos", el Capítulo VII, referido a la "Revelación de secretos", desarrollando cuatro tipos que –en cuanto a la normativa bajo análisis– referían: *"...Artículo 263. El empleado público que, abusando de su cargo, intercepte, sustraiga, inspecciones, oculte ó publique cartas ó documentos particulares, sufrirá las penas señaladas en el artículo anterior en los respectivos casos. Si el abuso recaer en documentos públicos, mediando dinero ó grave daño, se aplicará el maximun de las penas…"*[10].

e. Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo[11]*:* a partir del Libro Segundo, "De los delitos", Título IV, "Delitos contra la libertad", Capítulo III, "Violación de secretos", se regulaban cuatro artículos –desde el 183 hasta el 186-, donde el art. 184, en cita textual, reseñaba: *"...Artículo 184. El empleado de correos ó telégrafos, ó de otra repartición encargada de la correspondencia, que abusando de su empleo se apoderase de una carta, de un pliego, de un telegrama ó de otra correspondencia cualquiera para enterarse de su contenido, ó la entregare ó comunicare á otro que no sea el destinatario, ó la suprimiere, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años…"*[12].

[6] Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, pág. 17.
[7] Zaffaroni-Arnedo, obra y tomo citados, págs. 501/2.
[8] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo II, pág. 99.
[9] Sancionado por Ley 1920 del 25/11/1886, fue el primer código penal argentino, con vigencia en todo el territorio nacional. Se lo promulgó el 7/12/1886.
[10] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo II, págs. 255/6.
[11] Esta Comisión, integrada por los juristas Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, fue designada por decreto firmado el 7 de junio del año 1890 a fin de proyectar un nuevo texto penal.
[12] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo II, págs. 611/2.

f. El Proyecto Segovia (1895): el jurista correntino Lisandro Segovia dedica dentro del Libro Segundo, Parte Especial, Título IV, "Delitos contra la libertad", el Capítulo IV a la "Violación de secretos y supresión de correspondencia", donde compila cuatro artículos.

El pertinente, art. 206, rezaba: *"…El empleado de correos o telégrafos, ó de otra repartición encargada de la correspondencia, que abusando de su empleo se apoderase de una carta, de un pliego, de un telegrama ó de otra correspondencia cualquiera para enterarse de su contenido ó comunicarlo á otro, ó la retuviere, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años é inhabilitación especial por doble tiempo. Si la suprimiere, se la apropiare ó la entregare á otro que no sea el destinatario, la pena será de dos a cuatro años de penitenciaría, e inhabilitación especial perpetua…"*[13].

g. La reforma al Código Penal del año 1903: el 13/6/1900, la Cámara de Diputados comenzó a tratar un nuevo proyecto de reforma parcial al Código sancionado en 1886, a través de una comisión integrada por Juan Antonio Argerich, M. J. Moreno y Pedro T. Sánchez. Se aprobó finalmente el 14 de septiembre del citado año; sancionándose luego -el 3 de agosto de 1903- la Ley N° 4.189, promulgada con fecha 22 de agosto. En cuanto a la figura que nos atañe, recepta en el Libro Segundo "De los delitos y las penas", Sección Segunda "Delitos políticos y delitos peculiares á empleados públicos", Título Segundo "De los delitos peculiares á los empleados públicos", Capítulo Séptimo "Revelación de secretos", tres artículos dedicados a esta temática. El pertinente es el 263, que señalaba *"…El empleado público que, abusando de su cargo, intercepte, sustraiga, inspeccione, oculte o publique cartas ó documentos particulares, sufrirá las penas señaladas en el artículo anterior en los respectivos casos. Si el abuso recae en documentos públicos, mediando dinero o grave daño, se aplicará el máximum de las penas…"*[14].

h. El proyecto de Código Penal del año 1906[15]*:* en su Libro Segundo "De los delitos", Título V "Delitos contra la libertad", Capítulo III, "Violación de secretos", se abocó a cinco tipos delictuales que, en cuanto al tipo especial que aquí interesa, señalaba: "…Abuso de un empleado de correos o telégrafos**.** *Art. 162. Será reprimido con prisión de uno á cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama ó de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare ó comunicare á otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare ó cambiare su texto…"*[16].

i. El proyecto de Código Penal de 1917: reglaba dentro del Libro Segundo "De los delitos", Título V "Delitos contra la libertad", Capítulo III, la llamada "Violación de secretos", en un compilado de cinco artículos. El tipo homólogo establecía *"...Artículo 154.- Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto"*[17].

[13] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo III, págs. 73/4.
[14] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo 3, pág. 229.
[15] El proyecto se presentó con fecha 10 de marzo de 1906; en tanto, a su vez, el Poder Ejecutivo lo remitió al Congreso para su estudio, pero la comisión conformada por la Cámara de Senadores a tal fin nunca se pronunció al respecto.
[16] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo 3, págs. 354/5.
[17] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo IV, págs. 158/9.

j. El Código Penal del año 1921 (Ley N° 11.179)[18]: incluyó en su Libro II "De los delitos", Título V "Delitos contra la libertad", el Capítulo III destinado a la "Violación de secretos", donde radica la norma vigente que se comenta[19].

k. El proyecto de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez[20]: en el Libro Segundo "De los delitos", Título IV "Delitos contra la libertad", aunaba en dos capítulos, la temática que nos convoca. Así, en primer orden, el Capítulo III se adentraba en la "Violación de correspondencia y papeles privados", señalando *"…***Abuso cometido por ciertos empleados**. *Art. 197. Se impondrá prisión de uno a tres años e inhabilitación de dos a seis años, al empleado de correos o telégrafos, teléfonos y radiocomunicaciones que, abusando de su empleo, se apodere de una carta, telegrama u otra pieza de correspondencia; al que la entregare a otro que no sea el destinatario; al que la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto…"*[21].

l. El proyecto de Código Penal de 1941 ("Proyecto Peco"[22]): incluía dentro de Libro Segundo "De los delitos", Sección Primera "Delitos contra los bienes jurídicos de los particulares", Título Cuarto "Delitos contra la libertad", Capítulo V, los "Delitos contra la inviolabilidad de los secretos". En dicho acápite consignaba *"…Artículo 181, Abuso cometido por ciertos empleados, Al empleado de correos o telégrafos, teléfonos y radiocomunicaciones que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, pliego, telegrama u otra pieza de correspondencia; al que la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario; al que la suprimiere, la ocultare o mudare su texto, se les aplicará privación de libertad de seis meses a dos años…"*[23].

m. El proyecto de Código Penal del año 1951: su autor -el profesor Isidoro De Benedetti- incorporó dentro del Libro II, Título III "De los delitos contra la libertad", el Capítulo 5 que describía los "Delitos contra la inviolabilidad de secretos". En cuanto aquí interesa, de las seis figuras previstas, la pertinente es: *"…Violaciones cometidas por empleados de servicio público de comunicaciones. Art. 225. Al empleado o persona adscripta a un servicio público de comunicaciones que, con abuso de su empleo, perpetrare algunos de los hechos previstos en los dos artículos anteriores; o al que alterare el contenido de correspondencia o comunicaciones, se impondría prisión de uno a dos años. Agravación por divulgación. Art. 226. En los casos de los tres artículos anteriores, las respectivas sanciones podrán aumentarse en su máximo hasta la mitad cuando el culpable revelare sin justa causa lo que hubiere conocido…"*[24].

n. El proyecto de Código Penal del año 1953[25]: abarcaba en ocho artículos, los denominados "Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia y de los secretos" (Capítulo VI), ubicados dentro del Libro Segundo, Sección Primera "Delitos contra la persona", Título III "Delitos contra la

[18] El texto final fue aprobado por el Congreso con fecha 30 de septiembre de 1921 y promulgado mediante decreto del Presidente Yrigoyen, del 29 de octubre del citado año.
[19] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo IV, págs. 241/2.
[20] No distaba en mucho de su predecesor aún cuando lo presidía un tinte de carácter positivista. Si bien fue remitido a la Cámara de Diputados con fecha 27 de agosto de 1937, nunca fue tratado.
[21] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo IV, págs. 700/1.
[22] Fue presentado ante la Cámara de Diputados por su autor, José Peco, con fecha 25 de septiembre de 1941. Sin embargo, no llegó a ser examinado por el Congreso, debido a su disolución en el año 1943.
[23] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo V, págs. 603/5.
[24] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo VI, págs, 95/7.
[25] El P.E.N., en el año 1952, dispuso la creación de un nuevo digesto penal, elevando Levene su proyecto durante el siguiente año.

libertad". La tipicidad que nos interesa se establecía por medio de tres normas sucesivas, los artículos 176[26], 177[27] y 178[28].

ñ. El denominado "Proyecto Soler" (año 1960): abordaba la cuestión en la Parte Especial "De los delitos", Título VI "Delitos contra el ámbito de intimidad", Capítulo 1, la "Violación de secretos", donde señalaba *"…Abuso de función u oficio. 199. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años y multa de treinta a noventa días, el empleado de correos o de telecomunicaciones, sea el servicio oficial o autorizado, que abusando de su empleo se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto. Agravaciones. 200. En los casos de los cuatro artículos anteriores, la pena se elevará en un tercio, cuando el autor hiciere pública la información obtenida; y en la mitad, si la información propalada tuviera carácter íntimo…"*[29].

o. El Anteproyecto de 2006: en el "Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal", elaborado por la Comisión designada por Resoluciones del Ministerio de Justicia de la Nación N° 303/04 y 136/05, coordinada por el Dr. Alejandro W. Slokar, la violación de secretos simple se encontraba prevista en el art. 138[30] y la agravada por la calidad del autor en el 139[31].

p. El Anteproyecto de Código Penal de 2014: elaborado por la Comisión designada por Decreto del PEN N° 678/12, presidida por el Dr. E. Raúl Zaffaroni, no hay exacta norma espejo de la que se comenta sino que plasma dividido entre las figuras de "Violación de las comunicaciones" (art. 119) y "Violación de la privacidad" (art. 120), que se prevén dentro del Capítulo III "Violación de comunicaciones y de la privacidad", en el Titulo IV "Delitos contra la Libertad". Entre las correlaciones con otros proyectos recientes se mencionan, en el caso del art. 119, al art. 157 del Proyecto de 1989/1990 y los arts. 138/139 del Anteproyecto de 2006; a su vez, con relación al art. 120, se individualizan los arts. 158 y 161 del Proyecto de 1989/1990 y los arts. 140 y 142 del Anteproyecto de 2006 (esto luce inexacto según se confronte con lo indicado en el punto anterior).

---

[26] Su texto: *"Art. 176. Al que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico o de otra naturaleza que no le fueren dirigidos, o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no estuviesen cerrados; o suprimiere en todo o en parte, o desviare de su destino una correspondencia que no le fuese dirigida, se le impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a diez mil pesos".*

[27] Decía: "*Art. 177. Al que por medios fraudulentos tomare conocimiento de una telecomunicación que no le fuese dirigida, o la interrumpiere o impidiere, se le impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a diez mil pesos".*

[28] Con la siguiente redacción: "*Art. 178. Al funcionario o empleado de un servicio público de comunicaciones que cometiere con abuso de sus funciones alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores, o alterare su contenido, se le impondrá prisión de uno a cuatro años"* (cf. Zaffaroni-Arnedo, ob. cit., Tomo VI, págs. 282/4).

[29] Zaffaroni-Arnedo, obra citada, Tomo VI, págs. 462/4.

[30] Su texto: *"Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses o de diez (10) a doscientos (200) días multa, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico o telefónico, un mensaje de correo electrónico o de otra naturaleza que no le estén dirigidos; o se apoderare indebidamente de ellos o de otro papel privado, aunque no esté dirigida o los suprimiere o desviare de su destino cuando no le estén dirigidos.*
Se aplicará prisión de un (1) mes a un (1) año o de diez (10) a trescientos (300) días-multa, al que indebidamente comunicare a otro o publicare el contenido de una carta, escrito, mensaje de correo electrónico o despacho" (cf. publicación en *"Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal"*, con presentación a cargo de Luigi Ferrajoli, ed. Ediar/AAPDP, Bs.As., 2007, pág. 160).

[31] Con la siguiente redacción: *"Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que por su oficio o profesión se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia o de un mensaje de correo electrónico.*
También si se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto".

En esta estructura, el tipo especial (empleado de correos o telégrafos que abusa de su empleo), resultaría del inc. 2 del art. 120, que dice *"El que incurriere en cualquiera de los delitos del presente artículo o del anterior, abusando de su oficio o profesión, o de su condición de funcionario público, será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años"*[32]. Por eso, en la "Exposición de Motivos" se señala que *"No tiene sentido mantener la vigencia del art. 154°, toda vez que la conducta que tipifica es alguna de las comprendidas en este artículo o en el precedente. Por tal razón, en el inciso 2° se prevé una pena agravada cuando sea cometido por quien abusa de una función pública o de su oficio o profesión, como también inhabilitación por doble tiempo de condena"*[33].

La conducta de apoderarse indebidamente, imponerse del contenido, desviar del destinatario y suprimir, se tipifican en el art. 119 "Violación de comunicaciones", con la siguiente redacción:

"Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de diez (10) a ciento cincuenta (150) días, el que:

a) Abriere o accediere indebidamente una comunicación electrónica, telefónica, una carta, un pliego cerrado, un papel privado, un despecho telegráfico o telefónico o de otra naturaleza, que no le estuviere dirigido.

b) Se apoderare indebidamente de alguno de ellos, aunque no estuviere cerrado.

c) Lo suprimiere o desviare de su destino, cuando no le estuviere dirigido.

d) Interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido"[34].

2. Tipo Objetivo

a) Bien jurídico

Sigue siendo el marco de reserva propia de la libertad, si bien se considera en general al tipo también como una protección a la regularidad o normal cumplimiento de las funciones de lo que, más allá del carácter de la empresa que lo brinde, es el servicio público de correos[35]. Creus y Buompadre resaltan que la libertad personal se vulnera atentando contra la comunicación entre los sujetos pasivos (remitente y destinatario) o con la indebida intromisión en la esfera de reserva de ellos[36]. Nuñez, por su lado, enfatizaba que la correspondencia posibilita la vida de relación y, por consiguiente, su afectación lesiona la libertad de los individuos[37].

La CNCyCFed, por su Sala II, ha sostenido que el bien jurídico específicamente protegido por el art. 154 es el correcto desempeño del servicio de correos y telégrafos (causa "Spitale"[38]), criterio criticado por Carla V. Amans y Horacio S. Nager resaltando la prevalencia de la libertad y la

---

[32] Cf. versión impresa por "INFOJUS", Bs.As., marzo de 2014, pág. 387.
[33] Versión citada, pág. 193.
[34] Versión citada, pág. 387.
[35] Cctes.: Soler, ob.cit. pág. 105; Edgardo A. Donna, *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Rubinzal-Culzoni editores, Bs.As./Santa Fe, 2001, Tomo II-A, pág. 357; Gustavo E. Aboso, *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, Ed. BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2012, pág. 767; Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, *"Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"*, Astrea, Bs.As. 4° edición, 2001, Tomo 2, pág. 37.
[36] Ob.cit., pág. 390.
[37] Ricardo C. Núñez, *"Derecho Penal Argentino. Parte Especial"*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1967, Tomo V, pág. 97.
[38] Fallo del 9/11/78, citado por Amans y Nager en su *"Manual de Derecho Penal. Parte Especial"*, bajo dirección de Carlos A. Elbert, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2009, pág. 211.

intimidad a la vez que la protección sólo indirecta del funcionamiento correcto del servicio de correos, enfatizando que si este último fuera el privilegiado, el legislador hubiera incurrido en un yerro de ubicación sistemática al radicar el tipo en un título que resguarda garantías individuales[39].

Tal como se anticipó, algunas de las conductas descriptas en el tipo representan un agravamiento en razón de la calidad de autor y del consiguiente abuso de esa condición. Otras, se refieren a acciones que consisten en imponerse del contenido de la pieza de correspondencia, entregarla a otro que no sea el destinatario, ocultarla o cambiar su texto, conductas que no están previstas en el ya citado art. 153.

b) Verbo típico

Entre las acciones se encuentra la de apoderarse y suprimir, las cuales fueron contempladas con el art. 153, a lo que remitimos. Los objetos de estas acciones de apoderamiento o supresión son las cartas, los telegramas o cualquier otra pieza de correspondencia. Aboso destaca la exclusión de las encomiendas postales, salvo que ellas incluyan en su interior alguna correspondencia, y los giros postales[40].

La de *imponerse* del contenido de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, consiste en que el empleado de correos o telégrafos llegue a *conocer el contenido* de la correspondencia por cualquier medio, es decir, no sólo abriéndola, sino leyéndola a trasluz sin abrirla, o utilizando aparatos especiales que le permitan hacerlo. Naturalmente, queda fuera aquello que constituye ejercicio regular de control por parte de la autoridad de correos. Así, bien resalta este aspecto Aboso con cita a las previsiones de los art. 7, 23 y 24 de la Ley 20216 (de Correos), y 7 y 27 de la Ley 20429 (de Armas y Explosivos)[41]. Tampoco podrá ser la conducta típica cuando la carta o pliego sea abierta en lugar de cerrada[42].

Entregar a otro significa desviar la correspondencia hacia un destinatario distinto, no siendo relevante la forma en que se realiza (entrega personal, por buzón, etc.).

Comunicar a otro el contenido de la correspondencia implica poner en conocimiento de ese tercero que no es el destinatario el contenido de la comunicación, sin importar aquí la efectiva recepción del objeto.

Ocultar es esconder la correspondencia, ponerla fuera de la vista de terceros. No es necesario el apoderamiento y no alcanza la simple retención.

Cambiar su texto, implica modificarlo aunque sea en parte, mientras se refiera a su contenido, dado que si lo que se modifica son los datos del sobre, estaríamos frente a una supresión o desvío. Soler la calificaba como una típica forma de intrusión por parte del empleado, que altera el texto real de la carta[43]. Navarro, Baez y Aguirre destacan la indiferencia de que el cambio sea total o parcial y que puede comprender tanto el propio contenido (palabras, signos de puntuación), como la firma[44].

c) Otros elementos

[39] Obra citada, pág. 211. Mucho antes, Núñez afirmaba lo mismo negando que estemos frente a un delito contra la administración pública (ob.cit., pág. 104).
[40] Ob.cit., pág. 767.
[41] Ob.cit., pág. 768.
[42] Cctes.: Fontán Balestra, ob.cit., pág. 369; Donna, ya citado, pág. 359.
[43] Ob.cit., pág. 105.
[44] Guillermo R. Navarro, Julio C. Baez y Guido J. Aguirre, en su "Comentario al art. 154", pub. en AAVV *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Baigún-Zaffaroni directores, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2008, Tomo 5, pág. 753.

Se requiere que al momento del hecho el empleado abuse del cargo, es decir, que se haya aprovechado de su empleo o de las facilidades que le brinda la función que desempeña para realizar la acción típica[45]. Por eso, dice Donna, tanto puede cometer este delito el empleado que tiene las cartas en su poder como el portero que se aprovecha del cargo para realizar las acciones típicas[46]. Fontán Balestra decía que esta exigencia señala la "ilegitimidad" del hecho[47].

d) Sujeto activo

Si bien es un delito propio o de autor especial[48], el tipo sólo exige la calidad de empleado de correos o telégrafos –incluso temporario[49]-, no es necesario que sea empleado o funcionario público –no lo alude expresamente en el sentido del art. 77 del CP[50]-, pudiendo serlo también un particular en relación de dependencia con empresa privada que brinda el servicio[51]. Parcialmente de otra opinión se expide Jorge Buompadre, para quien la norma alcanza a los particulares que trabajan en el servicio postal de una empresa privada que ha sido concesionada por el Estado, porque el servicio prestado sigue siendo público, pero no sucedería igual si este servicio hubiera sido privatizado por el Estado, lo que constituiría un servicio privado de correos *"en beneficio del público"*[52].

Tampoco se exige alguna calidad específica o jerarquía[53]. El tipo, entonces, puede ser realizado tanto por el empleado comúnmente denominado cartero que distribuye la correspondencia o por cualquier empleado de la empresa de correros que se apodere de la correspondencia, en la medida en que se "aproveche" de las facilidades de su empleo para apoderarse de la correspondencia allí depositada para darle curso.

Destaca Aboso que el art. 6 de la Ley 20216 de Correos, dispone el "secreto postal", esto es, el deber de reserva que tiene todo agente postal o personal afectado al servicio de la inviolabilidad de los envíos postales[54].

e) Sujeto pasivo

El derecho a la expectativa de privacidad y a la inviolabilidad del contenido de la correspondencia pertenece tanto a quien la escribe, es decir, al remitente, como al destinatario, de manera que ambos son los sujetos pasivos, titulares y damnificados del derecho vulnerado.

3. Tipo Subjetivo

[45] Cctes.: Núñez, ya citado, pág. 104; Buompadre, *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Ed. Mave, Corrientes, 2° edición, 2003, Tomo 1, pág. 621, y *"Manual de Derecho Penal. Parte Especial"*, Astrea, Bs.As., 2013, pág. 373; Oscar A. Estrella y Roberto Godoy Lemos, *"Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2° edición, 2007, Tomo 2, pág. 264.

[46] Ob.cit., pág. 358.

[47] Ob.cit., pág. 368.

[48] Ccte.: Buompadre, ob.cit., pág. 621.

[49] Cf. Cámara Federal de Bahía Blanca, fallo del 27/6/51, citado por Manuel Ossorio y Florit, *"Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina"*, Ed. Universidad, Bs.As., 7° edición, 1994, pág. 255. Núñez hablaba de la indiferencia de la duración de la posición de empleado citando el mismo fallo, que identificaba publicado en LL, tomo 1963, pág. 494 (ob.cit., pág. 104).

[50] Terragni, ob.cit., pág. 543.

[51] Cf. Soler, ob.cit., pág. 104. Cctes.: Navarro, Baez y Aguirre, ya citados, pág. 754.

[52] En *"Derecho…"*, pág. 621, y en *"Manual…"*, págs. 372/373. Ccte.: Donna, ob.cit., pág. 358.

[53] Cctes: Soler, ob.cit., pág. 103; Buompadre, ob.cit., pág. 621; Justo Laje Anaya, *"Comentarios al Código Penal. Parte Especial"*, Depalma, Bs.As., 1978, Vol. 1, pág. 190.

[54] Gustavo L. Aboso, ob.cit., pág. 767.

Es unánime la doctrina en exigir dolo directo[55], lo que se explica debido a la sobredimensión del aspecto subjetivo que, conforme ya se ha resaltado, requiere el carácter abusivo de la conducta[56].

4. Iter críminis

Los verbos típicos ya explicados (apoderarse, imponerse del contenido, entregar o comunicar a otro, suprimir, ocultar y cambiar), llevan a considerar que es factible la tentativa. También que son imaginables supuestos de desistimiento voluntario.

5. Concurrencias

Naturalmente que, por razón de especialidad (encerramiento conceptual) la figura desplaza al Hurto (CP; 162), dado que el precepto contiene otras específicas que determinan su aplicación con preferencia. Al afirmar esta relación de concurrencia aparente de tipos, descartamos la concurrencia ideal con la figura genérica reproducida[57].

De opinión contraria, Soler, quien sostenía que las irregularidades de los empleados de correo no suelen estar inspiradas por mera curiosidad sino por el propósito de apoderarse de valores y, a partir de esta perspectiva subjetiva, postulaba la existencia de un concurso real[58]. Soslayaba que, objetivamente, el apoderamiento es un verbo típico del art. 154 (al igual que en el art. 162), punible con escala penal superior. Concuerda Aboso en que el apoderamiento de esta figura desplaza al del hurto, criterio que fuera fijado por la Sala I de la CNCyCFed. en causa “Tissera, J.”[59].

En el caso del cartero que deja la pieza en otro domicilio falsificando la firma, se ha entendido que tanto que media concurso ideal[60] como real[61]; mientras que si la pieza contiene otro documento y se lo falsifica o adultera, la concurrencia con el delito contra la fe pública será material[62].

6. Pena

El incremento de pena con relación a la figura que básicamente califica es significativo. Mientras el art. 153 prevé penas de 15 días a seis meses para sus primeros dos párrafos, de un mes a un año para el tercero y la posibilidad de inhabilitación especial por doble del tiempo de condena para el funcionario público; el art. 154 establece una escala de uno a cuatro años de prisión. Vale recordar que este mismo rigor es reproducido en el “Anteproyecto” de 2014.

7. Acción penal

---

[55] Cctes.: Fontán Balestra, ob.cit., pág. 370; Buompadre, *“Derecho…”*, pág. 622, y *“Manual…”*, pág. 373; Estrella-Godoy Lemos, ya citados, pág. 265; AAVV *“Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”*, dirigido por Andrés J. D’Alessio, coordinado por Mauro A. Divito, Ed. La Ley, Bs.As., 2° edición actualizada y ampliada, 2011, pág. 535. También lo afirman Creus-Buompadre, aunque ubican al dolo como elemento de la culpabilidad y no del tipo subjetivo (ob.cit, pág. 392).

[56] Cctes.: Navarro, Baez y Aguirre, ob.cit., pág. 754.

[57] Concordante con este criterio se expidió la Sala II de la CNCyCFed, in re “Manzella”, fallo del 5/3/81, pub. en JA, 1982-II-463, conforme individualizan Navarro, Baez y Aguirre, ob.cit., pág. 756, parág. 14. Con igual precisión, AAVV *“Código…”*, dirigido por D’Alessio, ya citado, págs. 535/536.

[58] Ob.cit., pág. 106. Ccte.: Núñez, quien argumenta que el autor se apodera de dos cosas distintas y por lo tanto produce efectos jurídicos distintos (ob.cit., pág. 101).

[59] Ob.cit., pág. 768. El fallo, del 12/2/80, está publicado en J.A., 1991-II-1009. También en LL, 1980-B-441.

[60] Cf. Fontán Balestra, ob.cit., pág. 370. Allí individualiza fallos de la Cámara Federal capitalina publicados en LL, diarios de los días 23/11/1966 y 26/4/1967, y en ED, diario del 27/2/1967.

[61] Cf. Laje Anaya, ya citado, pág. 192 (con cita a fallo de la Cám. Fed. capitalina, pub. en LL, 134-91).

[62] Así, Breglia Arias y Gauna, ob.cit., pág. 38.

Es delito es de acción pública, ya que el art. 73 del CP lo excluye expresamente, junto con el art. 157 del resto de las violaciones de secretos, resultando de competencia federal de conformidad con el art. 3° inc.3° de la ley 48 y art.33 inc.1°, apart."c" del CPPN, aún cuando la prestataria del servicio de correos sea un empresa privada o privatizada.

Soler justificó esta opción por la acción pública en la inteligencia de que la conducta prevista en esta figura *"vulnera intereses generales muy superiores a los de un simple particular"*[63].

8. Competencia

La jurisprudencia consolidada con amplio consenso atribuye el conocimiento a la justicia federal, prescindiendo de otorgar relevancia a que la prestación del servicio postal esté en cabeza de una empresa pública o privada[64].

[63] Ob.cit., pág. 106.
[64] Cf. AAVV *"Código…"*, dirigido por D'Alessio, ya citado, pág. 536.

Acceso ilegítimo a banco de datos personales, revelación ilegítima de su información e inserción ilegítima de datos

Por Marcelo A. Riquert

Art. 157 bis. -***Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:***

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

La actual redacción del art. 157bis corresponde a la fijada por Ley 26388[1], que produjo una masiva actualización del texto del Código Penal con relación a conductas vinculadas a lo que, generalmente, se llama delincuencia informática. Marco A. Terragni lo designa en forma simplificada como "protección de bancos de datos personales"[2].

En este caso particular, el legislador vino a reflejar la preocupación vigente en torno a brindar un adecuado marco de protección penal a la privacidad, lo que se concretó no sólo en las diversas figuras contenidas en la norma en comentario, sino también en otras. Este interés fue exteriorizado con elocuencia en los fundamentos de uno de los proyectos que se tuvo en cuenta para delinear lo que, en definitiva, se consagró como Ley 26388, el de los senadores Ruben H. Giustiniani y Vilma L. Ibarra, donde sostenían que la *"reforma legislativa debe desarrollarse teniendo como única mira el respeto a la intimidad garantizado por nuestra Constitución Nacional, evitando cualquier intromisión de terceros que pueda dar lugar a la sociedad vigilada y controlada descripta por George Orwell. Tal obligación de preservar la confidencialidad e inviolabilidad de las telecomunicaciones tienen una un claro raigambre constitucional sustentado por los arts. 18, 19 y 33 de nuestra ley fundamental".* Complementando esta apreciación, puede citarse en modo concordante lo señalado por Feldstein de Cárdenas y Scotti en cuanto resaltan que *"Vivir en una sociedad en que la información ha evolucionado hasta el punto de erigirse en una suerte de*

[1] B.O. del 25/6/08. Su artículo 8° es el que dispone la incorporación del art. 157bis al Código Penal.
[2] En su obra *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. La Ley, Bs.As., 2012, Tomo II "Parte Especial-I", pág. 551.

herramienta básica para optimizar la producción de bienes y servicios, impone la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de las personas"[3].

El texto vigente es el siguiente:

> ARTICULO 157 bis. *"Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:*
> *1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;*
> *2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.*
> *3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*
> *Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años"*

Pasamos a análisis, iniciando por sus antecedentes locales y comparados, distinguiendo sus distintos supuestos típicos.

1. Antecedentes

a) Normativos nacionales

1. Ley de Protección de Datos Personales: en el año 2000, la Ley Nº 25.326[4] de Protección de Datos Personales (reglamentaria del proceso constitucional de Hábeas Data, art. 43 C.N.), había incorporado al Código Penal de dos nuevos tipos, el 117bis dentro del Título II correspondiente a los *"Delitos contra el Honor"* y el art. 157bis en el capítulo III de la *"Violación de secretos"* del Título V *"Delitos contra la Libertad"*.

Este último decía: *"Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que: 1º. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2º. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviera obligado a preservar por disposición de una ley. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años"*.

A diferencia del derogado art. 117 bis[5] (*"Falsedad en archivos de datos personales y suministro de información falsa"*), no se observaban en principio objeciones en cuanto a su ubicación sistemática, ya que las conductas tipificadas en la figura se relacionaban directamente con la violación de secretos en general.

---

[3] Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scotti, Luciana B., *"Internet, comercio electrónico y derecho a la intimidad: un avance de los tribunales argentinos"*, pub. en la biblioteca jurídica online "elDial.com", suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, edición del mes de octubre de 2007, sección Doctrina.

[4] 2/11/00

[5] Su texto era el siguiente: *"1º. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.*
2º. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.
3º. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.
4º. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena".

El cotejo con la norma vigente permite advertir que: a) el monto de pena conminado en abstracto es el mismo en lo básico, pero varía la situación del funcionario público que antes podía recibir una inhabilitación que la redacción permitía fuera de un mínimo de dos meses y ahora éste es de un año (y hasta cuatro, por lo que en el máximo, en definitiva, no hay cambio); b) el inciso primero se ha mantenido pero sufriendo algunos cambios de los que nos ocuparemos de inmediato; c) se eliminó el tipo del inciso segundo, aunque algo de la figura se puede considerar recoge el inciso segundo del art. 157 bis, que prevé el proporcionar información de un archivo o banco de datos personales, según ya vimos; d) desapareció la circunstancia calificante del inciso tercero, largamente criticada en función de que su articulación con el inciso primero posibilitaba la interpretación acerca de la extensión del tipo como la inadecuada recepción de una figura de peligro abstracto.

Es claro entonces que se valora positivamente no sólo el apartamiento de la redacción consagrada por la LPDP Nº 25286, sino también la ubicación sistemática. Había sido una crítica de alto consenso que, conforme su radicación en sede de "Delitos contra el honor" y descripción típica, se penaba el insertar o hacer insertar datos falsos aun cuando nadie se perjudique (ya que el inc. 3º consideraba a esta situación como agravante con la consecuencia ya mencionada para el inc. 1º) y, además, de cara al bien jurídico protegido (honor, en su vertiente objetiva) podría darse el caso que el dato falso no lo lesionara ni lo pusiera en peligro. Incluso, podría pasar lo contrario, es decir, el dato falso mejorara su crédito o fama.

2. Anteproyecto de 2006: sin ir más lejos, justamente en función de una interpretación acotada del tipo en función del bien jurídico, se explicaba en los fundamentos de este "Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal", que se optaba por suprimir al art. 117bis. Fue elaborado por la Comisión designada por Resoluciones del Ministerio de Justicia de la Nación N° 303/04 y 136/05 y coordinada por el Dr. Alejandro W. Slokar, cuya exposición de motivos decía en el considerando XII: *"Se ha modificado el Capítulo sobre violación de secretos que ahora se denomina "Violación de Secretos y de la privacidad". De este modo, se actualiza la normativa a los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos y se tipifican lesiones intolerables a la privacidad, mediante la utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes o sonido"*[6].

En específico, se agregaba en sus "Fundamentos": *"Se decidió suprimir el artículo 117 bis por su flagrante inutilidad, ya que por más que se inserten falsedades en los bancos de datos personales, si no existe lesión al honor, no se verificará la tipicidad y, si existe tal lesión, el hecho no dejará de ser una injuria, una calumnia, una publicación o reproducción de las vertidas por un tercero o, bajo ciertas condiciones, un delito previsto como violación de secreto o de la privacidad (art. 146, segunda parte)"*[7].

[6] En el medio digital puede encontrarse la versión oficial del texto en la siguiente dirección: http://www.jus.gov.ar/guia/content_codigo_penal.htm. También fue publicada en los sitios web "Pensamiento Penal" (www.pensamientopenal.com.ar) y "Derecho Penal Online" (www.derechopenalonline.com.ar), que incluso elaboraron en aquel momento sendos foros de discusión al respecto, con amplia concurrencia e interesantes observaciones.
En papel, puede consultarse en la sección "Actualidad" de la *"Revista Nova Tesis de Derecho Penal y Procesal Penal"*, dirigida por Chiara Díaz y Erbetta, Nº 1, Rosario, 2007, pág. 197 y ss. La cita corresponde a esta última, pág. 225.
Entre los comentaristas a la ley 26388, ha sido común el reconocer como un acierto la referida ampliación del epígrafe. Así, Palazzi en *"Análisis de la Ley 26388 de reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos"*, pub. en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", dirigida por D'Alessio y Bertolino, LexisNexis, Bs.As., N° 7, 2008; y Cherñavsky, en *"Espionaje electrónico"*, pub. en la biblioteca jurídica online "elDial", número especial del 23/10/08, punto 4 (disponible en http://www.eldial.com.ar; ref.: DCF6B).
[7] Cf. considerando XI "in fine" de los Fundamentos, pub. en la sección "Actualidad" de la "Revista Nova Tesis de Derecho Penal y Procesal Penal", dirigida por Chiara Díaz y Erbetta, Nº 1, Rosario, 2007, pág. 224.

En definitiva, se efectuaba la supresión de la figura y se la fusionaba en un nuevo artículo, el 146, con lo que se advierte clara la coincidencia en el camino seguido por el legislador en la ley que se indica en el punto siguiente.

3. Ley 26388: menos de una década después de la LPDP, la 26388, por su art. 3º comenzó sustituyendo el epígrafe del capítulo citado, que pasó a ser el siguiente: *"Violación de Secretos y de la Privacidad"*. Reprodujo con ello, como se adelantó, la misma propuesta que contenía el "Anteproyecto" de 2006. En el art. 14 dispuso la derogación del criticado art. 117bis del digesto sustantivo. Además, los arts. 7 y 8, sustituyeron los textos de los arts. 157 y 157bis, recibiendo este último en su nuevo inc. 3º parcialmente la conducta antes reprimida en el inc. 1º de la norma derogada citada.

4. Anteproyecto de Código Penal de 2014: elaborado por la Comisión designada por Decreto del PEN N° 678/12, presidida por el Dr. E. Raúl Zaffaroni. En este se prevé dentro del Capítulo III "Violación de comunicaciones y de la privacidad", en el Titulo IV "Delitos contra la Libertad", el tipo de "acceso ilegítimo a información" (art. 123) contiene e, incluso, amplía conteniendo otros supuestos de tipicidad vigente (así, el art. 153bis) o de nueva factura (referencias a datos financieros y confidenciales o el caso de sustitución de identidad). En efecto, son los primeros tres apartados del inc. 3° los que, estrictamente, reproducen el actual texto del art. 157bis[8]. Su texto dice:

"1. Será reprimido con mula de diez (10) a cien (100) días, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin autorización o excediendo la que poseyere, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

2. La pena será de seis (6) meses a dos (2) años de prisión cuando el acceso fuere en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos, de salud o financieros. Si el hecho se cometiere con el fin de obtener información sensible a la defensa nacional, el máximo de la pena de prisión se elevará a cuatro (4) años.

3. Será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que:

a) A sabiendas y violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales.

b) Proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición legal.

c) Insertare o hiciere insertar ilegítimamente datos en un archivo de datos personales.

d) Mediante cualquier ardid o engaño determinare a otro a proveer datos personales, financieros o confidenciales.

e) Tuviere, desarrollare o comerciare artificios técnicos inequívocamente destinados a la indebida obtención de datos personales, financieros o confidenciales.

f) Utilizare la identidad de una persona física o jurídica que no le perteneciere, a través de cualquier medio electrónico, con el propósito de causar perjuicio.

4. Cuando el agente fuere funcionario público sufrirá, además, inhabilitación de uno (1) a cinco (5) años"[9].

Sobre el particular, Carlos Christian Sueyro ha observado con razón que el Anteproyecto en lugar de mantener la figura de acceso ilegítimo a un sistema informático en forma disgregada en tres artículos, se decidió a unirlos en uno sólo con cuatro parágrafos o incisos[10].

---

[8] Lo reconoce expresamente la "Exposición de Motivos", véase en *"Anteproyecto de Código Penal"*, ed. INFOJUS, Bs.As., marzo de 2014, pág. 194.
[9] Cf. *"Anteproyecto…"*, pág. 388.
[10] En su trabajo *"La criminalidad informática en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación"*, pub. en AAVV "Informática y Delito", ed. INFOJUS/AIDP Grupo Argentino, Bs. As., 2014, pág. 103.

b) Derecho comparado regional (Mercosur)

Sin perjuicio de centrar la información en lo concerniente al ámbito regional, vale la pena aclarar que en el plano internacional con una perspectiva más amplia, la parte nuclear de esta tipicidad viene propuesta por los arts. 2 y 4 del "Convenio sobre Cibercriminalidad" de Budapest (2001), en los siguientes términos:

Artículo 2: *"Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático. Las Partes podrán exigir que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático"*[11].

Artículo 4: *"1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, la conducta de dañar, borrar, deteriorar, alterar o suprimir dolosamente y sin autorización los datos informáticos.*

2. Las Partes podrán reservarse el derecho a exigir que el comportamiento descrito en el párrafo primero ocasione daños que puedan calificarse de graves"[12]

González Allonca y Passeron resaltan que las disposiciones del Convenio sobre Cibercriminalidad vinculadas a las actividades de tratamiento de datos personales e informativas en general, se encuentran alcanzadas en nuestro país por las disposiciones de la Ley 25326 (ya citada), con manifiesta compatibilidad[13]. Sentado ello, comenzando con la comparación suramericana, se divide el artículo en comentario del modo que sigue:

1. Con relación al "acceso ilegítimo a banco de datos personales":

[11] Esta propuesta típica, con algún cambio, fue reafirmada mediante la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, con esta redacción: *"Artículo 2. Acceso ilegal a los sistemas de información. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad. 2. Cada Estado miembro podrá decidir que las conductas mencionadas en el apartado 1 sean objeto de acciones judiciales únicamente cuando la infracción se cometa transgrediendo medidas de seguridad".*
A su vez, ha sido sustituido por el artículo 3 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información, fusionando ambos párrafos del siguiente modo: *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, cuando haya sido realizado intencionalmente, el acceso sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal cuando se haya cometido con violación de una medida de seguridad, al menos en los casos que no sean de menor gravedad".*

[12] Esta propuesta típica fue reafirmada mediante la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, con esta redacción: *"Artículo 4. Intromisión ilegal en los datos. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad".* A su vez, ha sido sustituido por el artículo 5 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información, *"Interferencia ilegal en los datos"*, manteniendo similar redacción.

[13] Juan C. González Allonca y Ezequiel Passeron, *"El Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad y la Ley de Protección de Datos Personales"*, pub. en la revista "Derecho Penal", dirigida por Alagia-De Luca-Slokar, ed. INFOJUS, Bs.As., N° 7, 2014, pág. 54.

En cuanto al acceso a bancos de datos, en Brasil, con motivo de la incorporación del sistema de voto electrónico en las elecciones de 1996, el año anterior, por ley 9100, art. 67 inc. VII, se introdujo un tipo penal para punir con reclusión de uno a dos años y multa la obtención indebida de acceso, o su intento, a un sistema de tratamiento automatizado de datos utilizado por el servicio electoral, con el fin de alterar el cómputo o cálculo de votos, mientras que el inc. VIII prevé reclusión de tres a seis años y multa, para quien intente desarrollar o introducir un comando, instrucción o programa de computación capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, grabar o transmitir dato, instrucción o programa o provocar cualquier otro resultado diverso del esperado en el sistema de tratamiento automatizado de datos utilizado por el sistema electoral[14].

En Bolivia se prevé junto a la alteración y el uso indebido de datos informáticos la punición del acceso a aquellos alojados en una computadora o cualquier soporte informático, en el art. 363ter[15] de su CP del año 1997.

El C.P. de Colombia (Ley 599 de 2000) ha sido modificado por la Ley 1273 de 2009, que le incorporó como cap. VII bis uno especifico para la delincuencia informática, dentro del que el acceso abusivo a un sistema informático está contemplado en el art. 269A[16]. Debe tenerse además presente que todas las conductas del capítulo tienen previstas una serie de circunstancia de agravación en el artículo final, el 269H[17], algunos de cuyos incisos recogen tipicidad análoga al art. 157bis argentino que se comenta.

Uruguay ha sancionado el 11 de agosto de 2008 su Ley de Protección de Datos Personales, bajo el Nº 18331, cuyo artículo 1º comienza reconociéndoles estatus de derecho humano fundamental (*"el derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana…"*), aplicable por extensión a las personas jurídicas (cf. art. 2º). Entre otros principios que rigen la tutela de datos personales está el de reserva (art. 11), enfatizado por la remisión al art. 302 de Código Penal en cuanto a la estrecha guarda del secreto profesional. Precisando quienes son estos obligados a la guarda de secreto, indica Rubén Flores Dapkevicius que son lo que por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tienen acceso o intervienen

---

[14] Cf. Rita de Cássia Lopes da Silva, *"Direito Penal e Sistema Informático"*, Ed. Revista dos Tribunais, Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, Vol. 4, San Pablo, Brasil, 2003, págs. 69/70.

[15] Cuyo texto dice: *"El que sin estar autorizado se apodere, acceda, utilice, modifique, suprima o inutilice, datos almacenados en una computadora o en cualquier soporte informático, ocasionando perjuicio al titular de la información, será sancionado con prestación de trabajo hasta un año o multa hasta doscientos días"*.

[16] El nuevo artículo dice: *"El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes"*.

[17] Su texto: *"Las penas imponibles de acuerdo con los artículos descritos en este título, se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere:*

1. Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros.

2. Por servidor público en ejercicio de sus funciones.

3. Aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este.

4. Revelando o dando a conocer el contenido de la información en perjuicio de otro.

5. Obteniendo provecho para sí o para un tercero.

6. Con fines terroristas o generando riesgo para la seguridad o defensa nacional.

7. Utilizando como instrumento a un tercero de buena fe.

8. Si quien incurre en estas conductas es el responsable de la administración, manejo o control de dicha información, además se le impondrá hasta por tres años, la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con sistemas de información procesada con equipos computacionales".

en cualquier fase del tratamiento de datos cuando estos hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público[18]. Como organismo de control se crea la "Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento" (AGESIC), en su art. 31, a cuyo cargo está la potestad sancionatoria administrativa (art. 35).

En Venezuela, en el capítulo III "De los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones" de la LECDI de 2001, hay normas protectoras tanto de la integridad como del secreto de los datos personales: los delitos de violación de la privacidad de la data o información de carácter personal (art. 20[19]) o la violación de la privacidad de las comunicaciones (art. 21[20]).

2. Con relación al tipo de "proporcionar o revelar ilegalmente información registrada secreta":

En Brasil, mediante la Ley 9983 del año 2000, se introdujo un tipo de violación de secretos calificado por vía de la modificación de los arts. 153 y 325 del CPB. En efecto, el art. 153, parág. 1º, letra "A", "Violación de secreto", prevé pena de detención de 1 a 4 años y multa para el que divulgue, sin justa causa, informaciones secretas o reservadas, así definidas por ley, contenidas en sistemas informáticos o bancos de datos de la Administración Pública; mientras que el art. 325, parágs. I y 2, "Violación de secreto funcional", prevé pena de detención de 6 meses a 2 años o multa, para el que permite o facilita, mediante atribución, provisión y préstamo de clave o cualquier otra forma, el acceso de persona no autorizada a sistemas informáticos o banco de datos de la Administración Pública; o se utilizare, indebidamente, de acceso restringido. Califica por daño a la Administración Pública o a otro, con pena de reclusión de 2 a 6 años y multa.

Siempre en el marco de los delitos contra la administración pública, informa Hélio Santiago Ramos Júnior, la ley citada agregó al CPB los arts. 313-A y 313-B, con los que vino a tutelar la seguridad de los sistemas de información de aquélla exclusivamente. Es decir, sus previsiones no son aplicables a los sistemas de informaciones de entidades particulares o privadas. El primero de los tipos mencionados pena con reclusión de 2 a 12 años y multa la conducta de insertar o facilitar, el funcionario autorizado, la inserción de datos falsos, alterar o excluir indebidamente datos correctos en los sistemas informatizados o bancos de datos de la Administración Pública con el objetivo de obtener ventaja indebida para sí o para otra persona o para causar daño[21].

Se trata entonces de un delito "especial" o "propio", en el sentido de requerir una calidad personal en el autor, ser el funcionario público autorizado para la manipulación de los datos del sistema o banco de datos público. Aclara el autor nombrado la posibilidad de participación de un

---

[18] En su trabajo *"La nueva Ley de Habeas Data en Uruguay. Ley Nº 18331"*, pub. en "Alfa-Redi. Revista Electrónica de Derecho Informático" (www.alfaredi.org), Nº 124, noviembre de 2008.

[19] Tiene la siguiente redacción: *"Artículo 20. Violación de la privacidad de la data o información de carácter personal. Toda persona que intencionalmente se apodere, utilice, modifique o elimine por cualquier medio, sin el consentimiento de su dueño, la data o información personales de otro o sobre las cuales tenga interés legítimo, que estén incorporadas en un computador o sistema que utilice tecnologías de información, será penada con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.*
La pena se incrementará de un tercio a la mitad si como consecuencia de los hechos anteriores resultare un perjuicio para el titular de la data o información o para un tercero".

[20] En lo pertinente, ya que lo contempla entre otras conductas, sanciona al que mediante el uso de las tecnologías de la información reproduzca, modifique o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, con pena de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.

[21] Ramos Júnior, en su trabajo *"Delitos cometidos contra la Seguridad de los Sistemas de Informaciones de la Administración Pública Brasileña"*, pub. en "Alfa-Redi. Revista de Derecho Informático" (www.alfaredi.org), N° 115, febrero de 2008, sección "Delitos y TICs", punto 1 "Delito de inserción de datos falsos en sistemas de informaciones de la administración pública".

tercero sin tal calidad en términos del art. 29 del CPB, sea en coautoría, instigación o alguna modalidad de facilitación, citando en igual sentido las opiniones de Mirabete y Jesús.

A su vez, la segunda norma apuntada, tipifica también como delito propio la modificación o alteración no autorizada de sistemas de información. En efecto, asigna pena de detención de 3 meses a 2 años y multa para el funcionario que modifique o altere sistemas de informaciones o programa de informática sin autorización o solicitud de autoridad competente. La pena será aumentada de una tercera parte hasta la mitad en caso de resultar daño para la Administración Pública. Destaca Ramos Júnior que, no obstante tratarse también de un delito de funcionario, el art. 313-B admite un mayor espectro de autores que el art. 313-A, ya que sería posible su comisión por cualquier funcionario[22]. En ambos casos, son tipos dolosos.

En el caso de Venezuela, dentro del capítulo III "De los delitos contra la privacidad de las personas y de las comunicaciones" de la LECDI de 2001, encontramos el tipo de revelación indebida de data o información de carácter personal (art. 22[23]).

3. Con relación a la "inserción ilegítima de datos personales":

En Brasil, no hay norma análoga, pero sí se verifica una creciente preocupación por la protección de estos aspectos. Así, como destaca Salete Oro Boff, su legislación acompañó la tendencia del derecho comparado y, a partir de 1988, pasa a contemplar la protección de la vida privada y a la intimidad en un dispositivo específico en el texto constitucional (el art. 5º, X), que considera como inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurando el derecho a la indemnización por el daño material o moral procedente de su violación[24]. Hace hincapié la nombrada en que el propio texto constitucional trató de reforzar su efectividad al atribuirle aplicación inmediata, tratándose de la atribución de la calidad de cláusula pétrea y, por tanto, no sujeta a la modificación por enmiendas[25]. El mismo art. 5, LXXII de la Constitución Federal introdujo el hábeas data para asegurar el conocimiento de las informaciones relativas a la persona accionante que consten en los registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público[26].

Además, como destaca Rita de Cássia Lopes da Silva, el legislador de Brasil ha consagrado en el marco de la protección de los derechos del consumidor dos tipos penales relativos a la información almacenada de contenido privado. Se trata de los arts. 72 y 73 del Código de Defensa del Consumidor, Ley 8079/90. El primero pena con detención de seis meses a un año o multa el impedir o dificultar el acceso del consumidor a las informaciones que constan en bancos de datos, fichas o registros, referentes a su persona, mientras que el segundo lo hace con detención de uno a seis meses o multa respecto de la omisión del agente que no procede a la corrección inmediata de la tal información del consumidor que sabe o debería saber inexacta[27].

[22] Trabajo antes citado, punto 2.

[23] Con la siguiente redacción: *"Artículo 22. Revelación indebida de data o información de carácter personal. Quien revele, difunda o ceda, en todo o en parte, los hechos descubiertos, las imágenes, el audio o, en general, la data o información obtenidos por alguno de los medios indicados en los artículos 20 y 21, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.*
Si la revelación, difusión o cesión se hubieren realizado con un fin de lucro, o si resultare algún perjuicio para otro, la pena se aumentará de un tercio a la mitad".

[24] El texto original dice *"a intimidade, a vida privada, a honra e a imagen das pessoas, assegurando o directo à indenização pelo dano material ou moral decurrente de sua violação".*

[25] Selene Oro Boff, *"Vida privada e intimidad en la Internet: entre la libertad y la vulnerabilidad"*, pub. en la "Revista de Derecho Nova Tesis", Rosario, 2007, Nº 6, págs. 9/10.

[26] Cf. Rita de Cássia Lopes da Silva, ya citada, pág. 68.

[27] Ya citada, págs. 68/69.

A su vez, en Paraguay, el Código Penal de 1997, con previsiones más cercanas a las de Brasil (a las que preceden) que a las argentinas, al regular los delitos patrimoniales incorporó un tipo de alteración de datos (art. 174). Su texto es el siguiente: *"Artículo 174.- Alteración de datos. 1º El que lesionando el derecho de disposición de otro sobre datos los borrara, suprimiera, inutilizara o cambiara, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2º En estos casos, será castigada también la tentativa. 3º Como datos, en el sentido del inciso 1º, se entenderán sólo aquellos que sean almacenados o se transmitan electrónica o magnéticamente, o en otra forma no inmediatamente visible".*

En la "Exposición de Motivos" del propio Código, al referirse a la inclusión del tipo transcripto (y del siguiente, que prevé el sabotaje de computadores), se señala que: *"Dada la creciente importancia que tienen la transmisión de datos y las computadoras en la vida cotidiana y en los negocios que se llevan a cabo en la sociedad, y tomando en cuenta el valor patrimonial que actualmente tiene toda información, es menester que el nuevo código penal posea entre sus previsiones, las herramientas eficaces que permitan la sanción de quienes alteraren datos o sabotearen computadoras, ya sea alterando o borrando la información, así como la destrucción de unidades de almacenamiento (discos duros, diskettes, cd rom), o partes accesorias vitales (tarjetas u otro componente del hardware) que imposibiliten el procesamiento de estas informaciones".*

A su vez, se han dedicado dos artículos a los hechos punibles contra la prueba documental en los que se alude a la alteración de datos y conectan expresamente con el inc. 3° del art. 174, antes citado. Se trata de los artículos 248 y 249. Su texto es el siguiente: *"Artículo 248.- Alteración de datos relevantes para la prueba. 1º El que con la intención de inducir al error en las relaciones jurídicas, almacenara o adulterara datos en los términos del artículo 174, inciso 3º, relevantes para la prueba de tal manera que, en caso de percibirlos se presenten como un documento no auténtico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º En estos casos será castigada también la tentativa. 3º En lo pertinente se aplicará también lo dispuesto en el artículo 246, inciso 4º"* y *"Artículo 249.- Equiparación para el procesamiento de datos. La manipulación que perturbe un procesamiento de datos conforme al artículo 174, inciso 3º, será equiparada a la inducción al error en las relaciones jurídicas"*.

En Perú, la alteración, daño y destrucción de base de datos, se había incorporado al C.P. de 1991 por Ley 27309 (17/7/00), como nuevo art. 207-B, que también recibía los agravantes del art. 207-C. Fueron derogados por la "disposición complementaria derogatoria única" de la Ley 30096 de 2013, cuyo art. 3 "Atentado contra la integridad de datos informáticos" es el tipo actualmente regente[28].

2. Tipo Objetivo

a) Bien jurídico

Buompadre sostiene que estos delitos protegen la intimidad personal, entendida como espacio de reserva de los individuos necesario para el desarrollo de la personalidad y que el Estado debe preservar de toda intromisión ilícita por parte de personas no autorizadas[29]. Aboso coincide en que el bien jurídico tutelado sigue siendo la intimidad de las personas pero puntualiza, en especial, que lo son los datos personales almacenados en un sistema informático y aclara que no excluye la

[28] Dice: *"El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a ciento veinte días multa".*

[29] Jorge E. Buompadre, *"Manual de Derecho Penal. Parte Especial"*, Astrea, Bs.As., 2013, pág. 379.

afectación del servicio informático en sí *"pero lo importante acá es proteger el uso extendido de los ordenadores en la vida cotidiana y el proceso de tratamiento y almacenamiento de la información ajena contenida en bancos de datos"*[30].

Entendemos que, como enseñaba el maestro Núñez, lo protegido en este capítulo del Código Penal era la incolumidad de: a) la intimidad de la correspondencia y de los papeles privados y, b) los secretos y la libre comunicación entre las personas[31]. Hemos en otra oportunidad señalado que, en función de la anterior reforma, se pasó a incluir: c) la información que se hallare registrada en un banco de datos personales, que se conecta con el primer aspecto (intimidad) en el inciso 1º del art. 157 bis y el segundo (secreto) en el inc. 2º, tratándose desde el punto de vista del autor de un delito común que preveía como agravante la realización por funcionario público[32].

Según se detalló en los antecedentes, ahora se ha incluido en el epígrafe del capítulo a la "privacidad" en forma expresa, lo que evita la necesidad de cualquier tipo de construcción como la anterior para dotar de sentido a la ubicación de la figura e interpretarla adecuadamente. Coinciden en la bondad de la inserción Navarro, Báez y Aguirre, diciendo que *"Este agregado es adecuado pues, como se verá, no todo lo protegido es secreto sino simplemente privado, es decir que su conocimiento es exclusivo para el destinatario"*[33]. En definitiva, se trata de una versión complejo del objeto de protección que no debiera reconducirse sólo a la "intimidad" en sentido lato.

Terragni coincide en cuanto plantea que no se trata sólo de evitar la revelación de secretos, sino que comprende en general a la intimidad pero no únicamente en su inteligencia como prerrogativa excluyente de terceros respecto de determinados ámbitos de la vida privada, sino también en cuanto se la concibe como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular[34]. Por eso, concluye que la protección de datos propuesta por la norma en estudio va de la mano con los derechos de tercera generación, que desde 1994 integran nuestra Constitución Nacional dentro del Título de los "Nuevos Derechos y Garantías"[35].

Finalmente, debe agregarse que la protección de datos personales ha sido complementada en la órbita contravencional por medio de la disposición 1/2003[36] de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (autoridad de contralor de la ley de Habeas Data).

b) Verbo típico

---

[30] Gustavo E. Aboso, *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia"*, Ed. BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2012, pág. 780.

[31] Ricardo C. Nuñez, *"Manual de Derecho Penal. Parte Especial"*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2º edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, 1999, pág. 175.

[32] Así, en Riquert, *"Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur"*, Ediar, Bs.As., 2009, pág. 114.

[33] Guillermo R. Navarro, Julio C. Báez y Guido J. Aguirre, en su comentario al "Artículo 153", pub. en AAVV *"Código Penal"*, dirigido por David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, ed. Hammurabi, Bs.As. Tomo 5, 2008, pág. 711.

[34] Ob.cit., pág. 551.

[35] Ob.cit., pág. 552.

[36] Pub. en el B.O. del 30/6/03. Fuente: Diario Judicial, sección Noticia del Día, correspondiente al 30 de junio de 2003 (www.diariojudicial.com.ar). Mediante ella se aprobó la *"clasificación de infracciones"* y *"la graduación de sanciones"* a aplicar frente a las infracciones que atenten contra la LPDP. Entre los objetivos perseguidos con ello, las autoridades han señalado que la disposición obedece a razones de seguridad jurídica, ello en un marco de acciones que tienen como norte la prevención, la difusión y educación de los ciudadanos sobre la protección de los datos personales. La normativa dictada dispone una clasificación de infracciones con sus pertinentes escalas sancionatorias. Las categoriza en leves (desde $ 1000 a $ 30.000), graves ($ 3.000 a $ 50.000) y muy graves ($ 50.000 a $ 100.000).

Con relación al inciso primero (acceso ilegítimo a banco de datos personales), se advierte que la redacción conforme la Ley 26388 es idéntica a la anterior, al igual que el monto de la pena conminado en abstracto y la circunstancia calificante de autoría por un funcionario público. La acción típica de acceder, es decir, penetrar, ingresar o introducirse, lo que –conforme aclara Buompadre- implica que la conducta típica no puede tener cabida en la etapa de recogida de datos, sino que demanda que estos ya estén incorporados, almacenados, en el sistema informático[37]. Puede concretarse por cualquier medio ya que no se especifica modalidad de ingreso alguna, aunque el contexto de la reforma es claro en cuanto a que el legislador quiso referirse a los medios informáticos[38].

Teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, Buompadre postula que el acceso implica la toma de conocimiento de los datos, no bastando el mero ingreso clandestino al sistema sin imponerse del contenido de la información ya que sólo mediante esto último podría afectarse la intimidad personal del titular del dato[39]. Sin embargo, parece soslayar que en realidad el afectado por la conducta es el titular del banco de datos que con el mero acceso ve violentado el secreto que debe presidir la recolección, preservación y procesamiento de datos.

Respecto al inciso segundo, realizado el cotejo entre los distintos textos de este artículo transcriptos el inicio y en los antecedentes, el vigente ofrece algunas diferencias con el precedente. Así, no contempla sólo la conducta "revelare", sino también "ilegítimamente proporcionare", además que la información registrada puede no estarlo sólo en un banco de datos personales, sino en un simple "archivo", lo que le permite aprehender un universo mayor de casos, una mayor variedad de conductas.

En cuanto al significado de "revelar", importa el dejar ver, mostrar o exponer a otro la información que se debe mantener en secreto, es decir, destaparla o descubrirla, correr el velo permitiendo se conozca; mientras que "proporcionar" es la acción de *"hacer lo necesario para que una persona tenga algo que necesita, facilitándoselo o dándoselo"*[40]. Destaca Buompadre que esta facilitación o puesta a disposición puede concretarse por cualquier medio, informático o no, oral o escrito[41].

En estos términos, queda claro que mientras el primer inciso pena el "acceso" por parte de cualquiera, aquí se lo hace respecto del revelar o proporcionar ilegalmente los datos a un tercero por parte de quien tiene la obligación de guardar secreto. Amans y Nager señalan que se trataría de una modalidad específica del convencional delito de violación de secretos, generada por los avances tecnológicos[42].

Finalmente, el inciso 3° que recoge parcialmente una tipicidad que estaba en el art. 117bis derogado (sede de delitos contra el honor), pena la ilegítima inserción de datos en un archivo de datos personales. Inserta quien incluye datos en el archivo de datos personales, mientras que "hace

---

37 Cf. Buompadre, ob.cit., pág. 379.

38 Cctes.: De Langhe, Marcela – Rebequi, Julio M.: comentario al "Artículo 157 bis", pub. en AAVV *"Código Penal"*, dirigido por David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, ed. Hammurabi, Bs.As. Tomo 5, 2008, pág. 815; Donna, *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pág. 380. Allí relaciona la figura con la del art. 197.2 del CPE, con cita a Polaino Navarrete en el sentido que todo acceso cognitivo no autorizado al banco de datos reservados implica una lesión del bien jurídico "intimidad", garantizado al titular de aquellos.

39 Ob.cit., pág. 379.

40 Así, la definición que brinda el "Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse", ed. La Nación, Bs.As., 2005, pág. 945.

41 Ob.cit., pág. 380.

42 Carla V. Amans y Horacio S. Nager, *"Manual de Derecho Penal. Parte Especial"*, dirigido por Carlos A. Elbert, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2009, pág. 219.

insertar" quien logra que un tercero los introduzca. La otra persona no necesita participar dolosamente, puede que lo haga engañada, por error, en cuyo caso –apunta Terragni– configuraría un supuesto de autoría mediata[43].

Amans y Nager apuntan que se debiera además requerir que tal inserción tenga virtualidad suficiente para producir la lesión del bien jurídico, por lo que entienden que no cualquier inserción es suficiente para configurar el injusto[44]. Por su lado, Buompadre resalta que debe tratarse de datos personales, careciendo de relevancia que sean falsos o verdaderos, que sean de terceros o del propio titular[45]. También Terragni enfatiza la suficiencia de la incorporación ilegítima, sin que el tipo exija que los datos insertados sean falsos[46].

c) Elementos

La insistente señalización de ilegitimidad en cada uno de los incisos de la norma analizada constituye un elemento normativo que viene a enfatizar la falta de consentimiento[47]. Lógicamente, de contar con este no estaríamos frente a una conducta punible.

La redacción ha sido justamente criticada por redundante ya que si se violan sistemas de confidencialidad, con evidencia se lo hace a sabiendas y careciendo de derecho[48]. No obstante, observan De Langhe y Rebequi que la incorporación del elemento normativo "ilegítimamente" en la redacción vigente lleva por consecuencia singular en la tercera tipicidad que baste la incorporación del dato sin derecho, aunque pudiera ser verdadero[49].

En cuanto a otros elementos del tipo de carácter normativo, sus conceptos básicamente vienen provistos por el art. 2 de la LPDP N° 25326. Así, nos dice que por "datos personales" ha de entenderse la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables; por "datos sensibles" aquellos datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual; por "datos informatizados" aquellos datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado; por "archivo, registro, base o banco de datos", en forma indistinta, el conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera fuera la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

d) Sujeto activo

Las distintas hipótesis típicas están redactadas de tal modo que es necesario diferenciar entre ellas ya que median en algún caso restricciones a que cualquiera pueda ser su autor (delito común). En el caso del primero y del tercer inciso, puede ser cualquier usuario no autorizado con la debida clave. Cualquiera que burle la protección dispuesta por el servidor, dice Marco A. Terragni[50].

---

[43] Ob.cit., pág. 555.
[44] Ob.cit., pág. 219.
[45] Ob.cit., pág. 381.
[46] Ob.cit., pág. 551. En igual sentido, Aboso, ob.cit., pág. 782.
[47] Ccte.: Terragni, ya citado, pág. 553.
[48] Así, De Langhe y Rebequi, ya citados, pág. 816. Ccte.: Horacio S. Nager, en su trabajo *"Protección penal de la privacidad en la sociedad de la información. Análisis de la ley 26388 y algunas consideraciones preliminares en torno al Anteproyecto de Código Penal de la Nación"*, pub. en la revista "Derecho Penal", dirigida por Alagia-De Luca-Slokar, ed. INFOJUS, Bs.As., N° 7, 2014, pág. 95.
[49] Ob.cit., págs. 822/823.
[50] Ob.cit., pág. 553.

En el segundo, en cambio, debe tratarse de alguien que esté obligado a preservar el secreto de la información por disposición de la ley. De Langhe y Rebequi destacan que, por ello, el agente es alguien que cubre rol de "garante" de la privacidad, tratándose en definitiva de un delito propio, de autoría especial o de autor calificado[51]. En general, el art. 10 de la Ley 25326 de Protección de Datos Personales, establece el "deber de confidencialidad" en los siguientes términos: *"1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos. 2. El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública"*.

Volviendo a la norma en comentario, el párrafo final, común a todos los incisos que le preceden, prevé que si el autor fuere un funcionario público le corresponderá además una pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años. Entiendo que para habilitar la procedencia de esta circunstancia agravante no basta la objetiva posesión de la calidad personal sino que el ejercicio de la actividad funcional en el marco del hecho atribuido cobra relevancia[52].

e) Sujeto pasivo

En la primera tipicidad resulta ser el titular del banco de datos (persona física o jurídica[53]) mientras que, sin perjuicio de ellos, puede entenderse que en todas lo es el titular de los datos reservados que son ilegítimamente accedidos, revelados o modificados por inserciones.

El art. 2 de la Ley 25326 indica que "responsable de archivo, registro, base o banco de datos" es la persona física o de existencia ideal pública o privada que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos; por "titular de los datos" ha de entenderse toda persona física o de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la propia ley; mientras que "usuario de datos" es toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.

3. Tipo Subjetivo

En todos sus incisos estamos frente a conductas dolosas. El giro "a sabiendas" con el que comienza el primero de ellos, es indicativo de que se trata de un supuesto que demanda dolo directo[54].

Aún sin él, la tercera hipótesis también luce en principio compatible con esa misma modalidad[55]. En cambio, respecto de la conducta del segundo inciso parece admisible su compatibilidad con el dolo eventual[56].

---

[51] Ob.cit., pág. 821.

[52] En contra: Buompadre, ob.cit., pág. 382; Aboso, ob.cit., pág. 781; Terragni, ob.cit., pág. 555; Carlos Creus y Jorge E. Buompadre, *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Astrea, Bs.As., 7° edición actualizada y ampliada, 2007, pág. 405 (con referencia a la redacción conforme a la LPDP, pero válido para el texto vigente).

[53] En contra de la inclusión de la persona jurídica como sujeto pasivo: Terragni (ob.cit., pág. 554).

[54] Cctes.: Buompadre, ob.cit, pág. 380; Amans y Nager, ya citados, pág. 218; Terragni, ob.cit., pág. 554; Nager, ob.cit., pág. 96; Creus y Buompadre, ob.cit., pág. 405 (con referencia a la redacción conforme a la LPDP, pero válido para el texto vigente).

[55] Concuerdan Buompadre, afirmando que concluye en tal sentido inducido por la exigencia de que se obre "ilegítimamente" (ob.cit., pág. 382); Aboso, ob.cit., pág. 782.

4. Iter criminis

Con relación a la primera hipótesis típica puede señalarse que, al tratarse de un delito de pura acción o pura actividad, la lesión al bien jurídico protegido se concreta con el mero acceso, no siendo necesaria la verificación de otro resultado autónomo, como podría ser que el agente se apropie de datos que integran el banco[57]. Sin embargo, resulta admisible la tentativa ya que es factible que el iter criminis sea interrumpido en momentos en que alguien intenta el acceso, por razones ajenas a su voluntad[58].

Respecto a la segunda tipicidad, la lesión al bien jurídico protegido se concreta con la simple revelación o el proporcionar la información[59] y, también en este caso, resulta posible la tentativa[60].

En orden a la tercera hipótesis típica, De Langhe y Rebequi, no obstante considerarla es un delito formal, de peligro abstracto[61], postulan que es admisible la tentativa[62]. Buompadre, en cambio, lo considera como de peligro concreto y niega la posibilidad de tentativa por entender que se consuma con la introducción del dato en el archivo de datos personales y es en ese momento que se coloca en peligro de lesión al bien jurídico protegido[63].

Concuerda Aboso en la posibilidad de tentativa en los tres supuestos[64].

5. Concurrencias

No son de descartar posibles concursalidades, siendo la más evidente dentro del mismo capítulo la que mediaría en relación aparente de especialidad entre el primer inciso y el art. 153bis (acceso ilegítimo simple). También las falsedades documentales pueden concurrir con el inciso tercero.

6. Pena

Se ha previsto una escala de prisión con mínimo de un mes y máximo de dos años para los tres incisos, con agravante cuando el agente sea funcionario público, caso en el que además tendrá inhabilitación especial de uno a cuatro años. Nora Cherñavsky ha resaltado que el legislador nacional ha optado por penar las infracciones a la privacidad con una escala de 15 días a 6 meses cuando se trata del acceso indebido tanto a correos como a comunicaciones electrónicas (art. 153, CP), como a un sistema informático (art. 153bis, CP), que asciende o se eleva hasta el mes a los dos años cuando

---

[56] Respecto de la anterior redacción del inciso 2º puntualizaba Donna la posibilidad de realización del tipo con dolo eventual (ob.cit., pág. 381). Ccte.: Nager, ya citado, pág. 97. En contra: Buompadre, que postula sólo admite dolo directo (ob.cit., pág. 381); Aboso, ob.cit., pág. 782.

[57] Cctes.: Ledesma, quien refiriéndose al art. 157 bis 1º párrafo, entiende que es un delito formal o de pura actividad, que se consuma con el solo hecho de acceder, sin necesidad de la divulgación de datos ni de que se cause perjuicio, real o potencial (al actualizar la obra de Carlos Fontán Balestra, *"Derecho Penal. Parte Especial"*, 16° edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Bs.As., 2002, pág. 383); De Langhe y Rebequi, ya citados, pág. 816.

[58] Ccte.: Buompadre, que brinda el ejemplo de quien es sorprendido al ingresar al sistema (ob.cit., pág. 380).

[59] Ccte.: Ledesma, quien en cuanto al 2º párrafo del texto anterior, señalaba que el sujeto pasivo es el titular de los datos revelados que es, según el art. 2º de la ley 25.326, toda persona física o jurídica con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere al propia ley (ob.cit., pág. 385).

[60] En igual sentido se pronuncian De Langhe y Rebequi (ya citados, pág. 820) y Buompadre (ob.cit., pág. 381).

[61] Ccte.: Terragni, ob.cit., pág. 555.

[62] Ob.cit., págs. 822/823.

[63] Ob.cit., pág. 382.

[64] Ob.cit., pág. 783.

lo es respecto a una base de datos (art. 157bis, inc. 1°, CP)[65]. Es decir que media una diferenciación según lo que se acceda (correo, sistema o banco de datos) y, en el último caso, se observa que mientras que el mínimo se incrementa al doble, el máximo se cuadruplica.

Conforme se expuso al comienzo, el "Anteproyecto" de 2014 está proponiendo mantener el tope en dos años, pero subir el mínimo a seis meses, lo que se explica porque se trata de una decisión político criminal genérica que lo preside de no tener penas privativas de libertad de menos de seis meses, lo que se acompaña de un sistema de penas alternativas que suple o reemplaza lo que hoy son prisiones de corta duración.

7. Acción penal

Ledesma, al referirse a la acción penal entiende que al no haberse modificado el art. 73 del digesto sustantivo por la LPDP incluyendo al art. 157 bis entre las excepciones que contiene, debe entenderse que la acción para perseguir este delito es privada[66], punto en el que entendemos le asistiría razón, ya que la exclusión se refiere taxativamente a los arts. 154 y 157, tratándose de un aspecto que no ha sido abordado en la reforma actual[67].

Coincide Nager, enfatizando que más allá de la tesis del olvido legislativo y la opinión de algún sector de la doctrina, una interpretación contraria a lo normado en el art. 73 citado vulneraría el principio de legalidad en perjuicio del eventual inculpado[68]. Sin perjuicio de ello, pone de resalto la confusión que se genera porque siendo que el inciso 3° reproduce lo que antes era una tipicidad del derogado art. 117bis, resulta que cuando estaba radicada en dicha sede la acción era pública[69].

Buompadre, si bien en principio sostiene que la acción es privada, postula que debe diferenciarse conforme al carácter de los datos almacenados en bancos de datos, es decir, distinguiendo según sean públicos o privados y, para el primer caso, entiende la acción será de naturaleza pública y promovible de oficio[70].

Es que no se trata de un problema menor que ya se ha planteado en numerosas ocasiones y no resulta nada razonable que en casos donde los sujetos activos son funcionarios públicos o cuando se trata de conductas que han tenido por afectados a sistemas informatizados de igual carácter, la acción sea privada. Señala Eduardo E. Rosende que, para solucionarlo, se presentó a una propuesta a la Comisión que elaboró el "Anteproyecto" de 2014 que, aún cuando no fue tomada textual[71], se recibió parcialmente en forma favorable porque en el art. 44 (acciones privadas) se mantuvo sólo al acceso ilegítimo a información del art. 123 en su inciso 1° (equivalente al actual art. 153bis) e inciso 3° apartados "a" y "c" (serían los actuales incisos 1° y 3° del art. 157bis). No obstante comentar positivamente que sólo han quedado *"conductas que no giran en relación a la función pública"*, Rosende llama la atención en torno que *"con respecto al ejercicio de la acción en los casos del art.*

[65] En su conferencia *"El delito informático"*, pub. en AAVV "XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina. Rosario, junio de 2011", Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 285.
[66] Ob.cit., pág. 384 (inc. 1º) y 385 (inc. 2º).
[67] Ccte.: De Langhe-Rebequi, ob.cit., pág. 824, donde citan en igual sentido la opinión de Andrés J. D'Alessio, en su *"Código Penal. Comentado y anotado"*, ed. La Ley, Bs.As., 2004, tomo II, pág. 374.
[68] Ya citado, pág. 96.
[69] Ya citado, pág. 98.
[70] Ob.cit., pág. 382.
[71] Véase su trabajo titulado *"Los denominados delitos informáticos y la estructura general del Anteproyecto de Código Penal"*, pub. en la revista "Derecho Penal", dirigida por Alagia-De Luca-Slokar, ed. INFOJUS, Bs.As., N° 7, 2014, pág. 186.

123, inc. 3, aparts. a) y c) no se ha aclarado ni en la parte general ni en las figuras específicas, quién resultará el titular de dicha acción, pues conforme el bien jurídico afectado, sólo podría ser aquel cuya privacidad es afectada por los datos de contenidos en la base y el propietario de la base misma, que debería responder civilmente ante el primero"[72].

[72] Trabajo citado, pág. 187.

Delitos contra la Fe Pública

Por Rubén E. Figari

Capítulo I: Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito.-

Art. 282: ***"Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la república y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación".***

Art. 283: ***"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada. Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión".***

Art. 284: ***"Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de [mil a quince mil pesos] de multa".***

Art. 285: ***"Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado".***

Art. 287: ***"Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada".***

Capítulo II: Falsificación de sellos, timbres y marcas.

Art. 288: **"*Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años: 1. El que falsificare sellos oficiales; 2. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro***

de impuestos. En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero".

Art. 289: ***"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados; 2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte; 3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley".***

Art. 290: ***"Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición. El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados, será reprimido con multa de [setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos".***

Art. 291: "*Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena".*

1.- Bien Jurídico protegido.

Siempre ha sido un tanto complicado definir en forma especifica el bien jurídico que tutela la Fe Pública, por la singularidad que abarca los tipos penales que se engloban en este título, de allí que se han desarrollado variadas concepciones en torno a cuál es en definitiva el bien tutelado.-

A Filangieri se le debe la primera noción de la fe pública integrando a los delitos contra el orden público. "Servirse de depósito de la confianza pública con el fin de violar las obligaciones dependientes del mismo es el carácter de los delitos comprendidos en esta clase". Incluyó entre los delitos contra la fe pública, conductas del más diverso género agrupadas todas ellas bajo el concepto genérico de violaciones a la confianza depositada por el *Príncipe* en sus funcionarios, observando que al clasificar a éstos se tuvo en cuenta el derecho que se ofende y no al medio usado para lograr esa ofensa. Contiene en esta categoría figuras delictivas tales como, el peculado en los administradores o depositarios de las rentas públicas; el delito de falsarios notarios o escribanos públicos; la falsificación o alteración de moneda en las personas encargadas del cuño público; la violación de los secretos del Estado en la persona pública que es su depositaria; el abuso de los sellos

del Estado, que cometen los funcionarios que tienen su custodia; el fraude del tutor junto a su pupilo y la quiebra fraudulenta de un negociante público. Se advierte que este autor coloca dentro de la denominación de delitos contra la fe pública conductas de diverso género agrupadas bajo el concepto común de violaciones a la confianza depositada por el Príncipe en sus funcionarios ([1]). Es menester ubicarse en la época y comprobar que quedan fuera de la clasificación las falsedades cometidas por los particulares, pero lo relevante es que el concepto de fe pública aparece por primera vez en el ámbito del derecho penal dejándose de lado el concepto de un medio de comisión.-

Camignani entiende el concepto de fe pública como un objeto jurídico de contenido patrimonial y define al delito de falsedad como una alteración fraudulenta de la verdad con daño de otro. La fe pública puede ser violada, según este jurista italiano, con la falsedad o con el hurto porque la "prodición" pertenece a otra clase de infracciones, de modo que se pueden comprender en esta clase de delitos contra la fe pública: la falsedad pública; la falsa moneda que forma una especie de falsedad pública; el hurto del dinero público cometido por la persona a la cual fue confiado; la quiebra fraudulenta ([2]).-

Carrara realiza un interesante argumento que se remonta al origen de la sociedad civil que viene a amparar el derecho con la consabida libertad individual de todos los asociados y el ejercicio pasional libre de las actividades humanas, por ello, asevera, que ella constituye una autoridad que está por sobre todos y que mediante el poder civil mantiene la observancia de los vínculos surgidos de las obligaciones y mediante la función penal sostiene el respeto a los derechos de todos. Consiguientemente, esa autoridad procura ser más libre y rápido el desarrollo de las actividades humanas en los contratos, crea mercancías, les asigna precios y determina un elemento de intercambio por ellas que vendría a ser la moneda. "Todos los asociados, al ver el objeto al que la autoridad atribuye un precio determinado, *creen* sin vacilaciones en ese precio, lo que aceptan como tal, y en cambio de dicha moneda entregan cosas propias, que juzgan de ese mismo precio". Pero la autoridad pública va mas allá de ello al crear signos materiales y delegar en ciertos ciudadanos la potestad de asegurar, por medio de tales signos, las condiciones de un objeto venal o la existencia de ciertos hechos y de ciertos contratos. Es así que surgen los sellos o timbres; los funcionarios públicos que dan a los ciudadanos testimonios fehacientes con presunción de veracidad y los documentos públicos que prueban hechos y contratos consignados en ellos. "De este modo nace en los asociados

[1] FILANGIERI Gaetano *"Scienza della legislazione"* vol. II, Firenze, 1872, p. 398.
[2] CARMIGNANI Giovanni *"Elementi di Diritto penale",* Milán, 1882, p. 416, § 1192.

una fe que no proviene de los sentidos, ni del juicio, ni de las simples afirmaciones de un individuo, sino de lo prescripto de la autoridad que la impone…En todos los casos, mi *fe* ya no es *privada,* sino *pública*; y lo es *subjetivamente,* pues esas condiciones no originan la creencia de un solo individuo particular, sino la creencia pública, la de todos los ciudadanos; y lo es *objetivamente,* pues no le prestó fe a quien me presenta la moneda o el contrato (y hasta puedo tener motivos para desconfiar de él), sino a la autoridad pública, a sus signos, emblemas y mandatarios". "Siendo este el sentido ["el concepto de la *fe pública,* originado por la sociedad civil y que sirve de criterio en la presente clase de delitos, no es, por lo tanto, una abstracción sutil pues expresa una realidad positiva, proveniente de un acto de la autoridad superior, y se manifiesta en una serie de hechos universales y constantes"] de la fe pública que se considera como determinante de la presente clase de delitos, resulta fácil definir cada una de las figuras criminosas que deben incluirse en ella. En la moneda deben tener fe todos los ciudadanos, por su confianza en el gobierno que la acuña; esta es *fe pública,* y la viola el que falsifica moneda; por lo tanto, la *falsedad monetaria* encuentra aquí su verdadero puesto. En los documentos públicos y en los sellos o timbres tienen fe todos los ciudadanos, porque confían en los mandatarios del gobierno o en los que de la autoridad superior recibieron facultad para establecer, mediante esos documentos o esos sellos, una presunción de veracidad en una atestación, o de existencia de ciertas condiciones en un objeto. Esta es *fe pública,* y la viola el que falsifica *sellos o documentos públicos;* por consiguiente, la *falsedad en documentos públicos* y la *falsedad en sellos o timbres* constituyen otros dos títulos que deben examinarse en el presente sitio" ([3]).-

Pessina explica que la fe pública es la sancionada por el Estado, la fuerza probatoria atribuida por él a algunos objetos, signos o formas exteriores y los delitos que la lesionan se consuman cuando se adulteran aquellos actos, signos, formas a los cuales la ley atribuye el destino de hacer fe de la verdad de un estado de cosas del cual se deriva cualquier consecuencia jurídica. De manera que el núcleo de la falsead punible está dado por violar el derecho sustancial por medio del derecho formal, adulterando aquellos objetos exteriores a los cuales la ley atribuye el valor de certeza legal ([4]). En este aspecto coincide con Carrara al afirmar que la fe pública deriva de la autoridad del Estado, pero además, tal imposición tiene por finalidad la de proteger la eficacia de los objetos y signos probatorios en los cuales deben confiar los miembros de toda sociedad jurídicamente organizada, es

[3] CARRARA Francesco *"Programa de Derecho Penal. Parte Especial"* 5º edición revisada, t. IX, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1996, §3356/3358

[4] PESSINA Enrico *"Elementi dei Diritto Penale"* vol. III, Marghieri, Napolí, 1885, nº 294.

decir que por primera vez, se vincula el sistema de las falsedades en el derecho penal al régimen de las pruebas en el derecho procesal ([5]).-

Rosshirt, en Alemania en 1839 ya exigía la existencia de un sentimiento común que se podría llamar confianza pública y así inicia el estudio de la fe pública como bien jurídico protegido de los delitos de falsedad. Cabe acotar que el Código Penal de Baviera de 1813 y el de Oldemburg de 1814 fueron los primeros que consagraron en forma legislativa la noción de "fe pública". El autor alemán citado expresaba que "todos saben que cualquiera que profana tal confianza no sólo viola su palabra o un contrato, sino que lesiona la buena fe que tiene una persona u otra, en cuanto se presume siempre una cierta confianza. La falsedad, en general, es por lo tanto una profanación de la *fides* pública y el *falsum* con perfeccionamiento del concepto de la *fides* pública que viene referido a determinados objetos o derechos consagrados por la ley o por la costumbre ([6]).-

Lenz sigue la teoría de la anterior jurista y para él la fe pública no es una imposición estatal, sino la confianza que la colectividad deposita en determinadas objetivaciones de hechos jurídicamente relevantes, como son los documentos, las monedas, los signos de límites, las pesas y medidas, contraseñas de las mercaderías. Agrega que la declaración humana que se proyecta es aceptada como proveniente del que la emite, sin ulterior indagación acerca de si éste ha hecho efectivamente la declaración, y si ello, permanece inalterada en su contenido originario ([7]).-

Para Manzini la fe pública, amén de ser una necesidad, es una costumbre de la vida social y la define como aquella reciproca filucia colectiva por la cual se desarrollan determinadas relaciones sociales, como son las relativas a la emisión y circulación monetaria, los medios simbólicos de autentificación publicada o certificación, documentos, etc. agregando que dicha fiducia es un hecho colectivo permanente, como una costumbre social, como una actitud particular de la moralidad pública por ende constituye un bien jurídico colectivo debido a que la protección penal se extiende a aquellos hechos que no sólo traicionan la fiducia individual sino que pueden inducir a engaños a un número indeterminado de personas, es decir, al público ([8]).-

Hay juristas que deniegan validez a la fe pública, tal es el caso de L`Oppenheim y Von Liszt quienes reducen la concepción de la fe pública a la de otros bienes jurídicos garantizados por el legislador. El primero de los mencionados, entiende que los delitos se diferencian según que la ley

---

[5] CARRERAS Eduardo *"Los delitos de falsedades documentales"* Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 24/25.
[6] Citado por FINZI Marcelo *"I reati di falso"* t. II, Turin, 1908, p. 118.
[7] LENZ "*Die Falschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsgleichen -der Darstellung",* 1897, p. 42/43 citado por CARRERAS Eduardo (ob. cit. p. 26)
[8] MANZINI Vicenzo *"Trattato di Diritto Penale",* vol. VI, Torino, 1947, p. 431, nº. 2091/2092

proteja un sólo bien jurídico o también salvaguarde otros bienes contenidos en el primero o definidos como secundarios. Consecuentemente en la falsedad, el interés jurídico primario tenido en cuenta por el legislador, es la seguridad de la prueba instrumental; y en la falsedad, numerario es el movimiento del dinero, pero, como los documentos protegen el patrimonio de los ciudadanos y la moneda es un elemento de la propiedad de las personas, la ley penal en forma indirecta garantiza otros bienes o intereses de aquellos que a primera vista aparecen ([9]). Para Von Liszt los delitos contra la fe pública tienen en común la ofensa a una misma objetividad jurídica, sino que se caracterizan por el medio de comisión, o sea, el engaño ([10]).-

Gabba ha criticado vigorosamente el concepto de fe pública considerándola como una de las nociones más artificiosas e indeterminadas que se pueden encontrar en la doctrina y en la ley penal. Advierte que los delitos más flagrantes y dañosos consistentes en engaños a la buena fe de otro no se consideran delitos contra la fe pública porque se realiza sin violación ni usurpación de las formalidades externas. Estos engaños – dice Gabba – no interesan siempre a toda la sociedad, sino solamente a las partes contratantes y a sus sucesores, por lo que no se alcanza a ver cuál es el engaño hecho a la sociedad misma y cuál sea el daño que a ésta pueda alcanzar. Los documentos que interesan realmente a la sociedad son aquéllos que emanan directamente de los poderes soberanos del Estado. "… Vano es hablar de un pretendido derecho universal, porque no puede existir un delito donde no se encuentra un interés, y aquí el interés es totalmente de los particulares: la universalidad de los ciudadanos no tiene ningún interés concreto y determinado. Restituido el delito de falsedad a su sede verdadera y natural, cesa de ser un delito formal, en su vida no puede comenzar sino cuando haya comenzado la violación de la propiedad o de la reputación del ciudadano" ([11]).-

Por su parte, Lombardi adhiere al anterior expositor y expresa que si se quiere prescindir del motivo como aquello que en verdad puede ser el índice certero de una clasificación de los delitos, y se quiere atender a la llamada objetividad jurídica, los varios delitos de falsedad para poder ser incluidos en una clase, no pueden ser considerados más que por el objetivo del fraude o engaño: vastísima categoría que pueda abarcar en verdad las varias especies de falsedad, desde las monetarias a las comerciales o industriales, desde las falsedades en el ejercicio de las funciones públicas a aquellas formas de estafa de período común. El fraude es tan amplio como la civilización

---

[9] L`OPPENHEIM Lassa citado por FINZI Marcelo (ob. cit.t. II. ps. 198/207)
[10] Von LISZT Franz *"Die falsche Aussage von Gericht oder öffentlicher Behorde"*, Graz, 1877, p. 10.
[11] GABBA Bassano *"Ensayo en torno a la doctrina y a la represión de los delitos contra la fe pública"* en ZERBOGLIO Adolfo *"Trattato di diritto penale"*, Milano, s/d.

contemporánea a la cual corresponde buena parte de la delincuencia presente, por lo cual, sólo el motivo y el objeto del delio serían los elementos unificadores en la indagación y en la valoración de las figuras delictivas, y la clasificación se basaría sobre la noción y la esencia psicológica del delito ([12]).-

Binding entiende que la fe pública no es más que una fórmula vacía que no responde a ningún concepto de la realidad jurídica, de modo de que la teoría de los delitos de falsedad debe elaborarse en torno al concepto de prueba y propone que lo que se protege con la falsedad de la moneda y el documento es la seguridad de las pruebas, pero fuera del proceso, de modo que no va destinada al juez sino a cualquier persona. De allí que para este autor el bien jurídico es la pureza del proceso probatorio obtenida mediante la autenticidad y veracidad del medio de prueba. Por ello esta singular visión apunta a una doble prohibición: probar la verdad y la no verdad con medios probatorios falsos y demostrar una no verdad con medios de pruebas auténticos. Por esto se entiende aquél que en el hecho procede el sujeto, como ser su declaración – explícita o implícita – y certifique lo que el autor declara decir o certificar. De esta manera el medio de prueba auténtico sólo prueba la verdad cuando dicha declaración coincida con esa verdad ([13]).-

No se puede dejar de mencionar a Rivacoba y Rivacoba, quien luego de hacer un exhaustivo análisis de todos los juristas que se han pronunciado sobre el tema, sintetiza su pensamiento al definir a la fe pública como la confianza generalizada en la autenticidad y valor de ciertos objetos, signos o documentos que suscita o impone la garantía que les dispensa el Estado, sea directamente o a través de las instituciones o los funcionarios o ministros en quienes delega al efecto ([14]).-

Muñoz Conde al tratar el bien jurídico protegido en el Código Penal español en un título que califica de vago – “de las falsedades” – entiende que la falsedad es lo contrario a la verdad pero la verdad que aquí interesa no es la verdad en sentido filosófico, sino la apariencia de conformidad a la realidad que engendran determinados signos, nombres, documentos, trajes, etc. Esta apariencia que generan tales signos, engendra una confianza, una fe, en la sociedad, en el público en general, la fe pública que se protege por el Estado en cuanto es necesario para el tráfico jurídico y puede servir

---

[12] LOMBARDI Giovanni *“Dei delitti contro la fede pubblica”,* capítulo II, Milán, 1935, nº9, citado por CARRERAS Eduardo (ob. cit. ps. 36/37)

[13] BINDING Karl *“Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil”,* t. II, Leipzig, 1902, §148, p. 119.

[14] RIVACOBA Y RIVACOBA Manuel de *“Objeto jurídico y sujeto pasivo de la falsificación de moneda”* en MARUM Elizabeth en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (dirección) TERRAGNI Marco (coordinación) *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”* t. XI, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 232. Análisis de DE LANGHE Marcela al trabajo de RIVACOBA Y RIVACOBA Manuel *“Doctrina Penal”,* nº33/34, ene-jun., Buenos Aires, 1986, p. 41.

como medio de prueba o autenticación. “Todos o casi todos los objetos materiales sobre los que recae la acción en los delitos de falsedades: sellos o efectos timbrados, monedas, documentos públicos, documentos mercantiles, títulos profesionales, etc. son signos que engendran esa apariencia de realidad. La creación y la manipulación ilegítimas de esos objetos son ataques al tráfico fiduciario, a la *fe pública,* en la medida en que dichos objetos gozan de crédito en las relaciones sociales y su uso es indispensable para el normal desarrollo de una convivencia con un mínimo de su organización. Sin la fe pública no podría desarrollarse el tráfico jurídico. En su vida de relación las personas han ido creando una serie de signos a los que en el transcurso del tiempo la sociedad y, en última instancia, el Estado han dotado de significación. Así, por ejemplo, la firma al pie de un documento indica normalmente que la declaración de voluntad que allí se contiene procede del firmante; la cantidad expresada en un papel moneda, el valor económico que el Estado le atribuye, etc. Estos signos, en cuanto gozan de un crédito público, son también *medios probatorios* de la realidad que representan. Por eso algunos autores consideran que la esencia de las falsedades radica en ser delitos contra los medios de prueba. Esta tesis es admisible, siempre que no se confundan los medios de prueba en sentido amplio con los medios de prueba admisibles en proceso, puede aceptarse esta última interpretación habría que restringir el ámbito de las falsedades a aquéllas que recaen sobre los medios de prueba legalmente admisibles en el proceso (por ejemplo, el documento público), lo que ni dogmáticamente ni desde el punto de vista político criminal es acertado, porque, entre otras razones, el delito que ataca a uno de los medios de prueba fundamentalmente en el proceso, el falso testimonio se configura como un delito contra la Administración de Justicia y no como un delito contra la fe pública que es un bien jurídico más amplio y difuso” ([15]). Aduce que en el título respectivo del Código Penal español no se trata de proteger la verdad en abstracto, sino la apariencia de verdad que denominados signos engendran, en cuanto son al mismo tiempo, medio probatorios de ella en su sentido más amplio y dentro de ese marco que es lo que genera la seguridad en tráfico jurídico fiduciario, habrá que identificar después en cada delito o grupo de ellos, el bien jurídico específico particularmente afectado por la acción típica que debe ser adecuada para inducir a error a las personas, o sea, idónea para hacer pasar un signo ilegítimo o falso por uno verdadero o legítimo. Por otra parte, la acción falsaria debe ser destinada a entrar en el tráfico jurídico, engañar concretamente a una persona. Estos requisitos deben ser exigidos en todos los tipos delictivos que

[15] MUÑOZ CONDE Francisco *“Derecho Penal. Parte Especial”,* Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 605/606.

acoge el título en cuestión para evitar que una interpretación excesivamente lleve a la criminalización de comportamientos inocuos o de escasa trascendencia social. Hay que tener en cuenta que las falsedades tienen muchas veces un valor instrumental, al utilizarse como medio para la comisión de otros delitos con lo que se incurre en el concurso ideal o en el concurso de leyes, quedando absorbida la falsedad en el delito fin ([16]).-

En la doctrina nacional, por ejemplo, Gómez entiende que el Estado no impone la confianza en determinados objetos, tal como señalaba Carrara. Empece, cuando la ley otorga a un instrumento público una eficacia probatoria específica, todos aceptarán ese documento que se encuentra de tal manera amparado por el derecho. El precepto legal sin imponerla precisamente, engendra la confianza colectiva. En conclusión, la fe pública no es sino la confianza colectiva que se tiene en determinados documentos, signos o símbolos, y en relación a lo que ellos expresan. Esa confianza es indispensable para el normal desenvolvimiento de la vida civil. La ley atribuye a algunos de estos documentos signos o símbolos, plena eficacia probatoria: documentos emanados de los oficiales públicos, moneda, billetes de banco, timbres y marcas oficiales. Nadie desconfía de su genuinidad, no porque la ley obliga a creer en ella, sino porque la afirma. Cuando uno de los objetos sobre los que recae la confianza colectiva es falsificado o adulterado, la que resulta ofendida o agredida es la misma confianza colectiva o fe pública, para emplear la locución consagrada por el tecnicismo jurídico ([17]).-

Núñez señala que en este título XII el Código Penal reúne una serie de delitos cuya característica común es la de implicar, en una u otra forma la falsedad que por su función pública deben gozar de la confianza generada – *fides populis o fides publica* –. De modo que el título en cuestión protege esa confianza reprimiendo los atentados contra la autenticidad de los objetos cometidos mediante su imitación material, y los atentados contra la veracidad de los actos, cometidos mediante la inmutación de su contenido. Por ende el epígrafe del Título XII no alude a delitos contra la plena fe legalmente otorgada, tal como sucede con la moneda de curso legal, los títulos, los cupones, bonos e instrumentos públicos, sino a delitos contra la confianza del público respecto de ciertos objetos o actos, cuya autenticidad o veracidad es necesario preservar por la función social que desempeñan ([18]).-

[16] Idem (ob. cit. ps. 606/607)
[17] GÓMEZ Eusebio *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, ps. 23/26.
[18] NUÑEZ Ricardo *"Tratado de Derecho Penal"* t. V, vol. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, ps. 201/202

Quien da una cierta precisión sobre el tema del bien jurídico en los delitos contra la fe pública es Ramos, sosteniendo que al prescindir de la falsificación de la moneda, las falsedades no terminan comúnmente en la falsedad misma, sino que se pretende un fin distinto como ser la apropiación de un bien patrimonial ajeno, por ejemplo, saldar una deuda, crear o extinguir dolosamente un derecho. De modo que éste no es un delito en sí, sino que se comete con un fin determinado, o sea un medio para ejecutar otro delito. En definitiva, la falsedad se realiza para producir un perjuicio ([19]).-

Soler no es muy claro en sus apreciaciones sobre este particular, realiza una serie de enumeración de autores de acuerdo a las opiniones que se esbozan y en base a ello refiere que la fe pública no está constituida por cualquier forma de confianza y un particular en otro particular, sino que, tomando palabras de Pessina es "la fe sancionada por el Estado, la fuerza probatoria atribuida por él a algunos objetos o signos o formas exteriores y concluye en que dada la variedad de objetos que se tratan de tutelar lo que se tienen en cuenta es la fe pública sancionada, es decir, las cosas, documentos y signos a los cuales el estado vincula la idea de autenticidad y veracidad, y por otra parte, de tomar en cuenta la alteración de la verdad en la medida en que aparece como un medio para causar ulteriores lesiones, induciendo a alguien en error acerca de un hecho en el cual fundará su juicio ([20]).-

Un análisis bastante interesante sobre la cuestión – al margen de dejar asentado que resulta difícil agrupar a los principales autores dentro de clasificaciones sistemáticas porque adoptan un método específicamente inductivo de análisis, comenzando por estudiar los tipos penales en particular, para terminar formulando el concepto de bien jurídico – es el que realizan Baigún-Tozzini quienes advierten tres corrientes interpretativas, a saber: a) Una que dicotomiza, o sea, reconoce al Estado como bien preponderante en cuanto a emisor y garante de símbolos, signos, actos y designaciones de funcionarios, aunque sin dejar de advertir que, además, se protegen otros actos y documentos que sólo tocan las relaciones civiles y comerciales entre particulares: tutela que se hace necesario ante las exigencias del normal desarrollo de la vida social. Ubican entre ellos a González Roura, Peco, Soler, Núñez; b) Otra corriente que niega prácticamente la existencia de la fe pública en la medida en que ella sólo tiene vigencia como un medio para ejecutar otro delito, para lesionar otros bienes jurídicos, supeditando la incolumidad del documento, en su eficacia probatoria, como bien jurídico. En este sentido mencionan a Ramos y Gómez y c) Una tercera corriente, encabezada por

[19] RAMOS Juan *"Curso de Derecho Penal"* t. VI, Ed. Biblioteca Editora Argentina, Buenos Aires, 1944, ps. 340/341.
[20] SOLER Sebastián *"Derecho Penal Argentino"* t. V, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, ps. 281/282.

Fontán Balestra – aunque se adhiere a la posición enunciada en la letra a) – que advierte la unidad del concepto de fe pública en virtud de las distintas funciones que cumple el Estado, ya sea como autoridad emisora o como órgano legisferante. A decir verdad, esta última orientación continúa el pensamiento de Carrara.-

Según la opinión de estos autores el Estado en este aspecto cumple dos funciones. Cuando regulan sus organismos, instituye funcionarios, crea la moneda y establece los requisitos de su validez u estructura del ordenamiento civil y comercial, parte siempre de un nivel legislativo complementado con otras normas de carácter secundario. En este caso interviene como autoregulador de su conducta. En cambio el Estado realiza una función diferente cuando instituye las regulaciones para los actos y convenciones de los particulares y en estos casos ya no actúa como un garante de su intervención sino como garante de la regulación previa. "Pero tanto en una como en otra esfera suscitan un estado de confianza objetiva que tiene como común denominador la presencia del Estado como instituyente, como creador; sin duda que, por esa misma circunstancia, los instrumentos y mecanismos habilitados por el aparato estatal traducen distintos grados de exigencia o de rigorismo, frente al componente de veracidad que representan…" ([21]).-

El concepto de fe pública lo conceptúan como el amparo o tutela, en su primera función, de los signos e instrumentos convencionales el Estado impone con carácter de obligatoriedad y, en su segunda función, a los actos jurídicos que respetan ciertas formas materiales y que son destinados a los objetivos legalmente previstos. Al margen de ello y como síntesis entienden que la fe pública, en su acepción dogmática, responde, en nuestro código, a esa confianza general que emana de los signos e instrumentos convencionales impuestos por el Estado con carácter obligatorio (primera función) y de los actos jurídicos que respetan ciertas formas materiales, destinadas a los objetivos legalmente previstos (segunda función), consagrados en ambos casos a relacionarse jurídicamente con terceros indeterminados, los que de este modo, se desinteresan de la relación original entre partes, para fincar su confianza en las formas y destinos de los signos e instrumentos ([22]).-

Creus, luego de reproducir opiniones de autores tradicionales expone su punto de vista sobre este tan controvertido tema. En efecto, expresa el bien jurídico "fe pública" es atacado o puesto en peligro en un grupo de delitos contemplados en el Título XII cuando la objetividad introducida por la conducta del agente en el instrumento, es apta para suscitar en cualquiera la confianza que él merece

[21] BAIGUN David -TOZZINI Carlos *"La falsedad documental en la jurisprudencia"* 2º edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 8/12.
[22] Idem (ob. cit. ps. 13 y 16)

por reunir las formas prescriptas por la ley para que se lo acepte como representativo del acto que expresa y por ende, como acreditación – prueba – de él. Consecuentemente, para que el ataque se produzca, no bastará por tanto, ni la mera objetividad deformante, ni mera confianza infundada en la autenticidad y veracidad del instrumento; ambas deben estar presentes: la una como origen de la otra. Aunque sea suficiente para un concreto hecho típico, la tipicidad falsaria no se conformará con la confianza infundada de un sujeto determinado; se requerirá la posibilidad de que esa confianza infundada – o errónea – originada en la deformación objetiva del instrumento, sea extensible a cualquier sujeto que pueda encontrarse en la misma situación que el sujeto en quien se ha producido esa confianza. En definitiva, la teoría de los delitos contra la fe pública ha llegado a buscar apoyo en dos conceptos básicos: el de la confianza y el de prueba, sumando a ellos el requisito del peligro para bienes jurídicos más concretos, originado en la falsedad ([23]).-

Tal como asevera Buompadre lo que queda de todo este relato es que la fe pública tiene un carácter funcional, difuso, colectivo y con la lógica incidencia en relaciones de tipo macrosocial, de allí que sin la existencia de la misma no se podría garantizar en forma mínima el normal desarrollo de las relaciones en el tráfico fiduciario. Desde luego que distinta debe ser la óptica que se dirija en cuanto a este bien jurídico, en connotación con algunos tipos específicos de título XII. Pero lo que si me queda claro es que la fe pública se cimenta en dos pilares: confianza y prueba. La primera se enanca en la creencia o crédito público hacia los signos, objetos, o instrumentos estatuidos por la ley y la segunda radica en que estos objetos son medios probatorios de la realidad que representan, pero no en el sentido estrictamente procesal ([24]).-

§ 2.- Falsificación de moneda.-

Como está anticipado en el art. 282 nuestro Código Penal castiga con prisión de tres a quince años el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República Argentina y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

Aquí se tutela la incolumidad y confianza de la moneda con curso legal en la República en su función de medidas de valor y de intercambio. La moneda como instrumento de cambio y medio de pago, con curso legal, ello es, de circulación obligatoria y con fuerza cancelatoria de las obligaciones a ejecutarse en el territorio, contraídas dentro o fuera del país ([25]). Tal protección se debe al peligro

---

[23] CREUS Carlos *"Falsificación de documentos en general",* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 7/9
[24] BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal. Parte Especial",* t. III, Ed. Mave, Buenos Aires, 2003, ps. 534/535.
[25] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 202)

de menoscabo de aquélla – la moneda – por las conductas que tienden a falsearla y al riesgo de que el aumento de circulante más la disminución de la confianza de que goza, produzca restricción en las transacciones, aumento de precios, etc. ([26]).-

Señala Muñoz Conde que los delitos relativos a la falsificación de moneda han sido incluidos tradicionalmente en los códigos penales entre las falsedades y en íntimo parentesco con ellos se tipifica en inmediata sucesión la falsificación de sellos de correos y efectos timbrados, pero la falsificación de moneda, por su gravedad y por la especialidad del tráfico monetario, tiene singulares características que la distinguen de las demás falsedades. Es así que la aparición de la falsificación de moneda coincide con la de la moneda misma como medio de pago; pero, en cuanto al valor de éste no estaba garantizado por ningún poder social o estatal, la falsificación constituía solamente una defraudación patrimonial en perjuicio del particular. Pero a medida que determinados objetos, metales nobles, piedras preciosas, etc. fueron adquiriendo una aceptación general en la sociedad como medio de pago, se les asignó un valor que podía cambiarse por otras mercaderías y a su vez adquirirlas. Este valor se correspondía con el de la mercadería convirtiéndose así la moneda en un medio ideal para facilitar las transacciones económicas y al mismo tiempo, un signo fiduciario socialmente aceptado. Así las cosas, llegó el momento en que el Estado se encargó de controlar y monopolizar estas unidades de valor, imponiéndolas como un medio legal de pagos. Consecuentemente el tráfico monetario se convertía también en un interés estatal. Al producirse esta evolución se observan los intereses que pretenden proteger al incriminar la falsificación de la moneda. Estos intereses pasaban tanto por el particular, por el perjuicio obvio que la moneda falsa supone para su patrimonio, los de la sociedad al defraudarse la confianza, la fe pública que engendra el valor de la moneda en el tráfico social y finalmente los del Estado, al lesionarse el privilegio de controlar o monopolizar la creación de la moneda que el Estado tiene.-

Agrega el jurista español que esos tres intereses mencionados *ut-supra* se entrecruzan al momento de tipificar la falsificación de monedas en los Códigos penales decimonónicos, adoptando el principal papel los intereses estatales, al considerarse la falsificación monetaria un ataque a la soberanía del rey y por ende, un delito de Lesa Majestad, de ello se desprende las graves penas con que se castigaba, la muerte normalmente, incluso hasta épocas recientes.-

Mas el interés comunitario, de la fe pública, juega un papel menos decisivo en la creación de estos delitos, ya que el valor que la moneda representa se convierte pronto en una ficción, desde el

[26] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 290)

momento en que es el propio Estado el que "falsifica" las monedas que emite, dándole más valor del que en realidad tienen los materiales que la componen, o desde el momento en que aparece el papel moneda, de modo que la fe pública es simplemente una consecuencia del poder estatal que la mantiene. Pero tampoco la concepción estatal es la dominante en la actualidad. El cambio de concepciones económicas sobre la moneda, hace que deje de ser un signo de soberanía – caso, por ejemplo, del euro que rige en la mayoría de los países europeos – para mutar en un medio de pago internacional sujeto a esas fluctuaciones. El incremento en la facilidad en las comunicaciones y el aumento en el tráfico internacional repercute, sin duda, en la función económica de la moneda que se convierte en un medio de pago internacional que está por encima de su pertenencia a un determinado Estado. Por ello carece de trascendencia la distinción entre moneda nacional y moneda extranjera desde el punto de vista de su falsificación. La conversión obligatoria en algunos casos de la moneda extranjera en nacional no impide esta consideración igualitaria y sólo tiene repercusión a efecto del tráfico de divisas ([27]).-

Un sector de la doctrina se expide porque la falsificación de moneda es un delito pluriofensivo, ya que afecta diversos bienes jurídicos. Juntamente con la fe pública se vulnera la seguridad y la expedición del tráfico mercantil, el valor de la moneda y su función en la vida de relación, el patrimonio fiscal y el de los particulares ([28]).-

También la doctrina señala que existen dos formas de atacar la autenticidad o veracidad del instrumento: la imitación y la inmutación. La primera, se refiere a la acción de dar apariencia de autenticidad copiando las formas impuestas por el Estado. En este caso el autor no crea libremente, sino que reproduce con exactitud, de otra forma, nadie creería en lo que ha producido. Este acto puede realizarse mediante imitación o alteración. La segunda, no se trata de una falsificación propia sino de una falsedad ideológica en el sentido de que el documento es auténtico pero los datos consignados son falsos, entonces, bajo la apariencia de verdadero se atesta información no correspondiente con la realidad ([29]).-

2.1.- Antecedentes Legislativos Nacionales.-

a) Ya la *Ley Federal 49* de 1863 en el Título X "De las falsedades" en el art. 60 disponía: *"Los que fabriquen, introduzcan ó espendan moneda falsa de especie que tenga curso legal en la*

---

[27] MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. ps. 614/615)
[28] RIVACOBA Y RIVACOBA Manuel de (ob. cit. p.46)
[29] MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI, ps. 253/254)

Nación o sea de un valor inferior á la lejitima, serán castigados con la pena de trabajos forzados desde cuatro a siete años y con una multa de quinientos á cinco mil pesos fuertes, si la moneda fuese de oro ó plata; pero si fuese de cobre aunque su valor no sea inferior al de la lejitima, con las de trabajos forzados por dos á cuatro años y multa de cincuenta á quinientos pesos fuertes. Si la moneda falsa si hubiese recibido en pago de buena fe, y se espendiere con conocimiento de su falsedad, la pena será una multa equivalente al triple de la suma espendida" ([30]).-

b) El *Código Tejedor* en el Título III "De las falsedades", Capítulo IV "De la falsificación de billetes de Banco", en el art. 434 consignaba: *"Los que fabriquen, introduzcan ó espendan billetes de Banco erijido con autorización del Gobierno serán castigados con la pena de seis años de presidio y multa de quinientos á cinco mil pesos fuertes…"* ([31]).-

c) En el *Proyecto Villegas-Ugarriza-García* de 1881 en el Título III "Falsedades", Capítulo I "Falsificación de documentos de crédito público, de municipalidades e instituciones legalmente autorizadas y de billetes de Banco" en el art. 177 decía: *"Serán tenidos por falsificadores, y sufrirán la pena señalada, los que en título o billete de Banco verdadero hagan alteraciones sustanciales, aumentando la cantidad que expresa, borrando las anotaciones que ellos existan ó de cualquier otra manera"* ([32]).-

d) El *Código de 1886* trataba en el Título III "De las falsedades", Capítulo IV "De la falsificación de billetes de Banco" y en el art. 285 establecía que: *"El que fabrica y el que introduce al país ó se encarga de poner en circulación billetes de Bancos autorizados, serán castigados con penitenciaria por tres á ocho años y multa de quinientos á cinco mil pesos. Si el billete de Banco se hubiese recibido en pago de buena fe, y se espendiese con conocimiento de su falsedad, la pena será una multa equivalente al triple de la suma espendida"* ([33]).-

e) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 consideraba en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público" en el art. 328 acuñaba el siguiente texto: *"Será reprimido con*

---

[30] ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel *"Digesto de Codificación Penal Argentina",* t. I, Ed. A-Z, Madrid, España, 1996, p. 149
[31] Idem (ob. cit. t. I, p. 524)
[32] Idem (ob. cit. t. II, p.105)
[33] Idem (ob. cit. t. II, p. 263)

penitenciaria de tres a diez años el que falsificare monedas que tenga curso legal en la República y el que introdujere, expendiere o pusiere de cualquier modo en circulación” ([34]).-

f) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en Título XI “Delitos contra la fe pública”, Capítulo I, “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito públicos” en el art. 362 establece que: *“Será reprimido con penitenciaria de tres a diez años, el que falsificare o adulterare moneda o papel moneda que tanga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere de cualquier modo en circulación. En esta disposición se comprende la fabricación ilegítima de moneda, aunque se hubieren empleado los mismos cuños y la misma liga, o las mismas planchas con que se fabrica la moneda legítima o papel moneda legitimo, así como también el hecho de poner en circulación indebidamente la moneda o el papel moneda retirados de la circulación. Cuando la facilitación fuese grosera, el hecho será reprimido con arreglo a las disposiciones sobre estafa”* ([35]).-

g) El *Código Penal reformado* de 1903 en el Título III “De las falsedades”, Capítulo IV “De la falsificación de billetes de banco” en el art. 285, mantiene el texto originario del Código de 1886 ([36]).-

---

[34] En la Exposición de Motivos se expresaba: “En consecuencia del sistema adoptado en el Proyecto, de clasificar los hechos punibles según la naturaleza del hecho lesionado, y no según el medio de ejecución, damos al título *de las falsedades,* del Código Penal, el del delito contra fe pública, como lo hacen varios códigos modernos. La *falsedad,* esto es, el engaño, la mentira, como medio de ejecución, intervienen varios otros delitos; pues todas las malas acciones se ejecutan con intervención de la violencia o de la astucia… En muchos de los hechos previstos en el presente título aparecerá también la lesión del derecho de propiedad; pero un interés superior al de un daño causado a un particular es el que recibirá la ofensa de este delito: la manifestación de verdad pública y forzosamente aceptada por todos, impuesta por ciertos signos exteriores del objeto que lo lleva o por la condición o función de la persona de quien emanan. Alguien es perjudicado cuando recibe en pago moneda, o se le opone un instrumento o certificado falso; pero al lado de este daño privado aparece el daño mayor que recibe la fe pública. En el primer capítulo de este título hemos reunido la *falsificación de moneda, billetes de Banco, títulos al portador y documentos de crédito,* que por las razones que enseguida indicaremos deben ser equiparados. El Código Penal no ha previsto la falsificación de moneda, consecuente en esto con su sistema de ser un código para las provincias y no el código penal de la Nación. Como sólo al Congreso corresponde hacer sellar moneda y fijar su valor y el de las extranjeras, el delito se cometería contra la soberanía nacional quedando, en consecuencia, suficientemente previsto en la ley sobre crímenes justiciables por los tribunales federales. El error no está en este detalle sino en el sistema, y a este respecto, agregaremos a lo que ya hemos dicho oportunamente algunas consideraciones al terminar esta *Exposición.* En el artículo 328, el Proyecto prevé el delito del que falsificare o adulterare moneda que tenga curso legal en la República y el del que la introdujere, expendiere o pusiere de cualquier modo en circulación. Estos casos son los previstos en el art. 60 de la ley penal de 1863. No seguimos a esta ley en sus distinciones de penalidad para los casos en que la falsificación fuere de moneda de oro, plata o cobre; pero aproximando el mínimum de la pena en el artículo del Proyecto al mínimum del artículo de la ley federal, el primero permitirá tener como circunstancias de apreciación para la medida de la pena, concurrentemente con otras o con accidentes particulares, las de la clase, cantidad, calidad y valor de la moneda en que hubiere recaído la falsificación, si en el caso en particular estas circunstancias debieran tomarse en cuenta” (Cfme. Idem (ob. cit. t.II, ps. 485/486))

[35] Idem (ob. cit. t. III, ps. 124/125)

[36] Idem (ob. cit. t. III p. 239)

h) El *Proyecto de Código Penal de 1906,* en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" refiere en el art. 301 lo siguiente: *"Serán reprimidos con prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación"* ([37]).-

i) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" reproduce en el art. 282 el texto del art. 301 del Proyecto de 1906 ([38]).-

j) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 282 del Proyecto de 1917.-

k) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 353 dispone: *"Se impondrá prisión o reclusión de seis meses a quince años, al que falsifique monedas o billetes de banco, nacionales o extranjeros, que tengan curso legal en la República Argentina; y al que los introdujere, expendiere o pusiere en circulación"* ([39]).-

l) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 235 dice: *"Al que fabricare menda falsa, nacional o extranjera, de curso legal en la República Argentina o fuera de ella, se le aplicará privación de la libertad de uno a doce años. La misma sanción se impondrá al que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación"* ([40]).-

---

[37] Idem (ob. cit. t. III. p. 393)

[38] En la Exposición de Motivos se aduce que: "La Comisión ha aceptado en esta parte, el proyecto de 1906, que modifica de manera acertada la ley especial sobre falsificación de monedas , incorporada al Código Penal vigente. Ha modificado únicamente, la penalidad, para adaptarla a su sistema general e que antes se habla. El Código comprende la falsificación de moneda Argentina tanto de moneda acuñada como de billetes de banco, la de títulos al portador y al de documentos de crédito. Comprende también la de moneda extranjera (Cfme. idem ob. cit. t. IV p. 123)

[39] En la Exposición de Motivos se expresa que. "Mantenemos las disposiciones del código vigente relativas a los delitos de falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito, aunque aumentamos la duración de las sanciones instituidas para algunos de ellos (Cfme. Idem ob. cit. t. IV p. 633)

[40] En la Exposición de Motivos el proyectista expone: "Como en los artículos 282 y 283 del código penal actual, los artículos 235 y 236 del proyecto estatuyen la misma sanción penal para el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación la moneda y para que el la fabricare o alterare, sin perjuicio de atender en el caso concreto a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. La norma de hondo arraigo en la legislación comparada se justifica tanto por la naturaleza del bien jurídico protegido, como por la gravedad intrínseca de los distintos hechos. La fabricación de moneda falsa o la alteración de moneda autentica, es un hecho de naturaleza intrínseca tan grave como la introducción, la expedición o la circulación. Generalmente las bandas de monederos falsos distribuyen sus papeles aprovechando las distintas aptitudes de los participantes, pero aún cuando no hubiera concierto previo, la fabricación o alteración de moneda súbitamente tiene como mira el esfuerzo de los vendedores o de los circuladores. El texto lato del proyecto comprende el concierto entre el que fabrica o altera y el que la introduce, expende o pone en circulación, tanto al que se

m) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII "De los delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsedades en moneda y títulos de crédito público" en el art. 311 dispone: *"Al que falsificare moneda nacional o extranjera de curso legal en la República o fuera de ella, se impondrá prisión de tres a quince años"* ([41]).-

n) El *Proyecto de 1953* en el título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas", Capítulo I "Falsificación de moneda, títulos y otros valores" establece en el art. 313 el siguiente texto: *"Al que fabricare moneda falsa que tenga curso legal en la República o en el extranjero, se le impondrá prisión de cinco a quince años. Si la falsificación consistiere en alterar moneda verdadera, la pena será de prisión de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán, según los casos, a quienes introdujeren, expendieren, pusieren en circulación, usaren o guardaren para esos fines moneda falsa o alterada"* ([42]).-

ñ) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de moneda" acuña el art. 366 en los siguientes términos: *"Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda de curso legal, nacional o extranjera, y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación"*([43]).-

o) La *Ley de facto 17.567* no introduce ninguna modificación en el art. 282 del Código vigente.-

p) La *Ley de facto 21.338* tampoco modifica ni en su punición el art. 282 del Código Penal.

q) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de monedas y otros valores" trata la cuestión en el art. 379: *"Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda de curso legal, nacional o extranjera, y el que a sabiendas la introdujere, expendiere, pusiere en circulación o guardare"* ([44]).-

r) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV

---

vale de un intermediario. Más aún, alcanza al que la introduce, expende o pone en circulación a despecho del concierto criminal o de la injerencia de interpósita persona, como en el caso del que la hubiera encontrado perdida o abandonada (Idem ob. cit. t. V. p. 339)

[41] Idem (ob. cit. t. VI. p. 114)

[42] Idem (ob. cit. t. VI, p. 319)

[43] En la nota pertinente se consigna: "Siguiendo a las legislaciones modernas, suprimimos la diferencia entre moneda nacional y extranjera, tomando en cuenta sobre todo la realidad de la circulación monetaria internacional. El P. 1937 se refiere a moneda extranjera que tenga curso legal en la República, lo cual no tiene sentido. C. italiano, 453; C. griego. 207; P. alemán de 1959, 322; C. suizo, 250; C. brasileño, 289; C. uruguayo, 227. Ya el C. alemán y el italiano de 1889 equiparaban las monedas, 146 y 256. De esta manera, queda suprimido el art. 286 (Cfme. idem ob. cit. t. VI. p. 519)

[44] Idem (ob. cit. t. VII, p. 374)

"Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito", en el art. 326 establece: *"Serán reprimidos con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación"* ([45]).-

s) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda y billetes de banco" el art. 282. 1 propone el siguiente texto: *"Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años, el que falsificare, alterare o cercenare moneda que tuviere curso legal en la República, y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación"*([46]).-

2.2.- Tipo objetivo. Acciones típicas.

Las conductas previstas por la norma del art. 282 son las de falsificar, introducir moneda falsificada, expender y poner en circulación, todas ellas conductas alternativas.

a) Falsificar

De hecho la falsificación es una creación de la moneda imitando la auténtica o el modelo original, no así la alteración – contenida en otro tipo –. Esta moneda falsa, como se dijo debe imitar los rasgos característicos del signo monetario con curso legal en la República para que parezca verdadera en forma indeterminada y esa finalidad imitativa debe abarcar la totalidad del elemento falsificado y no algún minúsculo detalle. Esta forma o consecuente con ella se hace menester que esa imitación sea exitosa en el sentido de que presente los caracteres externos similares o semejantes a los verdaderos para ser viable su aceptación en la forma ya dicha. De allí viene el término "expendible" que quiere decir inducir a un número indeterminados de personas y no solamente que lo haya recibido una persona inadvertidamente o muy poco observadora, en este caso podría tratarse de una estafa. Con respecto a esto Soler señala que se requiere algo más que la pura voluntad de imitar; es necesario inclusive haber alcanzado cierto éxito artístico de manera que la moneda o el papel presente caracteres externos tan semejante a lo de la moneda verdadera que hagan posible la aceptación de ella por un número indeterminados de personas, lo que sea señalado como la

[45] En la Exposición de Motivos se alega que: "El último Título da cuenta de los delitos contra la fe pública (Título XIV). Se mantienen las tradicionales figuras aunque se suprime la punición de un acto preparatorio como la tenencia de elementos conocidamente destinados a falsificar".

[46] La Exposición de Motivos refiere: "El inciso 1º corresponde al vigente artículo 282º, aunque se considera prudente reducir algo el máximo de la pena (del máximo de quince que tiene actualmente, al de doce), por considerar que es una escala penal suficientemente amplia…".

expendibilidad implicando el poder inducir fácilmente un error a los aceptantes. Agrega que la falsificación presenta alguna diferencia real según se trate de moneda metálica o papel. En ambos casos la falsificación se funda en la imitación de signos y símbolos, pero en el primero, los gestos del agente consisten en acuñar un metal de calidad o ley interior al debido. "Sin embargo, nuestra ley no hace en este punto distingo alguno, de manera que es moneda metálica falsa la que no es legalmente acuñada, independientemente de la calidad del metal, y el delito subsiste aún cuando la ley de la pieza falsa sea igual a la de buena moneda y aún superior a ella, porque ese hecho vulnera también el crédito público, en cuanto sólo el Estado regula el monto metálico circulante". En el segundo caso, el de los billetes, el agente crea totalmente de la nada la apariencia de un valor ([47]).-

Basta agregar que el número de elementos falsificados no altera la unidad delictiva ya que "falsificar" es una expresión genérica que comprende tanto a una unidad como a una pluralidad, en realidad el tipo se refiere a la totalidad de la operación ([48]).-

Núñez resume muy bien lo que significa falsificar moneda al decir que lo hace el que sin servirse como base de una moneda de curso legal, imita la pieza monetaria auténtica en un grado que la vuelve expendible, es decir, susceptible de circular como auténtico entre el público ([49]).-

La falsificación queda consumada cuando se completa la labor del falsificador en forma apropiada y en condiciones de expendibilidad, y como ya se dijo, aunque se fabrique un solo ejemplar idóneo, no siendo necesario su puesta en circulación ([50]).-

Se admite la tentativa que está dada por el hecho de haber comenzado la falsificación y no haber terminado ningún ejemplar. Al trabajo de ejecutado y no concluido corresponde aplicar el mismo criterio de idoneidad para la circulación que se utiliza para la moneda concluida ([51]).-

Por su parte Núñez expresa que la imitación idónea para lograr la circulación de la moneda consuma el delito y la que no lo es no constituye ni siquiera tentativa, porque ésta requiere interrupción de una tarea idónea para lograr la expendibilidad, de este modo no interesa que engañe al técnico, ni que la pieza la haya recibido alguna persona, sino que sea susceptible de circular entre

---

[47] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 298/299)
[48] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 202/203)
[49] Idem (ob. cit. p. 202)
[50] DONNA Edgardo *"Derecho Penal. Parte Especial"* t. IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 50; CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge *"Derecho Penal. Parte Especial"* t. II, 7º edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 417; FONTAN BALESTRA Carlos *"Tratado de Derecho Penal"* t. VII, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 520; SOLER Sebastián (ob. cit. p. 299). En contra MOLINARIO Alfredo "*Los delitos"* t. III, Actualización AGUIRRE OBARRIO Eduardo, ed. Tea, Buenos Aires, 1999, p. 474.
[51] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 299/300)

el público ([52]). Algunos publicistas entienden que la falsificación tosca o burda puede dar lugar a una tentativa inidónea, aunque en realidad, sería más un caso de atipicidad.-

b) Introducir moneda falsa.

En este caso la acción consiste en hacer penetrar efectivamente en el territorio del Estado, desde el extranjero, moneda falsa y ello puede hacerse personalmente o por envío ([53]). Tampoco se hace menester saber la forma en que se produce esta introducción, ya que puede haberse realizado bajo las formas legales, o sea, declarando que se introduce moneda ([54]).-

Cabe aclarar que la ejecución de esta maniobra presupone de la falsificación previa que se ha producido fuera de las fronteras del país ([55]).-

La consumación de este delito se produce cuando se ha ingresado la moneda falsa, sin que sea necesario que llegue a circular efectivamente, por el solo hecho de cruzar la frontera.-

Es admisible la tentativa como por ejemplo, con el acto de procurar traspasar la frontera sin lograrlo ([56]).-

Es factible, como se ha dicho *ut-supra*, que se pueda tratar de un envío o llevándola personalmente y en ambos casos, como ya se vio es factible la tentativa, salvo cuando quien la introduce es el falsificador o hubiere participado en la falsificación, entonces el agente debe responder por esta última conducta consumada ([57]).-

c) Expender moneda falsa.

Algo ya se ha hablado sobre el particular párrafos más arriba, pero esto implica usar la moneda falsificada como si fuera verdadera, entregándola como medio de pago o título gratuito a otro que la acepta como auténtica. Supone hacer entrarla en el tráfico.-

Más concretamente expender se refiere al acto de hacer aceptar como moneda buena las piezas falsificadas, de modo que estas cumplan la función propia de la moneda legítima ([58]).-

Si bien expender gramaticalmente podría confundirse con ponerla en circulación, Fontán Balestra aclara que jurídicamente el concepto extender supone que la moneda ha sido ya aceptada por alguien como buena, en cambio, los términos “ponerla en circulación” encierra una idea más

---

[52] NÚÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 202)
[53] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 300)
[54] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 416)
[55] Idem (ob. cit. p. 416)
[56] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 521); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 417/418); SOLER Sebastián (ob. cit. p. 300)
[57] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 300/301)
[58] Idem (ob. cit. p. 301)

amplia, ya que, también quien no utiliza la moneda como medio de pago, pueda ponerla en circulación y aún obtener beneficio con ello, como ocurre, por ejemplo, poniendo moneda falsa en los teléfonos públicos o cualquier aparato automático ([59]).-

La consumación se da con la entrega de la moneda falsa a otra persona que la acepta como auténtica, o sea, en la medida en que moneda es aceptada por alguien. La factible la tentativa, por el acto de entrega que no se llega a completar en razón de la no aceptación de un tercero o por cualquier otra circunstancia. ([60]).-

d) Poner en circulación moneda falsa.

Esto implica introducir la moneda por cualquier medio que no sea expendiéndola, en el tráfico cambiario, es decir, cuando no existe una persona que la haya aceptado como verdadera, tal como se dijo *ut-supra* empleándola en algún aparato mecánico.-

Soler explica que esta circunstancia se refiere a los modos de hacer salir la moneda del poder del falsificador sin que exista una expresa y personal aceptación de alguien y cumpliendo con el poder cancelatorio, por ejemplo, quien echa una moneda en una alcancía pública la pone en circulación, porque la hace confundir con otra moneda ([61]).-

Ahora bien, si el sujeto activo guarda en una caja de seguridad de un banco la moneda falsa, aún no la ha puesto en circulación ni la expendió, mas si la deposita en una cuenta corriente, la expende o la dona en gran cantidad, en estos casos se configura la circulación de moneda falsa ([62]). Asimismo, se incurre en el tipo si se realiza una venta a mayoristas o distribuidores. Bien se sabe que para poner en circulación moneda falsa, frecuentemente se acude a este tipo de maniobra, vendiéndose la moneda espuria a un valor menor de lo que ella expresa.-

Sobre este aspecto Fontán Balestra realiza una aclaración interesante. "El elevado monto de la pena fijada en el artículo 282 – de tres a quince años de prisión o reclusión – nos hace pensar en que la disposición debe referirse a quienes intervienen dolosamente en la necesaria etapa posterior a la falsificación, consistente en poner la moneda en circulación. No podemos concebir que quien pone una moneda falsa en la hecha de una iglesia o la entrega al acomodador del cine en la oscuridad, merezca semejante pena y, sin embrago es innegable que *hace circular* la moneda, pero esto es distinto de *ponerla* en circulación; la *pone* en circulación el primero que la hace circular y no quien

[59] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 529)
[60] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 418)
[61] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 301); NÚÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 203).
[62] Ejemplo dado por MOLINARIO Alfredo (ob. cit. p. 475)

la recibió ya circulando, de modo que tal conducta supone una relación con la persona que posee la moneda falsa que aún no ha circulado, y supone *una ayuda* al falsificador, que le será siempre necesaria, pues resulta muy difícil a una sola persona llegar a poner en plaza una cantidad más o menos importante de dinero falso, sin que recaiga inmediatamente las sospechas sobre él, ya que los valores falsificados, salvo casos excepcionales, quedarían dentro de un limitado grupo de personas, todas las cuales, de primera intención, los habrían recibido del propio falsificador" ([63]).-

Esta alternativa queda consumada cuando entra en una esfera de custodia distinta, tal como se expresó más arriba y admite la tentativa, que sería el caso, cuando la moneda no queda introducida en el tráfico no obstante la acción del agente o por la intervención de la autoridad policial ([64]).-

2.3.- Objeto del delito.-

El objeto del delito de la moneda de curso legal, que constituye el elemento normativo del tipo. Pero nuestro Código Penal no define el concepto de moneda tal como lo hace, por ejemplo el Código Penal español (art. 387 ([65])). En realidad por moneda se entiende todo signo de valor de curso legal emitido por el Estado u organismo autorizado para ello y el curso legal esta dado por el poder liberatorio como medio de pago que el Estado confiere a un signo de valor determinado ([66]).-

Se ha discutido oportunamente si el artículo 282 comprende sólo la moneda metálica o a toda clase de moneda con curso legal en el país ([67]). Esta duda se despeja con la remisión al art. 285 en cuanto equipara la moneda los billetes de banco.-

Se ha dicho que la moneda que tutela esta norma es la que tiene curso legal en el territorio de la República Argentina, es decir, la moneda nacional, la cual debe tener determinadas características de conformidad con la ley 24.144, art. 31 ([68]).-

---

[63] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. ps. 522/523)
[64] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 418)
[65] Art. 387: "A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal. Se equipararán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras".
[66] MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 616)
[67] SOLER Sebastián (Ob. cit. p. 291) basándose en que los billetes del Banco Central tienen curso legal en todo el territorio de la República, según la ley 12.155, art. 38, de manera que esos billetes son propiamente moneda y carece de interés distinguir si el art. 282 se refiere solamente a la moneda metálica. FONTAN BALESTRA (ob. cit. p. 512). MALAGARRIGA Carlos *"Código Penal argentino"* t. III, Buenos Aires, Ed. Librería Cervantes, 1927, p. 277. MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI p. 255)
[68] Art. 31: "Los billetes y monedas del banco tendrán curso legal, en los términos de la ley 23.928 en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos. Los billetes llevarán el facsímil de la firma del presidente del banco, acompañada de la del presidente de la H. Cámara de Senadores o de la H. Cámara de Diputados, según disponga el Directorio del banco para las distintas denominaciones. Facúltase también al Banco Central de la República Argentina a acuñar moneda con valor numismático o conmemorativo. Dichas monedas no estarán sujetas a las disposiciones contenidas en el primer párrafo de este artículo".

Esto último tiene relevancia porque una moneda que por disposición de la ley ha dejado de tener carácter de tal no puede ser objeto de falsificación, es así que si esa ley fija un término para la circulación y otro para el cambio de esa moneda por otra, es esta última la fecha en que cesa de existir el objeto protegido ([69]).-

2.4.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso de dolo directo. En los supuestos de introducción, expendio y puesta en circulación es presupuesto necesario que la moneda hubiese sido recibida de mala fe, con el conocimiento de que acción que se realiza constituye el agotamiento de la falsificación realizada por un tercero. En cambio, quien recibe la moneda de buena fe y luego hace entrega de ella a un tercero comete el delito previsto en el art. 284. Las acciones de introducción, expendio y puesta en circulación requieren que el conocimiento de la falsedad de la moneda esté al momento en que se lleve a cabo tales acciones, así también en la ocasión en que he recibido de un tercero.-

2.5.- Sujeto activo.

Puede ser cualquier persona, inclusive un funcionario público, salvo la autoría especial del art. 287 del C.P..-

2.6.- Sujeto pasivo.

En principio es el Estado Nacional, en tanto y en cuanto es el único autorizado por la ley, a través de sus organismos designados, a emitir moneda de curso legal. No obstante – teniendo en cuenta que se trata de un delito pluriofensivo – también puede, en cualquiera de sus modalidades, afectar intereses de terceros, tal es el caso de la persona que adquiere dinero falsificado, en cuyo caso adquiere la calidad de damnificado.-

§ 3.- Cercenamiento y alteración de moneda.

Este tipo penal está contemplado en el art. 283 del Código Penal y consiste en el cercenar o alterar moneda de curso legal y como en el caso anterior de falsificación, se pune al que la introdujere expendiere o pusiere en circulación. En el último párrafo la pena se disminuye si la alteración consiste en cambiar de color la moneda.-

3.1.- Bien jurídico protegido.-

Aquí debe hacerse una remisión a lo que ya se ha dicho sobre la fe pública en términos generales.-

[69] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 290)

3.2.- Antecedentes Legislativos Nacionales.

a) La *Ley Federal 49* de 1863 en el Título X "De las falsedades" en el art. 61 decía: "*El que cercenare moneda legítima de oro o plata, será castigado con uno a dos años de trabajos forzados y una multa de cincuenta a quinientos pesos fuertes. El que expendiere o introdujere moneda cercenada, incurrirá en las mismas penas. Si la moneda cercenada se hubiese recibido en pago, de buena fe, y se expendiere con conocimiento de su cercenamiento, la pena será de multa equivalente al triple de la suma expendida"* ([70])

b) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público" en el art. 329 establecía: "*El que cercenare moneda de curso legal del que introdujere, expendiere o de cualquier modo pusiere en circulación moneda cercenada, sufrirá la pena de uno a cuatro años de penitenciaria"* ([71]).-

c) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito públicos" el art. 363 consignaba: *"El que cercenare moneda de curso legal y el que introdujere, dependiere, o de cualquier modo pusiere en circulación moneda cercenada, sufrirá la pena de uno a cinco años de penitenciaria"* ([72])-

d) El *Proyecto de Código Penal de 1906,* en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" el art. 302 tenía la siguiente redacción: "*Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada. Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión"* ([73]).-

e) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" reproduce en el art. 283 el texto del art. 302 del Proyecto de 1906 ([74]).-

---

[70] ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel (ob. cit. t. I p. 149)
[71] En la Exposición de Motivos se expresa que: "En el artículo 329 se prevé el cercenamiento de la moneda legal, que presentando una adulteración más fácil de percibir y conservando parcialmente la moneda legítima, debe tenerse por causa suficiente para la imposición de una pena menor. Es la disposición del art. 61 de la ley federal (Cfme. idem (ob. cit. t. II. p. 704))
[72] Idem (ob. cit. t. III p. 125)
[73] Idem (ob. cit. t. III. P. 393)
[74] Idem (ob. cit. t. IV p. 186)

f) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 283 del Proyecto de 1917.-

g) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" el art. 354 decía: *"Se impondrá prisión de tres a seis años, al que cercenare o alterare moneda de curso legal en la República Argentina y al que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada"* ([75]).-

h) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 236 dice: *"Al que alterare de cualquier manera, moneda nacional o extranjera, de curso legal en la República Argentina o fuera de ella, se le aplicará privación de la libertad de uno a diez años. La misma sanción de impondrá al que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación"* ([76]).-

i) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII "De los delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsedades en moneda y títulos de crédito público" en el art. 311 dispone: *"La misma sanción se impondrá al que: 1º alterare de cualquier modo moneda genuina, dándole la apariencia de un valor superior; 2º introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda falsificada o alterada; 3º tuviere moneda falsificada para usarla o para los fines enunciados en el inciso precedente".* El art. 312 consigna: *"Al que alterare de cualquier modo la moneda aludida en el artículo anterior,*

---

[75] Idem (ob. cit. t. IV p. 745)

[76] En la Exposición de Motivos se expresa: "El artículo 236 del proyecto modifica el artículo 283 del código en vigor, no sólo en cuanto a la sanción penal sino también en lo que respecta al aspecto formal. No se refiere al cercenamiento que substancialmente es una modalidad de la alteración de la moneda, ni al cambio de color de la moneda, que también es una faz de la alteración. Ni establecemos una diferencia entre la alteración y el cambio de color de la moneda en cuanto a la escala penal. Si bien generalmente reviste menos gravedad debe actuar dentro de los principios comunes sobre la mayor o menor peligrosidad. La expresión cercenare del código penal actual es una reminiscencia de la ley número 49 que penetra los antecedentes nacionales. En efecto el artículo 61 se refería al que *cercenare* moneda legítima de oro y plata. El proyecto de 1891 en el artículo 329 también consignaba al que *cercenare* moneda de curso legal. En el artículo 302 el proyecto de 1906 expresa: "el que *cercenare o alterare* moneda en curso legal, locución reproducida en el artículo 283 del código penal y el artículo 364 del proyecto de 1937. Sin embargo, ya en el artículo 2º de la ley número 3.972 señalaba el concepto exacto. El tenor del mencionado artículo es: el que *cercenare o de cualquier otro modo* alterare moneda legítima. A la alteración se refiere exclusivamente el artículo 454 del código penal italiano, el artículo 228 del código penal uruguayo, el artículo 214 del código penal paraguayo, el art. 295 del código penal ecuatoriano, el artículo 235, II del código de defensa social de México. Se puede alterar la moneda sin cercenar, peno no es punible el cercenamiento sin la alteración. Puesto que la alteración es el género y el cercenamiento la especie, es preferible componer el texto con la limpieza gramatical observada en los códigos mencionados, máxime cuando en los antecedentes, así nacionales, extranjeros no hay desigualdad en la sanción penal entre el cercenamiento y la alteración…" (Idem (ob. cit. t. V, ps. 330/331))

disminuyendo su valor; o perpetrare con ella alguno de los actos mencionados en los incisos 2º y 3º del mismo, se impondrá prisión de uno a cinco años" ([77]).-

j) El *Proyecto de 1953* en el título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas", Capítulo I "Falsificación de moneda, títulos y otros valores" en el art. 313 del segundo y tercer párrafo legisla sobre este tema, por lo que me remito al texto integro transcripto *ut-supra*.-

k) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de moneda" acuña el art. 367 en los siguientes términos: *"Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa no menor de sesenta días, el que cercenare o alterare moneda metálica de curso legal y que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cernada o alterada"* ([78]).-

l) La *Ley de facto 17.567* no introduce ninguna modificación en el art. 283 del Código vigente.-

m) La *Ley de facto 21.338* tampoco modifica ni en su punición el art. 283 del Código Penal.

n) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de monedas y otros valores" trata la cuestión en el art. 380: *"Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda metálica de curso legal, nacional o extrajera, y el que a sabiendas la introdujere, expendiere o pusiere en circulación o guardare moneda cercenada o alterada"* ([79]).-

ñ) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito", en el art. 327 establece: *"Será reprimido con prisión de uno a cinco, el que cercenare o alterare moneda en curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada. Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión"*.-

o) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda y billetes de banco" el art. 282. 1 contempla el cercenamiento: *"1. Será reprimido con prisión de TRES (3) a DOCE (12) años, el que falsificare,*

---

[77] Idem (ob. cit. t. VI, p. 114)
[78] Idem (ob. cit. t. VI, p. 519)
[79] Idem (ob. cit. t. VII, p. 374)

alterare o cercenare moneda que tuviere curso legal en la República, y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación” ([80]).-

3.3.- Tipo objetivo. Acciones típicas.

Las conductas típicas son la de cercenar o alterar la moneda e introducir, expender o poner en circulación la moneda en tales condiciones por otro.-

a) Cercenar moneda

La acción significa que tal parte de metal que forma la moneda metálica, por cualquier procedimiento – incisiones, raspaduras, procedimientos químicos –, respetando su conformación y su cuño, de manera de mantener la expendibilidad ([81]). Algunos agregan que debe tratarse de una acción en pequeña medida, para que parezca que la moneda no tuvo una variación ([82]).-

Señala Fontán Balestra el hecho más común solía ser el de limar el canto de las monedas de oro, quitándoles todo o parte de las salientes, consistentes en emblemas, escudos o estrías, de modo que realizando esta operación con gran número de monedas, el agente reunía una cantidad apreciable de metal, mientras que la moneda seguía circulando, aparentemente con su mismo valor, aunque éste hubiera disminuido ([83]).-

b) Alterar la moneda

Consiste en cambiar o modificar de cualquier otro modo la moneda metálica dándole la apariencia de distinto valor, asumiendo características de expendibilidad ([84]).-

Para Creus - Buompadre alterar significa cambiar o modificar de cualquier otro modo la moneda metálica o el papel moneda dándole la apariencia de distinto valor, asumiendo las mencionadas características de expendibilidad ([85]). Algunos autores exigen que debe tratarse de un

---

[80] En la Exposición de Motivos se explica que: “Siempre se han discutido los verbos *alterar y cercenar*. En rigor, el cercenamiento de papel moneda es imposible y, en general, se tiene la impresión de que el tipo originariamente respondía a los tiempos de monedas de metal. No obstante, se ha preferido mantenerlos, pues no deja de ser posible la alteración, pues si bien no es el caso de nuestro país en este momento, se dan supuestos en que se ponen en circulación billetes remarcados o sobreimpresos, que pueden ser alterados, ya sea falsificando la sobreimpresión como suprimiéndola, según convenga para darle apariencia de mayor valor. En cuanto al cercenamiento, si bien es imposible en el papel moneda, no lo es en la moneda metálica y, teniendo en cuenta la asimilación del artículo 285º vigente (inciso 3º del presente artículo proyectado), es posible que tenga lugar respecto de moneda metálica extranjera”.

[81] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 302); CREUS Carlos -BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 419); FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 524)

[82] MOLINARIO Alfredo (ob. cit. t. III p. 476)

[83] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 524)

[84] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 302)

[85] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (Ob. cit. p. 419)

mayor valor de que realmente tiene, caso contrario no habría una lesión para el bien jurídico ([86]). En esta línea se inscribe Fontán Balestra ([87]).-

Esta figura concurre cuando la moneda cercenada o alterada conserva la expendibilidad que correspondía a su calidad anterior, por lo que las alteraciones o cercenamientos hechos en una moneda quitándoles su carácter circulatorio no se encasillaría en esta previsión ([88]).-

No entra tampoco dentro de la figura la destrucción por fundición porque no se pone en peligro la fe pública, debido a que la moneda desaparece y sólo quedan los elementos materiales que la componen.-

Las acciones de introducir, expender y poner en circulación, son las ya descriptas para la falsificación, por lo tanto corresponde su remisión.

3.4.- Objeto del delito.

La moneda de curso legal es el objeto del delito. Las monedas de origen extranjero tienen una previsión específica en el art. 286 del C.P. En realidad la mayoría de la doctrina se inclina a pensar que este tipo penal se refiere a la moneda metálica porque el cercenamiento y la alteración se erigen en conductas punibles en la medida que establecen una diferencia entre el valor de la pieza y el de la sustancia o metal de que la moneda está compuesta, circunstancia que no se apreciaría con la moneda papel y esto se daría especialmente con la moneda de oro o plata, pues es la única cuyo cercenamiento puede revestir un valor del metal cercenado que beneficie considerablemente al sujeto activo, cosa inviable en la moneda papel ([89]).-

El hecho de considerar a la moneda metálica objeto de este delito deviene de las atestaciones de Moreno quien entendía que la moneda metálica sellada por disposición de la ley que dicta el Congreso por autorización de la Constitución Nacional debe tener un determinado peso y estar fabricada con un determinado material, sumado a ello el escudo. De esta forma el Estado garantiza estos requisitos legales. Pero como el metal tiene valor comercial y la circunstancia de cercenar las monedas sacándoles una parte del metal, pero sin hacerle perder su carácter, equivale a quitarles el valor intrínseco sin alterar el que se revela por su sello, por ello sería un gran negocio raspar las

[86] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 203/204)
[87] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 524)
[88] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 303); NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 203/204)
[89] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 302); NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 203); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 58)

monedas o someterlas a un daño que las desgastara haciéndoles perder una parte del metal y volverlas a la circulación. De esta forma esa moneda ya no serviría como medio de pago ([90]).-

En el caso de la moneda de papel, quien la corta, lo que hace es dañar o inutilizar el billete, según la extensión y el lugar del corte, pero no se beneficia, ni es probable que perjudique con ello. "Si hay algo en lo que se repara siempre al recibir dinero, es en billete roto, y si el daño que se le ha hecho no alcanza a restarle su valor, la acción carece de todo significado. En cuanto al acto de alterar un billete, sólo es posible suponerlo con el propósito de hacerlo aparecer como de mayor valor que el que tiene y en tal caso se trata de una falsificación para la que el autor ha utilizado como material un billete de menos valor. Esto es, por lo demás, poco probable, porque las diferencias de tamaño, de color y de grabado que existen entre los distintos billetes hacen que resulte mucho más fácil utilizar otro papel para la falsificación" ([91]).-

Creus - Buompadre entienden que si bien es cierto únicamente la moneda metálica puede ser objeto de cercenamiento, el papel moneda puede ser alterado, por ejemplo mediante procedimientos químicos o sobreimpresión, por ende es de aplicación en estos casos el art. 285 ([92]).-

Concuerdo con las opiniones dadas por algunos publicistas en el sentido de que este tipo penal se da en el caso de cercenamiento de la moneda metálica, cuando en su momento la misma tenía como componentes metales preciosos como el oro o la plata, lo que intrínsecamente representaban un valor, de modo que la moneda de esas condiciones tenía dos valores: el nominativo que llevaba grabado y el propio de los metales que la conformaban. Pero esto ya no ocurre en la actualidad. Cuando se recurre para confeccionar moneda fundamentalmente al papel o a metales o aleaciones no preciosas, de allí que la comisión de este ilícito no es frecuente ([93]).-

Reafirma lo antes dicho Buompadre al sostener que en la realidad actual de nuestro país, no parece que estas figuras puedan tener la misma importancia que antaño cuando existía en circulación la moneda de oro. En realidad, si lo que justifica el castigo de estas conductas es el engaño que se produce en tomador de la moneda metálica que ha perdido parte de su valor por el raspado o limadura de que ha sido objeto, no parece, no solamente en la actualidad tales comportamientos puedan llevarse a cabo aspirando a tales objetivos sino que ni siquiera alguien pueda tener interés en realizarlos. En todo caso, si lo que se pretende es mantener figuras de este tenor, en la creencia de

[90] MORENO (h) Rodolfo *"El Código Penal y sus antecedentes"* t. VI, Ed. Tomasi, Buenos Aires, 1923, p. 374.
[91] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. ps. 523/524)
[92] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 418)
[93] En este sentido DONNA Edgardo (ob. cit. p. 56); MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI ps. 289/290)

que aún puedan existir personas interesadas en obtener ganancias con el raspado de la parte del metal que constituye la moneda, engañando al que la recibe de buena fe, tal vez resulte más conveniente introducirlas en el ámbito de los delitos patrimoniales como una especie de defraudación y no mantener un precepto que hoy posee un valor más simbólico que real ([94]).-

3.5.- Consumación y tentativa.

El cercenamiento de la moneda se consuma en el momento en que se ha quitado el metal y la alteración cuando se ha logrado la modificación. Admite la tentativa.-

3.6.- Aspecto subjetivo.

Se trata de una figura dolosa, de dolo directo que se integra con el conocimiento del carácter de la moneda que se cercena o altera, o el del cercenamiento o alteración que ha sufrido la que se introduce, expende o pone en circulación.-

3.7.- Alteración de moneda mediante modificación del color.

El segundo párrafo del art. 283 consagra esta modalidad delictiva de la alteración monetaria.-

No se trata de una figura atenuada pues la acción típica está constituida por un modo específico de alteración que es el cambio de color de la moneda metálica o del papel moneda, sin que importe cual sea el procedimiento empleado, en la medida en que no se introduzcan alteraciones de otra índole. "El cambio de color debe tender a hacer aparecer la moneda alterada como de un valor distinto de la verdadera, por lo cual aquí también el concepto delictual se integra con el requisito de la expendibilidad, que presupone la existencia de una moneda en curso que tenga el valor que el cambio de color procura asignar a la que no lo tiene (p. ej. si en el curso no hay moneda alguna de rojo bermellón, alterar el color de la moneda utilizando aquél no constituirá una conducta típica)" ([95]).-

El hecho aquí debe consistir solamente en el cambio de color manteniendo el grabado original de la moneda, por ello se sanciona es a quien quiere pasar una moneda, por ejemplo de oro por una de plata o cobre. Según Fontán Balestra hoy sería más común una estafa que una falsificación de moneda, como sería dorar una vieja moneda de cobre de dos centavos, ya que ninguna moneda de ese tipo tiene actualmente curso legal en la República. En cambio si la operación consistiere en cubrir la moneda con un enchapado de oro en el que aparecen los signos de la moneda que se quiere imitar, habrá falsificación ([96]).-

[94] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 550)
[95] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 420)
[96] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 525)

La consumación se produce con la modificación del color y admite la tentativa.-

Se trata de un delito doloso de dolo directo.

§ 4.- Moneda falsa receptada de buena fe

Este tipo penal parte de la base de que la moneda es falsa, ha sido cercenada o alterada y es recibida de buena fe pero se expende o se hace circular con el conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, para este caso la pena es de multa de mil a quince mil pesos.-

4.1.- Bien jurídico protegido

Como en los casos anteriores, el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la fe pública, tema sobre el cual ya se ha hablado extendidamente *ut- supra*, de modo que valen los conceptos vertidos oportunamente.-

4.2.- Antecedentes Legislativos Nacionales

a) La *Ley 49 de 1863* en el Título X "De las falsedades", en el segundo párrafo de los arts. 60 y 61 contemplaban esta situación en los siguientes términos: "*Si la moneda era falsa se hubiese recibido en pago de buena fe, y se espendiere con conocimiento de su falsedad, la pena será de una multa equivalente al triple de la suma espendida*" y en el otro caso: "*Si la moneda cercenada se hubiere recibido en pago, de buena fe, y se espendiere con conocimiento de su cercenamiento, la pena será de multa equivalente al triple de la suma espendida"*([97]).-

b) El *Código Tejedor* en el Título III "De las falsedades", Capítulo IV "De la falsificación de billetes de Banco", receptaba este tipo penal en el segundo párrafo del art. 434: *"Si el billete de Banco se hubiese recibido en pago de buena fe, y se espendiese con conocimiento de su falsedad, la pena será una multa equivalente al triple de la suma espendida"* ([98]).-

c) El *Código Penal de 1886* mantiene la redacción del segundo párrafo del Código Tejedor en el art. 285, párrafo segundo.-

d) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público" en el art. 179 disponía: *"El que habiendo adquirido de buena fe los títulos o billetes*

[97] ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel (ob.cit.t.I p. 149)

[98] En la nota pertinente se expresa que: "El agente en este caso sólo se propone evitar un daño, y la ley no puede ver en él sino un desgraciado que trata de echar sobre otro el mal de que estaba amenazado personalmente" (Cfme. Idem, ob.cit.tI p.524)

falsos, los circulase después con conocimiento de su falsedad o alteración, sufrirá como pena una multa del duplo al triple de la suma expendida” ([99]).-

e) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI “Delitos contra la fe pública”, Capítulo I, “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito públicos” en el art. 364 prescribía: *“Si la moneda falsa, adulterada o cercenada, se hubiese recibido de buena fe, y se expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad o cercenamiento, la pena será determinada con arreglo a las disposiciones sobre la estafa, aumentándola en una décima parte”* ([100]).-

f) El *Proyecto de Código Penal de 1906*, en el Título XII “Delitos contra la fe pública” Capítulo I “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito” en el art. 303 decía: *“Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiese recibido de buena fe, y se expendiese o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de cien a dos mil pesos de multa”* ([101]).-

g) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII “Delitos contra la fe pública”, Capítulo I “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito” reproduce el texto del art. 303 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 284.-

h) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 284 del Proyecto de 1917.-

i) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII “Delitos contra la fe pública”, Capitulo I “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito” en el art. 356 disponía: *“Se impondrá prisión de uno a tres años, al que, habiendo recibido de buena fe moneda falsa, cercenada o adulterada, billetes de banco falsos, o algún efecto falso de los que se enumeran en el artículo anterior, los hiciere circular o los expendiere con conocimiento de la falsedad”* ([102]).-

j) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II “Delitos contra la fe pública”, Capítulo I, “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito” en el art. 237 normaba: *“Al que, con conocimiento de la falsedad, expendiere o pusiere en circulación moneda*

[99] Idem (ob. cit. t. II, p. 105)
[100] Idem (ob. cit. t. III, p.125)
[101] Idem (ob. cit. t.III, p. 393)
[102] Idem (ob. cit. t. IV, p. 746)

falsa o alterada, recibida de buena fe, se aplicará privación de la libertad de un mes a dos años o multa de doscientos a dos mil pesos” ([103]).-

k) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII “De los delitos contra la fe pública”, Capítulo I “Falsedades en moneda y títulos de crédito público” en el art. 313 prescribía: *“Al que, habiendo recibido de buena fe moneda falsa o alterada, la expendiere o pusiere en circulación, con conocimiento de tal circunstancia, se impondrá multa de cien a cinco mil pesos”* ([104]).-

l) El *Proyecto de 1953* en el título IX “Delitos contra las finanzas y la economía públicas”, Capítulo I “Falsificación de moneda, títulos y otros valores” en el art. 318 dispone: *“Al que habiendo recibido de buena fe moneda, títulos, valores y demás efectos falsos o alterados, comprendidos en los artículos 313 a 317, los introdujere, expendiere, pusiere en circulación o usare con conocimiento de su falsedad, se le impondrá: 1º En el caso de los artículos 313 y 314, prisión de tres meses a dos años o multa de doscientos a cien mil pesos. 2º En el caso del artículo 315, prisión de un mes a un año o multa de cien a veinte mil pesos. 3º En el caso del artículo 316, multa de cien a cinco mil pesos; 4º En el caso del artículo 317, multa de cien a dos mil pesos”* ([105]).-

m) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII “Delitos contra la fe pública”, Capítulo II “Falsificación de moneda” en el art. 368 dice: *“Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o hiciere circular con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de multa de diez a cien días”* ([106]).-

n) La *Ley de facto 17.567* no introduce ninguna modificación en el art. 284 del Código vigente salvo el monto de la multa.

ñ) La *Ley de facto 21.338* tampoco modifica el art. 284 del Código Penal, con excepción la multa que va de veinte mil a quinientos mil pesos.-

o) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII “Delitos contra la fe pública”, Capítulo II, “Falsificación de monedas y otros valores” trata la cuestión en el art. 381: *“Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiera recibió de buena fe y se expendiere o hiciere circular con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o adulteración, la pena será de multa de diez a cien días*” ([107]).-

---

[103] Idem (ob. cit. t. V, p. 637)
[104] Idem (ob. cit. t. VI, p. 114)
[105] Idem (ob. cit. t. VI, p. 321)
[106] Idem (ob. cit. t. VI, p. 519)
[107] Idem (ob. cit. t. VII p. 374)

p) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito", en el art. 328 establece: *"Si la moneda falsa o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de quince a noventa días - multa"*.-

q) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda y billetes de banco" el art. 282. 2: "*Se impondrá pena de QUINCE (15) a NOVENTA (90) días de multa a quien habiéndola recibido de buena fe, la expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración".*-

4.3.- Tipo objetivo. Acción típica.

La acción típica consiste en recibir de buena fe una moneda de curso legal de las características mencionadas *ut-supra* y expenderla o hacerla circular con el conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración. Se trata más bien del caso del que en pago o en concepto de otro título, incluso gratuito haya recibido de un tercero, quien obró de mala o buena fe, moneda falsa creyendo que era legítima y dolosamente le entrega a otro o la introduce al tráfico económico.-

El hecho en sí tiene como supuesto principal que el sujeto pasivo haya recibido con anterioridad de buena fe el dinero. Soler apunta que la expresión no es del todo exacta, ya que lo que se quiere significar es que ha recibido en su calidad de dinero; el sujeto autor del presente delito de haber sido, en realidad víctima de una operación anterior, en la cual, de buena o de mala fe – como ya se dijo – alguien le ha entregado dinero falso, de modo que normalmente que el sujeto trata de resarcirse de un daño, encajando el dinero a otra persona ([108]).-

Creus - Buompadre aseveran que la buena fe atañe a la calidad de la moneda y no al modo de recepción que puede ser lícito o ilícito lo que no influye en la tipicidad ([109]).-

En definitiva, el delito requiere como presupuesto la realización de una acción inocua que consiste en que el autor haya recibido la moneda falsa de buena fe, conducta que en sí no es delictiva. En cambio se transforma en tal, posteriormente, cuando habiendo tomado conocimiento de que lo que se ha recibido es una moneda falsa, cercenada o alterada, la pone en circulación ([110]). Se aduna en que la pena es de una considerable minoración en el entendimiento de que hay una menor reprochabilidad que se funda en que el sujeto activo aparece como una víctima de la falsificación y

[108] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 304); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 62)
[109] CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 420/421)
[110] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 554); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 63)

no como un autor o partícipe de ella y su actuar se encamina más a evitar un perjuicio patrimonial propio – desprenderse de la moneda falsa lo más rápido posible – que a cometer un delito ([111]).-

En cuanto al sujeto pasivo sólo puede ser aquella persona que ha recibido el dinero de buena fe, no sabiendo que es falso, con lo cual se excluye al falsificador y al que recibe la moneda o los papeles con conocimiento de calidad.-

Cabe agregar que la moneda o billete debe tener una aptitud para engañar, pues sino guarda cierta similitud con la auténtica no se configura este delito.-

4.4.- Objeto del delito.

El objeto del delito tal cual lo señala la norma es la moneda falsa, cercenada o alterada, todo sobre lo cual se ha hablado anteriormente, por ende, para evitar repeticiones hago la respectiva remisión.-

4.5.- Consumación y tentativa.

De hecho este tipo delictivo se perfecciona con el cumplimiento de las acciones de expendio y circulación, admitiendo la tentativa.-

4.6.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso de dolo directo. El tipo contiene elementos predominantemente subjetivos, ya que las acciones descriptas en el contexto de la norma se deben realizar existiendo en el sujeto activo el conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración sufrida por la moneda. Es decir, que entre el momento de recepción de buena fe y el de la expedición o circulación, el autor tiene que haber conocido con certeza que se trata de una moneda que no es verdadera, o sea que el conocimiento de la falsedad debe tenerse en el momento de expendio o puesta en circulación y no en el de la recepción. ([112]).-

§5.- Equiparación a la moneda.

En este artículo, el 285, se detallan todos los bienes que quedan equiparados a los efectos de los artículos anteriores, los cuales se verán *ut-retro*.-

5.1.- Bien jurídico protegido

[111] Idem (ob. cit. p. 554)
[112] MARUM Elizabeth (ob. cit. p. 298)

Al referirse a las conductas previstas en los artículos anteriores es evidente que el bien jurídico protegido es la fe pública, por lo que en esta inteligencia, corresponde hacer una remisión, para evitar repeticiones tediosas.-

5.2.- Antecedentes Legislativos Nacionales

a) La *Ley 49 de 1863* en el Título X "De las falsedades", en el art. 62 disponía: *"El que introdujere o expendiere falsos títulos de la deuda públicas al portador, billetes o libranzas del Tesoro, inscripciones de deuda u otros documentos de créditos o valores nacionales, o de un banco erigido con autorización del Gobierno Nacional, y los que los falsificaren, serán castigados con la pena de trabajos forzados por cuatro a siete años, y con una multa de quinientos a cinco mil pesos fuertes"* ([113]).-

b) El *Código Tejedor* en el Título III "De las falsedades", Capítulo III "De la falsificaciones documentos de créditos", en el art. 432 dispone: *"Falsifica documento de crédito público: 1º El que fabrica, introduce o espende a sabiendas falsos títulos de la deuda pública de cualquiera denominación y letras o libranzas del ministerio u oficinas superiores de hacienda…4º El que falsifica papel sellado, libranzas o letras de la tesorería u oficinas inferiores de hacienda".* El art. 433 preceptuaba: *"Los reos del delito designado en el primer inciso del artículo precedente sufrirá seis años de presidio o penitenciaria o multa de quinientos a cinco mil pesos fuertes. Los reos comprendidos en los incisos… cuarto sufrirá tres años de prisión y multa de trescientos o tres mil pesos fuertes"* ([114]).-

c) El *Código Penal de 1886* en el Título III "De las falsedades", Capítulo III "Falsificación de documentos de créditos" en el art. 283 dispone: *"Falsifica documentos de crédito: 1º El que fabrica y el que a sabiendas introduce al país falsos títulos de la deuda pública de una provincia o municipalidad o el que se encarga de espenderlos, y letras o libranzas de los Gobiernos, oficinas de hacienda provincial o municipal…".*En el art. 284 se consigna: *"Los reos del delito designado en el*

---

[113] ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel (ob. cit. t. I, p. 150)

[114] En la nota pertinente se expresa que: "… Los billetes de Banco son un signo de riqueza que corresponde a los tiempos modernos, el papel sellado lleva sólo dos siglos de duración, los créditos contra el tesoro público son también nuevos, sino en el fondo, por lo menos en su forma de títulos e inscripciones. El delito pues de tal falsificación debe ser un hecho no previsto por las leyes antiguas, un hecho que directamente sólo se puede encontrar vedado y penado en los Códigos de nuestra época. Esto no quita que semejante hecho no sea un gran crimen…Los billetes son dinero, los créditos contra el Estado son capitales: el papel sellado no es más que un medio de dar autenticidad a ciertos escritos juntamente con el de exigir una contribución sobre los actos que contienen. Pero si no hay igualdad en el fondo, entre este punto y los otros, la hay en la forma; como que todas son falsificaciones de timbres y sellos…"(Cfme. Idem (ob. cit. t. I, p.522))

1º inciso del artículo anterior, sufrirán la pena de penitenciaria por tres a ocho años y multa de quinientos a cinco mil pesos" ([115]).-

d) El *Proyecto Villegas - Ugarriza - García de 1881* en el Título III "Falsedades" capítulo I "Falsificación de documentos de créditos públicos, de municipalidades o instituciones legalmente autorizadas y de billetes de Banco" en los arts. 174 decía: "*El que falsificare bonos emitidos por el Tesoro público, cupones de intereses correspondientes a estos bonos… cuya emisión estuviere autorizada, sufrirá la pena de penitenciaria mayor"* el art. 175 consignaba: "*El que falsificare obligaciones al portador de la deuda pública de un país extranjero, cupones de intereses correspondientes a esos títulos o billetes de Banco al portador cuya emisión estuviere autorizada por una ley de ese país extranjero, sufrirá la pena de penitenciaria media"* y el art. 176 establecía que: "*Sufrirá la pena de penitenciaria menor los que falsifiquen títulos al portador emitidos por municipalidades o establecimientos públicos debidamente autorizados para ello, o cupones de intereses o dividendos correspondientes a esos títulos, y los que falsifiquen letras o libranzas de ministerios u oficinas de Hacienda"*([116]).-

e) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público" en el art. 331 decía: *"Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda los billetes de banco legalmente autorizados, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal, y sus cupones, los bonos o libranzas del tesoro nacional, provincial o municipal, los títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por los bancos o compañías autorizadas para ello"* ([117]).-

f) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito públicos" en el art. 365 establecía: "*Para los efectos de los artículos 362 y 364, quedan equiparados a la moneda*

---

115 Idem (ob. cit. t. II, ps. 262/263)
116 Idem (ob. cit. t. II p. 104)
117 En la Exposición de Motivos, en la parte más trascendente con referencia a este artículo se dice que: "Nuestro artículo salva, además, una gravísima omisión del Código penal, al extender la equiparación de los documentos de crédito a los títulos y cédulas al portador emitidos legalmente. De la enumeración del artículo 283 resulta que han quedado excluidas de represión las falsificaciones de títulos al portador emitidos con autorización legal por empresas de crédito. "Si la falsificación de títulos de créditos público es un delito tan grave como la falsificación de billetes de banco, y quedan equiparados por la medida de la pena; si por otra parte se imponía una severa sanción a la falsificación de billetes de banco, no se concibe porqué no tendrán igual protección de la ley las emisiones de otros títulos al portador hechas con la autorización del estado. La objetividad del delito es la misma: "Tanto es un gravísimo atentado a la fe pública garantida por la autorización del estado, la falsificación de cédulas hipotecarias como la falsificación de billetes de banco"" (Cfme. Idem ob. cit. t. II, p. 488)

los billetes de banco legalmente autorizados, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas del tesoro nacional, provincial o municipal y cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador emitidos legalmente por las compañías o bancos autorizados para ello. El delito existirá, aunque cualquiera de esos títulos o papeles se hayan impreso en las mismas planchas que los títulos o papeles legítimos" ([118]).-

g) El *Proyecto de Código Penal de 1906,* en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 304 decía: *"Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda los billetes de banco legalmente autorizados, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal, y sus cupones, los bonos o libranzas del tesoro nacional, provincial o municipal, los títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por los bancos o compañías autorizadas para ello"* ([119]).-

h) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" reproduce el texto del art. 304 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 285.-

i) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 285 del Proyecto de 1917, agregándole los cheques.-

j) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 355 disponía: *"Se impondrá reclusión o prisión de seis meses a quince años, al que falsifique cheques; títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones; bonos o libranzas del tesoro nacional, provinciales o municipales; títulos, cédulas y acciones al portador emitidos legalmente por los bancos y compañías autorizados para ello; pólizas de empeño al portador, emitidas por las instituciones públicas o privadas que estén facultadas para hacerlo. Se impondrá la misma sanción al que introdujere, expendiere o pusiere en circulación algunos de los efectos falsos que se especifican en el presente artículo"* ([120]).-

k) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 238 normaba: *"A los efectos de la ley penal, quedan equiparados a la moneda: 1º Los billetes de*

---

[118] Idem (ob. cit. t. III, ps.125/126)
[119] Idem (ob. cit. t.III, ps. 393/394)
[120] Idem (ob. cit. t. IV, p. 745)

banco legalmente autorizados; 2º Los títulos o cupones de la deuda nacional, provincial o municipal: 3º los bonos o libramientos de los tesoros nacional, provincial o municipales; 4º los títulos, cédulas y acciones al portador, emitidos legalmente por los bancos o compañías autorizadas para ello; 5º los cheques” ([121]).-

l) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII “De los delitos contra la fe pública”, Capítulo I “Falsedades en moneda y títulos de crédito público” en el art. 314 prescribía: *“ Para los efectos de la ley penal quedan equiparados a la moneda: 1º el papel moneda y el billete de banco de curso legal, nacionales o extranjeros; 2º los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones; 3º los bonos y libranzas del tesoro nacional, provincial o municipal; 4º los títulos, cédulas y acciones al portador, y sus cupones, emitidos con carácter oficial, o entidades públicas o privadas legalmente autorizadas; 5º los títulos, cédulas y acciones al portador, y sus cupones, y los bonos y libranzas, emitidos por el gobierno de un Estado extranjero”*([122]).-

m) El *Proyecto de 1953* en el título IX “Delitos contra las finanzas y la economía públicas”, Capítulo I “Falsificación de moneda, títulos y otros valores” en el art. 314 dispone: *“Las penas previstas en los dos primeros apartados del artículo anterior (cinco a quince años de prisión y tres a diez años de prisión, respectivamente) se aplicará al que falsificare: 1º) Papel moneda o billetes da banco de curso legal en la República o en el extranjero; 2º) Títulos de la deuda nacional, provincial, y municipal y sus cupones; 3º) Bonos y libranzas del tesoro nacional, provincial o municipal; 4º) Títulos, cédulas y acciones al portador y sus cupones emitidos por entidades estatales o mixtas; 5º) Títulos, cédulas y acciones al portador y sus cupones así como bonos y libranzas emitidas por entidades estatales extranjeras. Las mismas penas se impondrán, según los casos, a quienes introdujeren, expendieren, pusieren en circulación, usaren o guardaren para esos fines papel moneda, títulos y demás efectos falsos o alterados enumerados en el presente artículo”* y el art. 315

[121] En la Exposición de Motivos Peco expresa: “El artículo 238 del proyecto, como en los antecedentes nacionales se refiere a la falsificación de moneda y a la falsificación de ciertos papeles de valor, separadamente. La tendencia de la legislación comparada es acordar la máxima amplitud a la falsificación de los papeles de valor apartándose del sistema del código penal alemán que sólo asimila a la moneda los billetes de banco y el papel moneda… El sistema extensivo seguido por el Código Penal al salvaguardar enérgicamente la falsificación de estos efectos de valor, protege la seguridad de la circulación de los valores y sanciona el ataque a la fe pública. Dos modificaciones introducidas en la economía del código: una, referente a la situación; otra, al empleo de la frase *a los efectos de la ley penal,* calcada del art. 456 del Código Penal italiano. La primera es de alcance mas lato. El art. 285 del Código Penal concierne a los artículos anteriores, excluyendo a la falsedad, cercenamiento o alteración de monedas extranjeras que no tengan curso legal en la República o respecto de los billetes de banco, títulos de la deuda pública, títulos al portador o documentos de crédito extranjeros contemplados en el art. 286. En cambio, el art. 238 no establece distingo alguno” (Cfme. Idem (ob. cit. t. V, ps. 340/341)

[122] Idem (ob. cit. t. VI, ps. 114/115)

disponía que: "*Se impondrá prisión de uno a seis años al que falsificare: 1º) Papel sellado, estampillas fiscales, estampillas de correo o cualquier otro efecto timbrado oficial que tuviere o representare un valor o un derecho; 2º) Acciones al portador emitidas en forma legal por entidades privadas argentinas; 3º) Cheques o sus endosos. La misma pena se impondrá a quienes introdujeren, expendieren, pusieren en circulación, usaren o guardaren para esos fines las acciones, cheques y demás efectos falsos alterados enumerados en el presente artículo"* ([123]).-

n) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de moneda y otros valores" en el art. 369 dice: *"Para los efectos de la ley penal quedan equiparados a moneda: 1º) el papel moneda y el billete de banco de curso legal, nacionales y extranjeros; 2º) los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones; 3º) los bonos y letras de los tesoros nacional, provincial y municipal; 4º) los títulos, cédulas y acciones al portador, y sus cupones emitidos con carácter oficial por entidades legalmente autorizadas públicas o privadas; 5º) los títulos, cédulas y acciones al portador, sus cupones y los bonos y letras emitidas por un gobierno extranjero"* ([124]).-

ñ) La *Ley de facto 17.567* sustituye la frase "y los cheques" por la de "y los cheques oficiales" en el art. 285 ([125]).-

o) La *Ley de facto 21.338* restableció la fórmula del art. 285 según la versión de la *ley de facto 17.567*.-

p) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de monedas y otros valores" trata la cuestión en el art. 382 se reproduce el texto del Proyecto de 1960 ([126]).-

q) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito", en el art. 329 establece: *"Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus cupones, los bonos y libranzas*

[123] Idem (ob. cit. t. VI, p. 320)
[124] En la nota al artículo, Soler dice: "Suprimimos los cheques porque aún cuando se considerare válido equiparar a moneda solamente a los cheques oficiales, con tal equiparación se rompe la fisonomía de la figura, que tiende a la protección de valores no individualizados, de papeles expresamente destinados a adquirir gran circulación y a mantenerse en ella. Un cheque es siempre una orden de pago individualizada, y lo que esta disposición protege son los papeles que representan fracciones de un capital, de una deuda, de un empréstito. Los papeles que se consideran en este artículo son todos ellos negociables en la bolsa incluso las letras de tesorería" (Cfme. Idem ob. cit. t. VI, ps. 519/520)
[125] Idem (ob. cit. t. VII p. 54)
[126] Idem (ob. cit. t. VII p. 375)

de los tesoros nacional, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o debito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello ".-

r) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda y billetes de banco" el art. 282. 3: *"Para los efectos del presente artículo quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables, y las tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello".*-

5.3.- Tipo objetivo. Acción típica.

Se ha discutido en doctrina si la equivalencia determinada por esta norma con respecto a los objetos previstos en ella es a los efectos de todo el tipo penal o se restringe solamente a la pena. Predomina ampliamente la primera posición con la disidencia de Fontan Balestra ([127]).-

Esto significa que se pueden cometer cada una de las conductas descriptas en los artículos 282/284, con excepción del cercenamiento, pues dicha actividad no se compatibiliza con la materialidad de los objetos previstos en esta norma. Creus – Buompadre advierten que en lo concerniente a la falsificación del art. 282, la cual requiere una creación imitativa, es necesario que la totalidad del objeto sea imitado, por ej. que se imprima el formulario del cheque, no sólo que se llene un formulario verdadero que esté en blanco, ya que lo que sólo sea una inserción parcial o una deformación del objeto verdadero colocará al sujeto activo en la hipótesis de la alteración ([128]).-

5.4.- Objeto del delito.

De acuerdo a la norma en estudio la equiparación a moneda de curso legal nacional abarca:

a) Moneda extranjera.

Esta situación fue incluida por la ley 25.930 ya que anteriormente no se encontraba contemplada entre los objetos delineados en el art. 285, sino en el art. 286 que ha sido derogado por la ley mencionada.-

De acuerdo a la interpretación que se ha hecho de esta norma, en sentido que abarca todas las conductas previstas en los artículos precedentes, la inclusión de la moneda extranjera deja de lado la

[127] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 516)
[128] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 422)

conducta anterior del art. 286 que planteaba algunas dudas con respecto al expendio y a la puesta en circulación, circunstancia que en cierta forma había sido clarificada por la Corte Suprema.-

Refiere D`Alessio que con la incorporación de esta figura puede aseverarse que, además de la fe pública, se tutela el crédito de las naciones extranjeras y la protección dada por el derecho interno responde al ejercicio de las facultades de legislar sobre lo concerniente a las relaciones internacionales. Comprende de esta manera, toda clase de moneda extranjera sin distinción alguna, e incluye la metálica y el papel moneda ([129]).-

b) Títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones; los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales o municipales.

Estos títulos de la deuda consisten en valores que provienen de empréstitos internos y externos en respaldo de las obligaciones contraídas por el Estado nacional, provincial o municipal, haciendo uso del crédito público.-

Y los títulos mencionados y sus cupones se han incluido en este dispositivo ya que es el Estado el que garantiza su pago o su vencimiento, en similar medida que los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provincial y municipales, de los que el Estado es responsable directo del pago ([130]).-

Acota Soler que si bien esta clase de valores carece de curso legal, en realidad constituyen una importante masa de capital dotadas de garantías del Estado, de modo que dentro del límite de su cotización equivalen a la moneda, ya que en definitiva, son pagaderos por el Tesoro público a su vencimiento, a diferencia de los billetes que son presentados eventualmente ([131]).-

Los cupones, también mencionados por esta norma son los que vienen impresos junto con el título y se separan de él para cobrar los intereses, como por ejemplo los Bonex. De esta manera, tanto los cupones como los títulos presentan un modelo, es decir que, su falsificación se da por imitación.-

Con respecto a los bonos de los tesoros nacional, provincial o municipales son una especie dentro de los títulos públicos emitidos por aquéllos y por consiguiente se constituye en deudores principales y responsables directos del pago. Se han conocido en épocas de grandes crisis que tanto las provincias como la Nación en cierta forma abusaron de la facultad de emitir estos bonos para cubrir sus respectivos déficit, a guisa de ejemplo se pueden citar las “Lecop” (letras de coparticipación) del Tesoro nacional o bonos provinciales como los “Patacones” en la provincia de

[129] D`ALESSIO Andrés (director), DIVITO Mauro (coordinador) *“Código Penal de la Nación. Parte Especial. Comentado y anotado”* 2º edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1457
[130] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 423)
[131] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 291)

Buenos Aires, como para citar algunos y fueron aceptados, prácticamente como moneda, incluso fuera de los límites provinciales, a tal extremo que se los denominó "cuasimonedas" ([132]). Con respecto a esto la jurisprudencia consideró que los patacones son bonos emitidos por el Estado provincial sin la intervención del Estado Nacional, por lo que la equiparación de ellos a la moneda que efectúa el art. 285 del C.P., lo es exclusivamente a los fines de la figura delictiva y de la pena para otorgarle una mayor protección. Tienen origen en leyes provinciales sancionadas, en un contexto de emergencia económica por lo que carecen de respaldo federal y si bien tienen tamaño, diseño, textura y apariencia de papel moneda, no lo son, por lo que resulta competente el fuero ordinario ([133]).-

Las libranzas de los tesoros nacional, provinciales o municipales son órdenes de pago que no se emiten en serie sino que están individualizadas, firmadas y selladas ([134]).-

c) Billetes de banco.

De hecho se trata del papel moneda emitido de acuerdo a las leyes de la Nación. En su momento se habló de billetes de banco legalmente autorizados que existían cuando, en virtud del art. 108 de la C.N., las provincias podían emitirlos con autorización del Congreso. Esto ha sido revertido por el actual art. 126 de la C.N. que impide a las provincias acuñar moneda ni establecer bancos con la facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso Nacional. Es el Banco Central de la República Argentina el único que está autorizado para emitir billetes.-

d) Títulos, cédulas, acciones y valores negociables.

Se refieren a instrumentos financieros impresos en serie y conforme a un modelo determinado que emanan legalmente de entidades nacionales o extranjeras de carácter oficial o particular y que están autorizadas para su emisión y de acuerdo a la ley 25.930, la falsificación de estos instrumentos no sólo afecta a la fe pública, sino también el crédito público, que se da en las ofertas de valores que se realizan por medio de entidades oficiales o sociedades privadas legalmente autorizadas, con el objeto de obtener recursos del ahorro privado para el cumplimiento de sus objetivos ([135]).-

Sobre estos instrumentos hay una discrepancia sobre sí se trata de todos los emitidos por las sociedades reconocidas por Estado mediante el otorgamiento de la respectiva personería jurídica o

[132] D `ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 1458)
[133] CN. Crim y Correc. Sala V, 30/9/02, "Bojanich María Susana" y "Delgado Leonardo s/falsificación" 2/12/03m, El Dial AA1E1B, citado por MARUM Elizabeth (ob. cit. p. 312).
[134] MOLINARIO Alfredo (ob. cit. p. 479)
[135] D `ALESSIO Andrés (ob. cit. ps. 1458/1459)

sólo de los emitidos por los bancos o instituciones – eventualmente sociedades – que tienen carácter oficial, ya que sólo en este caso aparecería comprometido el crédito del Estado, que es uno de los criterios informantes del bien jurídico protegido.-

Creus - Buompadre se inclinan por esta última alternativa basados en el hecho de que los instrumentos a los que el Estado puede rodear de autenticidad, proceden de sus propios entes, no obstante que fueren descentralizados ([136]).-

e) Tarjetas de compra de crédito o débito legalmente emitidas por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello.

El dinero plástico fue introducido por la ley 25.930 y específicamente son instrumentos creados para funcionar en un circuito económico financiero, nacional o internacional y que sirven a determinados propósitos, para la obtención de bienes o servicios. Su regulación se encuentra en la ley 25.065. Por ejemplo, la tarjeta de compra es la que las instituciones comerciales entregan a sus clientes para realizar compras exclusivas en sus establecimientos o sucursales (art. 2º inc. d)); la tarjeta de crédito es el instrumento material de identificación del usuario, que puede ser magnético o de cualquier otra tecnología, emergente de una relación contractual previa entre titular y emisor (art. 4º); y la tarjeta de débito es la que otorgan las instituciones bancarias a sus clientes para que, al efectuar compras o locaciones, los importes de las mismas sean debitados directamente de una cuenta de ahorro o corriente del titular (art. 2º inc. e)).-

Se ha dicho, y con cierta razón, que tales instrumentos son susceptibles de ser falsificados – imitando o copiando el original –, introducidos al país o alterándolos porque las acciones de expender o poner en circulación comprenden objetos que salen del poder del falsificador, en tanto las tarjetas se usan para realizar un negocio concreto y luego vuelven a la esfera su poseedor. Por consiguiente la conducta del empleo doloso por parte del agente de una tarjeta falsificada o alterada por un tercero es más propia del delito de defraudación específica del art. 173 inc. 15 del C.P. ([137]).-

En apoyatura de esta argumentación también se ha hecho la crítica de que si se pretendía reforzar la protección jurídica de tales objetos, hubiera sido más propio incluirlos entre los equiparados a documentos públicos (art. 297), puniendo su adulteración o falsificación, más asimilables que a la moneda del curso legal ([138]).-

---

[136] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 423)
[137] D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 1456)
[138] TAZZA Alejandro *"Estafas con tarjeta de crédito y falsificación de moneda extranjera y otros papeles"*, LL 2005-C-1037, citado por MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI, p. 315)

f) Cheques.

La ley 25.930 al incluir los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado, cerró la antigua discusión que existía en la doctrina y jurisprudencia respecto a que si se encontraban incluidos en esta norma los cheques oficiales o todos los cheques. En efecto, esto también fue acompañado por algunas reformas que se hicieron al Código Penal, pues éste en su versión de 1921 decía "y los cheques", pero posteriormente tanto las leyes *de facto* 17.567 y 21.338 sustituyeron dicha frase por la de "y los cheques oficiales".-

Los cheques del viajero han sido definidos como un título de valor emitido por una entidad, bancaria o turística, que permite al beneficiario que ha anticipado los fondos al emisor cobrar su importe en la moneda expresada en el mismo, en cualquier filiar indicada por este último. Algunos sostienen que la naturaleza jurídica de este instrumento se asimila al pagaré y no al cheque porque no está ligado a una cuenta corriente bancaria y por ello no se está de acuerdo que se incorpore en esta norma equiparándolo a la moneda en curso legal ([139]).-

Coetáneamente con la inclusión del cheque, asimilable a la moneda en curso legal, Marum señala una serie de controversias que se suscitan en situaciones que enumera: a) si para la configuración del delito de falsificación de cheque la firma debe ser imitativa; b) si el llenado de claros de un cheque con firma auténtica que ha sido objeto de apoderamiento conforma esa figura; c) si la falsificación del endoso encuadra en la falsificación de cheques; d) si la modificación de la fecha del cheque constituye falsificación y e) cómo se distingue la falsificación de cheque del libramiento de cheque en formulario ajeno (art. 304 inc. 4º) ([140]). Cita al efecto variada jurisprudencia que incluyen fallos contrapuestos.-

A los efectos meramente anecdotarios se puede mencionar si la equiparación dispuesta por el art. 285, alcanza a los *billetes de lotería* ya que en alguna oportunidad un antiguo fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional se pronunció por la equiparación de dicho elemento con la moneda ([141]) y posteriormente otro fallo plenario modificó tal criterio ([142]).-

La opinión concluyente, sobre este particular es la de Soler quien afirma que tal equiparación solamente es posible cuando se expresa en la ley, ya que existe una considerable diferencia entre dicha clases de valores y los que la ley enumera. Menciona la opinión de Manzini quien si bien los

---

[139] Idem (ob. cit. LL 2005-C-1037)
[140] MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI, p. 317)
[141] Citado por SCIME Salvador *"Falsificación de moneda y estafa"*, LL 1989-D-425
[142] C.N.Crim y Correc. 28/6/46 - García Aureliano - LL 43-290

considera documentos públicos no los juzga equiparados a la moneda y duda de que puedan llamarse títulos al portador en sentido propio. "No interesa aclarar este último punto con respecto a las relaciones civiles; pero si bien se observa, existe una diferencia muy grande entre esa clase de papeles y los que reciben la protección de la moneda. En efecto, el carácter común de los billetes de banco y papeles equiparados es el de constituir un valor independiente y completo por sí mismos. Los billetes no premiados no valen nada y los premiados solamente valen en conexión con otros documentos (extracto y talón), de manera que con un billete falsificado y *además* el extracto es posible estafar a una o dos personas, pero no parece que los billetes entren en circulación semejante a la de la moneda en ningún caso. Esa posibilidad de circulación es una característica fundamental en la clase de papeles protegidos y constituye la razón misma de la agravación" ([143]).-

§6.- Fabricación y emisión ilegal de moneda.

En este artículo, el 287, se pune al funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o pesos inferiores al de la ley, billetes de banco o cualquier título, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.-

6.1.- Bien jurídico protegido

Demás está decir que el bien jurídico protegido es la fe pública, característica de todos estos delitos que se enuncian. Vale lo dicho al tratar el art. 282.-

6.2.- Antecedentes Legislativos Nacionales

a) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público" en el art. 333 decía: *"El funcionario público o el director o administrador de banco o compañía que hiciere o autorizare la emisión de moneda, billetes de banco o cualquiera títulos, cédulas o acciones al portador en cantidad superior a la autorizada por la ley, sufrirá penitenciaria por dos a seis años, e inhabilitación absoluta por doble tiempo"* ([144]).-

[143] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 297)

[144] En la Exposición de Motivos se especifica que: "La falsificación de billetes de banco, títulos, cédulas o acciones de compañía puede presentarse también como una emisión ilegal. El billete, el título, o la cédula no representa un valor sino en los límites de la autorización legal. Las emisiones extra - legales, aún cuando no se hagan con propósito de lucro personal, constituye un hecho gravísimo y fácil de producirse en las épocas de gran actividad comercial o de especulación" (Cfme. ZAFFARONI Eugenio- ARNEDO Miguel ob. cit. t. II, p. 489)

b) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito públicos" en el art. 367 establecía: "*El funcionario público, o el director gerente, administrador o sindico de banco o sociedad anónima que hiciere o autorizare la emisión de monedas, billetes de banco, o cualesquiera títulos, cédulas, obligaciones o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada por la ley sufrirá, si el hecho no importare otro delito de pena mayor, penitenciaria de uno a cinco años, e inhabilitación absoluta por doble de tiempo"* ([145]).-

c) El *Proyecto de Código Penal de 1906*, en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 306 decía: *"Serán reprimidos con prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador en cantidad superior a la autorizada "* ([146]).-

d) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" reproduce el texto del art. 306 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 287.-

e) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 287 del Proyecto de 1917.-

f) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 360 disponía: *"Se impondrá reclusión o prisión por seis a diez años e inhabilitación absoluta por doble de tiempo del de la condena, al funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía, que fabricare, emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda con título o peso inferiores al de la ley, o billetes de banco, títulos, cédulas o acciones al portador en cantidad superior a la autorizada"* ([147]).-

g) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo I, "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito" en el art. 239 normaba: *"Al funcionario público y al director o administrador de un banco o de una compañía*

[145] Idem (ob. cit. t. III, ps. 126)
[146] Idem (ob. cit. t.III, p. 394)
[147] Idem (ob. cit. t. IV, p. 746)

que fabricare, emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda con título o peso inferiores al de la ley, o billetes de banco, títulos, cédulas o acciones al portador en cantidad superior al autorizado, se le aplicará privación de la libertad de uno a seis años" ([148]).-

h) El *Proyecto de 1953* en el título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas", Capítulo III "Alteraciones arbitrarias del mercado" en el art. 327 dispone: *"El que ofreciere fondos públicos o acciones u obligaciones de alguna persona de existencia ideal, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderos, o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsos, se le impondrá prisión de seis meses a tres años. La misma pena se impondrá al que emitiere o autorizare acciones u obligaciones en cantidad superior a la permitida"* ([149]).-

i) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo I "Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito", en el art. 330 establece: *"Serán reprimidos con prisión de uno a seis años e inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada"* .-

j) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsificación de moneda y billetes de banco" el art. 283: *"Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare, emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada"*.-

6.3.- Tipo objetivo. Acción típica.

Las acciones típicas las describe la norma y consisten en "fabricar" – confeccionar materialmente la moneda o el valor –; "emitir" disponer la puesta en circulación de éstos ya se mediante una actividad material como jurídica consistentes en emitir decretos irregulares o ilegales para concretar el acto típico ([150]); "autorizar" es permitir que la moneda o el valor se puede fabricar o emitir de manera legal.-

[148] Idem (ob. cit. t. V, ps. 638)
[149] Idem (ob. cit. t. VI, p. 323)
[150] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 307); CREUS Carlos- BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 425).

Sujeto activo del delito sólo pueden ser los funcionarios públicos – funcionario de la Casa de la Moneda – que están facultados por la ley para autorizar la fabricación o emisión de moneda y otros valores previstos en la norma. Vale acotar que la nominación que hace la norma en cuanto a los directores o administradores de bancos o compañías autorizadas a fabricar o emitir constituye letra muerta, porque sólo el Estado es la persona autorizada por la ley para emitir moneda. Soler sostiene que están comprendidos tantos funcionarios que fabrican la moneda como los que autorizan la emisión, y en tal sentido la responsabilidad puede llegar hasta el Presidente de la República y los Ministros. No obstante, como la ley escoge como sujeto al que autoriza materialmente la emisión, es evidente que éste en ningún caso puede invocar obediencia debida ([151]).-

No se descarta la participación a cualquier nivel, pues puede ocurrir con quien la tarea de impresión excesiva, en connivencia con quien dispuso la impresión legal, siendo partícipe necesario ([152]).-

6.4.- Objeto del delito.

Los objetos de las acciones previstas en el dispositivo legal lo constituyen la moneda, billetes de banco, títulos, cedulas o acciones al portador.-

En cuanto a la moneda se trata de la metálica cuando se fabrica o emite o se autoriza su fabricación con títulos o pesos inferiores al de la ley; el primero, es la proporción de cada uno de los metales que intervienen en la aleación de la moneda, y el segundo, es la medida del metal que debe formar cada pieza monetaria. Según Creus-Buompadre en este caso no se pune la emisión, fabricación o autorización que exceda el número de piezas cuya acuñación ha dispuesto la ley, suponen que el legislador tuvo en cuenta el propio respaldo de la moneda metálica por su contenido de metal valioso ([153]). Aunque ese exceso sí convierte en típica la fabricación, emisión o autorización de papel moneda – billetes de banco – u otros valores – títulos, cédulas y acciones al portador – que se castigan cuando fueren realizadas en cantidades superiores autorizadas por la ley ([154]), es decir, a la inversa de lo que ocurría con la moneda metálica, lo que resulta impune en este caso, es la fabricación o emisión de papel moneda, utilizando materiales de inferior calidad que los dispuestos por la ley, reglamento u orden, tal es el caso, por ejemplo de utilizar papel o tinta menos valiosos. "En uno y otro caso lo que se debe infringir es el peso, título o cantidad determinados por la ley que

[151] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 307)
[152] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 427)
[153] Idem (ob. cit. p. 426)
[154] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 307) apelando a la Exposición de Motivos de 1891.

regula la emisión monetaria o de valores, pero si se trata de una emisión no dispuesta por la ley (p.ej. el que fabrica una partida de monedas con un cuño que ya no se utiliza, pero que siguen circulando), el agente puede incurrir en la falsificación del art. 282, pero no en la emisión ilegal del art. 287" ([155]).-

6.5.- Consumación y tentativa.

La consumación se da con la fabricación, emisión o autorización, sin requerir la circulación de la moneda o de los valores fabricados o emitidos. La tentativa puede darse en la fabricación, no así en la emisión o autorización, justamente por la modalidad de dichas conductas.-

6.6.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo, pues se hace menester el conocimiento del título, peso o cantidad determinadas por la ley y la voluntad del agente – funcionario público – de emitir, fabricar o autorizar la fabricación o emisión en violación de las características o medidas impuestas.-

§7.- Falsificación de sellos oficiales y estampillas.

Este tipo penal contempla dos casos: el de la falsificación de sellos oficiales y el de la falsificación de papel sellado, sellos de correo o telégrafo o cualquier otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuesto. Comprende la falsificación, la impresión fraudulenta del sello verdadero.-

7.1.- Bien jurídico protegido.

Tal como los anteriores casos que se han visto, el bien jurídico protegido es la fe pública con el fin de tutelar determinados valores emitidos por el Estado cuya relevancia económica se asemeja a la moneda e incluso, en algunas ocasiones, la suple.-

Señala Donna que en los casos de los arts. 288 y sgtes. del C.P. lo que se considera es la impresión fraudulenta del sello verdadero. De este modo se trata de la impresión ilegal del sello que autentifica actos u objetos a los cuales no lo corresponde ([156]). Por ello en realidad la tutela se finca en la autenticidad, integridad y el mantenimiento de los signos o contraseñas que identifican el producto.-

Soler considera como caracteres generales que dentro de las distinciones que se han hecho entre falsificación y falsedad, los delitos en cuestión corresponden primariamente a la falsificación,

---

[155] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p.426)
[156] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 84)

lo mismo que en el caso de los delitos monetarios, porque se trata de acciones tendientes siempre a suplantar un signo preconstituido de autenticidad. En definitiva, se comprenden falsedades materiales. Acudiendo a los antecedentes, afirma que aún cuando se hace referencia a la firma, se concreta exclusivamente a la consideración de verdaderas contraseñas, signos materiales de autenticidad, dejando para las falsedades documentarias toda falsificación de firma, por calificada que sea la posición del signatario. La firma es considerada aquí como un sello o contraseña cualquiera ([157]).-

7.2.- Antecedentes legislativos nacionales.-

a) El *Código Tejedor* en el Título III "De las falsedades", Capítulo I "De la falsificación de sellos, firmas y marcas", en los arts. 424 disponía: "*El que en documentos públicos falsificase los sellos oficiales, o la firma del Gobernador de la Provincia y sus Ministros o de los Presidentes de las Cámaras, será castigado con prisión de dos años y multa de cien a mil pesos fuertes";* el art. 425 decía: "*El que falsifique la firma de cualquier otro empleado público, o los sellos, marcas o contraseñas para identificar un objeto, o asegurar el pago de impuestos, se usen en las oficinas de la Provincia, será castigado con prisión de dos años y multa de cincuenta a quinientos pesos fuertes"* y el 426 establecía que: "*Se considera como falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero en documento que sea necesario. Este delito se castigará con un año de prisión y la misma multa de los anteriores artículos"* ([158]).-

b) El *Proyecto de Villegas-Ugarriza-García de 1881* en el Título III "Falsedades" en el Capítulo II "Falsificación de sellos, marcas y firmas" en el art. 180 establecía: "*El que falsificare los sellos oficiales o la firma de un Gobernador de provincia o sus Ministros, o de los presidentes de las*

---

[157] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 308/309)

[158] Tejedor en la nota al art. 424 explicaba que: "La palabra falsedad que encontramos aquí, sirviendo de epígrafe al presente título tiene en ella una significación más lata que la que le corresponde en el lenguaje común. En éste, falsedad no es otra cosa que falta de verdad, no constituye sino una voz neutra por decirlo así, que se aplica a las personas y a los sujetos todos; pero no a las acciones. La voz, el término propio para éstas, según la índole de nuestro idioma, no es falsedad sino falsificación. Sin embargo, la ley ha dado siempre técnicamente aquel nombre a la que éste segundo comprendía. Ha llamado falsedad a todo mutamiento de la verdad, como dice las Partidas, sea como acción, sea como obra. Los sellos son la garantía pública de aquellas cosas en que se imponen; las marcas son contraseñas por donde se acaba de justificar la legitimidad de artefactos o productos industriales. El Gobierno sella sus diplomas, los fabricantes sellan o marcan los efectos de sus talleres. Uno y otros están para aquella señal para que todo el mundo reconozca la legalidad, la procedencia de sus obras. Así, el que falsifica esa marca o esos sellos, invade la propiedad ajena, burla la fe pública, arroja la confusión en el Estado, hasta usurpar la soberanía con cuyos distintivos se reviste, y en cuyo lugar se coloca. Hay en esto una porción de delitos, o por mejor decir, de gérmenes de delitos, confundidos en la obra común, en el hecho de la falsificación". Sobre los sellos oficiales, etc. señala que: "Debe advertirse que en este lugar sólo se trata de la falsificación. El empleado o el particular que no falsifican estampillas ni sello, sino que las usan malamente, cometen sin duda delito, pero no el de que aquí se trata. Tampoco se trata aquí de la falsificación de la firma del Presidente, etc., que como delito de fuero nacional tienen su legislación especial (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel ob. cit. t. I. ps. 514/515)

Cámaras Legislativas o Tribunales Superiores de Justicia, será castigado con prisión mayor"; el art. 181 decía: "*El que falsificare la firma de cualquier otro empleado público, el papel sellado, estampillas adhesivas, o los sellos, marcas o contraseñas que para identificar un objeto, o asegurar el pago de impuesto, se usan en las Oficinas de una provincia, será castigado con prisión media"* y el art. 180 consignaba: "*Se considera como falsificación la impresión fraudulenta de un sello verdadero en documentos que lo requiera. Este delito se castigará con prisión menor"* ([159]).-

c) El *Código Penal de 1886* en el Título III "De las falsedades", Capítulo I "De la falsificación de sellos, firmas y marcas" el art. 277 punía: *"El que falsifique sellos oficiales o firmas de funcionarios públicos, será castigado con prisión de uno a tres años. Se considera como falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero en documentos en que sea necesario"* ([160]).-

d) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos., timbres y marcas" en el art. 334 se establecía: "*Será reprimido con penitenciaria por uno a cuatro: 1º El que falsificare sellos oficiales; 2º El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad, o tenga por objeto asegurar el pago de impuestos. En estos casos, como en los de los artículos siguientes, se considerará como falsificación la inscripción fraudulenta del sello verdadero"* ([161]).-

---

[159] Idem (ob. cit. t. II. p. 106)
[160] Idem (ob. cit. t. II, p. 260)
[161] En la Exposición de Motivos se expresa que: "El capítulo *falsificación de sello, timbres y marcas* reemplaza en el Proyecto al de falsificación de sellos, *firmas* y marcas del Código Penal, convenientemente ampliado para que pueda sustituir también las disposiciones penales de las leyes especiales. No aparece en nuestro capítulo la falsificación de firmas, como no aparece en la generalidad de los códigos que tenemos presentes. El código Tejedor preveía la falsificación de "la firma del Gobernador de la provincia y sus ministros o de los presidentes de las cámaras", *en documentos públicos* (art. 424), y en el artículo siguiente la falsificación de la firma de cualquier otro empleado público, sobreentendiéndose que también lo fuera en documento público. La ley federal no habla sino de la falsificación de la firma "del Presidente de la Nación o de sus ministros de estado". Tanto esta disposición como la del artículo 424 del código Tejedor fueron tomadas del código español de 1850, que ha mantenido en el de 1870 sus disposiciones sobre la firma del rey, del regente del reino y de los ministros de corona. En buena lógica parecía que la disposición debía generalizarse, así lo hizo el Código Penal, creando el delito de falsificación de firmas de funcionarios públicos, sin referencias a que estuvieran puestas en documentos públicos, como lo decía el código Tejedor. Ni una ni otra disposición son admisibles. La imitación aislada de una firma no viola ningún derecho ni causa ningún perjuicio. La importancia de toda firma nace del escrito a que está aplicada; y no de todo escrito, sino del que constituye un *documento*. La firma no es entonces sino un requisito esencial del documento, y su falsificación cae bajo las disposiciones del capítulo siguiente. El código español ha creado el delito de falsificación de la firma del rey, pero no tiene otras concordancias que las de nuestras leyes, que sustituyeron en este caso el rey por el presidente de la república o el gobernador de la provincia. Fuera del documento, sólo bajo un aspecto puede preverse el delito de falsificación de firmas de un funcionario público: cuando la aplicare oficialmente a la identificación de un objeto cualquiera, caso en que reemplaza a cualquier otra contraseña, y es el excepcionalmente referido en el art. 335. La falsificación de sellos oficiales puede aplicarse a todos

e) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de sellos, timbres y marcas" en el art. 368 establecía que: *"Será reprimido con penitenciaria con uno a cuatro años: 1º)El que falsificare sellos oficiales; 2º) El que falsificare papel sellado, estampillas o cualquier otra clase de efectos timbrados, cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto asegurar o hacer efectivo el pago de impuestos. Si el culpable fuere un empleado público que procedió abusando de las funciones de su cargo, sufrirá penitenciaria por uno a cinco años e inhabilitación absoluta por doble de tiempo"* ([162]).-

f) El *Proyecto de Código Penal de 1906*, en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" en el art. 307 decía: *"Será reprimido con prisión de uno a seis años: 1º) El que falsificare sellos oficiales; 2º) El que falsificare papel sellado, sellos de correo o telégrafos o cualquier otra clase efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad, o tenga por objeto el cobro de impuestos. En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero"* ([163]).-

g) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" reproduce el texto del art. 307 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 288.-

h) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 288 del Proyecto de 1917.-

i) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo II "Falsificación de papel sellado, sellos, timbres y marcas" en el art. 363 disponía: *"Se impondrá*

---

los usados como signo de autenticidad de los documentos públicos; a los sellos o timbres usados como medio de percepción de los impuestos, y a las marcas y contraseñas de que se use en las oficinas públicas para identificar o contrastar cualquier objeto, peso o medida. El Código Penal no menciona sino la falsificación de *sellos oficiales*, que reprime con prisión de uno a tres años. Si bien en los términos usados por el Código puede entenderse que se contienen implícitamente los otros, no sería difícil que sólo se entendiera por *sellos oficiales* los primeros de las categorías que hemos expresado. Tanto por este motivo como por ser conveniente establecer distintas penas para los primeros casos, que pueden importar un daño mayor y que tienen un objeto más trascendental, que para el último que cuida un interés de orden más secundario, como es el de prevenir defraudaciones a particulares, o cualquier engaño es que distribuimos esta materia en los artículos 334 y 335 proyectando que se reprima con penitenciaria con uno a cuatro años al que falsificare sellos oficiales, papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquier otra clase de efectos timbrados, cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto asegurar el pago de impuestos; y con penitenciaria de tres meses a dos años al que falsificare marcas, contraseñas o firmas de que se use en las oficinas o por funcionarios públicos para contrastar o identificar cualquier medida, peso u objeto" (Cfme. Idem ob. cit. t. II, ps. 489/491)

[162] Idem (ob. cit. t. III, p.126)

[163] Idem (ob. cit. t.III, p.394)

reclusión de seis a quince años, el que falsificare o adultere papel sellado nacional, provincial o municipal; el que introduzca, expenda o ponga en circulación papel sellado falsificado o adulterado, sea nacional, provincial o municipal. Se impondrá la misma sanción al que falsifique estampillas del correo nacional o cualquier efecto timbrado, cuya emisión esté reservada a la autoridad y sirva para hacer efectivo el pago de impuestos nacionales, provinciales o municipales. Se impondrá la misma sanción al que introduzca, expenda o ponga en circulación estampillas falsificadas del correo nacional u otro cualquiera de los efectos timbrados a que se refiere el parágrafo anterior, también falsificados" y el art. 366 decía: *"Se impondrá prisión de uno a seis años, al que falsificare sellos oficiales y cualquiera otra clase de efectos timbrados, cuya emisión esté reservada a la autoridad, siempre que no sean de los que sirvan para hacer efectivos el pago de impuestos nacionales, provinciales o municipales"* ([164]).-

j) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de sellos, papel sellado, timbres y marcas" en el art. 241 normaba: *"Al que falsificare sellos oficiales, papel sellado, estampillas del correo nacional o de cualquier efecto timbrado, cuya emisión esté reservada a la autoridad, se le aplicará privación de libertad de seis meses a seis años. La misma sanción se impondrá al que los introdujere, expendiere o usare"* y el art. 242 disponía: *"Al que imprimiere fraudulentamente un sello oficial auténtico, se le aplicará privación de libertad de uno a seis años"* ([165]).-

k) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII "De los delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsedades en sellos, instrumentos o signos de autenticación, certificación o reconocimiento" en el art. 318 prescribía: *"Al que falsificare un sello oficial o utilizare el fraguado; o al que hiciere uso indebidamente del auténtico, se impondrá prisión de uno a seis años"* y el art. 319 expresaba: *"Al que falsificare otros instrumentos oficiales destinados a la pública autenticación o identificación de objetos o a comprobar exámenes o autorizaciones de la autoridad, se impondrá prisión de uno a*

---

[164] En la Exposición de Motivos sólo se dice escuetamente que: "Hemos creído lógico, además, establecer para la falsificación de papel sellado y estampillas del correo nacional, las mismas sanciones que para la falsificación de monedas y billetes de banco" (Cfme. Idem ob. cit. t. IV, p. 633)

[165] En la Exposición de Motivos Peco expresa: "Pocas modificaciones introducimos en el capítulo referente a la falsificación de sellos, papel sellado, timbres y marcas, conservando los lineamientos fundamentales del código en vigor. Disminuimos el mínimo del artículo 288 en el artículo 241 del proyecto, pues un año puede ser una sanción rigurosa en casos de falsificación de poca importancia. Cancelamos la frase superflua *o tenga por objeto el cobro de impuestos*. Además, para guardar armonía con el capítulo anterior, consideramos expresamente la situación del que introdujere, expendiere o usare los efectos falsificados en el párrafo final del artículo. Como en el artículo 367 del proyecto de 1937, configuramos separadamente en el artículo 242, el delito de impresión fraudulenta de un sello oficial, reemplazando el vocablo *verdadero* por *auténtico*" (Cfme. Idem ob. cit. t. V, p. 341)

cuatro años. La misma sanción se impondrá al que utilizare los fraguados o al que hiciere uso indebidamente de los auténticos" ([166]).-

l) El *Proyecto de 1953* en el título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas", Capítulo I "Falsificación de sellos o signos de autenticación" en el art. 296 dispone: *"Al que falsificare un sello oficial destinado a la autenticación de actos de los poderes ejecutivos, legislativo o judicial, nacionales o provinciales, se le impondrá prisión de uno a seis años. La misma pena se impondrá al que usare indebidamente el sello auténtico o al que utilizare el falso, sabiendo que lo es"* y el art. 315 inc. 1º expresaba: *"Se impondrá prisión de uno a seis años al que falsificare: 1º) Papel sellado, estampillas fiscales, estampillas de correos o cualquier otro efecto timbrado oficial que tuviere o representare un valor o un derecho"* ([167]).-

m) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo 3 "Falsificación de sellos, señas y marcas" en el art. 370 dice: *"Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que falsificare sellos oficiales, papel sellado, estampillas del correo nacional, cualquier clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o billetes de loterías oficiales. La misma pena se impondrá al que a sabiendas los introdujere, expendiere o usare. En estos casos así como en los artículos siguientes se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero"* ([168]).-

n) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo 3, "Falsificación de sellos, señas y marcas" en el art. 283, reproduce el art. 370 del Proyecto de 1960 con el agregado en el 2º párrafo de la palabra "guardal" ([169]).-

ñ) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas", en el art. 327 establece: *"Será reprimido con prisión de uno a seis años: a) El que falsificare sellos oficiales; b) El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos. En los casos, así como en los artículos siguientes, se considerará falsificación de impresión fraudulenta del sello verdadero"*.-

[166] Idem (ob. cit. t. VI, p.116)
[167] Idem (ob. cit. t. VI, p. 320)
[168] Idem (ob. cit. t. VI, p. 520)
[169] Idem (ob. cit. t. VII p. 375)

o) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" el art. 284: *"1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años: a) El que falsificare sellos oficiales. b) El que falsificare papel, sellos o cualquier otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos. 2. La misma pena se impondrá al que imprimiere fraudulentamente el sello verdadero."*.-

7.3.- Tipo objetivo. Acción típica.

En el supuesto del art. 288 inc. 1º se pune la falsificación de los sellos oficiales.-

Concordantemente la acción típica consiste en falsificar dichos efectos y no se trata de impresión del sello sino a la del objeto con el cual se realiza, o sea, la falsificación del instrumento sellador que es utilizado por las autoridades estatales para ser estampados en documentos a los fines de su autenticación. Según la doctrina impera esta acción no se subsume en el tipo de adulteración de la imagen del sello ya estampada, ni en la imitación de la imagen del sello, lo cual se encasillaría en la falsificación de documentos ([170]).-

Hay una controversia en la doctrina respecto a la cuestión de la imitación, es decir, si la misma debe o no alcanzar la perfección requerible en la moneda para que ésta sea expendible. En tal sentido, lo consideran Fontán Balestra ([171]) y Molinario ([172]).-

En cambio, Creus - Buompadre, siguiendo a Núñez consideran que el criterio de la expendibilidad no es indispensable para medir la tipicidad de la falsificación de sellos, ya que también rige el criterio de la posibilidad general de inducción en error con lo cual bastaría la idoneidad de la imitación para inducir en error sobre la autenticidad del sello en el caso concreto de que se trate, sin que sea imprescindible que pueda ser considerado por una generalidad como sello verdadero por la calidad de la imitación, por ej. sello al que le falte un parte de la inscripción que se sustituye por una escritura defectuosa. Así esta última solución se exhibe como más acorde con el objeto del delito y el modo normal de su utilización ([173]).-

---

[170] En tal sentido CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 429). "Es preciso distinguir, por lo tanto, la falsificación del sello oficial de la falsificación de una imagen impresa por el sello auténtico en un documento auténtico (no confundir con la imagen del sello auténtico impresa fraudulentamente). La imagen del sello puede ser *adulterada,* y con ello el documento correspondiente, y entonces el delito cae dentro de las falsedades documentales o en la incriminación del art. 289" (Cfme. SOLER Sebastián (ob. cit. p. 311); NÚÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 207).
[171] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 534)
[172] MOLINARIO Alfredo (ob. cit. p. 473)
[173] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 428/429); D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 1466)

Debe consignarse que no se subsume la figura la alteración de un sello verdadero, salvo cuando ello importe la imitación de otro, como así tampoco las creaciones de sellos inexistentes, no obstante que ello puede ser encasillado en otros tipos penales. De allí que debido a que se trata de crear por imitación, en el caso de la fabricación de un sello con inscripciones oficiales, pero que no se parezca a alguno de los verdaderos, se puede considerar estafa o tentativa. Finalmente, quedan descartadas las acciones de cercenar, destruir o suprimir el sello auténtico, salvo el caso del art. 290 ([174]).-

7.4.- Objeto del delito.-

Como se desprende de lo dicho anteriormente el objeto de este tipo penal es el sello oficial que constituye un signo que mediante su impresión por cualquier modo de hacerlo, utiliza la autoridad pública para ser aplicable a determinados documentos.-

Como ya se adelantó en el acápite anterior la falsificación debe ser del instrumento sellador y no la imagen estampada en el mismo y tampoco la alteración o destrucción del sello auténtico.-

7.5.- Consumación y tentativa.-

El hecho se consuma cuando ha quedado concluida la imitación del sello verdadero o en el instante en que queda confeccionado, no importando que el mismo sea estampado o usado.-

Creus-Buompadre son de la idea de que se trata de un delito de peligro abstracto y que admite tentativa la que se da cuando el sello falso aún no se ha terminado de confeccionar, por causa ajena a la voluntad del agente, ahora sí la imitación de un sello que se cree verdadero no lo es, no hay tentativa sino delito putativo ([175]).-

7.6.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo que requiere el conocimiento de que se está realizando la falsificación de un sello verdadero, de que se trata de un sello oficial y existe la voluntad de imitarlo.-

7.7.- Falsificación de efectos timbrados.-

Esta casuística la contempla el inc. 2º del art. 288 del C.P..-

7.8.- Tipo objetivo. Acción típica.

La acción típica en este delito consiste también en falsificar en forma imitativa los efectos designados en el inc. 2º. La imitación debe recaer en el papel sellado o timbrado o en la estampilla

[174] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 310)
[175] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 430)

con independencia de su utilización en un documento u objeto. Debe ponerse énfasis en que el delito se presenta, no sólo con la falsificación de los efectos sino cuando los mismos son emitidos por la autoridad o tengan por objeto el cobro de impuestos, de modo que queda fuera del tipo la falsificación de cualquier representación de valores de particulares, por ejemplo vale de adelantos de sueldos en las empresas ([176]).-

7.9.- Objeto del delito.

La norma del inc. 2º determina los efectos que pueden ser falsificados y se refiere a aquéllos que tengan una semejanza con el papel moneda, ya que se trata de la falsificación de piezas que tienen un valor pecuniario perteneciente al Estado y a tal fin están dotados de marcas, sellos o signos que trasuntan autenticidad semejante a los billetes de banco ([177]).-

El papel timbrado es el que lleva impreso un sello que le otorga un valor determinado paralelo a su valor material, que generalmente se utiliza en las actuaciones judiciales o administrativas para facilitar el pago de las tasas. Por ello se habla de una doble finalidad de ser usado para los escritos presentados ante la autoridad pública y para percibir la recaudación pertinente.-

El sello de correo es un signo, normalmente de papel adherido a una correspondencia que pone en evidencia el pago del servicio de correo para su circulación, son las comúnmente denominadas estampillas. Fontán Balestra expresa que sólo están comprendidas las nacionales y en uso, aún cuando la falsificación de las que están fuera de circulación pueda ser el medio utilizado para cometer una estafa por el valor filatélico ([178]).-

La otra clase de efectos timbrados comprende a todos los papeles que representan, por medio de signos determinados, un valor autónomo, como por ejemplo certificados de propiedad de ganado, timbres que acrediten pagos de derechos aduaneros, etc.. En definitiva, comprende toda estampilla o sello nacional, provincial o municipal que no se condiga con el franqueo postal, pero que sea eficiente como valor establecido y cuyo uso se vuelve obligatorio por la ley a título de impuesto, tasa o servicio.-

Los efectos que tienen por objeto el cobro de impuestos son los que acreditan con autenticidad el pago de los derechos que impone el Estado para formar sus fondos propios y para solventar los costos de los servicios que presta – tasas – o de las obras que realiza, – contribuciones –

[176] Idem (ob. cit. p. 431)
[177] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 313)
[178] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 535)

, tal los timbres que acreditan los derechos de importación, impuestos internos sobre determinados productos – bebidas, cigarrillos, etc. – ([179]).-

7.10.- Consumación y tentativa.

Valen las mismas consideraciones que se han hecho en el acápite 7.5.-

7.11.- Aspecto subjetivo.

También me remito a lo expresado en el acápite 7.6.-

7.12.- Impresión fraudulenta del sello verdadero.

Este tipo penal se encuentra presente en el último párrafo del art. 288.-

Creus-Buompadre advierten que este delito ha sido tratado en forma bastante contradictoria por la doctrina y jurisprudencia. "La ley lo ha convertido en un caso de falsificación, pero no por imitación de lo verdadero, como ocurre en los supuestos que hasta aquí hemos considerado, sino por la ilegalidad de la impresión del sello verdadero" ([180]). Y esa ilegalidad puede provenir tanto de la impresión del sello auténtico en actos u objetos que no corresponde aplicarlo, es decir, fuera de los casos en que la ley o un reglamento dispone su aplicación, como de ejecutar ésta por quien carece de autorización para ello, aunque se trate de un acto u objeto en el cual corresponde desde el punto de vista legal la aplicación del sello ([181]). Tanto Moreno como Núñez no concuerdan con esta última alternativa ya que consideran que la imposición del sello en un acto u objeto en el cual legalmente debe hacerse, realizado por quien carece de autorización, no es típica, si bien podría ser abusiva, no sería fraudulenta, ya que faltaría la ilegalidad objetiva del acto ([182]).-

7.13.- Tipo objetivo. Acción típica.

La acción típica consiste en imprimir fraudulentamente, es decir que se fundamenta en una falsificación por la ilegalidad de la impresión del sello verdadero.-

Existen diferentes posturas con respecto al significado que se le da a la expresión impresión fraudulenta: a) para algunos, el fraude está determinado por la no correspondencia de la impresión del sello; b) para otros, se incluye la no correspondencia de la aplicación; c) otra opinión entiende que es la impresión indebida, cualquiera sea la razón en que se origine ese carácter y d) los hay quienes requieren un fraude de tinte estafatorio, de modo que la impresión ilícita se haga con el de causar un perjuicio o de obtener un provecho. "En realidad nada se opone a considerar que aquí el

---

[179] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 431)
[180] Idem (ob. cit. p. 432)
[181] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 314)
[182] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 207)

fraude equivale a engaño: es el engaño que revierte sobre la autenticidad de la impresión del sello, autenticidad que no se da cuando el sello se ha impreso en circunstancias que no debía hacérselo, ya porque la aposición se realiza sobre cosas en las que legalmente no podía realizársela ya porque las ha hecho quien no debía hacerla, en otras palabras, cuando impresión carece en sí de autenticidad, porque no puede otorgarla para el acto u objeto del que se trate, ni puede ser otorgada por quien lo usa sin las facultades para imprimirlo con autenticidad, se abre el camino de la tipicidad" ([183]). Adunan que una interpretación diferente a la expuesta proviene de considerar la norma como creadora de un delito autónomo, aunque en realidad la conducta no es sólo la de imprimir fraudulenta el sello verdadera, sino la de hacerlo en los casos del art. 288 y los siguientes, en cuanto sean compatibles con la conducta de imprimir el sello. Es decir, que la función concretamente es la de equiparar el sello falsificado a la impresión fraudulenta del sello verdadero en los supuestos de los arts. 288 inc. 2º y 289 incs. 1º y 2º, lo cual puede hacerlo tanto quien tiene el uso legítimo del sello como quien carece de esa facultad ([184]).-

Particularmente Núñez destaca que la impresión fraudulenta del sello verdadero consiste en la impresión ilegal del sello autenticado en actos u objetos a los cuales no le corresponde, en esta inteligencia, la impresión fraudulenta no equivale a la impresión del sello por quien no tiene su uso, pues en ésta puede faltar la ilegal objetiva mencionada del acto, por ej. el particular que le pone el sello a la copia que le ha sido extendida sin él, no le imprime fraudulentamente, aunque si abusivamente ([185]).-

Soler recalca que la ley requiere que en todo caso el hecho sea fraudulento de modo que parece razonable exigir la conciencia de que la impresión es imprescindible. Vierte el ejemplo de Moreno de un sujeto al que se ha extendido una copia sin sello y después se lo procura, como caso en que el delito quedaría excluido – a similar ejemplo recurre Núñez como se mencionó *ut-supra* –. También alude a Gómez quien resalta la diferencia entre la impresión fraudulenta y la abusiva. En realidad, corrige, que debería hablarse de indebida, porque en esta forma de la infracción pueden ser sujeto activo los que no tienen como los que tienen el uso del sello y que el documento puede ser un documento auténtico. El encargado de los sellos puede incurrir en el delito de impresión abusiva del mismo modo en que el encargado de emisión de moneda puede imprimir moneda falsa. "El que debe imprimir mil sellos de un mil pesos y para ello recibe los cuños auténticos, si imprime mil

[183] CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 433)
[184] Idem (ob. cit. p. 433)
[185] NÚÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 207)

quinientos, incurre en el delito que examinamos por el solo acto de la impresión abusiva de sellos oficiales. La emisión clandestina de sellos, estampillas y efectos fiscales importa impresión fraudulenta del sello verdadero. No se trata, por lo tanto, del simple excesivo o innecesaria del sello que le funcionario pueda usar, sino de su empleo fraudulento por parte de este, lo cual es perfectamente posible con respecto a papeles que representan valores" ([186]).-

Finalmente, para Donna, la palabra "fraude" tiene en nuestro ordenamiento penal una entidad propia que se remite a lo dispuesto por los arts. 172 y 173 que tienen una referencia íntima con el ardid, de modo tal, sino está presente éste y el engaño, no hay tipo penal ([187]).-

7.14.- Objeto del delito.

Con respecto al objeto de este delito, según la opinión de Marum, se dan dos opiniones en cuanto al alcance del vocablo "sello". Una de ellas considera que en él se ha comprendido al papel sellado, los sellos de correos o telégrafos y a otra clase de efectos timbrados. En tanto que la otra alternativa se expide en forma restrictiva, porque excluye a los efectos timbrados, dado que ellos no imprimen ([188]).-

7.15.- Consumación y tentativa.

Este tipo penal se consuma con la mera impresión del sello y la tentativa es factible.-

7.16.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso de dolo directo pues el agente debe obrar con conciencia de la ilegalidad de la impresión y la voluntad de llevarla a cabo y la utilización de la palabra "fraudulentamente" descarta el dolo eventual.-

§8.- Falsificación de marcas y señales.

El art. 289 abarca una serie de elementos como son las marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas e identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido y se extiende al caso para el que las aplacare a objetos distintos de aquéllos a que debían ser aplicados. Esta falsificación abarca también a los billetes de empresas públicas de transporte y a la falsificación, alteración o supresión de la numeración de un objeto registrado por la ley.-

---

[186] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 314/315)
[187] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 95)
[188] MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI, p. 360) citando a LAJE ANAYA Justo *"Comentario al Código Penal. Parte especial"*, t. IV, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 207)

8.1.- Bien jurídico protegido.

En el primer inciso lo que se trata de proteger es la fidelidad de las pesas o medidas y la identidad de cualquier objeto que deba ser motivo de marcas, contraseñas o firmas oficiales o legalmente requeridas. En el caso del inc. 2º se preserva la autenticidad de los billetes de las empresas públicas de transporte y finalmente en el inc. 3º se trata de amparar la numeración individualizadora de un objeto registrada de conformidad con la ley, puesta en el cuerpo mismo como signo de autenticidad ([189]).-

8.2.- Antecedentes legislativos nacionales.

a) La *Ley 49 de 1863* en el Título X "De las falsedades", en el art. 59 disponía: *"La falsificación de los sellos, marcas y contraseñas que usen los establecimiento de industria o de comercio, con el objeto de defraudar la renta nacional, será castigada con la pena de trabajos forzados por dos a seis meses y con una multa de cien a trescientos pesos, o con una y otra conjuntamente"* ([190]).-

b) El *Código Tejedor* en el Título III "De las falsedades", Capítulo I "De la falsificación de sellos, firmas y marcas", en el art. 427 dispone: *"El que falsificare sello, firma, marca o contraseña de individuos o establecimientos particulares sufrirá arresto de tres meses, y multa de veinte a quinientos pesos fuertes"* ([191]).-

c) El *Código Penal de 1886* en el Título III "De las falsedades", Capítulo III "Falsificación de sellos, firmas y marcas" en el art. 278 dispone: *"El que falsifique sello, marca o contraseña de individuos o establecimientos particulares, sufrirá arresto de un mes a un año"* ([192]).-

d) El *Proyecto Villegas - Ugarriza - García de 1881* en el Título III "Falsedades" capítulo II "Falsificación de sellos, marcas y firmas" el art. 183 decía: *"El que falsifique sello, firma, marca o contraseña de individuos o establecimientos particulares sufrirá arresto menor"* ([193]).-

e) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" en los arts. 335 decía: *"Será reprimido con penitenciaria de seis meses a dos años el que falsificare marcas, contraseñas o firmas de que se use, en las oficinas públicas o por funcionarios públicos, para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier objeto";* el 336 consignaba: *"Sufrirá penitenciaria por un mes a un año el*

[189] D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 1472)
[190] ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel (ob. cit. t. I, p. 149)
[191] Idem (ob. cit. t. I, ps.515/516)
[192] Idem (ob. cit. t. II, p. 260)
[193] Idem (ob. cit. t. II p. 106)

que falsificare o adulterare de cualquier manera un sello, marca, billete o contraseña de empresas o establecimientos particulares" y el 337 establecía: *"El que empleare, vendiere, pusiere en venta, circulare o introdujere en la República sellos, timbres o marcas falsas, adulteradas o confeccionadas ilegalmente, o los objetos a los cuales estén ilegalmente aplicados, como si estos sellos, timbres o marcas fueren legítimos, sufrirá la pena señalada por los artículos anteriores en sus casos respectivos"* ([194]).-

f) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de sellos, timbres y marcas" en el art. 369 establecía: "*Será reprimido con penitenciaria de tres a quince meses, el que falsificare o trasladare a otro objeto, sellos, marcas, contraseñas o firmas de que se use en las oficinas públicas o por funcionarios públicos para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier objeto. Si el culpable fuere un funcionario público este que procedió abusando de las funciones de su cargo, la pena será de seis meses a dos años de penitenciaria e inhabilitación absoluta por doble tiempo"* ([195]).-

g) El *Proyecto de Código Penal de 1906*, en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" el art. 308 establecía: "*Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º El que falsificare marcas, contraseñas o firmas de que se use en las oficinas públicas o por funcionarios públicos, para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier otro; 2º El que falsificare billetes de empresas, sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, exigidas por la ley en cierta clase de trabajos o artículos; 3º El que aplicare marcas o contraseñas de las oficinas públicas, o los sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, a que se refiere el número precedente, a objetos, obras o artículos distintos de aquellos a que debían ser aplicados"* ([196]).-

h) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" reproduce el texto del art. 308 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 289.-

i) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 289 del Proyecto de 1917.-

j) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo II "Falsificación de papel sellado, sellos, timbres y marcas" en el art. 368 disponía: *"Se impondrá*

---

[194] Idem ob. cit. t. II, p. 707)
[195] Idem (ob. cit. t. III, ps.126/127)
[196] Idem (ob. cit. t.III, p. 395)

prisión de uno a tres años al que falsifique o adultere marcas, contraseñas o firmas de que se haga uso en las oficinas públicas para contrastar pesas o medidas o identificar algún objeto; o para indicar que se ha cumplido una determinada obligación, de cualquier carácter, impuesta por la autoridad " y el art. 369 decía: *"Se impondrá prisión de uno a tres años, al que falsifique billetes de empresas, emitidos de conformidad a la disposiciones legales o administrativas, o los sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares exigidos por la ley en determinada clase de artículos o trabajos"* ([197]).-

k) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de sellos, papel sellado, timbres y marcas" en el art. 244 normaba: *"Al que falsificare marcas, contraseñas o firmas, de que se haga uso en las oficinas públicas para contrastar pesas o medidas o identificar cualquier objeto, se le aplicará privación de libertad de tres meses a seis años. En la misma sanción incurrirá el que falsificare sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, exigidos por la ley en determinada clase de trabajos o artículos"* el art. 245 consignaba: *"Al que aplicare marcas o contraseñas de las oficinas públicas, o los sellos, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares, a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, obras o artículos distintos de aquellos a que deberían ser aplicados, se le impondrá privación de la libertad de seis meses a tres años"* y el art. 246 habla de lo siguiente: *"Al que falsificare billetes de empresas públicas de transporte, se le aplicará privación de la libertad de seis meses a dos años o multa de doscientos a dos mil pesos . A la misma sanción se sujetará al que los introdujere, expendiere o pusiere en circulación"* ([198]).-

l) La *ley 13.945* mediante el art. 37 incorpora al art. 289 del Código Penal, como inc. 4º el texto siguiente: "*El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración, marcas o contraseñas colocadas por la autoridad competente en las armas y demás materiales ofensivos calificados por la ley y el que con conocimiento del hecho hiciere uso o tuviere en su poder dichas armas o materiales en tales condiciones"*.-

m) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII "De los delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsedades en sellos, instrumentos o signos de autenticación, certificación o reconocimiento" en el art. 321 prescribía: *"El que en ejercicio de una autoridad comercial o en lugar abierto al público,*

---

[197] Idem (ob. cit. t. IV, p. 748)

[198] En la Exposición de Motivos Peco expresa: "El artículo 244 reproduce el artículo 289 incisos 1º y 2º del código penal; así como el artículo 245, el inciso 3º del mencionado artículo. Consideramos separadamente la falsificación de billetes de empresas públicas de transporte (Cfme. Idem (ob. cit. t. V, p. 342)

tuviere pesas o medidas falsas, se impondrá siempre que el hecho no constituya un delito más grave, la multa es de cien a diez mil pesos" y el art. 322 expresaba: *"Al que falsificare o adulterare, aún por su presión, las marcas o signos distintivos, nacionales o extranjeros, de obras intelectuales o productos industriales o comerciales; o al que tuviere para comerciar con ello, objetos con tales falsedades, se impondrá prisión de uno a dos años. La misma sanción se impondrá al que falsificare o alterare, aún por supresión: dibujos o modelos industriales o comerciales; al que, en productos industriales o comerciales, mencionare una patente que no le perteneciere; o al que tuviere para comerciar con ellos, objetos con tales falsedades. Las disposiciones precedentes se aplicarán siempre que el hecho no constituyere un delito más grave y cuando se hubieren cumplido, por parte del titular del derecho, las reglas del ordenamiento jurídico interno o de los acuerdos internacionales sobre tutela de la propiedad intelectual"* ([199]).-

n) El *Proyecto de 1953* en el título VIII "Delitos contra la autenticidad de la prueba", Capítulo I "Falsificación de sellos o signos de autenticación" en el art. 297 se dispone: *"Se impondrá prisión de uno a cuatro años: 1º) Al que falsificare sellos destinados a dar autenticidad a actos de funcionarios públicos no comprendidos en el artículo anterior, o notariales: 2º) Al que falsificare otros sellos o elementos oficiales destinados a contrastar, certificar, identificar o examinar objetos sometidos a verificación pública. La misma pena corresponderá al que usare indebidamente el sello o elemento auténtico o al que utilizar los falsos, sabiendo que lo son".* En el Título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas", Capítulo I "Falsificación de moneda, títulos y otros valores" el art. 316 establecía: *"Al que falsificare pasajes, billetes, guías o conocimientos de empresas de servicio público de transporte, se le impondrá prisión de seis meses a tres años. La misma pena se impondrá a quienes introdujeren, expendieren, pusieren en circulación, usaren o guardaren para esos fines los billetes y demás efectos falsos o alterados enumerados en el presente artículo"* ([200]).-

ñ) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo III "Falsificación de sellos, señas y marcas" en el art. 371 se consigna: *"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido y el que los aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados; 2º El que falsificare*

[199] Idem (ob. cit. t. VI, ps. 116/117)
[200] Idem (ob. cit. t. VI, ps. 315 y 320)

billetes de empresas públicas de transporte; 3º El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración individualizadora de un objeto registrada de acuerdo con la ley por razones de seguridad o fiscales " ([201]).-

o) La *Ley de facto 17.567* sustituye el texto del art. 289 por el siguiente: "Será *reprimido con prisión de tres meses a seis años: 1º El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para constatar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados; 2º El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte; 3º El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración individualizadora de un objeto, registrado de acuerdo con la ley"* ([202]).-

p) La *Ley de facto 21.338* restableció la fórmula del art. 289 según la versión de la *ley de facto 17.567* aumentando el mínimo de la pena a seis meses y agrega el art. 289 bis con el siguiente texto: *"Será reprimido con prisión de dos a ochos años, el que falsificare, alterare o suprimiere la numeración, marcas o contraseñas, colocadas por la autoridad competente en las armas y demás materiales ofensivos calificados por la ley y el que con conocimiento del hecho hiciere uso o tuviere en su poder dichas armas o materiales en tales condiciones"* ([203]).-

q) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo III, "Falsificación de sellos, señas y marcas" trata la cuestión en el art. 384 que dice: *"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente*

---

[201] En la nota al artículo, Soler dice: "Tratamos de ordenar el contenido del artículo, eliminando las referencias a particulares, porque la importancia es la seña exigida por la ley. Cuando ésta le exige que un objeto lleve la señal o marca de un particular determinado, la falsificación de ésta caerá dentro de la infracción. La referencia del C. a marcas de fábrica particulares resulta equivoca y seguramente provenía de haber seguido leyes que en esta parte del código incluyen la protección de patentes y marcas que para nosotros, es objeto de ley especial. En casos en que se falsifique o usurpe la marca privada existirá siempre esa infracción, sin perjuicio de que, además, exista la que prevé este artículo. También limitamos la protección a las empresas públicas de transporte, según lo hacen otras leyes (C. italiano, 462: C. uruguayo, 234) y P. Peco, 246. Para otras empresas, bastan las figuras de la estafa. Finalmente, damos mayor amplitud al hecho de adulterar la numeración registrada de un objeto, que a veces exige la ley por razones de seguridad, porque este registro puede referirse a objetos que no sean armas, como, por ejemplo, un automóvil, una caldera, etc. Lo que cuenta es que se trate de una exigencia expresa de la ley puesta en razón de seguridad y no de una mera constancia" (Cfme. Idem ob. cit. t. VI, ps. 520/521)

[202] En la Exposición de Motivos se explica que: "Inc. 1º) Se amplía a las marcas, contraseñas o firmas, no solamente oficiales, sino también a las legalmente requeridas, es decir aquéllas que la ley, en ciertos casos, obliga a los particulares a colocar (en parte contempladas en el inciso 2º del artículo 289 vigente). También se amplía en cuanto nos referimos a certificaciones de calidad, cantidad o contenido. Por último, incluimos en este inciso el caso contenido en el C. p. 289 3º. Compárese C. holandés, 217 y siguientes. Inc. 2º) Se reserva específicamente a billetes de empresas públicas de transporte. Inc. 3º) Extendemos la hipótesis contemplada en el inciso 4º del artículo 289 C.P. (ley 13.945/37), porque las numeraciones que se registran de acuerdo a un requerimiento legal, no son privativas de las armas, sino que se aplican a automotores, aeronaves, embarcaciones, calderas, etc."(Cfme. Idem ob. cit. t. VII ps. 98/99)

[203] Idem (ob. cit. t. VII p. 254)

usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cosas o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados; 2º El que falsificare billetes o contraseñas de empresas de servicios públicos; 3º El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración individualizadora de un objeto registrada de acuerdo con la ley" ([204]).-

r) *Ley 24.721* sustituye el art. 289 del C.P. por el siguiente texto: *"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados. 2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte. 3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley"*.-

s) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas", en el art. 332 establece *"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: a) El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados. b) El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte. c) El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley"*.-

t) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" el art. 285: *"1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que falsificare, alterare o suprimiere marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados. 2. La misma pena se impondrá al que: a) Falsificare billetes de empresas de transporte público. b) Falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrado de acuerdo con la ley"* ([205]).-

8.3.- Aspecto objetivo. Acciones típicas.

[204] Idem (ob. cit. t. VII p. 375/376)
[205] En la Exposición de Motivos se aclara: "Corresponde al vigente artículo 289º. En el inciso 1º, además de *falsificare*, se agrega *alterare o suprimiere*".

En este tipo penal están previstas dos acciones: la de falsificar los objetos típicos y la de aplicarlos indebidamente y lo que ambos tienen en común es el carácter de los objetos y la finalidad protectora que, tutelando la autenticidad de ellos o de sus imposiciones protege el normal desenvolvimiento del tráfico comercial ([206]).-

Las acciones típicas coexisten en la falsificación que obviamente está representada por la imitación del signo verdadero sobre el objeto que hay que contrastar, individualizar o certificar. La aplicación sólo se da con relación a la del signo verdadero cuando se la realiza sobre objetos distintos de aquellos a los que debe ser aplicado según el uso oficial o la disposición legal, empece a que lo realice quien está autorizado a emplear dicho signo ([207]).-

Según Soler, el delito también puede ser cometido no solamente falsificando la marca, contraseña o firma, sino aplicando esos signos auténticos falsamente, es decir, a un objeto que no los debe llevar. "Es siempre necesario tomar en cuenta la relación entre la contraseña y el objeto contraseñado, tanto si se trata de una contraseña oficial o particular. No se trata, pues, de una usurpación de marca industrial, sino de la acción de poner un signo legalmente establecido para la designación de la naturaleza, calidad o cantidad de un objeto sobre otro que no reúne esas condiciones. Poner el marchamo de la seda natural sobre tela de otra clase; poner la marca del oro sobre un objeto que no es de ese material. Claro está que tales actos deben guardar cierta relación con la posibilidad de engañar, en el sentido de que los sellos deben ser aplicados a un artículo semejante" ([208]).-

8.4.- Objeto del delito.

En este inciso 1º el objeto lo constituye las marcas, contraseñas o firmas. Las primeras son señales, dibujos, caracteres gráficos, iniciales, timbres, sellos, etc. que se usan para distinguir una cosa determinada.-

Las firmas son las grafías puestas a mano con el mismo objeto de identificación y las que indican que se ha efectuado al contraste o identificación que con ella se persigue. Pero no cualquiera de ellas será objeto típico, sino solamente las oficialmente usadas o las requeridas por la ley para contrastar pesas o medidas, identificar un objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido. Al hablar de "oficialmente usadas" son las referidas a las marcas, contraseñas o firmas que utiliza un funcionario público competente, cuya configuración esté determinada de una manera reglamentaria y

[206] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 434)
[207] Idem (ob. cit. p. 435)
[208] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 317/318)

"legalmente requeridas", obviamente se refiere a los que la ley obliga en ciertos casos a los particulares a colocar en los objetos. "Esas finalidades también estructuran la tipicidad del objeto del delito, éste tiene que ser utilizado para contrastar pesas o medidas, es decir, para dar fe de la exactitud de los instrumentos que se emplean para pesar o medir (fidelidad de una balanza, de una pesa o de una medida); para identificar una cosa, para distinguirla de otras de la misma especie; certificar su calidad y la especie o proporción de sus componentes u otras particularidades en orden a su eficiente utilización; o su cantidad, peso o número de unidades; contenido, o sea, las sustancias que se encuentran en el continente cerrado" ([209]).-

Para mayor abundamiento este inciso trata de las marcas, contraseñas o firmas empleadas en alguna función oficial, o requeridas legalmente para identificar o certificar la calidad, cantidad o contenido de un objeto o contrastar pesas o medidas. El signo identificador tanto puede derivar de una disposición de la ley que establezca sus caracteres básicos como de una costumbre legal. En esta inteligencia, basta que las leyes o reglamentos establezcan la función identificatoria de algún instrumento o de algún signo personalmente puesto por el empleado. "Tanto vale que un objeto sea sellado, inicialado o rubricado, siempre que esa marca sea puesta para el desarrollo normal de un servicio público. La validez de la marca puede resultar inclusive de disposiciones internas de la oficina respectiva. Como ejemplos pueden darse las marcas hechas a las reses por la inspección sanitaria, las marcas hechas en los bultos para su despacho en la aduana, las marcas de inspección del contenido de un recipiente, etc. Deben considerarse excluidas las estampillas o fajas que además de una función de cerramiento constituyen valores correspondientes a un impuesto, como la faja de impuestos internos para los cigarrillos o fósforos, cuya falsificación cae dentro del art. 288, 2º (efectos timbrados). Además de la función individualizadora está comprendida la marca que acredita la fidelidad de una balanza, una pesa o una medida. En este caso, es manifiesto que la infracción, además de la fe pública, tutela el patrimonio y guarda estrecha correlación con la estafa del art. 174,3º, con la cual puede concurrir materialmente" ([210]).-

Debe quedar en claro que no es la marca de fábrica el objeto que se protege en este caso, porque ello lo hacen las leyes especiales; tampoco se comprenden las marcas, contraseñas o firmas que acreditan el pago o el cumplimiento de un determinado acto jurídico, cuyas falsificaciones se encasillan en el artículo anterior o en su defecto en las falsedades documentales ([211]).-

---

[209] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 434/435)
[210] SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 316/317)
[211] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 435)

8.5.- Consumación y tentativa.

Las acciones descriptas se consuman al llevarlas a cabo, sin interesar las ulterioridades. La acción de falsificación admite tentativa. Cabe agregar que cuando la falsificación o la aplicación ilícita de la marca, contraseña o firma, se emplea como procedimiento defraudatorio puede darse un concurso real con el de estafa consumada o tentada ([212]).-

8.6.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso de dolo directo que requiere el conocimiento del carácter de la marca, contraseña o firma en cuanto a su utilización legal y la voluntad de falsificarlas o aplicarlas indebidamente.-

8.7.- Falsificación de billetes de empresa públicas de transporte. Aspecto objetivo. Acción típica.

Este inc. 2º del art. 289 ha sido reformado por la ley 24.721 ampliando a billetes de empresas públicas de transporte.-

La acción típica consiste justamente en la de falsificar dichos objetos, es decir imitar los objetos verdaderos. No obstante algunos consideran también comprendidas las adulteraciones que transformen el billete en otro distinto del que es en realidad, por ejemplo, extendiendo el punto de destino o aumentando el valor ([213]). Donna no concuerda con esto último pues la ley es clara y sólo habla de falsificar y no de adulterar ([214]).-

8.8.- Objeto del delito.

Tal como lo dice la norma se refiere a los billetes de las empresas públicas de transporte, y esto constituye toda constancia gráfica que autoriza a viajar o a transportar equipaje en un viaje personal o acceder a los lugares de partida del transporte, cualquiera que sea la forma adoptada – boletos, bonos, contraseñas – nominados o innominados y de tarifa ordinaria o reducida y aún los completamente gratuitos, ya que el daño a la fe pública se produce en todos los casos ([215]).-

No se hace una distinción en cuanto al medio de transporte, por lo tanto puede ser tanto el terrestre, aéreo o naval.-

La doctrina en su mayoría, ha interpretado que los billetes deben ser de empresas públicas, o sea, las que pertenecen al Estado o son administradas por él o entes públicos descentralizados. Los

---

[212] Idem (ob. cit. p. 435)
[213] Idem (ob. cit. p. 436)
[214] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 105)
[215] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 436); FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 357)

pertenecientes a empresas privadas, no obstante que estén destinados al servicio público, no se encuentran alcanzados en este tipo, pero sí la falsedades documentales ([216]). En contraposición a lo expuesto Fontan Balestra opina lo contrario, al sostener que por empresas públicas de transporte se entiende las destinadas al uso público, a ser utilizadas por un número indeterminado de personas, sean de propiedad pública o privada ([217]). Quedan al margen las empresas extranjeras.-

8.9.- Consumación y tentativa.

La consumación se da con la mera falsificación del billete sin otra ulterioridad y se admite la tentativa.-

8.10.- Aspecto subjetivo.

Es un delito doloso de dolo directo que comprende el conocimiento de la acción de falsificar, del carácter del objeto y la voluntad de llevar a cabo el hecho disvalioso. Hay quienes admiten el dolo eventual ([218]).-

8.11.- Falsificación de numeración individualizadora. Aspecto objetivo. Acciones típicas.

Aquí se trata genéricamente la falsificación, alteración o supresión de la numeración de un objeto registrado de acuerdo con la ley.-

Sobre la falsificación, alteración o supresión ya se ha hablado oportunamente y es evidente que con dichas acciones se ataca la fe pública de dos formas, por medio de la imitación y de la inmutación.-

Como se puede apreciar la acción amplia, ya que no sólo se trata de falsificar sino de alterar – cambiar total o parcialmente – y de suprimir – hacer desaparecer en su totalidad. La supresión parcial podría constituir una alteración ([219]).-

8.12.- Objeto del delito.

La norma es nítida al respecto en cuanto hace alusión en forma muy amplia a la numeración individualizadora de un objeto, registrada de acuerdo con la ley.-

Esta es una situación que está dada por la imposición que a determinados objetos se les grabe números o letras que lo individualicen o los distingan de otros semejantes, por razones de seguridad, orden público, tutela de la propiedad de bienes registrables, etc.. Tal numeración se asienta en documento público que son llevados en libros oficiales. En cuanto a la palabra “ley” es preciso

[216] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 436)
[217] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 356)
[218] LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique *“Notas al Código Penal argentino”* t. III, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 267.
[219] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 437)

otorgarle un sentido amplio, comprendiendo a los decretos, ordenanzas u otra disposición semejantes en la medida que emanen de la autoridad pública, soslayando las numeraciones destinadas al control interno de las empresas fabricantes.-

Dicho signo debe tratarse de uno registrado oficialmente y el objeto individualizado puede ser de cualquier especie, llegando a abarcar a documentos que no quedan comprendidos dentro de las disposiciones del art. 292, tal es el caso de un documento de archivo histórico ([220]).-

Quedan comprendidos aquí los actos de falsificación, alteración o supresión de numeración individualizada de automotores contenidos anteriormente en el decreto -ley 6582/58 cuyas disposiciones fueron derogadas por la ley 24.721, o sea la adulteración o modificación de la numeración que llevan los motores o chasis o placa individualizadora, reemplazo de ésta y estampado ilegitimo en el motor o chasis de la numeración individualizadora ([221]).-

Los objetos pueden ser de cualquier naturaleza – automotores, aeronaves, embarcaciones, etc. – e incluso oportunamente se incluyeron la adulteración o supresión de la numeración de las armas, cosa que ahora se encuentra prevista en la figura del art. 189 bis inc. 5º última parte del C.P.-

En cuanto a la modificación o alteración de la chapa patente de un automotor la jurisprudencia se ha inclinado tanto por una contravención, como por el delito del art. 289 inc. 3º ([222]).-

8.13.- Consumación y tentativa.

Tal como en los casos anteriores, la consumación se produce con la falsificación, alteración o supresión, sin que ha menester otro resultado. Se admite la tentativa.-

8.14.- Aspecto subjetivo.

Se trata de un delito doloso, de dolo directo que requiere el conocimiento del carácter individualizador de la numeración del objeto, de su registración oficial y la voluntad de falsificarla, alterarla o suprimirla.-

§ 9.- Restauración de sellos inutilizados.

En este caso se pune la acción de hacer desaparecer cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a que se han hecho referencia en los artículos anteriores en cuanto al signo que da la

---

[220] Idem (ob. cit. p. 437)
[221] Idem (ob. cit. p. 437/438)
[222] Ver sobre el particular MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI ps. 380/386)

pauta de haber ya servido o ha sido inutilizado para el objeto de su expedición. En el segundo párrafo se pune al que usare, hiciere usar o pusiere en venta dichos objetos.-

9.1.- Bien jurídico protegido.

Como en todos los casos anteriores lo que se vulnera es la fe pública ya que la maniobra de hacer desaparecer el signo que indique que los sellos, timbres, marcas o contraseñas hayan sido utilizados o en el caso del agente que lo usara o pusiera en venta induce a confusión a la sociedad sobre la legitimidad de los mismos, incluso prestándose a ser factor ardidoso para la comisión de otros delitos.-

9.2.- Antecedentes legislativos nacionales.

a) El *Proyecto de Piñero-Rivarola-Matienzo* de 1891 en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" en los arts. 338 decía: *"Sufrirá penitenciaria de un mes a un año el que hiciere desaparecer de cualesquiera sellos, timbres, billetes o contraseñas, la marca o signo que identifique haber ya servido o sido utilizado para el objeto de su expendición. El que usare a sabiendas, pusiere en venta, o hiciere usar esa clase de sellos o contraseñas, será reprimido con multa de doscientos a cinco mil pesos"* ([223]).-

b) El *Proyecto Segovia* de 1895 y en el Título XI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de sellos, timbres y marcas" en el art. 372 establecía: *"Sufrirá multa de cincuenta a quinientos pesos el que hiciere desaparecer de los sellos, estampillas, timbres o contraseñas de que trata este capítulo, la marca o signo que indique haber servido ya o sido utilizado para el objeto de su expendio. Tendrá la misma pena el que empleara, expendiere, pusiere en venta o de cualquier modo en circulación o introdujere en la República esta clase de sellos, estampillas, timbres o contraseñas. Si el perjuicio real o posible no excediere de cincuenta pesos, la pena del delito se disminuirá en dos tercios para el que hubiere incurrido en él por primera vez"* ([224]).-

c) El *Proyecto de Código Penal de 1906*, en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" el art. 309 establecía: "*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición. El que, a sabiendas, usare, hiciere usar o*

---

[223] En la Exposición de Motivos se menciona que: "La falsificación puede realizarse no sólo por la creación a adulteración del sello, timbre o marca, sino también por la restauración de los mismos cuando hubieren sido inutilizados. Este es un punto reconocido sin disputa en la ciencia y consignado en algunos Códigos; por lo que lo incluimos en el artículo 338 del Proyecto" (Cfme. ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel, Idem ob. cit. t. II, p.492)

[224] Idem (ob. cit. t. III, p.127)

pusiere en venta estos sellos, timbres, etcétera, inutilizados, será reprimido con multa de cien a cinco mil pesos" ([225]).-

d) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" reproduce el texto del art. 309 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 290.-

e) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 290 del Proyecto de 1917.-

f) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo II "Falsificación de papel sellado, sellos, timbres y marcas" en el art. 371 disponía: *"Se impondrá prisión de seis meses a un año al que hiciere desaparecer de cualquiera de los billetes, sellos, timbres, marcas o contraseñas a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido utilizado para el objeto de su expedición"* y el art. 372 decía: *"Se impondrá prisión de seis meses a un año, al que usare, hiciere usar o vendiere alguno de los billetes, sellos, timbres, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares a que se refieren los artículos anteriores, sabiendo que ya han sido utilizados para el objeto de su expendición"* ([226]).-

g) El *Proyecto Peco de 1941* en el Título II "Delitos contra la fe pública", Capítulo II, "Falsificación de sellos, papel sellado, timbres y marcas" en el art. 247 normaba: *"Al que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique ya haber servido o sido utilizado para el objeto de su expendición, se le aplicará privación de libertad de tres meses a un año. En la misma sanción incurrirá el que usare, hiciere usar o pusiere en venta los efectos inutilizados mencionados en el párrafo anterior"* ([227]).-

h) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII "De los delitos contra la fe pública", Capítulo I "Falsedades en moneda y títulos de crédito público" en el art. 317 establecía: *"Al que cancelare o, de cualquier modo, hiciere desaparecer de los valores y billetes mencionados en los artículos 315 y 316, el signo que indicare haber ya servido o estar inutilizados para el objeto de su expedición, se impondrá prisión de uno a dos años o multa de cien a diez mil pesos. La misma sanción se impondrá*

---

[225] Idem (ob. cit. t.III, p. 395)
[226] Idem (ob. cit. t. IV, p. 748)
[227] Idem (ob. cit. t. V, p. 641)

al que de cualquier modo usare estos efectos así alterados. Cuando el que hiciere uso de los mismos los hubiere recibido de buena fe, se impondrá multa de cien a cinco mil pesos" ([228]).-

i) El *Proyecto de 1953* en el Título VIII "De los delitos contra la autenticidad de la prueba", Capítulo I "Falsificación de sellos o signos de autenticación" en el art. 298 prescribía: *"Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años: 1º) Al que imitare, alterare o suprimiere la impresión o señal de los sellos o elementos oficiales auténticos mencionados en los dos artículos anteriores, o la de la firma o inicial de un funcionario pública puesta a sólo efecto de verificar o señalar, de modo que pueda resultar perjudicial; 2º) Al que utilizare como auténticos o verificados, objetos falsamente sellados, sabiendo que lo son"*. En el Título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas, Capítulo I "Falsificación de monedas, títulos y otros valores" el art. 317 establecía: *"Al que borrare o de cualquier otro modo hiciere desaparecer de los valores, billetes y demás efectos de los arts. 315, inc. 1º y 316, el signo que indicare que ya sirvieron o que están inutilizados, con el fin de utilizarlos nuevamente, se le impondrá prisión de un mes a dos años o multa de doscientos a diez mil pesos. La misma pena se impondrá a quienes expendieren, pusieren en circulación, usaren o guardaren para esos fines, los valores y demás efectos alterados enumerados en el presente artículo"* ([229]).-

j) El *Proyecto de Soler de 1960* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo III "Falsificación de sellos, señas y marcas" en el art. 372 se consigna: *"Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido utilizado para el objeto de su expedición. En la misma pena incurrirá el que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta los efectos utilizados a que se refiere el párrafo anterior"* ([230]).-

k) La *Ley de facto 21.338* aumentó la multa de diez mil a setecientos cincuenta mil pesos y de diez mil a trescientos mil pesos ([231]).-

l) El *Proyecto de reforma de 1979* en el Título XVII "Delitos contra la fe pública", Capítulo III, "Falsificación de sellos, señas y marcas" trata la cuestión en el art. 385 que dice: *"Será reprimido con prisión hasta dos años, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas, billetes, contraseñas o firmas a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber*

[228] Idem (ob. cit. t. VI p. 115)
[229] Idem (ob. cit. t. VI, ps. 315, 320/321)
[230] En la nota al artículo, Soler dice: "No parece justificada la diferente escala penal contenida en el C. para la segunda hipótesis" (Cfme. Idem ob. cit. t. VI, p. 521)
[231] Idem (ob. cit. t. VII p. 254)

ya servido o sido utilizado para el objeto de su expedición. En la misma pena incurrirá el que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta los efectos utilizados a que se refiere el párrafo anterior" ([232]).-

m) La *ley 23.479* actualizó el monto de pena de multa establecida en el art. 290 fijándola en veinte australes como mínimo y cuatrocientos australes como máximo. La *ley 24.286* actualizó el monto de la pena de multa fijándola en setecientos cincuenta pesos como mínimo y doce mil quinientos como máximo.-

n) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas", en el art. 333 establece: *"Será reprimido con prisión de quince días a un año el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido utilizado para el objeto de su expedición. El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta esos sellos, timbres, marcas o contraseñas inutilizadas, será reprimido con quince a noventa días-multa"*.-

ñ) En el *Anteproyecto de Reforma al Código Penal de 2013* en el Título XVI "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" el art. 286: *"1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a UN (1) año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indicare haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición. 2. Será reprimido con multa de QUINCE (15) a NOVENTA (90) días, el que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, marcas o contraseñas inutilizados"*.-

9.3.- Restauración de sellos, timbres, marcas y contraseñas inutilizadas. Aspecto objetivo. Acción típica.

La acción típica la describe la misma norma que es la de hacer desaparecer de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a los que hace alusión los artículos anteriores, el signo mediante el cual se los utiliza, o sea, aquéllos que indiquen haber servido o estar fuera de uso.-

En cuanto a este tipo penal, Creus- Buompadre opinan que cuando la impresión de un sello, un timbre, marca o contraseña ha sido utilizada – cuando la utilización representa el pago de valores – o cuando se ha decidido, inutilizado por cualquier otra razón, para que no sirvan de nuevo, o porque se los va a destinar a otras finalidades diferentes para los que se los había expedido –

[232] Idem (ob. cit. t. VII p. 376)

contraseñas que se haya decidido sacar de circulación – por lo general se le coloca un signo determinado que de manera expresa – la impresión de un sello sobre los timbres – o implícita – la escritura en el papel sellado – da la pauta de su utilización o viceversa, su inutilización. Por consiguiente, en este caso la acción típica consiste en hacer desaparecer ese signo o, en definitiva, restaurarlos para poder utilizarlos o para utilizarlos nuevamente, si es que ya se los ha utilizado – borrar el sello de inutilización o lo escrito en el papel sellado –. De allí que cuando la acción no importa la remoción de ese signo, sino la alteración de la propia impresión, aún con aquellas finalidades – modificar el año impreso en el timbre para poder utilizarlo el año siguiente – el hecho se caracteriza por vincularlo a los arts. 288 y 289 ([233]).-

Soler contempla esta figura como una falsificación consistente en simular sellos, timbres, marcas o contraseñas, utilizando para ello materiales auténticos, pero que ya han desempeñado su función o por cualquier motivo han perdido ya su valor. Dice que esta figura menor está condicionada a que la falsificación se produzca exclusivamente por la acción de hacer desaparecer los signos de inutilización; borrar los signos sobrepuestos, hacerlos desaparecer con lavados; rellenar las perforaciones de los billetes, recomponer de varios sellos uno aparente ([234]).-

Finalmente, Núñez aporta su opinión en cuanto a que la ley no considera en este caso la falsificación por creación de sello, timbre, marca o contraseña, sino la falsificación por la restauración del usado o inutilizado y en lo que se refiere a los sellos, la norma no alude al instrumento del sello oficial (art. 288 inc. 1º), sino a los sellos del art. 288 inc. 2º. Así el delito del párrafo 1º consiste en eliminar el signo que delata el uso o la inutilización del objeto y lo pone en condiciones de engañar a ese respecto, mediante, como ya se dijo, lavado, relleno o adición ([235]). Esta última operación debe ser considerada en los términos de la falsificación, o sea con un propósito de idoneidad e imitación.-

9.4.- Objeto del delito.

Está suficientemente claro que el objeto del delito presente se trata de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas a que hacen alusión los artículos reseñados anteriormente.-

9.5.- Consumación y tentativa.

Este tipo de delito se consuma con la eliminación del signo inutilizador sin que requiera su uso. Es posible la tentativa.-

---

[233] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 438/439)
[234] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 319)
[235] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 207 y 210)

9.6.- Aspecto subjetivo.

Es un delito doloso de dolo directo que requiere el conocimiento del carácter del objeto y del signo que se remueve, asimismo la voluntad debe estar dirigida a la acción de eliminar el signo inutilizador.-

9.7.- Uso y tráfico de sellos, timbres, marcas y contraseñas inutilizadas. Aspecto objetivo. Acción típica.

Las acciones típicas consisten en usar o hacer usar por otro, o poner en venta, los sellos, timbres, marcas y contraseñas cuyos signos de inutilización se han removido. Se hace alusión a los objetos indicados en el primer párrafo ([236]).-

La remoción del signo de inutilización debe haber sido realizada por un tercero; en el caso de que el mismo autor de la remoción sea quien utilice el objeto, lo hace usar o lo pone en venta, la delictuosidad no se multiplica y la pena sigue siendo la prevista en el art. 290 en el párr. 1º sin perjuicio de los delitos que se puedan perpetrar en contra de la propiedad y en ese caso se aplicará las reglas del concurso real ([237]).-

9.8.- Consumación y tentativa.

Este hecho se consuma con el uso del sello, timbre, marca o contraseña restaurados, según el destino que tengan y la acción de poner en venta no es necesario que la misma se concrete. La posibilidad de la tentativa es discutible.-

9.9.- Aspecto subjetivo.

Es un delito doloso de dolo directo, lo reafirma la palabra "a sabiendas" y es inocuo que la recepción haya sido de buena fe, lo que importa es que en el momento del uso o venta el autor sepa que el sello ha sido restaurado.-

§10.- Agravante para los funcionarios públicos.-

Es evidente que esta norma del art. 291 tiene como destinatario al funcionario que en abuso de sus funciones hubiese cometido y sea declarado culpable de alguno de los delitos comprendidos

[236] "Además de la acción facilitadora de restauración de un falso valor, la ley, en este caso, prevé especialmente el uso de *estos* sellos, etc.. Debe subrayarse el demostrativo porque hace evidente que se refiere a los sellos o timbres referidos en la primera parte, es decir, los restaurados. Puede emplearse, en efecto un sello cancelado; pero sin haber efectuado sobre él operación alguna. Ciertas leyes castigan también esa acción. Para nosotros, es evidente que ello no pasa de una infracción fiscal: el que despacha una carta con un sello usado, es como si la hubiese despachado sin sello. Las leyes fiscales podrán, con fundamento, considerar ese hecho como más grave que el despacho sin franqueo, porque puede engañar más fácilmente pero no es aplicable a ese hecho el artículo 290". (Cfme. SOLER Sebastián ob. cit. p. 319).

[237] CREUS Carlos- BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 440)

en los artículos anteriores, aplicándosele, además la inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena.-

10.1.- Antecedentes legislativos nacionales.

a) El *Proyecto de Código Penal de 1906*, en el Título XII "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" el art. 310 establecía: *"Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores fuere funcionario público y cometido el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por el doble tiempo de la condena"* ([238]).-

b) El *Proyecto* de *Código Penal de 1917* en el Título XII "Delitos contra la fe pública", Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas" reproduce el texto del art. 310 del Proyecto de 1906, ubicándolo en el art. 291.-

c) El *Código Penal de 1921* adopta la rúbrica del Título y Capítulo como así también el texto del art. 291 del Proyecto de 1917.-

d) El *Proyecto Coll - Gómez* de 1937 en el Título XIII "Delitos contra la fe pública", Capitulo II "Falsificación de papel sellado, sellos, timbres y marcas" en el art. 373 disponía: *"Cuando el autor de alguno de los delitos comprendidos en el presenta capítulo fuere un funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, se le impondrá, además de la sanción que corresponde, inhabilitación por doble tiempo del de la condena"* ([239]).-

e) El *Proyecto de 1951* en el Título VIII "De los delitos contra la fe pública", Capítulo V "Disposición general" en el art. 334 establecía: *"Cuando alguno de los delitos previstos en los capítulos precedentes fuere perpetrado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, se impondrá, además, inhabilitación absoluta por el doble tiempo que el de la condena; si ésta sólo fuere de multa la inhabilitación se impondrá hasta un máximo de cuatro años"* ([240]).-

f) El *Proyecto de 1953* en el Título VIII "De los delitos contra la autenticidad de la prueba", Capítulo V "Disposiciones generales" en el art. 312 prescribía: *"Cuando alguno de los delitos del presente Título lo fuere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, se le impondrá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo que el de la condena; y si ésta fuere de multa, inhabilitación absoluta de tres meses a cuatro años".* En el Título IX "Delitos contra las finanzas y la economía públicas, Capítulo I "Falsificación de monedas, títulos y

[238] Idem (ob. cit. t.III, p. 395)
[239] Idem (ob. cit. t. IV, p. 749)
[240] Idem (ob. cit. t. VI p. 120)

otros valores" el art. 320 establecía: *"Cuando alguno de los delitos del presenta Capítulo fuere cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, se le impondrá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo que el de la condena; y si ésta fuere de multa, inhabilitación absoluta de seis meses a cuatro años"* ([241]).-

g) El *Anteproyecto de ley de reforma al Código Penal de 2006* en el Titulo XIV "Delitos contra la fe pública" Capítulo II "Falsificación de sellos, timbres y marcas", en el art. 334 establece*: "Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores fuese funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena"*.-

10.2.- Inhabilitación.

Para que se dé la aplicación de la inhabilitación absoluta en forma conjunta con la pena de cada delito no basta la calidad funcional del autor, sino que se hace menester que éste abuse del cargo que ostenta. Aunque no es indispensable que se trate de un cargo en el cual la función otorgue competencia para manejar los objetos; se puede tratar de un cargo extraño a esa competencia que haya proporcionado al agente la ocasión facilitadora para cometer el delito – el agente de policía que, estando en situación de custodia de una partida de timbres ilícitamente restaurado que se han sido secuestrados, se apodera de una parte de ellos y los pone en venta – ([242]).-

Molinario señala las dificultades que pueden presentarse al aplicar esta agravante ya que del análisis del art. 290, último párrafo, no existe el doble de tiempo de una multa, por ende considera que esta norma podría suprimirse y aplicarse en su lugar la prevista en el art. 20 bis del C.P. ([243]).-

---

[241] Idem (ob. cit. t. VI, ps. 319 y 321)

[242] CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 441); LAJE ANAYA Justo (ob. cit. t. III p. 238); D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 1432); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 117)

[243] MOLINARIO Alfredo (ob. cit. t. III p. 489) mencionado por MARUM Elizabeth (ob. cit. t. XI p. 407) y DONNA Edgardo (ob. cit. p. 118)